الدكتور
عبدالرازق احمد السنهورى

الوسيط
فى
شرح القانون المدنى

الجزء الثالث
نظرية الالتزام بوجة عام

الاوصاف — الحوالة ـ الإنقضاء

تنقيح
المستشار احمدمدحت المراغى
رئيس محكمة النقض الاسبق

طبعة تحتوى على اخر المستجدات فى التشريع والقضاء والفقة
٢٠٠٤

منشأة المعارف بالاسكندرية
جلال حزى وشركاه

٦٩٢٨
٢٠٠٦

الدكتور
عبد الرزاق أحمد السنهورى

الوسيط
فى
شرح القانون المدنى

الجزء الثالث
نظرية الإلتزام بوجه عام

الأوصاف - الحوالة - الإنقضاء

تنقيح
المستشار أحمد مدحت المراغى
رئيس محكمة النقض الأسبق

طبعة تحتوى على آخر المستجدات فى التشريع والقضاء والفقه

2004

منشأة المعارف بالاسكندرية
جلال حزى وشركاه

الناشر: منشأة المعارف جلال حزى وشركاه

٤٤ شارع سعد زغلول - محطة الرمل - ت/ف: ٤٨٧٢٣٠٢ - ٤٨٥٢٠٥٥ الإسكندرية
٣٢ شارع دكتور مصطفى مشرفه - سوتير - ت: ٤٨٤٣٦٦٢ - ٤٨٥٤٣٣٨ الإسكندرية
الإدارة: ٢٤ شارع ابراهيم سيد أحمد - محرم بك - ت/ف: ٤٩٧٠٠١٠ - ٣٩٢٢١٦٤ الإسكندرية
Email: monchaa@maktoob.com

حقوق التأليف: محفوظة، ولا يجوز إعادة طبع أو استخدام كل أو أى جزء من هذا الكتاب إلا وفقاً للأصول العلمية والقانونية المتعارف عليها.

الإيداع بدار الكتب والوثائق القومية

إسم الكتاب: الوسيط فى شرح القانون المدنى
إسم المؤلف: الدكتور / عبد الرزاق أحمد السنهورى
إسم المنقح: المستشار / أحمد مدحت المراغى
رقم الإيداع: ٢٠٠٣ / ٥٥١٧
الترقيم الدولى: I.S.B.N. : 977 - 03 - 1138 - 3

التجهيزات الفنية

طباعة: شركة الجلال للطباعة ت: ٠٢ / ٤٤٩١٢٤٤
كتابة كمبيوتر: سروات للكمبيوتر - ت: ٣٩٢٢١٦٤

القسم الأول

أوصاف الالتزام

(Modalités des Obligations)

ترتيب البحث

١ – الالتزام البسيط والالتزام الموصوف: عندما بسطنا آثار الالتزام فى القسم الثانى من الجزء الثانى من الوسيط كنا نواجه الالتزام فى صورته البسيطة، فهو التزام بسيط لم يلحقه وصف ما. ولكن الالتزام قد تلحقه أوصاف متنوعة فى عناصره المختلفة. وعناصر الالتزام ثلاثة: (١) رابطة قانونية (juris vinculum) تربط المدين بالدائن. (٢) محل الالتزام (objet de l'obligation) وهو الشئ الذى يلتزم المدين بأدائه للدائن. (٣) طرفا الالتزام (sujet de l'obligation) وهما الدائن والمدين. والالتزام الذى بسطنا آثاره فيما تقدم هو الالتزام فى صورته البسيطة فى كل عنصر من هذه العناصر: الرابطة القانونية فيه وجودها محقق ونفاذها فورى، وله محل واحد، وكل من طرفيه واحد لا يتعدد. ولكن قد يلحق الالتزام فى أحد هذه العناصر الثلاثة وصف (modalité) يكون من شأنه أن يعدل من هذه الآثار، فيكون الالتزام موصوفاً[١].

وهذا الوصف إما أن يلحق العنصر الأول من عناصر الالتزام، رابطة المديونية، فتعلق هذه الرابطة على شرط ويصبح وجودها غير محقق، ويسمى هذا الوصف بالشرط (condition). أو يتراخى نفاذ الرابطة إلى أجل، ويسمى هذا الوصف بالأجل (terme). فعندنا إذن لعنصر رابطة المديونية وصفان: الشرط والأجل.

وإما أن يلحق الوصف العنصر الثانى من عناصر الالتزام، وهو المحل. فلا يكون هذا المحل واحداً، بل يتعدد (pluralité d'objets). والتعدد إما أن يكون جمعياً (conjoint)، أو تخييرياً (alternatif)، أو بدلياً (facultatif). فعندنا إذن لعنصر المحل أوصاف ثلاثة: وصف الجمع فى الالتزام متعدد المحل (obligation conjointe)، ووصف التخيير فى الالتزام التخييرى (obligation alternative)، ووصف البدل فى الالتزام البدلى (obligation facultative).

وإما أن يلحق الوصف العنصر الثالث من عناصر الالتزام، فيتعدد أحد الطرفين الدائن أو المدين أو يتعدد كلاهما (pluralité de sujets). وتعدد كل من الدائن والمدين قد يكون من غير تضامن أو يكون بطريق التضامن (solidarité). وقد يتعدد الدائن أو المدين فى الالتزام يكون غير قابل للانقسام (indivisible). فعندنا إذن لعنصر طرفى الالتزام

---

(١) أما إذا لم يلحق الوصف عنصراً من عناصر الالتزام، فلا يكون الالتزام موصوفاً، بل بسيطاً منجزاً. ومن ثم لا يعتبر موصوفاً الالتزام المضمون برهن أو بحق امتياز أو بكفالة أو بنحو ذلك، ولا الالتزام غير معلوم القيمة، ولا الالتزام التبعى كالتزام الكفيل، فهذه كلها التزامات بسيطة منجزة، وأن كان لكل منها خصوصية تميزه (أنظر فى هذا المعنى بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٩٣ – فقرة ٦٩٤).

أوصاف ثلاثة: تعدد الطرفين فى غير تضامن[1]، وتعددهما بطريق التضامن، وعدم القابلية للانقسام[2].

٢ – موضوعات هذا القسم: فالكلام إذن فى أوصاف الالتزام يكون فى ثلاثة أبواب متعاقبة:

الباب الأول– فى الشرط والأجل.

الباب الثانى – فى تعدد محل الالتزام: الالتزام متعدد المحل، والالتزام التخييرى، والالتزام البدلى.

الباب الثالث – فى تعدد طرفى الالتزام: التعدد بغير تضامن، والتعدد بطريق التضامن، وعدم القابلية للانقسام[3].

---

(١) ويتعدد الدائن والمدين، فى غير تضامن أيضاً، فى الدعوى المباشرة على النحو الذى بيناه عند الكلام فى هذه الدعوى (الوسيط ٢ فقرة ٥٦٣ وما بعدها)، والوصف فى هذه الحالة مصدره القانون.

(٢) والوصف أمر عارض (accidentel) يضاف إلى الالتزام بعد أن يستوفى هذا أركانه. فلو رفع عنه لارتفع دون أن يزول الالتزام، بل يبقى دون وصف فى صورته البسيطة. فلو مس الوصف ركناً من أركان الالتزام لما كان أمراً عارضاً ولزال الالتزام بزواله، فلا يعتبر وصفاً. ويترتب على ذلك: (١) أن السبب إذا لم يوجد فى الالتزام المجرد (obligation abstraite) فليس هذا وصفاً، إذ أن الأمر متعلق بركن فى الالتزام. (٢) إن العقود الزمنية – كعقد الايجار وعقد العمل وعقد التوريد – ليست عقوداً موصوفة، لأن الزمن عنصر من عناصر المحل، والوصف لا يكون عنصراً فى الركن بل هو عنصر عارض كما قدمنا.

(٣) وقد رأينا فى مستهل الجزء الثانى من الوسيط، عند الكلام فى إقامة نظرية الالتزام على فكرة التصرف القانونى والواقعة المادية، أن ترتيب البحث على هذا الأساس يجعلنا نعالج أوصاف الالتزام فى باب أركان التصرف القانونى، ويكون كل من الشرط والأجل والتضامن وعدم القابلية للانقسام وصفاً من أوصاف الإرادة، كما يكون بحث الالتزام التخييرى والالتزام البدلى عند الكلام فى المحل وتعدده (الوسيط ٢ ص٤). ولكن يلاحظ على هذا الترتيب أن الأوصاف المتقدمة الذكر لا تلحق الالتزام الإرادى وحده، بل هى أيضاً تلحق الالتزام غير الإرادى. فالأولى إذن أن تبقى أوصاف الالتزام فى نطاق نظرية الالتزام فى ذاته، لا أن تنتقل إلى نظرية التصرف القانونى، ما دامت هذه الأوصاف تلحق الالتزام أياً كان مصدره، تصرفاً قانونياً كان هذا المصدر أو واقعة مادية.

على أنه يغلب أن يكون الشرط والأجل وصفين فى الالتزام الإرادى دون غيره. ومن ثم ذهب فريق من الفقهاء إلى أن الشرط والأجل هما قيدان على أثر الإرادة، فيكونان جزءاً منها. وفى هذا تجوز لا محل له. والصحيح أن كل التزام إرادى هو التزام أريد فى أركانه الثلاثة وفى عناصره العارضة، فالشرط والأجل، كالمحل والسبب، ليست أجزاء من الإرادة، بل هى عناصر مستقلة عنها، والإرادة تتعلق بها جميعاً.

الباب الأول
الشرط والأجل

٣- التقنين المدنى الجديد والتقنين المدنى السابق: احتوى التقنين المدنى الجديد على نصوص عدة فى كل من الشرط والأجل.

فقد عالج الشرط، فى المواد من ٢٦٥ إلى ٢٧٠، علاجاً إذا كان قد اقتصر فيه على القواعد الأساسية، فقد رتب هذه القواعد ترتيباً منطقياً وأحكم وضعها، ولكنه لم يخرج فيما وضعه من القواعد عما احتواه التقنين المدنى السابق. وقد استبقى التقنين الجديد التصوير اللاتينى للشرط، لا سيما فيما يتعلق بأثره الرجعى.

وعالج الأجل، فى المواد من ٢٧١ إلى ٢٧٤، علاجاً ضبط به حدود أحكام الأجل، وهذب فى نصوص التقنين السابق، وكانت هذه أكثر اقتضاباً فيما يتعلق بالأجل منها فيما يتعلق بالشرط. فأزال التقنين الجديد فى نصوصه ما علق بالنصوص القديمة من غموض وإبهام، لا سيما فى أسباب انقضاء الأجل، وفى تعجيل الوفاء بالدين، وفيما جرى به العرف من الدفع عند المقدرة أو الميسرة[١].

والشرط هو أمر مستقبل غير محقق الوقوع، يترتب على وقوعه وجود الالتزام أو زواله. فإذا كان وجود الالتزام هو المترتب على وقوع الشرط، كان الشرط واقفاً. أما إذا كان الالتزام قد وجد فعلا وكان زواله هو المترتب على وقوع الشرط، كان الشرط فاسخاً.

والأجل هو أمر مستقبل محقق الوقوع، يترتب على وقوعه نفاذ الالتزام أو انقضاؤه. فإذا

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «خلا التقنين المصرى الراهن (السابق) إلا من قلة من النصوص بشأن الشرط. وقد أسهب المشروع فى هذا الصدد، رغم اقتصاره على القواعد الأساسية وأخذ كثيراً من الأحكام عن المشروع الفرنسى الإيطالى، وقد أتيح له بذلك أن يبقى على التصوير اللاتينى لفكرة الشرط، ولا سيما فيما يتعلق باستناد أثره. ولم يستحدث المشروع شيئاً جوهرياً فيما يتعلق بالأجل. ومع ذلك فهو لم يغفل فى هذه الناحية عن ضبط حدود بعض الأحكام ضبطاً ينطوى بغير شك على تحسين أو تهذيب فى نصوص التقنين الراهن (السابق)، وهى بعد أكثر اقتضاباً فيما يتعلق بالأجل منها فيما يتعلق بالشرط. فلم يفرد هذا التقنين لأحكام الأجل سوى نصين قاصرين أبترين، لا يلمح فيهما أثر للكلف أو العناية بعرض صورة جامعة كاملة المعالم. وقد تناول المشروع هذه الأحكام، ونهج فى تنظيمها نهجاً منطقياً. وعرض كذلك لطائفة من المسائل لم تعن النصوص القائمة بإزالة ما يكتنفها من الشك والابهام. وأخص هذه المسائل أسباب انقضاء الأجل وتعجيل الوفاء بالدين وما جرى به العرف من الاتفاق على الدفع عند المقدرة أو الميسرة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٥).

كان نفاذ الالتزام هو المترتب على حلول الأجل، كان الأجل واقفاً. أما إذا كان الالتزام قد صار نافذاً فعلا وكان زواله هو المترتب على حلول الأجل، كان الأجل فاسخاً.

فالفرق الجوهرى ما بين الشرط والأجل هو إذن تحقق الوقوع، وعدم تحققه: كلاهما أمر يقع فى المستقبل[1]، ولكن الأجل محقق الوقوع، أما الشرط فوقوعه غير محقق[2](1).

وتتناول فى فصلين متعاقبين الشرط والأجل.

---

(١) وكل من الشرط والأجل هو النافذة التى يطل منها النظام القانونى على المستقبل، فالنشاط القانونى لا يستطيع أن يقتصر على الحاضر، بل لابد أن يمتد إلى المستقبل. فإن أبسط حاجات الإنسان تقتضى منه ذلك، وتدفعه إليه دفعاً. وكثير من العلاقات القانونية لا يمكن البت فيها إلا فى ظروف وملابسات غير محددة، والمستقبل وحده هو الذى يكشف عنها. ولا يصل القانون إلى تحقيق ذلك إلا عن طريق الشرط والأجل، فكلاهما أمر مستقبل يرد إليه مصير العلاقات القانونية، وعن هذا الطريق يستطيع الإنسان أن يتحكم فى المستقبل (أنظر فى هذا المعنى اهرنج فى روح القانون الرومانى٤ ص١٦٢ – ص١٦٣).

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٤٦٥ – ص٤٧٢.

(1) أ- المقرر – فى قضاء محكمة النقض – أن مفاد النص فى المادتين ٢٦٥، ١/٢٧١ من القانون المدنى أنه وإن كان كل من الشرط والأجل وصفاً يلحق الالتزام إلا أنهما يختلفان فى قوامهما اختلافاً ينعكس أثره على الالتزام الموصوف فبينما الشرط أمر مستقبل غير محقق الوقوع، يترتب عليه وجود الالتزام أو زواله فإن الأجل لا يكون إلا أمراً مستقبلاً محقق الوقوع مما يجعل الالتزام الموصوف به حقاً كامل الوجود، وإن النص فى المادة ٢٧١ من القانون المدنى على أن «١ – يكون الالتزام لأجل إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتباً على أمر مستقبل محقق الوقوع. ٢ – ويعتبر الأمر محقق الوقوع متى كان وقوعه محتملاً ولو لم يعرف الوقت الذى يقع فيه» مما مؤداه أن الحق المقترن بأجل حق كامل الوجود وإنما يكون نفاذه مترتباً على حلول الأجل فإذا اتفق على تأخير تنفيذ الالتزام إلى وقت القيام بعمل متعلق بإرادة المدين فإن ذلك يعد اتفاقاً على أجل غير معين، للدائن الحق فى أن يدعو المدين إلى القيام بالعمل الموكول لإرادته أو يطلب من القاضى أن يحدد أجلاً معقولاً للقيام بهذا العمل، فإذا لم يقم المدين بالعمل خلال هذا الوقت المعلوم المحدد له من الدائن، أو الذى منحه القاضى له، أصبح الأجل معيناً بانتهاء هذا الوقت ويصير الالتزام نافذاً ويتعين على المدين تنفيذه إذا ما أعذره الدائن، ويكون لهذا الأخير إجباره على القيام بما التزم به.

(الطعن رقم ٧٥٤٠ لسنة ٦٣ق – جلسة ٢٠٠٢/٣/٢٤)

(الطعن رقم ٩١٤ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٨/١/١٨ س٢٩ ص٢٣٤)

ب- لما كان مفاد نص المادتين ٢٦٥، ١/٢٧١ من القانون المدنى انه وان كان كل من الشرط والأجل وصفا يلحق الالتزام فإنهما يختلفان فى قوامهما اختلافا ينعكس أثره على الالتزام الموصوف، فبينما الشرط أمر مستقل غير محقق الوقوع يترتب عليه وجود الالتزام أو زواله فإن الأجل لا يكون إلا أمرا مستقبلا محقق الوقوع مما يجعل الالتزام الموصوف به كامل الوجود وإنما يكون نفاذه أو انقضاؤه مترتباً على حلول الأجل، وكان الثابت بالأوراق أن مورث الطاعنين يمتلك النصف شائعاً فى أرض =

الفصل الأول

الشرط(*)

(La Condition)

٤ – قيام الشرط والآثار التى تترتب عليه: تبحث فى الشرط أمرين:

= النزاع وقد ساهم بمبلغ ..... فى تشييد البناء المقام عليها فإن ذلك البناء يكون ملكاً شائعاً مناصفة بينه وبين المطعون ضده، وإذ نص فى البند الثالث من العقد موضوع النزاع على أن يتعهد الطرف الأول بتسديد مبلغ ... فى خلال شهر واحد من موافقة المحكمة المختصة على هذا العقد ثم يلتزم بدفع الباقى وهو .... عند تسجيل العقد... الخ فإن مفاد ذلك أن عقد البيع معلق على شرط واقف من شأنه ان يوقف نفاذ العقد إلى أن تتحقق الواقعة المشروطة بموافقة المحكمة المختصة على هذا البيع باعتباره أمرا غير محقق الوقوع ليس مرتهنا بإرادة طرفى الالتزام وانما متصل بعامل خارجى هو ارادة المحكمة المختصة بالموافقة على البيع، وأن إذن محكمة الأحوال الشخصية السابق على العقد بتاريخ ١٩٧٥/١١/١٥ الذى اقتصر على الموافقة على بيع نصيب القصر فى الأرض دون البناء المقام عليها لا ينصرف إلى عقد النزاع الذى تضمن بيع الأرض وما عليها من بناء كما أن إذن هذه المحكمة بتاريخ ١٩٧٩/٥/٢٩ ببيع نصيب القاصر ... فى الأرض والبناء بثمن يزيد على المسمى فى العقد يعد فى حقيقته رفضا له ومن ثم تخلف الشرط فيزول البيع ويصبح كأن لم يكن، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد شابه الفساد فى الاستدلال والخطأ فى تطبيق القانون.

(الطعن ٢١٤٨ لسنة ٥٨ق – جلسة ١٩٩١/٤/٣٠)

(الطعن ٦٨ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٨٢/٤/١٥ س ٣٣ ص ٤١٧)

جـ– مفاد نص المادتين ٢٦٥، ١/٢٧١ من القانون المدنى، انه وان كان كل من الشرط والاجل وصفا يلحق الالتزام، فانهما يختلفان فى قوامهما اختلافا ينعكس أثره على الالتزام الموصوف، فبينما لا يكون الالتزام المعلق على شرط محققاً فى قيامه أو زواله. إلا أن الالتزام المضاف إلى أجل يكون محققاً فى وجوده ولكنه مؤجل النفاذ ومؤجل الانقضاء. ولما كان مفاد البند الخامس من عقدى الإيجار والذى يقضى بان مدة العقد سنة واحدة تبدأ من تاريخ صدور الترخيص ويجوز تجديدها لمدة أخرى ويصرح الطرف الأول المؤجر للطرف الثانى المستأجرين إلى حين أن يصدر الترخيص باجراء التحسينات التى قد يرى الطرف الثانى إدخالها. على أنه لا يجوز للطرف الثانى أن يبدأ فى افتتاح المكان المؤجر وتشغيله قبل الحصول على الترخيص. ان عقدى الايجار معلق نفاذهما على شرط مؤقت غير محقق الوقوع هو الحصول على الترخيص الادارى اللازم لمباشرة المهنة أو الصناعة، باعتباره ليس مرتهناً بارادة أحد طرفى الالتزام وانما متصل أيضاً بعامل خارجى هو أرادة الجهة الادارية المختصة باصدار الترخيص.

(الطعن ٩١٤ لسنة ٤٣ق – جلسة ١٩٧٨/١/١٨ س٢٩ ص٢٣٤)

(*) **مراجع:** أوبرى ورو (Aubry et Rau) وبارتان (Bartin) طبعة سادسة ٤ فقرة ٣٠٢ ص٨٧– ص١٢٤ – بودرى وبارد (Baudry et Barde) طبعة ثانية٢ فقرة ٧٤٣– فقرة ٩٦٧– بنكاز (Bonnecase)، فقرة ٦٢٦ وما بعدها – بلانيول وريبير وجابولد (Planiol, Ripert et)=

(أولا) قيام الشرط، ونعنى بذلك: (١) مقومات الشرط (٢) نوعى الشرط الواقف والفاسخ (٣) المصدر المنشئ للشرط وأى الحقوق يلحقها وصف الشرط.

(ثانياً) ما يترتب على الشرط بعد قيامه من الآثار.

الفرع الأول
قيام الشرط

المبحث الأول
مقومات الشرط

٥- النصوص القانونية: تنص المادة ٢٦٥ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«يكون الالتزام معلقاً على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتباً على أمر مستقبل غير محقق الوقوع».

وتنص المادة ٢٦٦ على ما يأتى:

«١- لا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط غير ممكن أو على شرط مخالف للآداب أو النظام العام، هذا إذا كان الشرط واقفاً. أما إذا كان فاسخاً، فهو نفسه الذى يعتبر غير قائم».

«٢- ومع ذلك لا يقوم الالتزام الذى علق على شرط فاسخ مخالف للآداب أو للنظام العام، إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للالتزام».

=(Gabolde) طبعة ثانية ٧ فقرة ١٠٢٤ - فقرة ١٠٤٦ - بيدان ولاجارد (beudant et Lagarde) طبعة ثانية ٨ فقرة ٧٢٣ - فقرة ٧٦٢ وفقرة ٧٧٨- فقرة ٧٩٦ - جان دى جارو دى لا ميشينى (Jean du Gurreau de la Méchenie) فى أنسيكلوبيدى داللوز (Encycliopédie Dalloz) ١ لفظ (Condition).

بارتان (Bartin) فى نظرية الشروط المستحيلة وغير المشروعة والمخالفة للآداب رسالة من باريس سنة ١٨٨٧ - ليلتييه (Lepelletier) فى الشروط المستحيلة وغير المشروعة والمخالفة للآداب رسالة من باريس سنة ١٨٨٩- للوتر (Leloutre) رسالة من كان سنة ١٩٠٤ - دى لوان (De Loynes) فى الملكية المعلقة على شرط فاسخ رسالة من باريس سنة ١٩٠٨- إيجو (Eygont) فى الأثر الرجعى لتحقق الشرط رسالة من باريس سنة ١٩٢٢ - تيودرسكو (Théodoresco) فى نظرية الشرط الإرادى فى عقود المعاوضة رسالة من باريس سنة ١٩٢٣- فلدرمان (Filderman) رجعية الشرط فى الاتفاقات رسالة من باريس سنة ١٩٣٥.

وعند الإشارة إلى المؤلفات التى تكرر طبعها نشير إلى التى ذكرناها هنا.

وتنص المادة ٢٦٧ على ما يأتى:

«لا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفاً على محض إرادة الملتزم»(١).

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المادة ١٠٣/١٥٧(٢).

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المواد ٢٦٥ – ٢٦٧ – وفى التقنين المدنى الليبى المواد ٢٥٢ – ٢٥٤ – وفى التقنين المدنى العراقى المواد ٢٨٥ – ٢٨٧ وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٨١– ٨٧(٣).

---

(١) **تاريخ النصوص:**

م٢٦٥: ورد هذا النص فى المادة ٣٨٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الذى استقر به فى التقنين المدنى الجديد. وأقرته لجنة المراجعة، وأصبح المادة ٢٧٧ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب. فمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢٦٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٦– ص٨).

م٢٦٦: ورد هذا النص ٣٨٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الذى استقر به فى التقنين المدنى الجديد. وأقرته لجنة المراجعة، وأصبح المادة ٢٧٨ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢٦٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٨– ص١٠).

م٢٦٧: ورد هذا النص فى المادة ٣٨٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الذى استقر به فى التقنين المدنى الجديد. وأقرته لجنة المراجعة، وأصبح المادة ٢٧٩ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢٦٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص١١– ص١٣).

(٢) **التقنين المدنى السابق** م١٠٣/١٥٧: يجوز أن يكون التعهد معلقاً على أمر مستقبل أو غير محقق يترتب على وقوعه أو عدمه وجود ذلك التعهد أو تأييده أو منع وجوده أو زواله.

(ويلاحظ الخطأ المادى الوارد فى هذا النص من أن التعهد المشروط هو الذى يكون معلقاً على أمر مستقبل أو غير محقق. والصحيح أنه يكون معلقاً على أمر مستقبل غير محقق. وقد تجنب التقنين المدنى الجديد هذا الخطأ المادى، فلم يعطف الاستقبال على عدم تحقق الوقوع «بأو»، بل جمع بين الوصفين للافصاح عن وجوب تلازمهما: المذكرة الإيضاحية فى مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٧– الموجز للمؤلف فقرة ٤٦٥– والتون ٢ ص٣٤٠– استئناف مختلط أول مايو سنة ١٩٠٧ م١٩ ص٢٣٢).

(٣) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى م٢٦٥– ٢٦٧ (مطابقة للمواد ٦٥– ٢٦٧ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى الليبى م٢٥٢ – ٢٥٤ (مطابقة للمواد ٢٦٥ – ٢٦٧ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى العراقى م٢٨٥: العقد المنجز ما كان بصيغة مطلقة غير معلقة على شرط ولا مضافة إلى وقت مستقبل، ويقع حكمه فى الحال.

م٢٨٦–١: العقد المعلق هو ما كان معلقاً على شرط واقف أو فاسخ. ٢: ويشترط لصحة التعليق أن يكون مدلول فعل الشرط معلقا على خطر الوجود، لا محققاً ولا مستحيلا. =

ويستخلص من النصوص المتقدمة الذكر أن للشرط مقومات ثلاثة: (١) فهو أمر مستقبل

=م٢٨٧-١: إذا علق العقد على شرط مخالف للنظام العام أو الآداب، كان باطلا إذا كان هذا الشرط واقفاً، فإن كان فاسخاً كان الشرط نفسه لغواً غير معتبر. ٢: ومع ذلك يبطل العقد الذى علق على شرط فاسخ مخالف للآداب أو للنظام العام إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للتعاقد.

(ولا فرق فى الأحكام ما بين التقنينين المصرى والعراقى، غير إن أسلوب التقنين العراقى مقتبس من تعبيرات الفقه الإسلامى، ولم يرد فى التقنين العراقى نص فى الشرط الإرادى المحض).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٨١: الشرط عارض مستقبل غير مؤكد يتعلق عليه تولد الموجب أو سقوطه، ويكون له مفعول رجعى إلا إذا تحصل العكس من مشيئة الفريقين أو من ماهية الموجب. وفى الحالة الأولى المشار إليها فى الفقرة السابقة يقال له شرط التعليق، وفى الحالة الثانية يسمى شرط الإلغاء. إن العارض الماضى أو الحاضر، وإن جهله الفريقان، لا يعد شرطاً بالمعنى المقصود فى هذه المادة.

م٨٢: إن اشتراط الشئ المستحيل أو المخالف للآداب أو للقانون باطل ومبطل للاتفاق المعلق عليه. وإن صيرورة الشرط ممكناً فيما بعد من الوجه المادى أو الوجه القانونى لا تجعل الاتفاق صحيحاً. بيد أن الأمر يكون خلاف ذلك، أى أن الشرط المستحيل أو غير المباح يعد كأنه لم يكتب، إذا كان الفريقان لم يجعلا له شأناً جازماً ولم يكن له فى التعاقد شأن السبب الدافع الحامل على إنشاء الموجب.

م٨٣: باطل كل شرط من شأنه أن يقيد أو يمنع استعمال الحقوق المختصة بكل إنسان كاستعمال حقوقه فى الزواج أو حقوقه المدنية. غير أن هذا الحكم لا يسرى على الحالة التى يحبس فيها أحد الفريقين نفسه عن ممارسة صناعة أو مهنة ما فى زمن معين أو مكان محدود. إما شرط بقاء الترمل فيكون صحيحاً إذا وجد ما يصوبه من الأسباب المشروعة، وحق تقديرها يعود إلى القاضى.

م٨٤: يكون الموجب باطلا إذا جعل وجوده موقوفاً على إرادة الموجب عليه وحدها (وهو الشرط الإرادى المحض). غير أنه يحق للفريقين أو لأحدهما أن يحفظ لنفسه حق التصريح فى مهلة معينة بأنه يريد البقاء على العقد أو فسخه. وهذا التحفظ لا يجوز اشتراطه فى الاعتراف بالدين ولا فى الهبة ولا فى إسقاط الدين ولا فى بيع السلم.

م٨٥: إذا لم تعين المهلة فى الحالة المنصوص عليها فى المادة السابقة، فكل فريق يمكنه أن يوجب على الفريق الآخر التصريح بقراره فى مهلة كافية. وإذا انقضت المهلة ولم يصرح ذلك الفريق برغبته فى فسخ العقد، أصبح العقد نهائياً من تاريخ انعقاده. وإذا صرح جلياً للفريق الآخر برغبته فى فسخ العقد، عد الاتفاق كأنه لم يكن.

م٨٦: إذا توفى قبل انقضاء المهلة الفريق الذى احتفظ لنفسه بحق الفسخ ولم يكن قد أفصح عن مشيئته، كان لورثته الحق فى إبقاء العقد أو فسخه فى المدة التى كانت باقية لمورثهم. وإذا اختلف الورثة فالذين يريدون البقاء على العقد لا يمكنهم إجبار الآخرين على قبوله، ولكن لهم أن يتخذوا العقد كله لحسابهم الخاص.

م٨٧: إذا جن الفريق الذى احتفظ لنفسه بحق الفسخ أو فقد الأهلية الشرعية بسبب آخر، فالمحكمة، بناء على طلب الفريق الآخر أو غيره من ذوى العلاقة، تعين وصياً خاصاً لهذا الغرض، فيقرر بترخيص من المحكمة ما إذا كان هناك محل لقبول العقد أو لفسخه حسبما تقتضيه مصلحة فاقد الأهلية. أما فى حالة الإفلاس فيتولى الوصاية حتما وكيل التفليسة أو غيره من ممثلى جماعة الدائنين. =

(٢) غير محقق الوقوع[1] (٣) وغير مخالف للنظام العام ولا للآداب. وهناك مقوم رابع، هو أن الشرط أمر عارض إضافي يمكن تصور الالتزام بدونه. وهذه ظاهرة عامة في أوصاف الالتزام، ولكنا آثرنا أن نذكرها في الشرط لأهميتها بالنسبة إليه، إذ هي التي تميز بين الحق المشروط والحق الاحتمالي.

ونستعرض الآن هذه المقومات الأربعة.

١ - أمر مستقبل

٦- يجب أن يكون الشرط أمراً مستقبلا: يجب أن يكون الشرط أمراً مستقبلا (évènement futur). فإذا وعد شخص آخر بجائزة إذا عثر على مال له مفقود، أو وعد أب ولده بجائزة إذا نجح في الامتحان، أو وعد الأب ابنه بأن يهب له منزلا إذا تزوج ليهيئ له أمر سكناه، فكل من العثور على المال المفقود والنجاح في الامتحان والزواج أمر مستقبل، ومن ثم كان كل من الالتزام بالجائزة أو الهبة التزاماً معلقاً على شرط، إذ يتوقف وجوده على تحقق هذا الشرط.

وإذا أوصى زوج لزوجته بدار تسكنها على أن تتفرغ لتربية أولادها منه فلا تتزوج بعده وإلا فسخت الوصية، أو باع شخص أحد متجريه واشترط على المشترى أن يكون البيع مفسوخاً إذا نافسه في المتجر الآخر الذى استبقاه، فكل من الزواج في المثل الأول ومن المنافسة في المثل الثاني أمر مستقبل، ومن ثم كانت الالتزامات المترتبة على كل من الوصية والبيع معلقة على شرط، إذ يتوقف زوالها على تحقق هذا الشرط.

٧- لا يجوز أن يكون الشرط أمراً ماضيا أو حاضراً: فلابد إذن أن يكون الشرط أمراً مستقبلا. أما إذا كان أمراً ماضياً أو حاضراً فهو ليس بشرط، حتى لو كان طرفا الالتزام يجهلان وقت التعامل ما إذا كان الأمر الماضي قد وقع أو لم يقع، أو ما إذا كان الأمر الحاضر

=(والأحكام المقررة في التقنين اللبناني تتفق في جملتها مع الأحكام المقررة في التقنين المصرى، غير أن التقنين اللبناني جاء أكثر أفاضة في التفصيلات على ما رأينا، ولا سيما فيما يعرف في الفقه الإسلامي بخيار الشرط، فقد نظمه تنظيماً تشريعياً مستفيضاً).

(1) الشرط وصف يرد على الرابطة القانونية بين الدائن والمدين. فيعدل من أثرها. فيجعل نفاذ الالتزام أو زواله معلقا على تحققه فيكون شرطا واقفا في الأولى وفاسخا في الثانية ومن ثم فهو تصرف قانوني أما مصدره العقد أو الارادة المنفردة. فيخضع في اثباته إلى القواعد العامة في إثبات التصرفات القانونية المدنية ومنها ما ورد في المادة ٦١ بند «أ» من قانون الاثبات من عدم جواز إثبات ما يخالف الثابت بالكتابة أو ما يجاوزها إلا بالكتابة.

(الطعن رقم ١٨٥ لسنة ٦٨ ق جلسة ١٩٩٩/٤/١٨)

واقعاً أو غير واقع. فلو أن الواعد بالجائزة، فى المثل المتقدم، وقت أن وعد بها كان الموعود له قد عثر على المال المفقود ولا يعلم الواعد ذلك، فالتزام الواعد بالجائزة التزام منجز غير معلق على شرط، وهو واجب الوفاء فى الحال. ولو أن الأب الذى وعد ابنه بجائزة إذا نجح فى الامتحان كان وقت أن وعد بها لا يعلم أن نتيجة الامتحان قد ظهرت بالفعل وأن ابنه قد رسب، فالتزام الأب باعطاء ابنه الجائزة التزام لم يوجد ولن يوجد، فهو التزام غير موجود أصلا منذ البداية وليس التزاماً معلقاً على شرط. ولو أن الأب وقت أن وعد ابنه بأن يهب له منزلا إذا تزوج كان لا يعلم أن ابنه قد تزوج فعلا، فالتزام الأب بالهبة يكون التزاماً منجزاً غير معلق على شرط، وهو واجب الوفاء فى الحال(١).

واعتقاد الملتزم، فى الأمثلة المتقدمة، أن التزامه معلق على شرط بينما هو التزام منجز، بل اعتقاد الطرفين معاً، المدين والدائن، أن الشرط لم يتبين مآله بعد وأن الالتزام معلق على شرط، لا يؤثر فى أن الالتزام منجز لو كان هذا الأمر قد تحقق فعلا قبل وجود الالتزام، أو فى أن الالتزام غير موجود أصلا لو كان هذا الأمر لم يتحقق(٢).

٨- قد يكون الأمر المستقبل أمراً ايجابياً أو أمراً سلبياً - والأمر المستقبل الذى ينطوى

---

(١) قارب بودرى وبارد ٢ فقرة ٧٥٠ ص٤ - وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «فإذا علق الالتزام على أمر تم وقوعه من قبل، ترتب الالتزام منجزاً لا معلقاً، ولو كان المتعاقدان على جهل بذلك: أنظر المادة ١١٨١ فرنسى والمادة ٨١ لبنانى» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٧).

وقد كان التقنين المدنى السابق (م٣٠٧/٢٤١) يجعل الهلاك على المشترى إذا كان المبيع مما يوزن أو يعد أو يكال أو يقاس، ووزن أو عد أو كيل أو قيس ولو قبل تسليمه إلى المشترى. وقد كان هذا الحكم شاذاً، إذ كان يخرج على القاعدة العامة التى تقضى بأن هلاك المبيع قبل التسليم على البائع لا على المشترى. وقد أزال التقنين الجديد هذا الشذوذ، فجعل الهلاك على البائع فى الحالة التى نحن بصددها. ومن ثم كانت هناك، فى التقنين المدنى السابق، أهمية عملية لاعتبار الالتزام منجزاً إذا علق على أمر غير مستقبل فى الفرض الآتى (وننقله عن الموجز ص٤٧٣): شخص يبيع لآخر مائة قنطار من القطن تؤخذ من مخزنه، ويعلق التزامه على صدور قانون بجواز زراعة القطن فى نصف الزمام، ويكون هذا القانون قد صدر فعلا وقت البيع وهو يجهل ذلك. فى مثل هذا الفرض يكون التزام البائع - وقد علق على شرط قد تم من قبل - التزاماً منجزاً، فلو احترق القطن بعد وزنه وقبل تسليمه للمشترى يكون الهلاك على المشترى (٣٠٧/٢٤١ من التقنين المدنى السابق). أما إذا كان القانون لم يصدر إلى يوم احتراق القطن، فإن الهلاك يكون على البائع، لأن التزامه يكون معلقاً على شرط وهو صدور القانون وقد صار الوفاء بالالتزام مستحيلا قبل تحقق الشرط، فلا يكون لتحقق الشرط بعد ذلك تأثير (م١٦٠/١٠٦ من التقنين المدنى السابق) - قارب كولان وكابيتان، فقرة ٦٤٧.

(٢) لكن إذا علم الطرفان أن الشرط قد تحقق أو هو متحقق، ومع ذلك علقا الالتزام عليه باعتبار أنه قد يقع مرة أخرى فى المستقبل، وكانا واهمين فى هذا الظن إذ أن الأمر لن يقع بعد ذلك، فإن الشرط يكون فى هذه الحالة أمراً مستحيلا (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص٩٠ هامش رقم ٦).

عليه الشرط قد يكون أمراً إيجابياً أو أمراً سلبياً[1]. فالأب الذى التزم بأن يهب ابنه داراً إذا تزوج قد علق التزامه على شرط هو زواج ابنه، وهذا أمر إيجابى. والزوج الذى يوصى لامرأته بدار على شرط ألا تتزوج بعده قد علق الوصية على شرط هو عدم زوج امرأته، وهذا أمر سلبى.

ولا فرق فى الحكم بين ما إذا كان الشرط أمراً إيجابياً أو أمراً سلبياً، ولا يكاد يكون للتفرقة أهمية عملية ألا من ناحية تقدير الوقت الذى يعتبر فيه الشرط قد تحقق أو تخلف. ففى الشرط الإيجابى تحدد عادة مدة قصيرة إذا لم يتحقق الشرط فيها اعتبر متخلفاً، وفى الشرط السلبى تكون المدة عادة طويلة فالزوجة الموصى لها بالدار بشرط ألا تتزوج بعد موت زوجها عليها ألا تتزوج طول حياتها.

على أن الأمر الواحد - كما يقول بودرى وبارد [1] - قد تكون له ناحية إيجابية وناحية سلبية وهو هو لم يتغير، فيستطاع وضعه فى صورة شرط إيجابى أو فى صورة شرط سلبى. فإذا التزم شخص لآخر، وعلق التزامه على شرط هو أن يعيش الملتزم له خارج مدينة القاهرة حتى يبعده عن ملاهيها، فقد وضع الشرط فى صورة أمر إيجابى. ويستطيع أن يضع نفس الشرط فى صورة أمر سلبى إذا اشترط على الملتزم له ألا يعيش فى مدينة القاهرة.

٢ - غير محقق الوقوع

٩- يجب أن يكون الشرط غير محقق الوقوع: تقول الفقرة الأولى من المادة ٢٨٦ من التقنين المدنى العراقى: «يشترط لصحة التعليق أن يكون مدلول فعل الشرط معدوماً على خطر الوجود، لا محققاً ولا مستحيلا». وهذا تعبير استعير من الفقه الإسلامى لهذا المقوم من مقومات الشرط. فالشرط يجب أن يكون أمراً غير محقق الوقوع، وهذا الشك فى وقوع الأمر هو لب الشرط والصميم فيه.

---

(١) ٢ فقرة ٧٧٦ - وانظر أيضاً ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٨٣ - فقرة ٢٨٤.

(1) تعليق الالتزام على أمر تم وقوعه من قبل. أثره ترتيب الالتزام منجزا لا معلقا ولو كان المتعاقدان على جهل بذلك. المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى جاء بها أنه إذا علق الالتزام على أمر تم وقوعه من قبل، ترتب الالتزام منجزا لا معلقا ولو كان المتعاقدان على جهل بذلك، فإن تعليق التزام المطعون ضده (البائع) بنقل ملكية الشقة المبيعة إلى المشترى (الطاعن) على تكوين اتحاد ملاك حين أن عدد شقق العقار المشتمل عليها وكذلك عدد مشتريها يجاوز خمسة، لا يغير عن كونه التزاما منجزا صالحا للمطالبة.

(الطعن رقم ٥٤١٤ لسنة ٦٣ ق جلسة ٢٠٠١/٢/١٣)

فإذا كان الأمر محقق الوقوع، فانه لا يكون شرطاً. وكذلك لا يكون شرطاً أمر مستحيل الوقوع. وإنما يكون الشرط أمراً محتمل الوقوع، لا محققاً ولا مستحيلا(١).

١٠ – لا يكون شرطا الأمر محقق الوقوع: فإذا كان الأمر مستقبلا ولكنه محقق الوقوع، فانه لا يكون شرطاً، بل يكون أجلا كما سبق القول. فإذا أضاف الملتزم التزامه إلى موسم الحصاد، كان الالتزام مقترناً بأجل لا معلقاً على شرط، لأن موسم الحصاد فى المألوف من شؤون الدنيا لابد آت، فالأمر هنا محقق الوقوع، فيكون أجلا لا شرطاً.

ويكون الأمر محقق الوقوع أجلا حتى لو لم يكن موعد وقوعه محققاً، كالموت. فإذا التزم المشترى بأن يدفع للبائع ثمناً هو إيراد مرتب طول حياته، فقد جعل المشترى لالتزامه أجلا فاسخاً هو موت البائع، والموت أمر محقق وإن كان لا يعرف متى يقع. والتزام شركة التأمين على الحياة بأن تدفع مبلغ التأمين إلى ورثة المؤمن عليه عند موته هو التزام مضاف إلى أجل واقف لا معلق على شرط واقف(٢).

على أن الموت قد يكون شرطاً إذا اقترن بملابسات تجعله غير محقق الوقوع فى نطاق هذه الملابسات. فإذا وهب شخص داراً لاثنين على التعاقب بشرط ألا تنتقل الدار إلى الثانى إلا إذا عاش بعد موت الأول، فان الهبة الأولى تكون معلقة على شرط فاسخ هو أن يموت الموهوب له الأول قبل موت الموهوب له الثانى، وتكون الهبة الثانية معلقة على شرط واقف هو أن يعيش الموهوب له الثانى بعد موت الموهوب له الأول. فالموت فى هاتين الهبتين شرط لا أجل، إذ اقترن بملابسات جعلته فى كل منهما غير محقق الوقوع. هو محقق الوقوع فى ذاته. ولكن أن يموت أحد الموهوب لهما قبل الآخر هذا هو الأمر غير محقق الوقوع، فيصبح الموت فى نطاق هذه الملابسات شرطاً لا أجلا.

---

(١) فإذا كان التعهد معلقاً نفاذه على حادث فى استطاعة كل من المتعاقدين أن يوجده أو يمنعه، لم يكن هذا الحادث شرطا (محكمة الاستئناف الأهلية ٤ مايو سنة ١٩٠٥ المحاكم ١٦ ص٣٤٩٩ – ٢٠ يناير سنة ١٩١٥ الحقوق ٣٠ ص١٧٠).

والاتفاق على أن يكون ميعاد استحقاق الكمبيالة هو اليوم التالى لمغادرة سفينة الميناء هو اتفاق معلق على شرط لا مضاف إلى أجل، لأن مغادرة السفينة الميناء أمر لا يمكن البت فى وقوعه بتاً مطلقاً (محكمة الاستئناف المختلطة ٩ يناير سنة ١٩٢٨ سيريه ١٩٢٩ –٤–٦).

والاتفاق على أن يكون سريان وثيقة التأمين هو اليوم التالى لدفع القسط الأول اتفاق معلق على شرط. ويترتب على ذلك أن مبلغ التأمين يكون مستحقاً إذا وقع الحادث المؤمن عليه قبل دفع القسط الأول، إذا ثبت أن التأخر فى دفع هذا القسط كان ناجما عن خطأ من شركة التأمين نفسها. ذلك لأن تخلف الشرط كان بخطأ المدين، فيعتبر الشرط متحققاً ويكون مبلغ التأمين مستحقاً (انظر ما يلى فقرة ٤٣ – وقارن بيدان ولاجارد ٨ ص٥٢٣ هامش رقم ٢).

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٤٦٩.

١١ – لا يكون شرطا الأمر مستحيل الوقوع: كذلك لا يكون شرطاً الأمر مستحيل الوقوع. فاذا علق الملتزم وجود التزامه على أمر مستحيل استحالة مطلقة، فان الالتزام لا يوجد أصلا. ويجب أن تكون الاستحالة مطلقة، أى أن يستحيل تحقق الشرط بالوسائل المعروفة للإنسان. فإذا وعد شخص اخر باعطائه جائزة إذا وصل إلى القمر كانت هذه الاستحالة مطلقة، لأن وسائل الطيران المعروفة حتى اليوم تعجز عجزاً مطلقاً عن الوصول إلى القمر، وإن كان العلماء يتحدثون عن إمكان ذلك فى المستقبل.

أما إذا كانت الاستحالة نسبية فانها لا تعيب الالتزام، بل يكون فى هذه الحالة قائماً يتوقف وجوده أو زواله على تحقق الشرط. وتعتبر الاستحالة نسبية إذا غلب على الظن أن تقدم المعارف البشرية تجعل الشرط غير مستحيل الوقوع، وإن كان لم يقع حتى اليوم. فيجوز لشخص أو لهيئة أن تعد بمنح جائزة، إذا استطاع الموعود له أن يجد علاجاً لبعض الأمراض المستعصية التى لا يوجد لها علاج حتى اليوم.

وكما تكون الاستحالة طبيعية كما رأينا فى الأمثلة المتقدمة، قد تكون أيضاً قانونية[١]. فالالتزام المعلق على شرط أن يبيع المشترط عليه تركة مستقبلة، أو على شرط أن يتزوج محرماً، أو على شرط أن يطلق زوجته إذا كان الطلاق غير جائز فى شريعته، لا يكون التزاماً قائماً، لأنه علق على شرط مستحيل استحالة مطلقة. والاستحالة هنا استحالة قانونية لا استحالة طبيعية، إذ بيع التركة المستقبلة باطل، وباطل كذلك الزواج من المحرم، والطلاق محرم فى شريعة المشترط عليه[٢].

١٢ – الشرط الارادى: وهناك شرط ممكن الوقوع، ولكن وقوعه يتعلق بارادة أحد طرفى الالتزام، الدائن أو المدين. ذلك أن الشرط – من حيث تعلقه بارادة طرفى الالتزام –

---

(١) فمن التزم بإعطاء جائزة لسابح إذا عبر المحيط سباحة يكون قد علق التزامه على شرط مستحيل استحالة مادية، ومن التزم بإعطاء سمسرة لشخص إذا باع له عيناً موقوفة يكون قد علق التزامه على شرط مستحيل استحالة قانونية (الموجز للمؤلف فقرة ٤٧٠ ص٤٧٥). كذلك إذا اشترط شخص على آخر أن يأخذ عقاراً بالشفعة ولم يكن المشترط عليه من الشفعاء، فإن الشرط يكون مستحيلا استحالة قانونية.

وإذا كان عبور المحيط سباحة يعد مستحيلا استحالة مطلقة، فان عبور المانش سباحة لا يعد مستحيلا إذ عبره كثيرون، فإذا اشترطه شخص على آخر ممن لا يجيدون السباحة كانت الاستحالة نسبية بالنسبة إلى المشترط إليه، وكان الشرط صحيحاً. ومثل عبور المانش تسلق جبل شاهق.

(٢) وإذا كان الشرط وقت اشتراطه ممكناً، ثم أصبح بعد ذلك مستحيلا، فانه يكون شرطاً صحيحاً قد تخلف (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص٩٣ – لوران ١٧ فقرة ٤٢ – هيك ٧ فقرة ٢٤٧ – بودرى وبارد ٢ فقرة ٧٥٧).

كذلك إذا كان الشرط مستحيلا وقت اشتراطه ولكنه يصبح ممكناً فى ظروف من المألوف توقعها، فان المفروض أن المشترط نظر إلى احتمال تحقق هذه الظروف، فيكون الشرط فى هذه الحالة صحيحاً (بودرى وبارد٢ فقرة ٧٥٨).

قد يكون شرطاً لا علاقة له بهذه الإرادة أصلا، فهو شرط متروك للصدفة (condition casuelle)، مثل ذلك تعليق الالتزام على شرط وصول الطائرة سليمة إلى مطار الوصول. وقد يكون شرطاً متعلقاً بارادة أحد طرفى الالتزام (condition potestative)، كالزواج فهو متعلق بارادة من يشترط عليه الزواج. وقد يكون شرطاً مختلطاً (condition mixte) يتعلق بارادة أحد طرفى الالتزام وبعامل خارجى معها كمجرد الصدفة أو إرادة الغير، وذلك كالزواج من شخص معين فهذا شرط متعلق بارادة من اشترط عليه الزواج وبارادة من اشترط الزواج منه(١).

وكل من الشرط المتروك للصدفة والشرط المختلط شرط صحيح، لأنه أمر لا هو محقق الوقوع ولا هو مستحيل الوقوع، إذ أن وقوعه لا يتعلق بمحض إرادة تحكمية، وهو حتى إذا تعلق بارادة أحد طرفى الالتزام فانه فى الوقت ذاته يتعلق بأمر خارج عن هذه الإرادة يجعل وقوعه محتملا، لا محققاً ولا مستحيلا.

أما الشرط الإرادى فهو إما أن يكون شرطاً إرادياً بسيطاً (condition simplement potestative) أو شرطاً إرادياً محضاً (condition purement potestative). فالشرط الإرادى البسيط يتعلق بارادة أحد طرفى الالتزام، ولكن هذه الإرادة ليست مطلقة، بل هى مقيدة بظروفها وملابساتها. فالزواج شرط إرادى يتعلق بارادة الدائن أو المدين، ولكن إرادة المشترط عليه الزواج ليست مطلقة، إذ الزواج أمر تحوط به الظروف والملابسات الاجتماعية والاقتصادية.

ويقال مثل ذلك عن شرط النجاح فى الامتحان، بل أن هذا الشرط يكاد يكون شرطاً مختلطاً فهو يتعلق بالإرادة وبظروف أخرى قد لا يكون للشخص سلطان عليها. ومن ثم يكون الشرط الإرادى البسيط شرطاً صحيحاً، سواء تعلق بارادة الدائن أو بارادة المدين.

بقى الشرط الإرادى المحض، وهذا إما أن يتعلق بمحض إرادة الدائن أو بمحض إرادة المدين. فإن تعلق بمحض إرادة الدائن كان شرطاً صحيحاً، وكان الالتزام قائماً معلقاً على إرادة الدائن، إن شاء تقاضى المدين الشئ الذى ألزمه به، وإن شاء أحله من التزامه. أما أن تعلق الشرط بمحض إرادة المدين، فان كان شرطاً فاسخاً(1)، كأن يلتزم المدي حالا ويجعل

---

(١) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص٨٩.

(1) متى كان بين من نصوص عقد شركة من الشركات أن الشركة تكونت فعلا منذ حرر عقدها وأصبح لها كيان قانونى وقامت فور توقيع الشركاء على العقد المنشئ لها، كما باشرت نشاطها منذ اليوم المحدد فى العقد فان الشرط الوارد بالعقد والذى يقضى بأنه فى حالة تخلف أحد الشركاء عن دفع حصته فى رأس المال فى الموعد المحدد تسقط حقوقه والتزاماته، هذا الشرط لا يعدو أن يكون شرطا فاسخاً يترتب على تحققه لمصلحة باقى الشركاء انفصال الشريك المتخلف من الشركة قضاء أو رضاء ولا يعتبر باقى الشركاء معلقا على شرط واقف وهو قيام الشركاء بالدفع.

(جلسة ١٩٥٦/١٢/١٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٧ ص٩٧٥)

فسخ هذا الالتزام معلقاً على إرادته المحضة، كان الشرط صحيحاً وكان الالتزام قائماً، لأن الالتزام لم يعلق وجوده على محض إرادة المدين، فهو إذن قد وجد، وإنما استبقى المدين زمامه فى يده، إن شاء أبقاه وأن شاء فسخه[1]. وإن كان الشرط المتعلق بمحض إرادة المدين شرطاً واقفاً، كأن يلتزم المدين إذا أراد، أو يلتزم إذا رأى ذلك معقولا أو مناسباً[2]،

---

(١) استئناف مختلط ١١ أبريل سنة ١٩٣٤ م٤٦ ص٢٤٠ – كفر الشيخ ١٦ مارس سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ ص٧٩– كولان وكابيتان ٢ فقرة ٥٦٠– قارن انسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ Condition فقرة ١٦.

(٢) أما إذا التزم شخص على أن يكون الالتزام فى حدود معقولة، فان هذا الشرط لا يكون إرادياً لأن تعيين الحدود المعقولة للالتزام يترك لتقدير القاضى (ديرانتون ١١ فقرة ٢٣– لاروميير ٢ م١١٧٤ فقرة ٣– ديمولومب ٢٥ فقرة ٣١٨– والتون ٢ ص٣٤٤). فإذا التزم صاحب المتجر لمستخدمه أن ينفحه آخر العام مبلغاً أن يترك تقدير هذا المبلغ لصاحب المتجر يعينه وفقاً للمألوف وفى حدود معقولة، لم يكن التزام صاحب المتجر معلقاً على شرط إرادى، وعند الخلاف يتولى القاضى تعيين الحدود المعقولة لتقدير هذه النفحة (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص٩٦– ص٩٧).

بل يجوز أن يعلق المدين، فى عقد ملزم للجانبين، وجود التزامه على محض إرادته، ما دام الالتزام المقابل متوقفاً على وجود الالتزام الأول، لأن المدين فى هذه الحالة إذا شاء ألا يلتزم حرم من الالتزام المقابل، فليس له إذن كامل الحرية فى أن يلتزم أو ألا يلتزم. وعلى هذا يخرج بيع المذاق، فالمشترى لا يلتزم بالثمن إلا إذا شاء بمحض إرادته، ولكنه إذا شاء ألا يلتزم حرم من المبيع (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص٩٧). ويذهب بودرى وبارد فى العقد الملزم للجانبين مذهباً آخر، فيقولان إنه إذا التزم أحد المتعاقدين من جانبه التزاماً معلقاً على محض إرادته كان التزامه باطلا، أما الالتزام المقابل فيبقى صحيحاً، فينعقد العقد فى هذه الحالة ملزماً لجانب واحد لا ملزماً للجانبين. فإذا التزم البائع أن يبيع، والتزم المشترى أن يشترى إذا أراد، فان التزام البائع ينعقد صحيحاً، ويبطل التزام المشترى لتعلقه على محض إرادته، فينعقد العقد ملزماً لجانب واحد ويكون فى حقيقته وعداً بالبيع. على أن المشترى لا يستطيع فى هذه الحالة أن يتقاضى من البائع التزامه إلا إذا قام هو من جانبه بالتزامه الذى علقه على محض إرادته، فيعود العقد إذا أريد تنفيذه عقداً ملزماً للجانبين (بودرى وبارد٢ فقرة ٧٨٢). ونلاحظ على هذا التحليل أن هناك فرقاً بين عقد ملزم للجانبين أحد الالتزامين فيه معلق على محض إرادة المدين كمبيع المذاق، وبين عقد ملزم لجانب واحد كالوعد بالبيع. فبيع المذاق ينشئ التزاماً بدفع الثمن فى جانب المشترى، وإذا كان هذا الالتزام معلقاً على محض إرادته إلا أنه التزام صحيح إذا شاء ألا يحرم من البيع، فإذا أراد المشترى استبقاء الصفقة انعقدت من وقت البيع. وهذا بخلاف الوعد بالبيع، فهو لا يرتب أى التزام فى جانب المشترى وإنما ينشئ له حقاً منجزاً، وإذا أعلن المشترى إرادته فى اتمام الصفقة انعقدت ولكن من وقت إعلان الإرادة لا من وقت الوعد بالبيع (انظر الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام ص٢٥٤ هامش رقم١).

وإذا التزم شخص على أن يكون الوفاء عندما يريد، فإن الالتزام يكون صحيحاً لأنه ترتب فى ذمته دون أن يتعلق ذلك بمحض إرادته، أما ميعاد الوفاء فيكون أى يوم يختاره المدين قبل موته، فإذا مات حل الدين ووجب الوفاء (والتون ٢ ص٣٤٤). ومن باب أولى يكون الالتزام صحيحاً إذا اشترط المدين أن يكون الوفاء عند الميسرة. ويلاحظ أننا، فى الفرضين المتقدمين، بصدد أجل غير معين لا بصدد شرط =

فهذا شرط يجعل عقدة الالتزام منحلة منذ البداية ، إذ أن الالتزام قد علق وجوده على محض إرادة المدين، إن شاء حقق الشرط ومن هنا يكون الشرط محقق الوقوع بمشيئة المدين، وإن شاء جعله يتخلف ومن هنا يكون الشرط مستحيل الوقوع بمشيئة المدين أيضاً[1] . ومن ثم يكون هذا الشرط باطلا، ويسقط كل التزام معلق على شرط واقف هو محض إرادة المدين. وهذا ما تقرره المادة ٢٦٧ مدنى، إذا تقول كما رأينا: «لا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفاً على محض إرادة الملتزم[2] .

= (انظر المادة ٢٧٢ مدنى) . ويعين القاضى، فى الفرض الثانى، ميعاداً مناسباً لحلول الأجل، مراعياً فى ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلة ومقتضياً منه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه، ويحل الأجل حتما بموت المدين (محكمة الاسكندرية الأهلية ٥ يناير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١١ ص١٠٦٣ – منوف ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ ص٩٠٢ – شبين الكوم ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص٩٠٥– الموجز للمؤلف ص٤٧٤ هامش رقم ١– الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٦٧) . وقد يريد المتعاقدان أن تكون الميسرة شرطاً لا أجلا، فعند ذلك لا يستحق الدين إلا إذا أيسر المدين، فلو لم يوسر حتى مات معسراً، فقد تخلف الشرط ولم يستحق الدين (الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٦٧) . وسنعود إلى هذه المسألة بتفصيل أوفى فيما يلى (انظر فقرة ٥٤) .

(١) انظر فى الشرط الإرادى المحض: مصر الأهلية ١٨ يونية سنة ١٨٩٠ الحقوق ٥ ص١٣١– المنيا ٢٦ يولية سنة ١٩٢١ المحاماة ٣ ص٤٧– أجا ٢١ مايو سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ ص٥٣٧– جرجا ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المحاماة ٨ ص٥٨٦– الاسكندرية مستعجل ٢٢ سبتمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص٥٨٥– شبين الكوم ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص٩٠٥ – استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩١٩ م٣١ ص٢٦١– ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م٣٧ ص٤٣ .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يعتبر شرطاً إرادياً محضاً متعلقاً بإرادة المدين، ومن ثم يكون باطلا، الاتفاق على ألا يأخذ الوارث – حقه من التركة إلا بعد توقيع عقد القسمة ما بين جميع الورثة، فإنه يكفى أن يمتنع أحد الورثة من توقيع عقد القسمة حتى يمتنع على الوارث أن يأخذ حقه فى التركة (استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩٠٠ م١٢ ص١٢٦) . وقضت أيضاً بان اشتراط الوكيل بالعمولة أنه يشترى لحساب غيره وأنه يعلن إسم هذا الغير متى شاء، يعتبر شرطاً إرادياً محضاً، ومن ثم يكون باطلاً، فإذا لم يعلن الوكيل بالعمولة إسم الغير كان هو الملتزم شخصياً (استئناف مختلط ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٦١ م٢٩ ص٢٢) .

ويرد بيدان ولاجارد (٨ فقرة ٧٩٢) من الأمثلة على الشرط الإرادى المحض أن يعد المقرض بالقرض إذا شاء، أو إذا قرر أن هذا ممكن، أو إذا وجد ذلك منقولا، أو إذا رأى أن الصفقة مجزية. ويلاحظ بلانيول وريبير وبولانجيه (٢ فقرة ١٣٥٣) إن الشرط الإرادى المحض ليس فى حقيقته شرطاً، ولكنه عنصر من عناصر الالتزام ذاته، وهو عنصر إرادة الملتزم فى أن يلتزم.

(٢) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص١٢– ص١٣– الموجز للمؤلف فقرة ٤٦٩ والأحكام المشار إليها فى ص٤٧٥ هامش رقم ١ .

ويمكن القول، بعد ما قدمناه، إن الشرط الإرادى المحض إذا تعلق بإرادة الدائن، أو تعلق بإرادة المدين =

٣- غير مخالف النظام العام أو الآداب

١٣- الشرط المخالف للنظام العام: وقد يكون الشرط مخالفاً للنظام العام، فيكون فى هذه الحالة باطلا ولا يقوم الالتزام الذى علق وجوده عليه.

وأمثلة الشروط المخالفة للنظام العام كثيرة متنوعة. فإذا علق الملتزم التزامه على ألا يتزوج الدائن إطلاقاً، كان الشرط مخالفاً للنظام العام إذا لم يكن هناك غرض مشروع يرمى إليه المشترط من وراء هذا الشرط. فإذا رمى مثلا إلى منع زوجته بعد موته من الزواج غيرة منه وأثرة، فالشرط باطل لمخالفته للنظام العام. أما إذا رمى إلى جعل زوجته بعد موته تتفرغ لتربية أولادها منه فلا يشغلها زوج آخر، فالشرط صحيح والالتزام قائم.

كذلك الشرط القاضى بألا يحترف المشترط عليه مهنة معينة يكون باطلا لمخالفته للنظام العام، ما لم يكن هناك غرض مشروع يرمى إليه المشترط، كأن تكون المهنة المحرمة مهنة وضيعة تزرى بالكرامة، أو أن يكون المشترط قد أراد أن يحمى نفسه حماية مشروعة من منافسة المشترط عليه.

وإذا اشترطت الزوجة غير المسلمة أن يكون أولادها من زوجها المسلم على دينها هى لا على دين زوجها وإلا كان لها حق الطلاق من زوجها، فان هذا الشرط باطل لمخالفته النظام العام.

وإذا اشترطت الزوجة المسلمة على زوجها ألا يطلقها، فان الشرط باطل لمخالفته للنظام العام، وللزوج بالرغم من هذا الشرط أن يطلق زوجته لسبب مشروع وفى غير تعنت. ولكن يجوز للزوجة أن تشترط مبلغاً من المال تعويضاً لها عما يصيبها من الضرر إذا طلقها زوجها، وفى هذه الحالة ينظر إن كان الطلاق لغير سبب مشروع فالشرط صحيح ويجب دفع التعويض. وإلا فالشرط باطل والتعويض غير مستحق.

وشرط عدم تعدد الزوجات الذى قد تشترطه الزوجة على زوجها المسلم، وإلا صارت مطلقة منه أو أعطاها تعويضاً، شرط صحيح فى نظرنا وليس مخالفاً للنظام العام. ولكن لا

= وكان شرطاً فاسخاً، أو تعلق بإرادة المدين وكان شرطاً واقفاً مترتباً على عقد ملزم للجانبين، فإنه يكون شرطاً صحيحاً. ولا يبطل الشرط الإرادى المحض إلا إذا تعلق بإرادة المدين وكان شرطاً واقفاً غير مترتب على عقد ملزم للجانبين. وتقدير ما إذا كان الشرط هو هذا أو ذاك مسألة واقع لا معقب فيها على قاضى الموضوع، أما حكم الشرط بعد تعيين نوعه فمسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض.

وهناك من ينتقد التمييز ما بين الشرط الإرادى البسيط والشرط الإرادى المحض، معتبراً أن الكثرة الغالبة مما يسمى بالشروط الإرادية البسيطة هى فى حقيقتها شروط مختلفة (انظر إيجو (Eygout) فى الأثر الرجعى لتحقق الشرط رسالة من باريس سنة ١٩٢٢). ولكن هذا التمييز قد استقر فى الفقه وفى القضاء بحيث أصبح من المتعذر إغفاله (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٢٨ ص٣٧٧ هامش رقم ١).

يجوز أن تشترط الزوجة على زوجها المسلم ألا يتزوج غيرها وإلا كان الزواج الآخر باطلا أو كانت الزوجة الأخرى هى الطالقة(١).

ويمكن التمييز بين شرط مخالف للنظام العام وشرط مستحيل استحالة قانونية، وإن كان كل من الشرطين باطلا. فاشتراط عدم الزواج قد يكون شرطاً مخالفاً للنظام العام ولكنه شرط غير مستحيل، أما اشتراط الزواج من محرم فشرط مستحيل استحالة قانونية وهو في الوقت ذاته مخالف للنظام العام لأن الاستحالة القانونية كثيراً ما ترجع إلى مخالفة النظام العام.

١٤ – الشرط المخالف للآداب: وقد يكون الشرط مخالفاً للآداب، فيكون باطلا أيضاً، ويسقط الالتزام الذى علق عليه قيامه. فإذا التزم شخص نحو آخر بمبلغ من النقود بشرط أن يقوم بارتكاب عمل غير مشروع، فان الشرط يكون مخالفاً للآداب ويكون باطلاً كما قدمنا. وكذلك الحكم إذا اشترط على شخص ألا يرتكب جريمة، أو أن يمحو آثار جريمة ارتكبت كأن يعيد مخطوفاً أو يرد مسروقاً، أو اشترط عليه أن يقوم بعمل واجب عليه قانوناً على أن يتناول أجراً على القيام به كأن تدخل الزوجة فى طاعة زوجها أو أن يمتنع الزوج عن معاشرة غير زوجته أو أن يكف شخص عن التشهير بشخص آخر ونحو ذلك، فكل هذه شروط تعتبر مخالفة للآداب لأنها جزاء مادى على القيام بالواجب، والواجب يتعين القيام به دون جزاء(٢).

٤ – أمر عارض

١٥ – الشرط أمر عارض: ويدخل فى مقومات الشرط، بحكم أنه وصف يلحق الحق بعد تكوينه، أنه أمر عارض يلحق عنصراً جوهرياً من عناصر الحق.

---

(١) انظر فى أمثلة أخرى الموجز للمؤلف فقرة ٤٧٠ وص٤٧٥ – ٤٧٦ وص٤٧٦ هامش رقم ١.

(٢) لوران ١٧ فقرة ٤٩ – هيك ٧ فقرة ٢٤٨ – بودرى وبارد٢ فقرة ٧٦٦ – هذا وإذا التزم شخص نحو آخر أن يدفع مبلغاً من المال إذا ارتكب الملتزم عملا غير مشروع أو عملا منافياً للآداب، فان الشرط يكون فى هذه الحالة صحيحاً، فهناك فرق بين أن يدفع شخص إلى القيام بالواجب عن طريق إعطائه مالا وبين أن يزجر شخص عن عدم القيام بالواجب عن طريق تغريمه المال، فالشرط فى الحالة الأولى باطل لمنافاته للآداب، وهو فى الحالة الثانية صحيح لأنه لا ينافى الآداب فى شئ بل هو يقوم الأخلاق ويصلح النفوس (كولميه دى سانتير ٥ فقرة ٩٢ مكررة – أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص٩٤ – ديمولومب ٢٥ فقرة ٣٠٦ – فقرة ٣٠٧ – بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧٨٣ – فقرة ٧٨٤ – أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ (condition) فقرة ١٩ – انظر عكس ذلك: لارومبيير٢ م١١٧٢ و١١٧٣ فقرة ٩ – لوران ١٧ فقرة ٤٩ – هيك ٧ فقرة ٢٤٨ – بودرى وبارد٢ فقرة ٧٦٤). بل نحن نرى أنه إذا قصد باعطاء المال التشجيع على أداء الواجب، فإن الشرط قد يكون صحيحاً، كما إذا وعد شخص حارساً عنده بزيادة أجره إذا هو أحسن الحراسة.

ويترتب على أن الشرط يلحق عنصراً جوهرياً من عناصر الحق أن كلا من الحق المضمون برهن والحق غير معين القيمة والحق التبعى لا يعتبر حقاً معلقاً على الشرط، لأن الوصف هنا لا يلحق عنصراً جوهرياً من عناصر الحق، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك.

أما أن الشرط أمر عارض فمعناه أنه وصف يدخل على الحق بعد تمام هذا الحق وتكامل عناصره، فيكون الشرط أمراً عارضاً لا يساهم فى تكوين الحق ذاته، بل يضاف إليه بعد تكوينه، ويمكن تصور قيام الحق بدونه. فالشرط إذن، باعتباره أمراً عارضاً، وقد يوجد وقد لا يوجد. وهو إذا وجد فالحق يصبح موصوفاً، وإذا لم يوجد فالحق يقوم بالرغم من ذلك، لأنه استكمل عناصره، ويكون حقاً غير موصوف أى حقاً بسيطاً منجزاً[1].

١٦ - التمييز بين الحق المشروط والحق الاحتمالى: ومن هنا يجئ التمييز بين الحق المشروط (droit conditionnel) والحق الاحتمالى (droit éventuel). فالوصف فى الحق المشروط أمر عارض يلحق الحق بعد تكامل عناصره كما قدمنا[2]. أما الوصف فى الحق الاحتمالى فأمر غير عارض، ذلك أن الحق الاحتمالى هو حق ينقصه عنصر من عناصره الجوهرية، والوصف فى الحق الاحتمالى هو بالذات نقصان هذا العنصر الجوهرى.

ومن الأمثلة على الحق الاحتمالى ما يأتى: (١) حق الشفيع قبل أن يعلن إرادته فى الأخذ بالشفعة، إذ الشفيع قبل إعلان هذه الإرادة ليس له حق كامل، بل مجرد حق احتمالى. ولا يصبح هذا الحق الاحتمالى حقاً كاملاً إلا إذا أعلن الشفيع إرادته فى الأخذ بالشفعة، فالحق الاحتمالى هنا قد نقصه عنصر من العناصر الجوهرية هو إعلان هذه الإرادة. ولا يعتبر هذا الإعلان شرطاً، بل هو عنصر من عناصر الحق كما قدمنا. (٢) حق الموصى له قبل أن يموت الموصى، وهنا أيضاً لا يكون للموصى له إلا حق احتمالى قد نقصه عنصر من العناصر الجوهرية للحق الكامل هو موت الموصى. ولا يعتبر هذا الموت شرطاً، بل

---

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٢٤ ص٣٧١ - الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص١٧٨ وص١٨٨. ومع ذلك فان هناك رأياً يذهب إلى أن كل ما يجعل وجود الالتزام أمراً مستقبلا غير محقق فهو شرط، ولو كان عنصراً جوهرياً فى الالتزام ذاته. وإنما يراد بأن الشرط أمر عارض أن الالتزام لا يكون حتما معلقاً على شرط، بل أن الأصل فى الالتزام هو أن يكون غير مشروط (أنظر فى هذا المعنى للوتر Le-loutre رسالة من كان سنة ١٩٠٤ ص١٦ وما بعد، ومقالا له فى المجلة الانتقادية سنة ١٩١٢ ص٢٣٢ - أيجو Eygout فى الأثر الرجعى لتحقق الشرط رسالة من باريس سنة ١٩٢٢ ص١٦). وسنرى أن هناك رأياً يذهب، على النقيض من ذلك إلى أن الحق المشروط ليس إلا نوعاً من أنواع الحق الاحتمالى.

(٢) انسيكلوبيدى داللوز جان دى جارو دى لاميشينى Jean de Garreau de la Méchenie لفظ condition فقرة ٢ - ديمولومب ٢٥ ص٣٦٠ وما بعدها - بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٣٧ وما بعدها - بلانيول وريبير وبولانجيه٢ فقرة ١٣٥٠ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٤٨ - جوسران٢ فقرة ٧٣٨ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٢٤ ص٣٧١.

هو عنصر من عناصر الحق. (٣) الحق المترتب على حساب جار قبل أن يدفع صاحب الحساب أو يقبض شيئاً، فالحق هنا حق احتمالى ينقصه عنصر من العناصر الجوهرية للحق الكامل هو الدفع أو القبض، ليتكون رصيد دائن أو مدين للحساب الجارى، فيصبح الحق كاملا لا مجرد حق احتمالى. ولا يعتبر الدفع أو القبض شرطاً، بل هو عنصر من عناصر الحق.

ونرى من ذلك أن هناك فرقين أساسيين بين الحق المشروط والحق الاحتمالى:

(أولا) يمكن تصور قيام الحق المشروط دون الشرط، إذ الشرط أمر عارض كما قدمنا. أما الحق الاحتمالى فحق ينقصه عنصر من العناصر الجوهرية حتى يكون حقاً كاملاً كما سبق القول، ومن ثم لا يمكن تصور هذا الحق الكامل دون هذا العنصر الجوهرى.

(ثانياً) إذا تحقق الشرط فى الحق المشروط، كان لتحققه أثر رجعى على الوجه(1) الذى سنفصله فيما يلى. أما إذا استكمل الحق الاحتمالى العنصر الجوهرى الذى ينقصه فأصبح حقاً كاملا، فانه يصبح حقاً كاملا دون أثر رجعى. ومن ثم يوجد الحق الكامل من وقت استكمال العنصر الجوهرى، لا من وقت وجود الحق الاحتمالى(١).

---

(1) استناد أثر الشرط إلى الماضى على النحو المستفاد من نص المادة ١٠٥ من القانون المدنى (قديم) أنما يصح حيث يكون التعليق على الشرط ناشئا عن ارادة المتعاقدين، أما حيث يكون القانون هو الذى قرر الشرط وعلق عليه حكما من الأحكام فان الحكم المشروط لا يوجد ولا يثبت إلا عند تحقق شرطه أما فعله فلا لأن الأصل أن الاثر لا يسبق المؤثر، وعلى هذا لا محل لتطبيق المادة ١٠٥ المذكورة فى غير باب التعهد والعقود وبصفة خاصة لا محل لتطبيقها على ما كان من الشروط جعليا مردودا إلى ارادة الشارع كشرط التسجيل لنقل الملكية لان هذا النوع من الشروط باق على أصله فلا انسحاب لأثره على الماضى.

(جلسة ١٩٤٩/١٢/٢٢ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى الـ٢٥ عاما- ٢٦-٧١١)

(جلسة ١٩٤٦/١١/٢١ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى الـ٢٥ عاما - ٩٥- ٢٧٣)

(١) بيدان ولاجارد ٨ ص٥٣٤ هامش رقم ١.

هذا وقد ذهب جان موريس فرديه (Jean-Maurice Verdier) فى رسالته القيمة فى الحقوق الاحتمالية (Les droits éventuels) (باريس سنة ١٩٥٥) إلى أن الحق المشروط ليس إلا نوعاً من أنواع الحقوق الاحتمالية، وألا فرق فى الطبيعة بين الحق المشروط والحق الاحتمالى، فكلاهما يتميز بأنه تعاقب حقين يتواليان فى الزمان. فالحق المشروط هو، قبل تحقق الشرط، حق حال فى أن يكون للدائن الحق المعلق على شرط. ثم إذا تحقق الشرط ينقضى هذا الحق الحال، ويحل محله حق آخر هو نفس الحق الذى كان معلقاً على شرط، وقد أصبح حقاً حالا منجزاً بعد تحقق الشرط. وكذلك الحق الاحتمالى هو أيضاً تعاقب حقين يتواليان فى الزمان، فيبدأ حقا حالا فى أن يكون للدائن الحق الاحتمالى. ثم إذا تحقق الحادث الاحتمالى الذى يتوقف عليه وجود الحق ينقضى هذا =

المبحث الثانى
نوعا الشرط
الشرط الواقف والشرط الفاسخ
١ – الشرط الواقف
(Condition suspensive)

١٧ – ما هو الشرط الواقف: رأينا أن المادة ١/٢٦٥ مدنى تنص على أن «يكون الالتزام معلقاً على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتباً على أمر مستقبل غير محقق الوقوع».

= الحق الحال، ويحل محله حق آخر هو نفس الحق الذى كان احتمالياً، وقد أصبح الآن حقاً حالا منجزاً. ومن ثم يكون فى البداية، فى كل من الحق المشروط والحق الاحتمالى، حق حال وحق مستقبل: فالحق الحال هو وحده الموجود فعلا، أما الحق المستقبل فلا وجود له فى مبدأ الأمر، ولا يوجد إلا بتحقق الشرط أو تحقق الحادث الاحتمالى، وبمجرد وجوده ينقضى الحق الأول.

وننقل نص ما يقول فردييه فى هذا المعنى (أنظر ص٢٤٦): Mais ce qui, dans les deux cas, est essentiel et en fait la véritable identité sur le plan statique, c'est l'existence de ce droit actuel distinct du droit futur qu'il prépare; l'expression "droit éventuel" ou "droit conditionnel" concerne non ce droit présent mais la situation juridique future qui prendra naissance à la survenance de l'événement.

وليس الأثر الرجعى هو الذى يميز الحق المشروط عن الحق الاحتمالى، فكثير من الحقوق الاحتمالية له أثر رجعى، كالوارث يستند حقه عقد قبل الميراث إلى موت المورث، ورهن الأموال المستقبلة يأخذ مرتبته من وقت الرهن لا من وقت تملك الأموال المرهونة، ومثله الرهن لضمان دين مستقبل. وكثير من الحقوق المشروطة ليس له أثر رجعى، كالحق فى قبض الثمار وفى أعمال الإدارة وغير ذلك مما سيأتى بيانه تفصيلا (أنظر ص٢٤٧ من الرسالة المشار إليها).

بقى ما يقال من أن الشرط أمر عارض وهو وصف فى الحق المشروط لا يلحقه إلا بعد تكامل عناصره، بينما الحق الاحتمالى ينقصه عنصر من العناصر الجوهرية حتى يكون حقاً كاملا. فهذا الفرق ينكره أيضاً فردييه، فمن الصعب فى بعض الأحوال، على ما يقول، التمييز بين العناصر الجوهرية والأمور العارضة، فالحق الذى لا ينفذ إلا بالتصديق عليه (homologation) يصعب القول هل التصديق عنصر جوهرى فيه فلا يكون له أثر رجعى، أو هو أمر عارض فيكون له هذا الأثر. وإذا قارنا بين حق الموعود له بالبيع والمشترى بشرط التجربة لم نجد فرقاً محسوساً بين الحق الأول وهو حق احتمالى والحق الثانى وهو حق مشروط، فكلاهما يتوقف على رغبة المشترى فى الشراء (انظر ص٢٥٣ وص٢٧٠ – ص٢٧٣ من الرسالة المشار إليها).

على أن فردييه يسلم بأن هناك فرقاً واحداً بين الشرط والحادث الاحتمالى، فالشرط يقف نشوء الحق دون أن يقف نشوء العقد الذى هو مصدر هذا الحق، أما الحادث الاحتمالى فيقف نشوء الحق ونشوء العقد معاً (أنظر ص٢٨٣ – وانظر ما ترتبه على هذا الفرق من النتائج ص٢٨٥ – ص٢٨٨).

فإذا كان وجود الالتزام متوقفاً على الشرط، بحيث إذا تحقق الشرط وجد الالتزام وإذا تخلف لم يوجد، فان الشرط يكون في هذه الحالة شرطاً واقفاً (condition suspensive). فالشرط الواقف هو إذن الشرط الذى يتوقف على تحققه وجود الالتزام، فان تخلف لم يخرج الالتزام إلى الوجود(1). مثل ذلك أن يعلق الواهب هبته لابنه على شرط أن يتزوج، فالزواج هنا شرط واقف، إذا تحقق وتزوج الإبن فقد وجد التزام الأب بالهبة، وإذا تخلف للشرط ولم يتزوج الإبن فان التزام الأب باعطاء هبة لابنه لا يوجد(2).

---

(1) أ- إذا أذن القاضى باستبدال الوقف فان الاستبدال لا يتم ولا ينتج آثاره القانونية إلا إذا أوقعت المحكمة المختصة صيغة البدل الشرعية، ومن ثم فالتعاقد الحاصل بين وزارة الأوقاف وبين من يرسو عليه مزاد العين المراد استبدالها يعتبر معلقا على شرط واقف هو توقيع هذه الصيغة بحيث إذا تخلف هذا الشرط بأن رفضت المحكمة توقيع صيغة البدل للراسى عليه المزاد فإن التعاقد يصبح كأن لم يكن ولا وجود له منذ البداية ولا يكون للراسى عليه المزاد إذا رفضت المحكمة توقيع صيغة البدل الشرعية له وأوقعتها لغيره وانتقلت ملكية العقار إلى هذا الغير أن يرجع على وزارة الأوقاف بضمان الاستحقاق طبقاً لأحكام البيع أو أن يطالبها بالتعويض على أساس فسخ العقد ذلك أن الرجوع بضمان استحقاق المبيع لا يكون إلا على أساس قيام عقد البيع كما أن الفسخ لا يرد إلا على عقد كان له وجود.

(الطعن ٤٥٢ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٤/١٢/١١ س٢٥ ص١٤١٣)

(الطعن ٢٦٨ لسنة ٢٧ق- جلسة ١٩٦٣/١/١٧ س١٤ ص١٢٣)

ب- متى كان الحكم المطعون فيه وهو بصدد تكييف العقد موضوع الدعوى قرر أنه «لا يمكن وصف العقد المبرم بين الطرفين (ببيع أطيان موقوفة بأنه معلق على شرط احتمالى. ذلك لأن الشرط الاحتمالى هو الذى يتوقف حصوله على المصادفات المحضة دون أن يتعلق بإرادة إنسان، والصحيح أن الالتزامات الناشئة عن العقد المذكور قد علقت على شرط موقف هو شرط موافقة هيئة التصرفات بالمحكمة الشرعية على البدل. فإن تكييف الحكم لالتزام البائع بأنه التزام معلق على شرط واقف إنما هو تكييف صحيح.

حق الدائن فى الالتزام المعلق على شرط واقف هو مما ينظمه القانون ويحميه. ولئن كان هذا الحق لا يعد نافذاً إلا إذا تحقق الشرط، غير أن الشرط يعتبر قد تحقق - ولو لم يقع بالفعل - إذا حدث غش أو خطأ من جانب المدين للحيلولة دون تحققه.

(الطعن ٤٢٩ لسنة ٣١ق - جلسة ١٩٦٦/٦/٧ س١٧ ص١٣٢٣)

جـ- من القواعد العامة فى الاوصاف المعدلة لاثر الالتزام أنه إذا علق الالتزام على شرط هو الا يقع أمر فى وقت معين، فان الشرط يتحقق إذا انقضى الوقت دون أن يقع هذا الأمر، وهو يتحقق كذلك قبل انقضاء الوقت إذا أصبح من المؤكد أنه لن يقع، فإذا لم يحدد وقت فان الشرط لا يتحقق إلا عندما يصبح مؤكدا عدم وقوع الامر، وقد يكون ذلك بانقضاء مدة طويلة من الزمن يصبح معها عدم وقوعه أمرا يبلغ حد اليقين، وتقدير ذلك بأدلة تبرره عقلا مما يدخل فى سلطة محكمة الموضوع.

الطعن ٦٧٩ لسنة ٤٢ق - جلسة ١٩٧٦/٣/٣١ س٢٧ ص٨٣٨)

(2) التزام طرفى العقد بتنفيذه بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية على نحو ما نصت عليه المادة =

١٨- الشرط الواقف المستحيل والشرط الواقف المخالف للنظام العام أو الآداب: وتنص الفقرة الأولى من المادة ٢٦٦ مدنى كما رأينا، على أنه «لا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط غير ممكن أو على شرط مخالف للآداب أو للنظام العام، هذا إذا كان الشرط واقفاً...». وقد استعرضنا أمثلة للشرط المستحيل وللشرط المخالف للنظام العام أو الآداب، فإذا كان الشرط فى هذه الأحوال واقفاً غير فاسخ فالشرط باطل كما قدمنا. والالتزام الذى علق وجوده على الشرط يعتبر هو أيضاً غير قائم، لأن وجوده معلق على شرط مستحيل أو غير مشروع، فلن يتحقق هذا الشرط أو لا ينبغى أن يتحقق، ومن ثم لا يوجد الالتزام.

١٩- الشرط الواقف الارادى المحض - احالة: وقد رأينا أن الشرط إذا تعلق بمحض إرادة المدين، وكان شرطاً واقفاً غير مترتب على عقد ملزم للجانبين، فان الالتزام لا يوجد للأسباب التى قدمناها(١)(1).

٢- الشرط الفاسخ
(Condition résolutoire)

٢٠- ما هو الشرط الفاسخ: رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٢٦٥ مدنى تقضى بأن يكون الالتزام معلقاً على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتباً على أمر مستقبل غير محقق الوقوع. ورأينا أن وجود الالتزام إذا كان مترتباً على الشرط، فهذا الشرط واقف. أما إذا كان زوال الالتزام هو المتوقف على الشرط، فهذا الشرط فاسخ. مثل الشرط الفاسخ نزول الدائن

=١/١٤٨ من القانون المدنى. مؤداه. ليس للمدين تحت هذا الشرط القيام بعمل من شأنه منع الدائن من استعمال حقه عند تحقق الشرط. وكل تصرف من جانبه يحول دون تحقق الشرط يحقق خطأ يستوجب التعويض ولو لم يصل إلى حد الغش لما ينطوى عليه من إخلال بواجب مراعاة حسن النية فى تنفيذ العقد، وخير تعويض للدائن فى هذه الحالة هو التعويض العينى أى اعتبار الشرط متحققا حكما ولو لم يتحقق بالفعل فيصبح الالتزام الشرطى نافذا بعد أن تغير وصفه من التعليق إلى التنجيز.

(الطعن رقم ٥٤١٤ لسنة ٦٣ق جلسة ٢٠٠١/٢/١٣)

(١) انظر آنفاً فقرة ١٢.

(1) متى كان الحكم المطعون فيه وهو بصدد تكييف العقد موضوع الدعوى قرر أنه لا يمكن وصف العقد المبرم بين الطرفين (بيع أطيان موقوفة) بأنه معلق على شرط احتمالى، ذلك لأن الشرط الاحتمالى هو الذى يتوقف حصوله على المصادفات المحضة دون أن يتعلق بارادة انسان، والصحيح أن الالتزامات الناشئة عن العقد المذكور قد علقت على شرط موقف هو شرط موافقة هيئة التصرفات بالمحكمة الشرعية على البدل فان تكييف الحكم لالتزام البائع بأنه التزام معلق على شرط واقف انما هو تكييف صحيح.

(جلسة ١٩٦٦/٦/٧ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ ص١٣٢٣)

عن جزء من حقه بشرط أن يدفع المدين الأقساط الباقية كل قسط فى ميعاده، فالشرط هنا شرط فاسخ، وإذا تخلف بأن يتأخر المدين فى دفع الأقساط الباقية، اعتبر نزول الدائن عن جزء من الدين كأن لم يكن[1]. والالتزام المعلق على شرط فاسخ يوجد فى الحال وينفذ، ولكن زواله هو الذى يعلق على الشرط، فإذا تحقق الشرط زال الالتزام واعتبر كأن لم يكن[1]، أما إذا تخلف الشرط فقد أصبح الالتزام باتاً[2]. ونرى من ذلك أن الالتزام المعلق

---

(١) استئناف مختلط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ م٤٤ ص٩٤. ومثل أيضاً الشرط المدون فى عقد البيع بأن البيع لا يكون باتا إلا بعد دفع قسطين من الثمن ويجوز بعد ذلك للمشترى التصرف فى المبيع، فهذا الشرط شرط فاسخ يتمكن به البائع من فسخ البيع حتى بالنسبة إلى من تصرف له المشترى قبل دفع القسطين، ولا يعتبر شرطا واقفاً (استئناف مختلط ٧ مارس سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص١٩٤).

(1) أ- الشرط الفاسخ لا يقتضى الفسخ حتما بمجرد حصول الاخلال بالألتزام إلا إذا كانت صيغته صريحة دالة على وجوب الفسخ حتما عند تحققه، وإذا كانت عبارة الشرط الواردة فى عقد البيع أنه «إذا لم يدفع باقى الثمن فى المدة المحددة به يعتبر البيع لاغيا فان هذا الشرط لا يعدو أن يكون ترديدا للشرط الفاسخ الضمنى المقرر بحكم القانون فى العقود الملزمة للجانبين، ولما كانت محكمة الموضوع قد رأت فى حدود سلطتها التقديرية ألا تقضى بالفسخ استنادا إلى الشرط الفاسخ الضمنى الوارد بالعقد لما تبتغيه من ان الباقى من الثمن بعد استنزال قيمة العجز فى البيع قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام فى جملته فأنها لا تكون قد خالفت القانون.

(جلسة ١٩٧٣/١/١٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص٤٩)

(جلسة ١٩٧٨/٥/٢٥ الطعن ٦٥٤ لسنة ٤٥ق)

(جلسة ١٩٦٧/٣/٢٠ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص٨٥٩)

ب- الشرط الفاسخ الصريح، يسلب محكمة الموضوع كل سلطة تقديرية فى هذا الصدد بحيث لا يبقى لاعتبار العقد مفسوخا إلا أن يتحقق فعلا السبب الذى يترتب عليه الفسخ.

(جلسة ١٩٧٩/٥/١٧ الطعن ٧٩ لسنة ٤٣ق)

(جلسة ١٩٧٨/٢/١٨ الطعن ٦٥٦ لسنة ٤٣ق)

(جلسة ١٩٦٨/١٢/١٠ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ص١٥٠٤)

(٢) وهناك ما يسمى بالشرط الفاسخ الضمنى، وهو مفروض فى العقد الملزم للجانبين، فإذا لم يقم أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد، وقد سبق تفصيل ذلك عند الكلام فى فسخ العقد (الوسيط جزء أول فقرة ٤٦٢ وما بعدها). وطبيعة الشرط الفاسخ الصريح الذى نحن بصدده تختلف كل الاختلاف عن طبيعة ما يسمى بالشرط الفاسخ الضمنى، إذا الشرط الفاسخ الضمنى ليس فى حقيقته شرطاً. وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم الابتدائى قد بنى الفسخ الذى قضى به على الشرط الضمنى، ثم جاء الحكم الاستئنافى مقاماً من ناحية على قيام شرط فاسخ صريح ومن ناحية أخرى على أسباب الحكم الابتدائى، فإنه يكون متناقضاً لاختلاف حكم كل واحد من الشرطين عن حكم الآخر.

(نقض مدنى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ١٦ ص٣٥). وقضت أيضاً بأن شرط الفسخ الصريح وشرطه الضمنى يختلفان طبيعة وحكما. فالشرط الفاسخ الضمنى (le pacte =

على شرط فاسخ هو فى حقيقته التزام زواله معلق على شرط واقف، فان الشرط في الواقع من الأمر واقف فى جميع الأحوال: يقف وجود الالتزام أو يقف زواله، ففى الحالة الأولى يسمى شرطاً واقفاً، وفى الحالة الثانية يسمى شرطاً فاسخاً(١).

=(commissoire tacite لا يستوجب الفسخ حتماً إذ هو خاضع لتقدير القاضى، وللقاضى أن يمهل المدين حتى بعد رفع دعوى الفسخ عليه، بل المدين نفسه له أن يتفادى الفسخ بعرض دينه كاملا قبل أن يصدر ضده حكم نهائى بالفسخ. أما الشرط الفاسخ الصريح فهو فيما تقضى به المادة ٣٣٤ من القانون المدنى (القديم) موجب للفسخ حتما، فلا يملك معه القاضى إمهال المشترى المتخلف عن أداء الثمن، ولا يستطيع المشترى أن يتفادى الفسخ بأداء الثمن أو عرضه بعد إقامة دعوى الفسخ عليه متى كان قد سبقها التنبيه الرسمى إلى الوفاء، بل قد يكون الفسخ الصريح موجباً للفسخ بلا حاجة إلى تنبيه إذا كانت صيغته صريحة فى الدلالة على وقوع الفسخ عند تحققه بلا حاجة إلى تنبيه ولا إنذار. وعلى ذلك فإذا كانت محكمة الدرجة الأولى قد أقامت قضاءها بفسخ العقد على أن المشترى إذ قصر فى الوفاء بجزء من الثمن كان البائع محقاً فى طلب الفسخ بناء على الشرط الفاسخ الضمنى المفترض فى جميع العقود التبادلية، ثم جاءت محكمة الاستئناف فقالت أن الفسخ كان متفقاً عليه جزاء للتخلف عن أداء الثمن وإذ قد ثبت لها تخلف المشترى فهى تقرر حق البائع فى الفسخ نزولا على حكم الشرط الفاسخ الصريح عملا بنص المادة ٣٣٤ مدنى (قديم)، ثم لم تلبث أن قالت فى آخر حكمها أنها تؤيد الحكم المستأنف لأسبابه وتأخذ منه أسباباً لحكمها، فحكمها هذا يكون قد أقيم على أمرين واقعيين متغايرين لا يمكن أن يقوم حكم عليهما مجتمعين لاختلاف شرط الفسخ الصريح والفسخ الضمنى طبيعة وحكماً، وهذا تعارض فى أسباب الحكم يعيبه ويستوجب نقضه (نقض مدنى ٢ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر٥ رقم ٦٨ ص١٥٥) وقضت أيضاً بأن القانون لم يشترط ألفاظاً معينة للشرط الفاسخ الصريح فى معنى المادة ٣٣٤ من القانون المدنى (القديم). وعلى ذلك فإذا ما أثبت الحكم أن طرفى عقد البيع قد اتفقا فى العقد على أن يودع العقد لدى أمين حتى يوفى المشترى الثمن فى الميعاد المتفق عليه، ونصا على أنه عند اخلال المشترى بشروط العقد يصرح الطرفان للمودع لديه باعدام هذا العقد، ثم قرر الحكم أن المستفاد من ذلك أن نية المتعاقدين اتجهت عند تحرير هذا العقد إلى الشرط الفاسخ الصريح أى اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه عند الإخلال بشروطه، فانه لا يكون قد مسخ مدلول نص العقد لأن عبارته تحتمل ما استخلصه الحكم منها (نقض مدنى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٦ ص٦٨٨). انظر أيضاً: نقض مدنى ١٨ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر٤ رقم ١٩٢ ص٥٤٠ – ٤ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٣٧ ص٤٩٨.

وقضت أخيراً محكمة النقض بأنه فى حالة الشرط الفسخ الصريح قد ينزل صاحب المصلحة عن التمسك بوقوع الفسخ من تلقاء نفسه وذلك بانذاره للمدين، فلا يقع الفسخ من تلقاء نفسه بل يلزم لوقوعه أن يصدر به حكم وللمدين أن يتقيه بتنفيذ التزامه (نقض مدنى ٣١ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٤٥ ص٩٢٣).

(١) ويقول اهرنج (Ihering) أن الشرط الواقف وحده هو الذى عرفه القانون الرومانى أولا، ثم أتى الشرط الفاسخ بعد الشرط الواقف وعلى غراره، فهو شرط واقف يعلق على تحققه زوال الالتزام (اهرنج فى روح القانون الرومانى ٤ ص١٦٤).

وقد تدق فى بعض الأحوال معرفة ما إذا كان الشرط واقفاً أو فاسخاً، كما فى البيع المعلق على شرط موافقة الغير على البضاعة المبيعة، فهل الشرط هنا واقف ولا يتم البيع إلا إذا وافق الغير على البضاعة، أو هو شرط فاسخ وينفذ البيع فى الحال على أن يفسخ إذا لم يوافق الغير على البضاعة؟ يرجع الأمر فى ذلك إلى تبين إرادة الطرفين، ويستخلص قاضى الموضوع هذه الإرادة من الظروف والملابسات، فان تبين أن نية الطرفين قد انصرفت إلى أن يكون الشرط واقفاً أو إلى أن يكون فاسخاً التزم هذه النية وحكم على مقتضاها(١).

ويلاحظ أن كل شرط فاسخ يتضمن وجود شرط واقف، سواء كان ذلك فى الالتزام أو فى الحق العينى. فمن التزم بهبة على أن تفسخ إذا رزق ولداً، كان مديناً بالهبة تحت شرط فاسخ، فينفذ التزامه فوراً ويعطى الموهوب له الهبة، وكذلك الموهوب له يصبح مديناً تحت شرط واقف هو نفس الشرط الفاسخ بالنسبة إلى الواهب. فإذا رزق الواهب ولداً فتحقق الشرط، فان تحققه كشرط فاسخ يزيل التزام الواهب بالهبة فيسترددها من الموهوب له، وتحققه كشرط واقف يوجد التزام الموهوب له برد الهبة إلى الواهب فيردها إليه. وكذلك الحكم فى الحق العينى كحق الملكية إذا علق على شرط فاسخ، فان الشئ الواحد يصبح له مالكان، أحدهما مالك تحت شرط فاسخ والآخر مالك تحت شرط واقف، والشرط الفاسخ بالنسبة إلى الأول هو نفس الشرط الواقف بالنسبة إلى الثانى، فإذا ما تحقق هذا الشرط فقد انفسخت ملكية الأول وقامت ملكية الثانى ، أما إذا تخلف الشرط فقد سقطت ملكية الثانى وأصبحت ملكية الأول ملكية باتة(٢).

٢١ – الشرط الفاسخ المستحيل والشرط المخالف للنظام العام أو الآداب: رأينا أن المادة ٢٦٦ مدنى تنص على أنه: «١ – لا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط غير ممكن أو على شرط مخالف للآداب أو النظام العام، هذا إذا كان الشرط واقفاً. أما إذا كان فاسخاً فهو نفسه الذى يعتبر غير قائم. ٢ – ومع ذلك لا يقوم الالتزام الذى علق على شرط فاسخ مخالف للآداب أو النظام العام إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للالتزام.

---

(١) ديرانتون ١٥ فقرة ٤٤ – أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص٨٨.

هذا وقد قضت محكمة النقض بأن الشرط القاضى بأن من يرسو عليه المزاد فى أطيان موقوفة تباع بقصد الاستبدال لا يستحق البيع إلا إذا وافقت المحكمة الشرعية على الاستبدال يعد مشترياً بشرط واقف لا بشرط فاسخ، لأن أجازة الاستبدال من المحكمة إنما هى شرط واقف لا فاسخ (نقض مدنى ٩ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٩ ص٢٠٤).

(٢) لارومبييير٣ م١١٨٣ فقرة ١٦ – ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٨١ – هيك ٧ فقرة ٢٤٤ ص٣٢٦ – بودرى وبارد٢ فقرة ٧٧٥ – بيدان ولاجاود ٨ فقرة ٧٣٥ ص٥٣٧ وفقرة ٧٥٤ – قارن ديرانتون ١١ فقرة ٩١ – أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص٨٩ وهامش رقم ٤ – بلانيول وريبير وجابولد٧ فقرة ١٠٢٥ ص٣٧٣.

ويتبين من هذا النص أن الشرط الفاسخ إذا كان مستحيلا أو مخالفاً للنظام العام أو للآداب، كان باطلا كما قدمنا(1). ولما كان الالتزام المعلق على شرط فاسخ التزاماً نافذاً فوراً وزواله هو المعلق على الشرط الفاسخ، ولما كان هذا الشرط الفاسخ معتبراً كأنه لم يكن لبطلانه، فهو إذن لن يتحقق. ويترتب على ذلك أن الالتزام المعلق على شرط فاسخ مستحيل أو مخالف للنظام العام أو الآداب يكون التزاماً باتاً غير معلق على شرط ما(1)، وليس التزاماً مهدداً بالزوال كما هو شأن الالتزام المعلق على شرط فاسخ صحيح.

على أن الشرط الفاسخ المخالف للنظام العام أو الآداب قد يكون هو السبب الدافع إلى الالتزام(2)، فإذا التزم شخص بترتيب إيراد مدى الحياة لامرأة على أن تعاشره معاشرة غير

---

(١) استئناف أهلى ٩ يناير سنة ١٨٩٣ الحقوق ٧ ص٣٨٥.

(1) أ- إذا كانت واقعة الدعوى هى أنه، حسما للنزاع القائم بين فريق قبيلتى السناقرة والقطعان وبين فريق الجبيهات بسبب حادثة قتل أحد أفراد السناقرة وآخر من القطعان واتهام قبيلة الجبيهات فيهما، اتفق بعض أفراد الفريقين، بمقتضى كتابة موقع عليها منهم، على أن يحكموا فى هذا النزاع قومسيون تحكيم مؤلفا من حكمدار مديرية البحيرة رئيساً، وثمانية أعضاء محكمين اختار كل فريق أربعة منهم. وقرر الجميع أنهم قابلون للحكم الذى يصدر من هذا القومسيون مهما كان، وأنهم مستعدون لتنفيذه بكل الطرق، وأن قومسيون التحكيم المذكور أصدر حكمه بثبوت حصول القتل من قبيلة الجبيهات وبإلزام الموقعين عليه من أفراد هذه القبيلة أن يدفعوا إلى الموقعين عليه من أفراد قبيلتى السناقرة والقطعان مبلغ أربعمائة جنيه دية عن كل واحد من القبلتين بمجرد إتمام حلف أولياء كل قتيل خمسة وخمسين يميناً بأن القتل حصل من قبيلة الجبيهات، ووقع على هذا الحكم بعض أفراد هذه القبائل، فإن هذا الحكم يرتب على الموقعين عليه من أفراد قبيلة الجبيهات تعهدا بدفع مبلغ ثمانمائة جنيه للموقعين عليه من قبيلتى السناقرة والقطعان معلقاً على شرط حلف عدد معلوم من الأيمان، وهذا الشرط الذى قبل الطرفان تعليق تنفيذ التعهد على تحققه ليس مخالفاً للقانون بل له أصله فى القسامة فى مسائل الدية فى الشريعة الإسلامية فهو إذن تعهد مستوف كل العناصر القانونية الواجب توافرها فى التعهدات، وسببه، وهو حصول المتعهدين على الصلح بينهم هم وباقى أفراد قبيلتهم وبين المتعهد لهم وباقى أفراد القبيلتين الاخريين بخصوص حادثة القتل هو سبب صحيح جائز قانونا، فالحكم الذى لا يعتبر هذا تعهدا ملزماً يكون مخالفا للقانون.

(الطعن ١٤٧ لسنة ١١ق - جلسة ١٨/٥/١٩٤٤)

ب- إن ضمان البائع المترتب على بيع المتجر يلزم البائع بعدم التعرض للمشترى فى انتفاعه بالمتجر وبالامتناع عن كل عمل يكون من شأنه الانتقاص من هذا الانتفاع مما يتفرع عنه أن الالتزام بعدم المنافسة فى شتى صوره ومنها حظر التعامل مع العملاء - لا يكون باطلا إلا إذا تضمن تحريم الاتجار كلية على البائع لأنه يكون فى هذه الحالة مخالفا لمبدأ حرية التجارة وحرية العمل وهما من النظام العام. أما إذا كان الشرط محددا من حيث الموضوع ومن حيث الزمان أو المكان وكان التحديد معقولا وهو ما يدخل فى السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع فانه يكون صحيحا.

(الطعن ٣٨٧ لسنة ٢٦ق - جلسة ١٩٦٢/٦/٧ س١٣ ص٧٦٤)

(٢) يتبين من نص الفقرة الأولى من المادة ٢٦٦ مدنى أن الشرط الفاسخ إذا كان مستحيلا فإنه يعتبر = =

شرعية، وعلى أن ينفسخ التزامه إذا هى انقطعت عن معاشرته، كان الشرط الفاسخ هنا باطلا مخالفته للآداب، واعتبر غير قائم. وكانت القاعدة العامة تقتضى أن يبقى الالتزام بترتيب الإيراد قائماً، بعد سقوط الشرط. ولكن لما كان هذا الشرط فى الفرض الذى نحن بصدده هو السبب الذى دفع المدين إلى أن يلتزم بترتيب الإيراد، فان سقوط الشرط يسقط الالتزام معه، كما تقضى بذلك الفقرة الثانية من المادة ٢٦٦ مدنى على ما رأينا. فيسقط، فى وقت معاً، شرط المعاشرة غير المشروعة والالتزام بترتيب الإيراد(١).

غير قائم، ويبقى الالتزام باتاً غير معلق على شرط. ولم تستثن الفقرة الثانية من المادة ٢٦٦ إلا الشرط الفاسخ المخالف للنظام العام أو الآداب إذا كان هو السبب الدافع إلى الالتزام، فيسقط الشرط والالتزام معاً. يبقى إذن الشرط المستحيل إذا كان هو السبب الدافع إلى الالتزام، والظاهر أن الاستثناء الوارد فى الفقرة الثانية من المادة ٢٦٦ لا يشمله، ومن ثم يبقى خاضعاً للفقرة الأولى من المادة ٢٦٦. وينبنى على ذلك أن الشرط المستحيل يسقط ويبقى الالتزام باتاً غير معلق على شرط، حتى لو كان الشرط ليس المستحيل هو الدافع إلى التعاقد.

وقد اشتمل التقنين المدنى الفرنسى على نصين فى هذا الموضوع، فقضت المادة ١١٧٢ من هذا التقنين ببطلان العقد المقترن بشرط مستحيل أو مخالف للنظام العام أو الآداب، وقضت المادة ٩٠٠ من نفس التقنين بصحة التبرعات المقترنة بشرط مستحيل أو مخالف للنظام العام أو الآداب مع سقوط الشرط وحده. فخفف القضاء الفرنسى من شدة النص الأول إذ قضى بأن الشرط إذا لم يكن هو الدافع إلى التعاقد فإنه وحده الذى يسقط ويبقى العقد، وشدد من تراخى النص الثانى إذ قضى بسقوط التبرع ذاته إذا كان الشرط هو السبب الدافع إليه. فخلص من مجموع ما ذهب إليه القضاء الفرنسى المبدأ الآتى: متى كان الشرط المستحيل أو المخالف للنظام العام أو الآداب هو الدافع إلى التعاقد - فى كل من المعاوضات والتبرعات - فإن الشرط والعقد يسقطان معاً، إما إذا كان ليس الشرط هو الدافع إلى التعاقد فإنه وحده هو الذى يسقط ويبقى العقد.

وهذا المبدأ المستخلص من القضاء الفرنسى هو الذى قننته المادة ١١١ من المشروع الفرنسى الإيطالى فيما يتعلق بالشرط الفاسخ مع قصر الاستثناء الخاص بالسبب الدافع على الشرط المخالف للنظام العام أو الآداب دون الشرط المستحيل (أنظر فى هذا المعنى كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٥١ وص٤٤٣ - ص٤٤٤ وص٤٤٣ هامش رقم ٢ - بلانيول وريبير وبولانجيه٢ فقرة ١٣٥٦ - جوسران ٢ فقرة ٧٣٩). وقد نقل التقنين المصرى الجديد هذا المبدأ عن المادة ١١١ من المشروع الفرنسى الإيطالى (أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٩).

(١) وفى فرنسا تثار المسألة بنوع خاص فى شرط الدفع بالذهب أو بعملة أجنبية (أنظر مقال فوارن (Voirin) فى المجلة الانتقادية سنة ١٩٢٦ ص٣٣٧ - كابيتان فى داللوز الأسبوعى سنة ١٩٢٧).

ويلاحظ الأستاذ إسماعيل غانم (أحكام الالتزام ص٢٥٦ - ص٢٥٧) أن الشرط الفاسخ لا يمكن إلا أن يكون هو السبب الدافع إلى التعاقد ما دام قد علق على تحققه فسخ العقد ذاته، فلا تتحقق إذن الصورة التى يكون فيها الشرط الفاسخ ليس هو السبب الدافع إلى التعاقد. على أنه كثيراً ما يختلط فى العمل الشرط الفاسخ بشروط العقد العادية، كما إذا باع شخص سلعة بشرط أن يتقاضى الثمن ذهباً، فمن الممكن أن يكون الشرط هنا شرطاً فاسخاً وأن يكون هو السبب الدافع إلى التعاقد، فيجرى فى هذه الحالة حكم النص.

٢٢ – الشرط الفاسخ الارادى المحض – احالة: وقد قدمنا أن الشرط الإرادى المحض من جانب المدين يجعل الالتزام غير موجود إذا كان شرطاً واقفاً. ورأينا كذلك أن هذا الشرط الإرادى المحض من جانب المدين إذا كان شرطاً فاسخاً فأنه لا يسقط الالتزام، بل يبقى الالتزام قائماً معلقاً على هذا الشرط الإرادى، ومن ثم ينفذ فوراً، ويكون للمدين الخيار بعد ذلك فى الإبقاء عليه إن شاء أو فى إسقاطه فيزول[1].

المبحث الثالث

مصدر الشرط

وأى الحقوق يلحقها وصف الشرط

١ – مصدر الشرط

٢٣ – مصدر الشرط هو الارادة أو التصرف القانونى: بعد أن عرفنا ما هو الشرط وما هى مقوماته وأنواعه، بقى أن نبحث ما هى المصادر التى ينشأ عنها.

وقد رأينا فى الأمثلة المتقدمة أن الشرط مصدره الإرادة، فالملتزم هو الذى يتفق مع الملتزم له أن يكون الالتزام معلقاً على شرط واقف أو على شرط فاسخ. بل إن الشرط يكون مصدره إرادة الملتزم وحدها إذا كان الالتزام نفسه هو وليد هذه الإرادة، فالملتزم بارادته المنفردة كما يملك أن يلتزم التزاماً منجزاً خالياً من أى شرط، يملك كذلك أن يعلق التزامه على شرط، واقفاً كان الشرط أو فاسخاً.

وقد تكون الإرادة مصدر الشرط إرادة صريحة أو إرادة ضمنية[1]. والشرط المتولد من

---

(١) ومن الأمثلة على الإرادة الضمنية ما يأتى: (أ) الاكتتاب فى أسهم شركة تحت التأسيس مفروض فيه أن كل مكتتب إنما اكتتب فى أسهمه بشرط أن تتم تغطية الأسهم، إذ الشركة لا يتم تأسيسها إلا بهذه التغطية (بيدان ولاجارد٨ فقرة ٧٣٣ ص٥٣٤). (ب) إذا أصدرت بلدية سندات وطرحتها فى السوق للاكتتاب، وصرحت بأن الغرض من هذا القرض هو انجاز مشروع معين، فان الاكتتاب يعتبر فى هذه الحالة عملية جمعية (acte collectif)، وكل اكتتاب يكون مشروطا بتغطية جميع السندات (بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧٣٣– بيك فى الشركات ٣ فقرة ١٦٢٦). (جـ) عندما يرسل تاجر أوراقا مالية (شيكات أو كمبيالات) لمصرفه لأضافتها إلى حسابه الجارى، فان الأضافة تكون مشروطة بقبض قيمة الأوراق المالية (بيدان وجارد٨ فقرة ٧٣٣ص٥٣٥). (د) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يعتبر شرطاً ضمنياً موافقة جميع الدائنين على صلح ودى مع المدين، إذ أن الصلح الودى لا يتم إلا بموافقة جميع الدائنين (٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م٤١ ص١٤٢).

(1) إذا كان الإقرار واردا فيه أنه «إذا حصل متى بيع أو رهن لأحد خلافهم (إخوة المقر) فيكون لاغيا ولا يعمل به من الآن وقبل هذا التاريخ. وإذا طلبت البيع فيكون الثمن ستين جنيها عن كل =

إرادة ضمنية هنا هو غير الشرط الفاسخ الضمنى المفترض فى العقود الملزمة للجانبين، كما سبق القول(١).

ولما كان الشرط مصدره فى العادة هو الإرادة، فقد دفع ذلك كثيراً من الفقهاء إلى القول بأن الشرط إنما هو وصف فى الإرادة لا فى الالتزام، فيجب إلحاقه بنظرية التصرف القانونى لا بنظرية الالتزام فى ذاته، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك.

٢٤- هل يكون الشرط مصدره القانون: على أن هناك أوضاعاً قانونية يذهب بعض الفقهاء إلى أنها معلقة على شرط مصدره القانون. ويسوقون من الأمثلة على ذلك الوصية، فهى كما يقولون تصرف قانونى معلق بحكم القانون ذاته على شرط واقف هو أن يعيش الموصى له بعد موت الموصى. ويقولون كذلك أن حق الورثة فى الميراث معلق على شرط واقف هو أن يموت المورث قبلهم. كذلك حق الشفيع فى المشفوع فيه يقولون إنه أيضاً معلق على شرط واقف هو إعلان الشفيع إرادته فى الأخذ بالشفعة.

على أن الشرط الذى يفرضه القانون فى الأمثلة المتقدمة وأمثالها ليس شرطاً بمعناه الصحيح. فقد قدمنا أن الشرط أمر عارض، لا يلحق الحق إلا بعد تكامل عناصره، فيضاف إليه، ويمكن تصور الحق بدونه. أما فى الأمثلة التى قدمناها، فالشرط عنصر من عناصر الحق ذاته، ولا يتصور قيام الحق بدونه. وإنما هو وضع معين يقرره القانون، ويرتب عليه نتائج معينة، وليس له أثر رجعى(٢).

فالشرط إذن ليس له مصدر إلا الإرادة(٣). ولكنه وصف يلحق الحق نفسه لا الإرادة

=فدان» فهذا القيد ليس من قبيل الشرط الإرادى الذى يكون تنفيذه متروكا لمحض إرادة الملتزم فيه، وإنما هو قيد تقيد به المقر لمصلحة إخوته إذا ما اعتزم التصرف فى ملكه.
(الطعن ٣ لسنة ١٠ق- جلسة ١٩٤٠/٤/١٨)

(١) انظر آنفاً فقرة ١٢.

(٢) انظر فى هذا المعنى أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص٨٨- بودرى وبارد٢ فقرة ٧٤٥- فقرة ٧٤٦- ويميز إهرنج بين الوصية والحق المعلق على شرط (انظر روح القانون الرومانى٤ ص١٦٨- ١٧٠).

(٣) انظر فى هذا المعنى الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص١٧٨ وص١٧٩ هامش رقم ١ الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٧٦ ص٢٤٩. وجاء فى الموجز للمؤلف: «هذا ويلاحظ أن تعليق الالتزام على الشرط يجب أن يكون وليد إرادة الطرفين، أما إذا كان القانون هو الذى علق الحكم على استيفاء شرط، كما إذا جعل الوصية متوقفة على وفاة الموصى وكما إذا اشترط الحاجة لاستحقاق النفقة، فلا يكون الالتزام فى مثل هذه الحالة شرطيا».
على أن هناك حالات تقوم فيها شبهة قوية فى أن مصدر الشرط هو القانون. من ذلك ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدنى من أنه «إذا زرع مصرى أرضاً غير مزروعة أو غرسها أو بنى عليها، تملك فى الحال الجزء المزروع أو المغروس أو المبنى ولو بغير ترخيص من الدولة ولكنه يفقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس العشرة السنة التالية للتملك». فهل =

التى هى مصدره، ومن ثم يكون جزءاً من نظرية الالتزام فى ذاته لا من نظرية التصرف القانونى(١).

٢ – الحقوق التى يلحقها وصف الشرط

٢٥ – يلحق الشرط الحقوق الشخصية والحقوق العينية على السواء: والشرط وصف يلحق محل الحقوق، سواء كانت هذه الحقوق شخصية أو عينية. فيلحق الشرط الالتزام أى الحق الشخصى. ويلحق كذلك الحق العينى، فيكون هذا الحق معلقاً على شرط واقف أو على شرط فاسخ، ويكون للشرط فى هذه الحالة كل خصائص الشرط الذى يلحق الحق الشخصى.

٢٦ – الحقوق التى لا يلحقها وصف الشرط: على أن الحقوق التى يلحقها وصف الشرط هى الحقوق المالية. أما الحقوق المتعلقة بالأحوال الشخصية فهى غالباً لا تقبل التعليق على الشرط. فالزواج وما ينشأ عنه من حقوق الزوجية ووجباتها لا تقبل التعليق على الشرط. والحجر والإذن بالتجارة للصبى المميز والنسب، كل هذه تنشئ حقوقاً وحالات قانونية لا يرد عليها الشرط وصفاً(٢).

= يمكن القول أن الملكية هنا معلقة على شرط فاسخ – مصدره القانون – هو عدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس العشرة السنة التالية للتملك؟ (انظر فى هذا المعنى فى عهد التقنين المدنى السابق: استئناف مختلط ٢٦ يناير سنة ١٩٣٧ م٤٩ ص٨١). ومن ذلك أيضاً ما قضت به المادة ٥٠١ (حرف جـ) من جواز فسخ الهبة إذا رزق الواهب بعد الهبة ولدا يظل حيا إلى وقت الفسخ (أنظر أيضا فى هذا المعنى المادة ٩٦٠ وما بعدها من التقنين المدنى الفرنسى).

ويذهب بلانيول وريبير وبولانجيه (٢ فقرة ١٣٤٩) وبيدان ولاجارد (٨ فقرة ٧٣٣) إلى أن الشرط فى مثل هذه الحالات مصدره القانون فعلا. ولكن قارن بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٢٤ ص٣٧١ – ص٣٧٢. وفى رأينا أن «الشرط» فى هذه الحالات ليس إلا وضعا خاصاً قرره القانون، ورتب عليه نتائجه. وسواء تحقق هذا الوضع أو تخلف، فليس له – كما للشرط بالمعنى الصحيح – أثر رجعى.

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع النهائى: «ويراعى أن التعليق يرد على الالتزام ذاته دون العقد أو التصرف القانونى بوجه عام... ولهذا كان نهج المذهب اللاتينى أدنى إلى التوفيق فى هذا الصدد من منحى المذهب الجرمانى. ذلك أن الأول يفرد لأحكام الشرط مكاناً فى نطاق النظرية العامة للالتزام، فى حين أن الثانى يلحق هذه الأحكام بنظرية التصرف القانونى» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٧).

(٢) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص٩١ هامش رقم ١٠ – انظر أيضاً إهرنج فى روح القانون الرومانى٤ ص١٦٥.

الفرع الثانى
ما يترتب على الشرط من الآثار

٢٧ – التمييز بين مرحلتين: حتى نتبين بوضوح ما يترتب على الشرط من الآثار يجب أن نميز بين مرحلتين: (١) مرحلة التعليق، وهى المرحلة التى يكون فيها الشرط قائماً لا يعلم هل يتحقق أو يتخلف، ولذلك يكون الالتزام فيها معلقاً، ومن ثم سمينا هذه المرحلة بمرحلة التعليق. (٢) مرحلة ما بعد التعليق، وهى المرحلة التى يتبين فيها مآل الشرط هل تحقق أو تخلف، ولتحققه آثار تختلف عن آثار تخلفه فى كل من الشرط الواقف والشرط الفاسخ.

المبحث الأول
أثر الشرط فى مرحلة التعليق
١ – الشرط الواقف

٢٨ – النصوص القانونية: تنص المادة ٢٦٨ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«إذا كان الالتزام معلقاً على شرط واقف، فلا يكون نافذاً إلا إذا تحقق الشرط. أما قبل تحقق الشرط، فلا يكون الالتزام قابلا للتنفيذ القهرى ولا للتنفيذ الاختيارى، على أنه يجوز للدائن أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقه»(١).

وحكم هذا النص فيما يتعلق بمرحلة التعليق كان معمولا به فى عهد التقنين المدنى السابق دون أن يشتمل هذا التقنين على نص فى ذلك.

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٦٨، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٥٥، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٢٨٨، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٩٣ إلى ٩٥(٢).

---

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ٣٨٩ من المشروع التمهيدى على وجه يكاد يكون مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. وفى لجنة المراجعة حور النص تحويراً لفظياً طفيفاً جعل المطابقة تامة، وأصبح المادة ٢٨٠ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢٦٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص١٤ – ص١٦).

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى م٢٦٨ (مطابقة للمادة ٢٦٨ مصرى).

التقنين المدنى الليبى م٢٥٥ (مطابقة للمادة ٢٦٨ مصرى). =

٢٩- مراتب الحق من حيث الوجود والنفاذ: ويتبين من النص المتقدم الذكر أن الالتزام المعلق على شرط واقف(1)، وهو في مرحلة التعليق، لا يكون نافذاً، بل هو لا يكون موجوداً وجوداً كاملاً(١). ويمكن القول إن الحق، من حيث الوجود والنفاذ، يتدرج بين مراتب سبع: (١) مرتبة الحق المعدوم، وهو ما لا وجود له ولا يحتمل وجوده. (٢) مرتبة الحق الاحتمالي، وهو ما لا وجود له ويحتمل وجوده، فهو معدوم على خطر الوجود. (٣)

= التقنين المدني العراقي م٢٨٨ : العقد المعلق على شرط واقف لا ينفذ إلا إذا تحقق الشرط. (ويلاحظ أن التقنين المدني العراقي لم يبين في نصوصه كيف أن الحق المعلق على شرط واقف لا يقبل التنفيذ إطلاقاً وإن كان يجوز اتخاذ الإجراءات التحفظية بموجبه، كما يبين ذلك التقنين المدني المصري. ولكن لما كانت هذه الأحكام يمكن استخلاصها من تطبيق القواعد العامة، إذ الحق غير النافذ حق موجود، فإنه يمكن القول بتطبيق هذه الأحكام في القانون المدني العراقي: (انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ١٣٤، ومع ذلك قارن فقرة ١٣٧).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م٩٣ : إن الموجب المعقود على شرط التعليق لا يقبل التنفيذ الإجباري ولا التنفيذ الاختياري ولا يمر عليه الزمان ما دام الشرط معلقاً. على أن الدائن يمكنه أن يقوم بأعمال احتياطية، أخصها قيد الرهن المؤمن دينه عند الاقتضاء وطلب تطبيق الخط ووضع الأختام وإنشاء المحاضر والجداول.

م٩٤ : إن الموجب الذي عقد على شرط التعليق وما زال الشرط فيه معلقاً يمكن التفرغ عنه بوجه خاص أو بوجه عام.

م٩٥ : إن الموجب عليه تحت شرط التعليق لا يمكنه قبل تحقق هذا الشرط أن يقوم بأي عمل من شأنه أن يمنع استعمال حقوق الدائن أو يزيده صعوبة في حالة تحقق الشرط. وبعد أن يتحقق شرط التعليق تكون الأعمال التي أجراها الموجب عليه في خلال ذلك ملغاة على قدر ما يكون فيها من الإضرار بالدائن، ما عدا الحقوق المكتسبة شرعاً لشخص ثالث حسن النية.

(ويلاحظ أن التقنين اللبناني أكثر إيراداً للتفصيلات من التقنين المصري، ولكن جميع التفصيلات الواردة في التقنين اللبناني يمكن الأخذ بها في القانون المصري تطبيقاً للقواعد العامة، ودون حاجة إلى نصوص خاصة في ذلك).

(١) انظر في هذا المعنى بيدان ولاجارد٨ فقرة ٧٣٨. وقد كان القانون الروماني يعتبر في بعض نصوصه (Institutes) الحق تحت شرط واقف مجرد أمل وليس حقاً، وإن اعتبره حقاً لا مجرد أمل في نصوص أخرى (Digeste) : انظر بودري وبارد ٢ فقرة ٨٣٧. أما تقاليد القانون الفرنسي القديم فكانت في المعنى الأول، وكان پوتييه يذهب إلى أن الحق المعلق على شرط واقف وليس بحق وإنما هو مجرد أمل (پوتييه في الالتزامات فقرة ٢١٨ وفقرة ٢٢٢).

(1) المقرر في قضاء محكمة النقض أن تقدير ما إذا كان الالتزام منجزا أو معلقا على شرط من مسائل الواقع التي تخضع لسلطة محكمة الموضوع، كما أن لها سلطة البحث في حقيقة العقد المتنازع عليه وانتظار مدلوله بما تضمنته عباراته على ضوء الظروف التي أحاطت بتحريره وما يكون قد سبقه أو عاصره من اتفاقات وذلك دون معقب متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة لها مأخذها الصحيح وكافيا لحمل قضائه.

(الطعن رقم ١٨٥ لسنة ٦٨ق جلسة ١٩٩٩/٤/١٨)

مرتبة الحق المعلق على شرط واقف، وهو حق موجود فعلا ولكنه غير كامل الوجود. (٤) مرتبة الحق المؤجل، وهو حق موجود وجوداً كاملا ولكنه غير نافذ. (٥) مرتبة الحق المعلق على شرط فاسخ، وهو حق موجود وجوداً كاملا وهو فى الوقت ذاته حق نافذ، ولكنه موجود على خطر الزوال. (٦) مرتبة الحق المقترن بأجل فاسخ، وهو حق موجود وجوداً كاملا وهو نافذ إلى أجل ثم ينقضى بانقضاء هذا الأجل. (٧) مرتبة الحق المنجز، وهو حق موجود وجوداً كاملا وهو نافذ إلى غير أجل.

ويخلص من ذلك أن الحق المعلق على شرط واقف هو: (١) حق موجود[١] (٢) ولكن وجوده غير كامل.

٣٠- الحق معلق على شرط واقف حق موجود: وآية وجوده تظهر فيما يأتى:

(١) ينتقل هذا الحق من صاحبه إلى الغير بالميراث وغيره من أسباب انتقال الحقوق. فالحق المعلق على شرط واقف يورث، ويجوز لصاحبه أن يوصى به، وأن يتصرف فيه بالبيع

---

(١) ويقول إهرنج إن الحق المعلق على شرط واقف هو حق موجود وجود الجنين فى بطن أمه. فالحق كالإنسان يتدرج نطفة، ثم علقة، إلى أن يكمل خلقاً سوياً. والحق المعلق على شرط واقف يبدأ جنيناً وقت تعلق الشرط، إلى أن يولد حياً عند تحققه، أو ميتاً عند تخلفه (روح القانون الرومانى ٤ ص١٦٦- ص١٦٧). ثم يقول (ص١٧٤) إن الحق ينشأ فوراً من مصدره، ولا يمكن أن يتخلل أى فراغ بين وجود المصدر ونشوء الحق، فمتى وجد الاتفاق المعلق على شرط واقف فقد وجد الحق المعلق على هذا الشرط، لا يفصل بينهما أية فترة من الزمن مهما قصرت، كما لا يفصل بين الميلاد ودبيب الحياة فى المولود أية فترة من الزمن.

ويذهب شوس (Chausse) فى مقاله فى المجلة الانتقادية (سنة ١٩٠٠ ص٥٤٠- ص٥٤١) إلى أن الرومان كانوا يميزون بين العناصر الذاتية (éléments subjectifs) للحق وعناصره الموضوعية (éléments objectifs). فالعناصر الذاتية للحق المعلق على شرط واقف يجب توافرها وقت الاتفاق على هذا الحق، فيوجد فى هذا الوقت طرفا الحق، وتتوافر فيهما الأهلية اللازمة، ويجوز أن ينتقل الحق إلى غير صاحبه ولو قبل تحقق الشرط. أما العناصر الموضوعية فيجب توافرها عند تحقق الشرط، ففى هذا الوقت يتحدد محل الحق، ويصح أن يكون هذا المحل غير موجود وقت الاتفاق ما دام أنه سيوجد وقت تحقق الشرط.

ولكن بلانيول وريبير وبولانجيه يذهبون إلى أن الحق تحت شرط واقف ليس إلا مجرد أمل، وأن كانوا يقولون إن الدائن تحت شرط واقف يملك «شيئاً» يجب الاعتداد به، هو الأمل فى أن يكون يوماً ما دائنا، وهو أمل يحميه القانون وينظمه (بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣٥٨ وانظر أيضاً الجزء الأول فقرة ٣٢٥). وما دام القانون يحمى هذا «الأمل» وينظمه، فهو إذن حق موجود وإن كان غير كامل الوجود. وهذا هو الذى يميز بين الحق تحت شرط واقف وهو حق موجود كما قدمنا، والحق الاحتمالى وهو لا يزيد على مجرد أمل.

أنظر فى المعنى الذى نقول به كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٥٣ - جوسران ٢ فقرة ٧٤٠- الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٥٨. وقارن الأستاذ عبد الحى حجازى١ ص١٨٢.

والهبة والرهن وغير ذلك من أنواع التصرف، بل يجوز لصاحب هذا الحق أن ينزل عنه بارادته المنفردة فيزول. وتنص المادة ٩٤ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على «أن الموجب الذى عقد على شرط التعليق وما زال الشرط فيه معلقاً يمكن التفرغ عنه بوجه خاص أو بوجه عام»، أى يمكن أن ينتقل بسبب خاص كالوصية والبيع والهبة، أو بسبب عام كالميراث.

(٢) يجوز لصاحب الحق على شرط واقف أن يجرى الأعمال المادية اللازمة لصيانته من التلف. ولا يجوز للمدين تحت شرط واقف أن يقوم بأى عمل من شأنه أن يمنع الدائن من استعمال حقه عند تحقق الشرط، أو يزيد هذا الاستعمال صعوبة. وكل تصرف من جانب المدين يضر بحقوق الدائن عند تحقق الشرط لا يعتد به، وذلك فيما عدا الحقوق التى كسبها الغير بحسن نية (م٩٥ لبنانى)(١).

(٣) يجوز لصاحب الحق المعلق على شرط واقف أن يقوم بالأعمال التحفظية اللازمة للمحافظة على حقه، كوضع الأختام وتحرير قوائم الجرد وقيد الرهون الرسمية وتجديد القيد والتدخل فى القسمة ورفع دعاوى تحقيق الخطوط ووضع الحراسة على الأعيان(٢). بل يجوز أن يستعمل الدعوى غير المباشرة ودعوى الصورية، وقد سبق بيان ذلك عند الكلام فى هاتين الدعويين(٣).

(٤) يجوز لصاحب الحق المعلق على شرط واقف أن يدخل فى التوزيع، ويطلب أن يختص بمبلغ يقابل قيمة حقه مع حفظ هذا المبلغ فى خزانة المحكمة وتعليق قبضه إياه على تحقق الشرط(٤). ويجوز أن يوزع المبلغ على الدائنين التالين بشرط أن يقدموا كفالة

---

(١) بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧٤٠ ص٥٤٠.

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص١٥- وانظر أيضاً الفقرة الثانية من المادة ٩٣ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى.

(٣) ويجوز للدائن تحت شرط واقف أن يأخذ بحقه كفيلا أو رهناً أو أى ضمان آخر (الأستاذ عبد الحى حجازى١ ص١٨٢). ومن الأعمال التحفظية التى يستطيع المالك تحت شرط واقف أن يقوم بها قطع التقادم ضد حائز العين. ذلك أن التقادم فى هذه الحالة يسرى ضد المالك تحت شرط فاسخ، ولكنه قد يتم قبل تحقق الشرط الواقف، فإذا ما تحقق هذا الشرط ولم يستطع صاحبه قطع التقادم، فإنه لا يتمكن من نزع العين من حائزها بعد أن أصبح هذا مالكاً لها بالتقادم. ومن ثم جاز للمالك تحت شرط واقف أن يقطع التقادم قبل أن يتم توقياً لهذا الضرر (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص١٠٥).
ولكن لا يعتبر عملا تحفظياً تطهير العقار المرهون، فلا يجوز للمالك تحت شرط واقف لعقار مرهون أن يطهره، ويجوز ذلك للمالك تحت شرط فاسخ إذ يعتبر التطهير عملا من أعمال الإدارة كما سنرى (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص١٠٥- بودرى وبارد٢ فقرة ٨٤٢).

(٤) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص١٠٤- توليه٦ فقرة ٥٢٨ - وبرانتون ١١ فقرة ٦٩- ديمولومب ٢٥ فقرة ٣٧٠- لوران ١٧ فقرة ٨٩- بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٤٣- بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧٤٠ ص٥٤٠.

تضمن رده فى حالة تحقق الشرط[1]. ولكن لا يجوز لصاحب الحق المعلق على شرط واقف حجز ما لمدينه لدى الغير ولا أن يقوم بأى حجز تحفظى آخر، لأن حقه غير حال الأداء ولا محقق الوجود (م٣١٩ و ٣٢٥ مرافعات)، ولكن إذا حجز دائن آخر على ما للمدين لدى الغير كان للدائن تحت شرط واقف أن يدخل فى التوزيع على النحو الذى سبق ذكره[2].

٣١- الحق المعلق على شرط واقف وجوده غير كامل: ولكن الحق المعلق على شرط واقف إذا كان موجوداً، فان وجوده ناقص لم يتكامل، ولا يتكامل إلا إذا تحقق الشرط(1). ومن ثم يفقد هذا الحق الناقص، فى مرحلة التعليق، مزايا الحق الكامل من وجوه عدة، نذكر من بينها:

(١) لا يكون الحق المعلق على شرط واقف قابلا للتنفيذ القهرى وهو فى حالة التعليق. فلا يستطيع الدائن تحت شرط واقف أن يقتضى جبراً من المدين الدين المعلق على هذا الشرط(2). بل لا يجوز للدائن تحت شرط واقف أن يستعمل الدعوى البوليصية وهى

---

(١) لوران ١٧ فقرة ٨٩.

(٢) استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٦ م٣٩ ص٢٣- بودرى وبارد٢ فقرة ٨٤٤- الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام ص٢٥٩ هامش رقم ١.

(1) إذ كان الشرط الواقف من شأنه أن يوقف نفاذ الالتزام إلى أن تتحقق الواقعة المشروطة. فيكون الالتزام فى فترة التعليق موجودا، غير ان وجوده ليس مؤكدا مما يترتب عليه أنه لا يجوز للمستأجر خلالها أن يتخذ الوسائل التنفيذية للمطالبة بحقه جبرا أو اختيارا طالما لم يتحقق الشرط، وكانت دعوى صحة التعاقد لا يقتصر موضوعها على محل العقد بل يتناول تنفيذه أيضا. اعتبار بأن الحكم الذى يصدره القاضى فى الدعوى يقوم مقام تنفيذ العقد إذا سمحت بذلك طبيعة الالتزام وفقا للمادة ٢١٠ من القانون المدنى، فإن ما خلص إليه الحكم من أن تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد مرتبطة باستصدار الترخيص ورتب على ذلك أن الدعوى مرفوعة قبل أوانها فانه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون.

(الطعن رقم ١٨٠٤ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٩٠/٤/٥)

(الطعن رقم ١٧٦١ لسنة ٥٠ق- جلسة ١٩٨٤/١٢/٢٧)

(الطعن رقم ٩١٤ لسنة ٤٣ق - جلسة ١٩٧٨/١/١٨ س٢٩ ص٢٣٤)

(2) الشرط الواقف من شأنه أن يوقف نفاذ الإلتزام إلى أن تتحقق الواقعة فيكون الالتزام فى فترة التعليق موجوداً غير أن وجوده ليس مؤكداً وأحكام هذا الشرط الواقف إنما تقتصر على الشرط الذى ينشأ عن إرادة الملتزم، أما إذا كان القانون هو الذى فرض الشرط وعلق عليه حكماً من الأحكام فذلك لا يعتبر شرطاً بمعناه الصحيح، إذا الشرط أمر عارض لا يلحق الحق إلا بعد تكامل عناصره فيضاف إليه ويمكن تصور الحق بدونه، وذلك بعكس الشرط الذى يكون القانون مصدره، لانه فى هذه الحالة يعد عنصراً من عناصر الحق ذاته ولا يتصور قيام الحق بدونه ومن ثم لا يوجد الحكم المشروط ولا يثبت إلا عند تحقق شرطه أما قبل ذلك فلا يثبت لأن الأصل أن الأثر لا يسبق المؤثر، لما كان ذلك وكانت موافقة مجلس الوزراء أمر إشترطه القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٧٦ لإمكان تملك غير المصريين للعقارات المبينة =

توطئة وتمهيد مباشر للتنفيذ القهرى، فقد قدمنا أن حق الدائن فى الدعوى البوليصية يجب أن يكون مستحق الأداء والحق المعلق على شرط واقف غير مستحق الأداء.

(٢) لا يجوز للدائن تحت شرط واقف أن يتقاضى حقه برضاء المدين عن طريق التنفيذ الاختيارى. ليس ثمة بطبيعة الحال ما يمنع المدين تحت شرط واقف من أن يفى بالدين قبل تحقق الشرط، ولا ما يمنع الدائن من تقاضى هذا الحق، ولكن هذا الوفاء يكون وفاء بغير المستحق، فإذا كان المدين قد وفى الدين وهو يعتقد خطأ أن الدين معلق على شرط أو أن الشرط قد تحقق، جاز له استرداده وفقاً للقواعد العامة فى دفع غير المستحق(١).

(٣) لما كان الحق المعلق على شرط واقف غير مستحق الأداء لأن وجوده لم يتكامل، فان التقادم المسقط لا يسرى بالنسبة إليه ما دام حقاً معلقاً، ولا يسرى التقادم إلا إذا تكامل وجود الحق وأصبح نافذاً وذلك بتحقق الشرط(1).

(٤) إذا كان الحق المعلق على شرط واقف هو حق الملكية، كان لهذا الحق مالكان: مالك تحت شرط واقف وهو الذى انتقلت له الملكية معلقة على هذا الشرط، ومالك تحت شرط فاسخ وهو من انتقلت منه الملكية إلى المالك تحت شرط واقف(٢). فالمالك تحت

= والأراضى الفضاء فإن هذه الموافقة تعد من عناصر الحق ذاته لا يتصور قيامه بدونها. وبالتالى فإنه لا تثريب على الحكم المطعون فيه إن هو لم يستجب لطلب الطاعن وقف الدعوى أو تأجيلها لحين حصوله على موافقة مجلس الوزراء وتقديمها.

(الطعن ٢٠٧٠ لسنة ٥١ق – جلسة ١٩٨٥/١/٢٤ س٣٦ ص١٤٢)

(الطعن ٢٠٦٩ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٥/٣/٢٨)

(١) ديرانتون ١٣ فقرة ٦٨٨ – ديمولومب ٢٥ فقرة ٣٥٨– لوران ١٧ فقرة ٩١– بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٣٢– بلانيول وريبير وبولانجيه٢ فقرة ١٣٦٠.

(٢) انظر فى كل ذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص١٤– ص١٥– الموجز للمؤلف فقرة ٤٧٢.

(1) أ– القاعدة سواء فى التقنين المدنى القديم أو القائم أن التقادم المسقط لا يبدأ سريانه إلا من الوقت الذى يصبح فيه الدين مستحق الأداء مما يستتبع أن التقادم لا يسرى بالنسبة إلى الالتزام المعلق على شرط موقف إلا من وقت تحقق هذا الشرط. وإذا كان ضمان الاستحقاق إلتزاما شرطيا يتوقف وجوده على نجاح المتعرض فى دعواه فإن لازم ذلك أن التقادم لا يسرى بالنسبة لهذا الضمان إلا من الوقت الذى يثبت فيه الاستحقاق بصدور حكم نهائى به لا من وقت رفع الدعوى بالاستحقاق.

(الطعن ١٣٢ لسنة ٣٢ق – جلسة ١٩٦٦/٣/١٠ س١٧ ص٥٦٤)

ب– جرى قضاء محكمة النقض على أن التقادم المسقط – سواء فى ظل التقنين المدنى القديم أو القائم – لا يبدأ سريانه إلا من الوقت الذى يصبح فيه الدين مستحق الأداء، بما يستتبع أن التقادم، لا يسرى بالنسبة إلى الالتزام المعلق على شرط موقف، الا من وقت تحقق هذا الشرط.

(الطعن ٢٠٠ لسنة ٣٧ق – جلسة ١٩٧٢/٢/٢٩ س٢٣ ص٢٦١)

شرط واقف حقه غير كامل الوجود كما قدمنا، أما حق المالك تحت شرط فاسخ فهو كامل الوجود. ومن ثم كان لهذا المالك أن يدير العين، وأن يتصرف فيها، وأن يطهر العقار، وهو الذى يتحمل هلاك العين، ويستطيع دائنوه أن ينفذوا بحقوقهم عليها(١).

٢ - الشرط الفاسخ

٣٢- الحق المعلق على شرط فاسخ حق موجود نافذ: قدمنا أن الحق المعلق على شرط فاسخ حق موجود وجوداً كاملا، وهو فى الوقت ذاته حق نافذ، ولكنه حق موجود على خطر الزوال(1).

فصاحب هذا الحق يملكه حالا، وله أن يديره وأن يتصرف فيه كما سبق القول، ولكن تصرفاته تكون على خطر الزوال كحقه، فإذا ما تحقق الشرط الفاسخ، زال حقه وزالت معه جميع التصرفات التى أجراها فيه.

على أن هناك من الأعمال التى يقوم بها صاحب الحق المعلق على شرط فاسخ ما يبقى حتى بعد تحقق الشرط، وهى أعمال الادارة المقترنة بحسن النية، وسيأتى بيان ذلك.

وقد قدمنا أن المالك تحت شرط فاسخ هو الذى يتحمل تبعة هلاك العين، وهو الذى يطهر العقار المرهون، ويستطيع دائنوه أن ينفذوا بحقوقهم على العين المملوكة تحت شرط فاسخ ويكون هذا التنفيذ معلقاً إلغاؤه على تحقق الشرط(٢).

ويستطيع المالك تحت شرط فاسخ أن يحسب مدة حيازته للعين فى التقادم، فإذا أكمل المدة ملك العين بالتقادم تجاه المالك الحقيقى ولحساب المالك تحت شرط واقف، فإذا

---

(١) ولا يستطيع المالك تحت شرط واقف أن يمنع هذا التنفيذ، ولكن إذا تحقق الشرط الواقف كان له أثر رجعى، فتزول الآثار التى ترتبت عليه (بودرى وبارد٢ فقرة ٨٣٤).

ولا يستطيع المالك تحت شرط واقف أن يأخذ بالشفعة حال تعليق الشرط، ولا يأخذ بالشفعة إلا إذا تحقق الشرط. كذلك البيع المعلق على شرط واقف لا يؤخذ فيه بالشفعة إلا إذا تحقق الشرط، ولا تجرى مواعيد الشفعة إلا من وقت تحققه (استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٤٦٣).

(٢) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص١٠٢. ويدفع المالك تحت شرط فاسخ رسوم انتقال الملكية كاملة.

(1) لما كان الالتزام قبل تحقق الشرط الفاسخ - وهو أمر مستقل غير محقق الوجود يترتب عليه وفقا لحكم المادة ٢٦٥ من القانون المدنى زوال الالتزام المعلق على هذا الشرط، يكون قائما ونافذا فى فترة التعليق ولكنه مهدد بخطر الزوال. إذا كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى اعمالا بما تقضى به المادة ١/٢٦٦ من القانون المدنى إلى بطلان الشرط الفاسخ لمخالفته للنظام العام وبقاء الالتزام بالدين قائماً فأنه لا يكون قد خالف القانون.

(جلسة ١٩٧٨/٤/٢٥ الطعن رقم ٦٦٥ لسنة ٤٤ق)

ما تحقق الشرط رجعت العين، بعد أن تمت مدة التقادم، لا إلى المالك الأصلى بل إلى المالك تحت شرط واقف[1].

ويستطيع المالك تحت شرط فاسخ أن يباشر دعاوى الملكية ودعاوى الحيازة بالنسبة إلى العين التى يملكها تحت هذا الشرط، كما يستطيع أن يدفع عن نفسه كمالك أى اعتداء يقع على ملكيته.

وإذا كانت العين المملوكة تحت شرط فاسخ نصيباً شائعاً؛ جاز للمالك تحت شرط فاسخ أن يطلب القسمة، فإذا ما تمت كانت نافذة فى حقه وفى حق المالك تحت شرط واقف فى حالة تحقق هذا الشرط. ذلك أن القسمة إجراء من اجراءات الادارة التى تبقى قائمة حتى بعد تحقق الشرط الفاسخ. ولكن يجوز للمالك تحت شرط واقف أن يتدخل فى

---

(١) بودرى وبارد٢ فقرة ٨٧٥– وجاء فى الموجز للمؤلف: «وإذا تلقى الدائن ملكية العين معلقة على شرط فاسخ، وتبين بعد ذلك أن المدين الذى تلقى الدائن عنه الملكية كان لا يملك العين بل كان واضعاً يده عليها مدة ، فإن الدائن يتملك العين بالتقادم إذا تأيد حقه بتخلف الشرط وكان قد أكمل المدة اللازمة لتملك العين بالتقادم. ففى بيع الوفاء لو أن البائع وفاء كان لا يملك العين، ولكنه وضع يده عليها مدة اثنتى عشرة سنة، ثم باعها وفاء، وبقى المشترى واضعاً مدة ثلاث سنوات أخرى، وانقضى ميعاد الاسترداد دون أن يسترد البائع، فإن المشترى يتملك العين لا بالبيع لأنه صدر من غير مالك، بل بالتقادم بعد أن أكمل مدته خمس عشرة سنة» (الموجز فقرة ٤٧٨ ص٤٨٦). ونلاحظ أيضا هنا أن المشترى وفاء قد أكمل التقادم إما لحسابه هو إذا لم يسترد البائع، أو لحساب البائع إذا استرد. وفى حالة استرداد البائع للمبيع وفاء تعود إليه الملكية، ويعتبر أنه كسبها بالتقادم، فقد وضع يده اثنتى عشرة سنة أكملها المشترى إلى خمس عشرة.

وكما يسرى التقادم لمصلحة المالك تحت شرط فاسخ، كذلك يسرى التقادم ضده، فلو أن عقاراً باعه صاحبه تحت شرط واقف، فبقى هو مالكاً إياه تحت شرط فاسخ، ثم اغتصب العقار شخص آخر، فإن المغتصب يكسب الملكية بالتقادم ضد المالك تحت شرط فاسخ، ولا يقف التقادم لمصلحة المالك تحت شرط واقف (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص١٠٣). ويذهب كثير من الفقهاء (ديرانتون ٩ فقرة ٣١٢ – لاروميير ٢ م ١١٨١ فقرة ١٦– لوران ١٧ فقرة ٩٥– بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٢١– فقرة ٨٢٢) إلى أن الحائز للعقار (المغتصب) يسرى تقادمه ضد المالك تحت شرط فاسخ أو ضد المالك تحت شرط واقف حسبما يتخلف الشرط أو يتحقق، لأن لتخلفه أو لتحققه أثراً رجعياً. فإذا تخلف الشرط اعتبر التقادم سارياً ضد المالك تحت شرط فاسخ الذى تأيدت ملكيته بتخلف الشرط، وإذا تحقق الشرط اعتبر التقادم سارياً ضد المالك تحت شرط واقف إذ يعتبر مالكاً منذ البداية بتحقق الشرط. ولا نرى فى هذا الخلاف أهمية عملية ما دام الجميع متفقين أن سريان التقادم لا يوقف ضد المالك تحت شرط واقف إذا ما تحقق الشرط وصار مالكاً منذ البداية واعتبر التقادم سارياً ضده. والنتيجة العملية لا تتغير، فالحائز تحسب له مدة حيازته فى أثناء تعلق الشرط، إما ضد المالك تحت شرط فاسخ، وإما ضد المالك تحت شرط واقف. ولذلك رأينا فيما قدمناه أن المالك تحت شرط واقف يستطيع أن يقطع التقادم أثناء تعلق الشرط، ويعتبر هذا عملا من أعمال التحفظ المخولة له بموجب حقه المعلق على شرط واقف (انظر آنفاً فقرة ٣٠ فى الهامش).

إجراءات القسمة حتى يمنع أى غش أو تواطؤ بين الشركاء. ويستوى فيما قدمناه أن تكون القسمة قسمة قضائية أو قسمة رضائية(١).

أما الدائن تحت شرط فاسخ، أى من له حق شخصى معلق على هذا الشرط، فان حقه يكون حالا واجب الأداء، ويستطيع أن يتقاضاه من المدين طوعاً أو كرها، أى بطريق التنفيذ الاختيارى أو بطريق التنفيذ الجبرى.

٣٣- ولكن الحق المعلق على شرط فاسخ موجود على خطر الزوال: على أن الحق المعلق على شرط فاسخ معرض للزوال، وهو يزول فعلا بتحقق الشرط. فإذا كان الدائن تحت شرط فاسخ قد استوفى الدين من مدينه، ثم تحقق الشرط، جاز للمدين أن يسترد ما دفع وفقاً للقواعد العامة فى دفع غير المستحق(٢).

ولا يستطيع صاحب الحق المعلق على شرط فاسخ، كما قدمنا، أن يأتى من الأعمال ما من شأنه أن يعوق الجانب الآخر - صاحب الحق المعلق على شرط واقف - من استعمال حقه إذا نفذ هذا الحق بتحقق الشرط(٣).

المبحث الثانى
أثر الشرط بعد انتهاء مرحلة التعليق

٣٤- مسائل البحث: إذا انتهت مرحلة التعليق فإن مآل الشرط يتبين، فهو إما أن

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٦٧ - فقرة ٨٧٢. ويجوز للمالك تحت شرط فاسخ أن يأخذ بالشفعة (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص١٧)، ويبقى حقه على العقار الذى أخذه بالشفعة قائماً حتى لو تحقق الشرط الفاسخ (استثناء من الأثر الرجعى)، ولا يرد للمالك تحت شرط واقف عند تحقق الشرط إلا العين الأصلية دون العين المشفوع فيها. ويجوز للمالك تحت شرط فاسخ أن يطهر العقار المرهون، ويكون التطهير باتاً ولو تحقق الشرط الفاسخ (بودرى ٢ فقرة ٨٧٣- كولان وكاپيتان ٢ فقرة ٦٥٩)، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك. انظر فى الأثر البات للأخذ بالشفعة وللتطهير: المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٢١- الموجز للمؤلف ص٤٨٥- الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٨٨ ص٥١٥.

(٢) ولا تقع المقاصة بين دين معلق على شرط فاسخ ودين بات ما بقى التعليق قائماً (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص١٧- الموجز للمؤلف ص٤٨١). ويذهب الأستاذ إسماعيل غانم (أحكام الالتزام ص٢٥٩ هامش رقم ٢) إلى جواز المقاصة حالة التعليق لأن الدين حال الأداء، فإذا تحقق الشرط زالت المقاصة، ويستند فى ذلك إلى موسوعة داللوز٢ فقرة ١٢٢ ص٩١٠. وتجوز المقاصة على كل حال بين دين كان معلقاً على شرط فاسخ ثم تأيد وبين دين منجز منذ البداية (الموجز للمؤلف فقرة ٤٧٨ ص٤٨٦).

(٣) أنظر فى كل ذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص١٧- الموجز للمؤلف فقرة ٤٧٣.

يتحقق وإما أن يتخلف. وسواء تحقق أو تخلف فلكل من ذلك أثره، فى حالتى الشرط الواقف والشرط الفاسخ. ويكون لتحقق الشرط، واقفاً كان أو فاسخاً، أثر رجعى فى الكثرة الغالبة من الأحوال.

فنتكلم إذن فى المسائل الآتية: (١) كيف يتحقق الشرط أو يتخلف. (٢) أثر تحقق الشرط أو تخلفه فى حالتى الشرط الواقف والشرط الفاسخ. (٣) الأثر الرجعى للشرط.

١ - كيف يتحقق الشرط أو يتخلف

٣٥ - العبرة بارادة طرفي الالتزام فى تحقق الشرط أو تخلفه: تنص المادة ١١٧٥ من التقنين المدنى الفرنسى على أنه «يجب أن يكون تحقق الشرط على الوجه الذى يظهر أن الطرفين قد أرادا وقصدا أن يكون[1]». وليس لهذا النص مقابل فى التقنين المدنى المصرى، ولكنه تطبيق للقواعد العامة، فيمكن الأخذ بحكمه فى مصر دون حاجة إلى نص فى ذلك.

وقاضى الموضوع هو الذى يقدر الوجه الذى يريد الطرفان أن يكون عليه تحقق الشرط، وذلك بالرجوع إلى نيتهما، فيقضى بأن الشرط قد تحقق أو تخلف، ولا معقب على حكمه. فإذا كان الشرط عملا يجب القيام به، نظر القاضى هل قصد الطرفان أن يقوم به شخص معين بالذات كما إذا كان عملا فنياً لشخصية القائم به اعتبار ملحوظ، أو قصدا أن يقوم به أى شخص كما إذا كان عملا لا عبرة فيه بشخصية القائم به. كذلك يقدر القاضى ما إذا كان الشرط يقبل التجزئة بحيث إن تحقق جزء منه قابله جزء من الالتزام المشروط، أو أنه لا يقبل التجزئة فاما أن يتحقق كله وإلا عد متخلفاً. وقد يكون الشرط هو تحقيق غاية، كما إذا كان زواجاً اشترط على الدائن أن يعقده، فعلى الدائن أن يعقد هذا الزواج حتى يتحقق الشرط، وليس له أن يحتج بأنه قد بذل جهده فى عقد الزواج ولكنه لم يوفق، فالشرط هنا هو تحقيق غاية هى عقد الزواج، فإذا لم تتحقق هذه الغاية، مهما تكن هذه الأسباب لعدم تحققها ولو كانت أسباباً قاهرة، اعتبر الشرط متخلفاً. كما قد يكون الشرط هو بذل عناية، فعند ذلك يجب من يطلب منه بذل هذه العناية ألا يدخر وسعاً فى تحقيق الغرض المقصود، ولكن ليس عليه أن يتحقق هذا الغرض.

وإذا تحقق الشرط أو تخلف، فقد تحدد مصيره على وجه نهائى لا سبيل إلى الرجوع فيه. فإذا كان الشرط مثلا الزواج فى خلال مدة معينة، وتم الزواج فى خلال هذه المدة،

---

(١) وهذا هو النص فى أصله الفرنسى: Toute condition doit être accomplie de la manière que les parties ont vraisemblablement voulu et entendu qu'elle le fût.

فقد تحقق الشرط ولو وقع الطلاق بعد ذلك. وإذا لم يتم الزواج فى خلال المدة المعينة، فقد تخلف الشرط ولو تم الزواج بعد انتهاء هذه المدة(١).

٣٦- الشرط الذى حدد لتحققه أو لتخلفه وقت معين: وتنص المادة ١١٧٦ من التقنين المدنى الفرنسى على أنه «إذا علق الالتزام على شرط هو أن يقع أمر فى وقت معين، فان الشرط يعتبر متخلفاً إذا انقضى الوقت دون أن يقع هذا الأمر. فإذا لم يحدد لوقوع الأمر وقت، جاز أن يتحقق الشرط فى أى وقت ولا يعتبر متخلفاً إلا إذا أصبح من المؤكد أنه لن يقع»(٢). وتنص المادة ١١٧٧ من نفس التقنين على أنه «إذا علق الالتزام على شرط هو ألا يقع أمر فى وقت معين، فان الشرط يتحقق إذا انقضى الوقت دون أن يقع هذا الأمر. وهو يتحقق كذلك قبل انقضاء الوقت إذا أصبح من المؤكد أنه لن يقع. فإذا لم يحدد وقت، فان الشرط لا يتحقق إلا عندما يصبح مؤكداً عدم وقوع الأمر»(٣). ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى المصرى، ولكن يمكن الأخذ بأحكامها دون حاجة إلى نص لأنها ليست إلا تطبيقاً للقواعد العامة.

ومثل الشرط الذى يقع فى وقت معين أن يعلق الملتزم التزامه على عودة ابنه الغائب فى ميعاد يضربه، فيقول إذا عاد ابنى الغائب فى خلال ثلاث سنوات مثلا. وقد لا يعين ميعاداً، فيقتصر على أن يقول إذا عاد ابنى الغائب. ومثل الشرط الذى لا يقع فى وقت معين أن يعلق الملتزم التزامه على انعدام خلف له ويضرب لذلك ميعاداً، فيقول إذا لم يولد لى ولد فى خلال سنتين مثلا. وقد لا يعين ميعاداً، فيقتصر على أن يقول إذا لم يولد لى ولد.

---

(١) أنظر فى كل هذه المسائل بودرى وبارد ٢ فقرة ٧٩٠- فقرة ٧٩٧.

(٢) وهذا هو النص فى أصله الفرنسى: Lorsqu'une obligation est contractée sous la condition qu'un évènement arrivera dans un temps fixe, cette condition est censée défaillir losque le temps est expiré sans que l'évènement soit arrivé. S'il n'y a point de temps fixe, la condition peut toujours être accomplie; et elle n'est censée défaillir que lorsqu'il est devenu certain que l'évènement n'arrivera pas.

(٣) وهذا هو النص فى أصله الفرنسى: Lorsqu'une obligation est contractée sous la condition qu'un évènement n'arrivera pas dans un temps fixe, cette condition est accomplie lorsque ce temps est expiré sans que l'évènement soit arrivé: elle l'est également, si avant le terme il est certain que l'évènement n'arrivera pas; et s'il n'y a pas de temps déterminé, elle n'est accomplie que lorsqu'il est certain que l'évènement n'arrivera pas.

فإذا علق الملتزم التزامه على شرط أن يعود ابنه الغائب فى خلال ثلاث سنوات، فان هذه المدة التى عينها تكون أحد عناصر الشرط، ولا يتحقق الشرط إلا إذا عاد ابنه فى خلال هذه المدة. فان انقضت دون أن يعود فان الشرط يتخلف، حتى لو عاد الابن بعد ذلك بمدة وجيزة. ولا يجوز للقاضى أن يمد المدة، توقعاً لعودة الابن الغائب فى أجل قريب. وتسرى المدة فى حق القاصر وناقص الأهلية ولو لم يكن له ولى، لأنها ليست مدة تقادم حتى يرد عليها الوقف، كذلك لا يجوز قطعها كما تقطع مدة التقادم[1]. ويتخلف الشرط أيضاً، حتى قبل انقضاء المدة المعينة؛ متى أصبح من المؤكد أن الإبن الغائب لن يعود، بأن يموت مثلا قبل انقضاء المدة[2]. أما إذا عاد الابن الغائب فى خلال ثلاث سنوات، فقد تحقق الشرط، وبيت فى ذلك قاضى الموضوع دون معقب على حكمه. وإذا كان الشرط غير مقترن بمدة محددة، بل كان مقتصراً على اشتراط عودة الابن الغائب، فهو لا يتحقق إلا إذا عاد الابن. ولكنه يتحقق بعودة الابن فى أى وقت، حتى لو كان ذلك بعد موت الملتزم؛ فان التزامه المعلق على شرط ينتقل إلى ورثته، ويبقى معلقاً بعد انتقاله إلى الورثة حتى يعود الابن الغائب. ولا يتخلف الشرط فى هذه الحالة إلا إذا أصبح من المؤكد أن الابن الغائب لن يعود فى أى وقت، ويكون ذلك إما بالتحقق من وفاته، وإما بانقضاء مدة طويلة من الزمن تصبح معها وفاته أمراً يبلغ حد اليقين. ويجوز كذلك، عند عدم تعيين مدة يتحقق فى خلالها الشرط، أن يعين القاضى مدة معقولة، مستخلصاً إياها من نية الطرفين ومن ظروف التعاقد وملابساته[3].

وما قدمناه ينطبق على الشرط السلبى: الا يقع أمر فى خلال مدة معينة. فإذا علق الملتزم التزامه على شرط ألا يولد له ولد فى خلال سنتين، فان الشرط يكون قد تحقق إذا انقضت هذه المدة[4] دون أن يرزق ولداً، حتى لو رزق الولد بعد انقضاء المدة بوقت وجيز. بل أن الشرط يكون قد تحقق – وقد نصت على ذلك صراحة المادة ١١٧٧ فرنسى – حتى قبل انقضاء المدة إذا أصبح مؤكداً أن الملتزم لن يولد له ولد، بأن ثبت عقمه مثلا أو مات قبل انقضاء المدة. أما إذا رزق الملتزم ولداً فى خلال السنتين، فان الشرط يكون قد تخلف، حتى لو مات الولد بعد ذلك ولو كان موته قبل انقضاء السنتين. وإذا كان الشرط غير مقترن بمدة، بل كان مقتصراً على ألا يولد للملتزم ولد، فان الشرط يتخلف إذا رزق الملتزم ولداً فى أى وقت إلى أن يموت. ويتحقق الشرط إذا أصبح من المؤكد ألا

---

(١) ديمولومب ٢٥ فقرة ٣٣٩ – فقرة ٣٤٠ – توليبه ٦ فقرة ٦٠٨ – لوران ١٧ فقرة ٧٥ – بودرى وبارد ٢ فقرة ٧٩٩.

(٢) ولم يرد هذا الفرض فى المادة ١١٧٦ فرنسى، كما ورد نظيره فى المادة ١١٧٧ فرنسى، ولكنه حكم يستخلص من تطبيق القواعد العامة دون حاجة إلى نص.

(٣) بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٠٠.

(٤) ولا تمد المدة ولا توقف ولا تنقطع.

يولد له ولد، بأن أصبح عقيما مثلا أو ماتت زوجته وكان الشرط أن يكون الولد منها[1].

٣٧- تحقق الشرط أو تخلفه بطريق الغش: وتنص المادة ١١٧٨ من التقنين المدنى الفرنسى على أنه «يعتبر الشرط قد تحقق إذا كان المدين بالتزام معلق على هذا الشرط هو الذى منع تحققه»[2]. وليس لهذا النص مقابل فى التقنين المدنى المصرى، ولكن المشروع التمهيدى لهذا التقنين كان قد احتوى على نص مقابل هو المادة ٣٨٨ من هذا المشروع، وكانت تجرى على الوجه الآتى: «١- يعتبر الشرط قد تحقق إذا كان الطرف الذى له مصلحة فى أن يتخلف قد حال بطريق الغش دون تحققه. ٢- لا أثر للشرط الذى تحقق إذا كان تحققه قد وقع بغش الطرف الذى له مصلحة فى أن يتحقق». والنص كما نرى أكثر استيعاباً وأوسع شمولا من نص التقنين المدنى الفرنسى[3]. ولكنه حذف فى لجنة المراجعة «لإمكان استخلاص حكمه من القواعد العامة»[4].

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى:

---

(١) وقد جاء فى المادة ٨٨ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى: «إذا عقد موجب وكان معلقاً بشرط وقوع حادث ما فى وقت معين، فان هذا الشرط يعد غير متحقق إذا انصرم ذلك الوقت ولم يقع ذلك الحادث. ولا يجوز للقاضى على الاطلاق أن يمنح فى هذه الحالة تمديداً للمهلة. وإذا لم يضرب أجل ما، فان تحقق الشرط ممكن فى كل آن، ولا يعد غير متحقق إلا إذا أصبح من المؤكد أن الحادث لن يقع». وجاء فى المادة ٨٩ من نفس التقنين: «إذا عقد موجب مباح شرعاً على ألا يطرأ حدث ما فى زمن معين، فيعد هذا الشرط متحققا إذا انقضى هذا الزمن ولم يقع الحدث، أو أصبح من المؤكد قبل الأجل المعين أنه لن يقع. وإذا لم يكن ثمة وقت معين فلا يتحقق الشرط إلا إذا بات من المؤكد أن الحدث لن يقع».

(٢) وهذا هو النص فى أصله الفرنسى: La condition èst réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition , qui en a empêché l'accomplissement.

(٣) وقد أخذ من المادتين ١٣١- ١٣٢ من التقنين الفرنسى والمادتين ٩١- ٩٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى والمادة ١٦٢ من التقنين المدنى الألمانى (انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى٢ ص٤٠٨- ٤٠٩).

وقد نصت المادة ٩٠ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على ما يأتى: «أن الشرط الموقوف تحقيقه على اشتراك شخص ثالث فى العمل أو على فعل من الدائن يعد غير متحقق إذا نكل الشخص الثالث عن الاشتراك أو الدائن عن إتمام الفعل المعين وأن يكن المانع غير منوط بمشيئته». ونصت المادة ٩١ من هذا التقنين على أن «يعد الشرط متحققا حينما يكون المديون الملزم إلزاماً شرطياً قد منع بدون حق وقوع الحادث أو كان متأخراً عن إتمامه». ونصت المادة ٩٢ على أنه «لا معفول للشرط المتحقق إذا وقع الحادث بخدعة من الشخص الذى كان من مصلحته أن يقع هذا الحادث».

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص١١ فى الهامش.

«تواجه هذه المادة فرضين: أولهما يعرض حيث يحول ذو المصلحة فى حالة تخلف الشرط دون تحققه بطريق الغش، كما هو الشأن فى المدين بالتزام معلق على شرط موقف أو الدائن بالتزام معلق على شرط فاسخ. وفى مثل هذا الفرض يعتبر الشرط قد تحقق ولو أنه لا يزال متخلفاً فى حكم الواقع، جزاء ما وقع من غش المدين أو الدائن بحسب الأحوال. والثانى يعرض حيث يعمد ذو المصلحة، على نقيض ما وقع فى الفرض الأول، إلى تحقيق الشرط بطريق الغش، كما هو الشأن فى الدائن بالتزام معلق على شرط موقف (كالمستأمن إذا انتحر أو تسبب فى الحريق عمداً)، والمدين بدين معلق على شرط فاسخ. ولا يرتب تحقق الشرط فى هذا الفرض أثراً ما، بل يبرأ المدين من التزامه، أو يظل مرتبطاً به نهائياً، رغم تحقق الشرط الموقف أو الفاسخ. ومن الواضح أن إقرارا هذا الحكم قصد به إلى قمع ما يقع من غش من المدين أو الدائن بحسب الأحوال»(١).

وواضح أن ذا المصلحة من الطرفين فى تخلف الشرط إذا حال دون تحققه بطريق الغش، كالمدين تحت شرط واقف يحول دون تحقق هذا الشرط حتى لا ينفذ التزامه(٢)، أو الدائن تحت شرط فاسخ يحول دون تحقق هذا الشرط حتى يصبح حقه باتا لا يفسخ، يكون قد عمل على نقض ما تم من جهته، ومن سعى إلى نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه. وكذلك الحال فى ذى المصلحة من الطرفين فى تحقق الشرط إذا عمل على تحقيقه بطريق الغش، كالمدين تحت شرط فاسخ يعمل على تحقيق هذا الشرط حتى يفسخ التزامه، وكالدائن تحت شرط واقف يعمل على تحقق الشرط حتى يصبح حقه نافذاً. فى جميع هذه الأحوال يكون هناك خطأ من الطرف الذى عمل على تخلف الشرط أو على تحققه، فيجب عليه التعويض عن خطأه. وخير تعويض هو أن يعتبر الشرط الذى عمل على تخلفه قد تحقق، أو الشرط الذى عمل على تحققه قد تخلف، فهذا هو التعويض العينى للخطأ الذى ارتكبه.

ولكن لابد أن يكون قد ارتكب خطأ فى الحيلولة دون تحقق الشرط أو دون تخلفه، ولا يكفى أن يكون بمجرد عمله قد حال دون ذلك من غير أن ينطوى هذا العمل على خطأ. فلو أن المؤجر التزم نحو المستأجر أن يؤجر له طابقاً آخر من الدار إذا بقى فى الطابق الأول الذى أجره له مدة معينة، ثم تأخر المستأجر عن دفع أجرة الطابق الأول مما دعا المؤجر أن يستصدر حكماً عليه بالإخلاء قبل انقضاء المدة المعينة، فلا يقال فى هذه الحالة أن المؤجر قد عمل، باخراج المستأجر من الطابق الأول، على تخلف الشرط مما يؤدى إلى اعتباره متحققاً. ذلك أن المؤجر لم يرتكب خطأ فى إخراج المستأجر من الطابق الأول، بل المستأجر هو الذى ارتكب الخطأ بتأخره عن دفع الأجرة. وإذا التزم شخص نحو ابنه باعطائه مبلغاً

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص١١ فى الهامش.

(٢) استئناف مختلط ٦ يناير سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص١٥١.

من المال إذا لم يبن له داراً، فان الأب يستطيع أن يبنى الدار للابن فيتخلف الشرط بذلك، ولا يعتبر الأب مخطئاً فى العمل على تخلف الشرط[1]. وإنما يعتبر الطرف قد أخطأ فى العمل على تحقق الشرط، ومن ثم يعتبر الشرط متخلفاً، فى الفرض الآتى: شخص تعهد باعطاء إيراد مرتب لشخصين طول حياتهما، على ان من يموت منهما قبل الآخر يرتد إيراده إلى صاحبه، فيجمع هذا بين الإيرادين. فإذا قتل أحد هذين الشخصين الآخر، فانه يكون بذلك قد عمل غشاً على تحقيق الشرط الذى يترتب على تحققه أن يرتد له إيراد الشخص المقتول، ومن ثم يعتبر الشرط متخلفاً جزاء له على غشه، ولا يرتد له هذا الإيراد[2]. كذلك إذا أحرق المؤمن على الحريق المكان الذى أمنه، فانه لا يستحق مبلغ التأمين.

على أنه ليس من الضرورى، بعد أن حذف نص المادة ٣٨٨ من المشروع التمهيدى وكان يشترط أن تكون الحيلولة دون تحقق الشرط أو تخلفه بطريق الغش، أن تكون الحيلولة حتما بهذا الطريق. بل يكفى أن يكون هناك خطأ فى جانب من حال دون تحقق الشرط أو دون تخلفه، ولو لم يصل هذا الخطأ إلى درجة التعمد والغش. فإذا تعهد صاحب مصنع لموظفيه بأن يعطيهم تعويضاً عن مصروفات انتقالهم إلى المصنع إذا لم يقدم لهم عربة خاصة تنقلهم إليه، فان مجرد تأخر أحد الموظفين عن إدراك العربة الخاصة يكون خطأ، ويكون قد عمل على تحقيق الشرط بخطأ منه، فلا يستحق تعويضاً عن مصروفات انتقاله إلى المصنع بوسائله الخاصة[3].

---

(١) بودرى وبارد٢ فقرة ٨٠٦.

(٢) محكمة استئناف پواتييه أول فبراير سنة ١٨٨١ سيريه ٨٢-٢-٢٧- بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٠٨. وقريب من ذلك الوارث إذا قتل مورثه، فإنه لا يرث فى الشريعة الإسلامية، وإن كان حق الوارث فى الميراث ليس حقاً معلقاً على شرط كما سبق القول.

(٣) وقد جاء فى الموجز للمؤلف فى هذا الصدد: «ويعتبر الشرط قد تحقق حكماً إذا منع المدين تحققه عن عمد أو إهمال (م١١٧٨ فرنسى - استئناف مختلط ٦ يناير سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص١٥١). فإذا تعهد شخص لسمسار بأن يدفع له مبلغاً من النقود إذا توسط السمسار فى بيع منزل مملوك للمتعهد بالثمن المناسب، ووجد السمسار مشترياً بثمن مناسب، وامتنع صاحب المنزل من بيعه عمداً أو أهمل حتى ضاعت الصفقة، فإن الشرط يعتبر متحققاً حكماً، ويجوز للسمسار أن يطالب بالمبلغ الذى وعد به. ولكن إذا كان المدين فى منعه لتحقق الشرط إنما كان يستعمل حقاً له دون أن يتعسف فى استعماله، فلا يعتبر الشرط متحققاً حكماً فى هذه الحالة. وقد ضرب پوتييه (الالتزامات فقرة ٢١٢) لذلك مثلا: أوصى شخص لآخر بمنزل بشرط أن يدفع الموصى له مبلغاً من المال لشخص معين فى مدة سنة وإلا بقى المنزل للوارث. فإذا منع الوارث الموصى له من تحقيق الشرط الذى علقت عليه الوصية، بأن حجز على أمواله لدين شخصى فى ذمة الموصى له للوارث، وجعل الوارث الموصى له بذلك عاجزاً عن دفع المال للشخص المعين فى المدة المحددة،، فإن الشرط يعتبر متخلفاً لا متحققاً حكماً ولو أن الوارث هو الذى منع تحقق الشرط، لأنه فى منعه لتحقق الشرط إنما كان يستعمل =

ولا يطلب من الطرف ذى الشأن إلا أن يثبت أن الطرف الآخر قد حال بخطأه دون تحقق الشرط أو دون تخلفه(١).

ولكن يجوز للطرف الآخر أن يثبت أنه بالرغم من خطأه فان الشرط ما كان ليتحقق أو ما كان ليتخلف، وفى هذه الحالة لا يجوز اعتبار الشرط متحققاً أو متخلفاً ما دام الخطأ ليس هو السبب الحقيقى فى تخلفه أو فى تحققه(٢).

٢ – أثر تحقق الشرط أو تخلفه

٣٨– الشرط الواقف– النصوص القانونية: رأينا أن المادة ٢٦٨ من التقنين المدنى المصرى تنص فى صدرها على ما يأتى: «إذا كان الالتزام معلقاً على شرط واقف، فلا يكون نافذاً إلا إذا تحقق الشرط»(٣).

فإذا تحقق الشرط الواقف إذن نفذ الالتزام المعلق عليه، وكان قبل تحقق الشرط موقوفاً

= حقاً ثابتا له. وكما أن الشرط يعتبر متحققاً حكماً إذا منع المدين تحققه لسبب غير مشروع، فإنه كذلك يعتبر متخلفاً حكماً إذا حققه الدائن بعمل غير مشروع. فمن يتعاقد مع شركة تأمين على الحياة على أن الشركة تعطى ورثته مبلغاً من المال إذا مات، ثم يعجل بعد ذلك بموته بأن ينتحر مثلا، فيحقق الشرط بعمل غير مشروع، لا يكون بذلك قد حقق الشرط تحقيقاً معتبراً، بل يعد الشرط متخلفاً حكماً» (الموجز فقرة ٤٧٤ ص٤٨٢).

هذا ويلاحظ أن التزام شركة التأمين على الحياة بإعطاء الورثة مبلغ التأمين، إذا مات مورثهم المؤمن له، ليس التزاماً معلقاً على شرط، بل هو التزام مقترن بأجل، إذ الموت أجل لا شرط وإن كان أجلا غير معين. ومع ذلك فإنه إذا انتحر المؤمن له، لم يحل الأجل، وتبرأ ذمة شركة التأمين من التزامها بدفع مبلغ التأمين (أنظر فقرة ٧٥ فيما يلى).

(١) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص١٠٠.

(٢) لاروميير ٢ م١١٧٨ فقرة ١٠– لوران ١٧ فقرة ٧٦ ص٩١– بودرى وبارد٢ فقرة ٨٠٧.

(٣) انظر تاريخ هذا النص والنصوص المقابلة له آنفاً فقرة ٢٨ فى الهامش – وقد كانت المادة ١٥٨/١٠٤ من التقنين المدنى السابق تنص على ما يأتى: «إذا كان فسخ التعهد معلقاً على أمر محقق فالتعهد باطل، ويبطل أيضاً إذا كان فسخه معلقاً على أمر مشكوك فيه فى الأصل ثم تحقق. وأما إذا كان التعهد مشترطاً فيه أنه معلق على أحد الأمرين، فبوجود المعلق عليه يبطل الشرط ويثبت التعهد». وصدر هذه المادة يعرض للشرط الفاسخ، ويعرض العجز للشرط الواقف. والذى يعنينا هو الشرط الواقف، فإذا كان التعهد معلقاً عليه وتحقق الشرط – سواء كان محققاً منذ البداية أو كان مشكوكاً فى تحققه ثم تحقق، ولا يعتبر فى الحالة الأولى شرطاً بالمعنى الصحيح (الموجز للمؤلف ص٤٨١ هامش رقم١) – أصبح التعهد نافذاً، وهذا هو عين ما يقرره صدر المادة ٢٦٨ من التقنين المدنى الجديد، فلا فرق إذن فى الحكم ما بين النصين.

كما رأينا[1](1). فيجوز بعد تحقق الشرط للدائن أن ينفذ بحقه اختياراً أو إجباراً، وله أن يستعمل الدعوى البوليصية تمهيداً لهذا التنفيذ. ولا يرد ما قبضه، لأنه قبض ما هو مستحق له. ويسرى التقادم فى حق الالتزام منذ تحقق الشرط، وكان لا يسرى حال تعلقه. وقد تقدم بيان كل ذلك. هذا ويعتبر الالتزام بتحقق الشرط موجوداً، لا منذ تحقق الشرط فحسب، بل منذ نشوء الالتزام[2]، وهذا هو الأثر الرجعى لتحقق الشرط وسيأتى بيانه. ويستخلص من ذلك أنه إذا تم العقد معلقاً على شرط واقف، لم يجز لأحد المتعاقدين أن يرجع فى تعاقده ما بين تمام العقد وتحقق الشرط، فان الشرط إذا تحقق اعتبر العقد قد تم وترتبت عليه جميع آثاره منذ انعقاده لا منذ تحقق الشرط[3].

أما إذا تخلف الشرط الواقف، فان الالتزام الـذى كان معلقاً على هذا الشرط – وكان

---

(١) وقد كان للالتزام وقت تعلق الشرط وجود ناقص كـما قدمنا، وبتحقق الشرط يتكامل هذا الوجود، ويصبح الالتزام كامل الوجود نافذاً.

(٢) استئناف مختلط ٢ نوفمبر سنة ١٩١٦ م٢٩ ص٢٩.

(٣) بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٤٧.

(1) أ– إذا كان الاتفاق الذى بين المشترى والبائع بشأن تجديد التزامه، بالوفاء بالباقى من الثمن واستبدال التزام جديد به يكون مصدره عقد قرض– معلقا على شرط واقف هو قيام المشترى برهن قدر من أطيانه رهنا تأمينا فى المرتبة الأولى لصالح هذا البائع ضمانا لوفائه بدين القرض، وكان هذا الشرط قد تخلف بقيام هذا المشترى رهن هذه الأطيان ذاتها إلى أحد البنوك مما أصبح معه مؤكدا أن الأمر الذى علق الالتزام وبقاء الالتزام القديم – وهو التزام المشترى بدفع باقى الثمن – على أصله دون أن ينقضى واعتبار الالتزام الجديد كأن لم يكن.

(جلسة ١٩٦٤/١١/١٢ مجموعة أحكام النقض السنة٥ ص١٠٢٦)

ب– مفاد تعليق العقد على شرطين أن تخلف أحد الشرطين يكفى لعدم نفاذه، فإذا استند الحكم فى استبعاد العقد إلى عدم تحقق أحد الشرطين كان ذلك كافيا وحده لحمل قضائه فى هذا الخصوص.

(جلسة ١٩٦٦/٦/١٤ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ ص١٣٥٩)

جـ– إذا أذن القاضى باستبدال الوقف فان الاستبدال لا يتم ولا ينتج آثاره القانونية إلا إذا أوقعت المحكمة المختصة صيغة البدل الشرعية، ومن ثم فالتعاقد الحاصل بين وزارة الأوقاف وبين من يرسو عليه مزاد العين المراد استبدالها يعتبر معلقا على شرط واقف هو توقيع هذه الصيغة بحيث إذا تخلف هذا الشرط بأن رفضت المحكمة توقيع صيغة البدل للراسى عليه المزاد فان التعاقد يصبح كأن لم يكن ولا وجود له منذ البداية ولا يكون للراسى عليه المزاد إذا رفضت المحكمة توقيع صيغة البدل الشرعية له وأوقعتها لغيره وانتقلت ملكية العقار إلى هذا الغير أن يرجع على وزارة الأوقاف بضمان الاستحقاق طبقا لاحكام البيع أو أن يطالبها بالتعويض على أساس فسخ العقد ذلك أن الرجوع بضمان استحقاق البيع لا يكون إلا على أساس قيام عقد البيع كما أن الفسخ لا يرد إلا على عقد كان له وجود.

(جلسة ١٩٦٣/١/١٧ مجموعة أحكام النقض السنة ١٤ ص١٢٣)

(جلسة ١٩٦٢/١/١١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ ص٤٩)

له وجود ناقص كما قدمنا – ينمحي ويصبح كأن لم يكن، ولا يعتبر له وجود، لا كامل ولا ناقص، منذ البداية، وهذا هو الأثر الرجعي لتخلف الشرط. وينبني على ذلك أن المدين إذا لم يكن قد وفى شيئا من الالتزام كان غير ملزم بالوفاء أصلا، وإذا كان قد وفى شيئاً فأنه يسترده(١). وينبني على ذلك أيضاً أن الدائن إذا كان قد تصرف في الشيء، فان تخلف الشرط الواقف يلغي جميع تصرفاته لأنها جميعها كانت معلقة على هذا الشرط الواقف كما قدمنا(٢).

٣٩– الشرط الفاسخ – النصوص القانونية: تنص المادة ٢٦٩ من التقنين المدني على ما يأتي:

«١– يترتب على تحقق الشرط الفاسخ زوال الالتزام. ويكون الدائن ملزماً برد ما أخذه، فإذا استحال الرد لسبب هو مسئول عنه وجب عليه التعويض».

«٢– على أن أعمال الإدارة التي تصدر من الدائن تبقى نافذة رغم تحقق الشرط»(٣).

---

(١) بودري وبارد ٢ فقرة ٨٤٩.

(٢) على أن هناك أعمالا إذا نفذت لم يمحها تخلف الشرط الواقف. وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة في هذا المعنى بأنه إذا دفع المقرض للمقترض جزءاً من القرض، على أن له الباقي إذا قدم المقترض شهادة بخلو العقار المرهون ضماناً لهذا القرض من الحقوق العينية والتكاليف، فإن الرهن يبقى ضامناً للجزء المدفوع من القرض حتى لو ظهر أن العقار مثقل بحقوق سابقة (استئناف مختلط ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م١٥ ص١٤).

(٣) **تاريخ النص**: ورد هذا النص في المادة ٣٩٠ من المشروع التمهيدي على وجه يكاد يكون مطابقا لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد. وفي لجنة المراجعة أقر النص بعد استبدال كلمة «استحال» بكلمة «تعذر» في الفقرة الأولى، وأصبح رقمه المادة ٢٨١ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب. وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت كلمة «نافذة» بكلمة «قائمة» في الفقرة الثانية، وأصبح رقم المادة ٢٦٩. ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص١٦ وص١٨).

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق صدر المادة ١٠٤/١٥٨، وهو كما رأينا يقضي بأنه «إذا كان فسخ التعهد معلقاً على أمر محقق فالتعهد باطل، ويبطل أيضاً إذا كان فسخه معلقاً على أمر مشكوك فيه في الأصل ثم تحقق». والفسخ المعلق على أمر محقق لا يعتبر فسخاً معلقا على شرط، إذ الأمر المحقق لا يمكن أن يكون شرطاً كما قدمنا، ومن ثم يكون التعهد غير موجود ما دام فسخه معلقاً منذ البداية على أمر محقق، أي ما دام مفسوخاً منذ البداية. أما في الحالة الثانية الواردة في النص، وهي حالة الشرط بالمعنى الصحيح، فإن الفسخ يكون معلقاً على أمر مشكوك فيه ثم يتحقق، ويتحقق الشرط يزول الالتزام. وهذا هو عين الحكم في التقنين المدني الجديد.

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري م٢٦٩ (وهي مطابقة للمادة ٢٦٩ من التقنين المدني المصري). وفي التقنين المدني الليبي م ٢٥٦ (وهي مطابقة للمادة =

ونرى من ذلك أنه إذا تحقق الشرط الفاسخ، فان تحققه يزيل الالتزام المعلق عليه، فيعتبر هذا الالتزام كأن لم يكن منذ البداية بفضل الأثر الرجعي. وينفسخ الالتزام بقوة القانون، دون حاجة إلى حكم أو إعذار، ويترتب على ذلك ما يأتي: (١) لا حاجة لطلب الفسخ، ومن باب أولى لاستصدار حكم به، ولكن إذا حصل نزاع وجب الالتجاء إلى القضاء[1]، لا ليقضي بالفسخ كما يفعل في فسخ العقد الملزم للجانبين إذا أخل أحد المتعاقدين بالتزامه، بل ليقرر أن العقد قد انفسخ، ولا يجوز له أن يمنح أية مهلة. (٢) يجوز لكل ذى مصلحة التمسك بانفساخ العقد، فيستطيع دائنو البائع بعد انفساخ عقد المشترى أن يحجزوا على المبيع مباشرة بمجرد تحقق الشرط الفاسخ. (٣) لا يجوز للطرفين باتفاقهما أن ينزلا عن الفسخ، إذ يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه، ولابد من إبرام عقد جديد ينعقد من وقت إبرامه.

ويتحقق الشرط الفاسخ تسقط جميع التصرفات التى صدرت من الدائن تحت شرط فاسخ، ولا تبقى إلا أعمال الإدارة على الوجه الذى سنبينه فيما يلى. وإذا كان الدائن قد

= ٢٦٩ من التقنين المدنى المصرى). وفى التقنين المدنى العراقى: م٢٨٩-١-العقد المعلق على شرط فاسخ يكون نافذاً غير لازم. فإذا تحقق الشرط فسخ العقد، وألزم الدائن برد ما أخذه، فإذا استحال رده وجب الضمان. وإذا تخلف الشرط لزم العقد. ٢- على أن أعمال الإدارة التى تصدر من الدائن تبقى قائمة رغم تحقق الشرط. (ولا فرق فى الحكم بين التقنين العراقى والتقنين المصرى رغم اختلاف العبارة، ويرجع اختلاف العبارة إلى تأثر التقنين العراقى بتعبيرات الفقه الإسلامى - انظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فقرة ١٣٩).

وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى: م٩٧ - إن شرط الإلغاء لا يوقف تنفيذ الموجب، بل يقتصر على إلزام الدائن برد ما أخذه عند تحقق الشرط. وإذا لم يتمكن من رده لسبب هو مسئول عنه، لزمه بدل العطل والضرر. غير أنه لا يلزمه رد المنتجات والزيادات، وكل نص يقضى عليه برد المنتجات يعد كأنه لم يكن - م٩٩- إذا تحقق شرط الإلغاء، فإن الأعمال التى أجراها الدائن فى خلال ذلك تصبح لغواً، ما عدا أعمال الإدارة فإنها تبقى ثابتة على كل حال. (ولا فرق فى الحكم ما بين التقنين اللبنانى والتقنين المصرى رغم اختلاف العبارة).

(1) الشرط الفاسخ المقرر جزاء على عدم وفاء المشترى بالثمن فى الميعاد المتفق عليه لا يتحقق إلا إذا تخلف عن الوفاء بغير حق فان كان من حق المشترى قانونا أن يحبس الثمن عن البائع فلا عمل للشرط الفاسخ ولو كان صريحا، ولما كان التزام المشترى بدفع الثمن فى عقد البيع يقابله التزام بنقل الملكية إلى المشترى، فإذا وجدت أسباب جديه يخشى معها إلا يقوم البائع بتنفيذ التزامه كأن يكون مالك للعقار المبيع كان من حق المشترى أن يوقف التزامه بدفع الثمن حتى يقوم البائع من جهته بتنفيذ التزامه، ولما كان الطاعن قد تمسك فى دفاعه أمام المحكمة بحقه فى حبس باقى الثمن نظرا لأن المطعون ضده لم ينفذ التزامه بتسهيل نقل ملكية المبيع إليه إذا امتنع عن تسجيل عقد مشتراه من المالكين الأصليين أو تسليم هذا العقد إليه الأمر الذى يستحيل معه نقل الملكية باسمه مما يتهدده بنزع المبيع من تحت يده إذا ما تصرف فيه ملاكه الأصليون أو المطعون ضده إلى الغير بعقد مسجل.
(جلسة ١٩٧٨/١٢/٢٠ الطعن رقم ٤٦٩ لسنة ٥٠ق)

استوفى الدين، وتحقق الشرط الفاسخ، فعليه أن يرده للمدين، وإذا استحال الرد لغير سبب أجنبي، كان عليه أن يعوض المدين عما أصابه من الضرر. أما إذا رجعت الاستحالة إلى سبب أجنبي، فقد انقضى الالتزام بالرد، ولا محل للتعويض فى هذه الحالة. والالتزام بالرد مبنى على أساس دفع غير المستحق، فانه لما تحقق الشرط الفاسخ بأثر رجعى، تبين أن الشئ الذى دفعه المدين للدائن لم يكن مستحقاً، فكان له الحق فى استرداده.

وإذا تخلف الشرط الفاسخ، فان الالتزام الذى كان معلقاً عليه وكان على خطر الزوال يصبح باتاً غير معرض للزوال (I)، وتصبح جميع تصرفات الدائن تحت شرط فاسخ هى أيضاً باتة غير قابلة للنقض. أما تصرفات الطرف الآخر التى كانت معلقة على شرط واقف، ولم يتحقق هذا الشرط بتخلف الشرط الفاسخ، فانها تزول بأثر رجعى كما قدمنا. ويتم كل ذلك بمجرد تخلف الشرط الفاسخ دون حاجة إلى حكم أو إعذار، كما رأينا ذلك فى حالة تحقق هذا الشرط.

٤٠- **أعمال الادارة فى حالة تحقق الشرط الفاسخ**: قدمنا أن جميع تصرفات الدائن تحت شرط فاسخ تسقط بتحقق الشرط فيما عدا أعمال الإدارة. وقد نصت على ذلك صراحة، كما رأينا ، الفقرة الثانية من المادة ٢٦٩ إذ تقول: «على أن أعمال الإدارة التى تصدر من الدائن تبقى نافذة رغم تحقق الشرط». وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى:

«أما ما يصدر من الدائن من أعمال الإدارة فيظل قائماً رغم تحقق الشرط، ذلك أن هذه الأعمال لا تؤثر فى الحقوق التى استقرت نهائياً من جراء تحقق الشرط. ثم أنه من الأهمية بمكان أن يكفل لها من ينبغى من الاستقرار. وغنى عن البيان أن بقاء الأعمال التى تقدمت الإشارة إليها مشروط بحسن نية من صدرت عنه وعدم تجاوزه المألوف فى حدود الإدارة. فإذا كان عمل الإدارة إجارة مثلا، وجب ألاّ تجاوز مدتها ثلاث سنوات»(١).

والمثل المألوف لأعمال الإدارة هو الإيجار. ويدخل فى أعمال الإدارة أيضاً قبض الأجرة وبيع الثمار والمحصولات وقيد الرهن وتجديد القيد وتسجيل العقد ونحو ذلك. بل يدخل

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص١٧.

(1) لما كان الالتزام قبل تحقق الشرط الفاسخ – وهو أمر مستقبل يترتب عليه وفقا لحكم المادة ٢٦٥ من القانون المدنى زوال الالتزام المعلق على هذا الشرط – يكون قائما ونافذا فى فترة التعليق ولكنه مهدد بخطر الزوال، إذ كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى اعمالا بما تقضى به المادة ١/٢٦٦ من القانون المدنى إلى بطلان الشرط الفاسخ لمخالفته للنظام العام وبقاء الالتزام بالدين قائما فأنه لا يكون قد خالف القانون.

(جلسة ١٩٧٨/٤/٢٥ الطعن رقم ٦٦٥ لسنة ٤٤ق)

فى أعمال الإدارة، فلا ينفسخ بتحقق الشرط الفاسخ، القسمة وتطهير العقار. فإذا أجرى المالك قسمة العين الشائعة التى يملكها تحت شرط فاسخ، فان هذه القسمة، سواء كانت قضائية أو رضائية، لا تنفسخ بتحقق الشرط، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك. وكذلك الأمر فيما يتعلق بتطهير العقار إذا كان مثقلا برهن وأجرى المالك تحت شرط فاسخ تطهيره، فلا يعود مثقلا بالرهن حتى لو تحقق الشرط الفاسخ(١). كما تقدم القول.

ولكن يشترط لبقاء أعمال الإدارة بالرغم من تحقق الشرط الفاسخ أمران: (١) أمر ذاتى، هو حسن نية صاحب الحق المعلق على شرط فاسخ، فيجب ألاّ يتخذ من أعمال الإدارة ذريعة يتوسل بها إلى تعطيل حق الطرف الآخر إذا تحقق الشرط الفاسخ. (٢) وأمر موضوعى، هو ألا يجاوز فى أعمال الإدارة الحد المألوف، فلا يعقد إجارة لمدة تجاوز ثلاث سنوات، ولا يبيع إلا الموجود من المحصولات فيمتنع عليه بيع المحصولات المستقبلة لسنين قادمة، وهكذا.

والسبب فى بقاء أعمال الإدارة واضح، لأن هذه الأعمال ضرورية ويجب القيام بها فى وقتها المناسب، ويجب أن يكون لها من الاستقرار ما يكفل لها البقاء حتى يتيسر اجراؤها. ولما كان صاحب الحق المعلق على شرط فاسخ هو الذى يملك الإدارة، فقد يسر له القانون مهمته بأن أبقى أعماله قائمة حتى بعد تحقق الشرط الفاسخ، ما دام قد توافر فيها الشرطان المتقدمان.

٣- الأثر الرجعى لتحقق الشرط

٤١- النصوص القانونية: تنص المادة ٢٧٠ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«١- إذا تحقق الشرط استند أثره إلى الوقت الذى نشأ فيه الالتزام، إلا إذا تبين من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أن وجود الالتزام أو زواله إنما يكون فى الوقت الذى تحقق فيه الشرط».

«٢- ومع ذلك لا يكون للشرط أثر رجعى إذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب أجنبى لا يد للمدين فيه(٢)».

---

(١) انظر فى هذا المعنى أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ Condition فقرة ٦٣- كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٥٩. وانظر فى أن هذه المسألة مختلف فيها: بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٧٣- بودرى ولوان ٣ فقرة ٢٣٤٠ - فقرة ٢٣٤٦.

(٢) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ٧٩١ من المشروع التمهيدى على الوجه الذى استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، بعد أن أبدلت فى لجنة المراجعة كلمة «انسحب» بكلمة «استند». ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٨٢ من المشروع النهائى. ثم وافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص١٩ وص٢١- ص٢٢).

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المواد ١٠٥/١٥٩ و١٠٦/١٦٠ و٢٦٩ مكررة/ ٣٤٠(١). ولا فرق فى الحكم بين التقنينين.

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٧٠، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٥٧، وفى التقنين المدنى العراقى ٢٩٠، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٩٥ و٩٦ و٩٨ و٩٩(٢).

---

(١) **التقنين المدنى السابق**: م١٠٥/١٥٩: إذا تم الشرط بوقوع الأمر المعلق عليه وجود التعهد أو بطلانه، فيعتبر التعهد والحقوق اللاحقة له مستحقة أو لاغية من وقت الاتفاق على هذا الشرط.

م١٠٦/١٦٠: ومع ذلك إذا صار الوفاء بالمتعهد به غير ممكن قبل وقوع الأمر المعلق عليه وجود التعهد، فلا يكون لهذا الأمر تأثير عند وقوعه.

م٢٦٩ مكررة/ ٣٤٠: لا يضر وقوع الشرط الذى يجهله الدائن المرتهن لعقار بالحقوق الآيلة إليه من البائع تحت شرط توقيفى أو من المشترى تحت شرط فاسخ (قانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٤٣): وهذا النص فى التقنين المدنى السابق يقابل المادة ١٠٣٤ من التقنين المدنى الجديد. ويلاحظ أن العقد المعلق على شرط لابد من شهره معلقاً بالشرط، فإذا ما تحقق الشرط أثر ذلك فى حق الدائن المرتهن، وهذا خلافا لحكم المادة ٢٦٩ مكررة/ ٣٤٠ من التقنين المدنى السابق (الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٨٨ ص٥١٥).

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى: م٢٧٠ (مطابقة للمادة ٢٧٠ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى الليبى: م٢٥٧ (مطابقة للمادة ٢٧٠ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى العراقى: م٢٩٠ (مطابقة فى الحكم للمادة ٢٧٠ من التقنين المدنى المصرى: انظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١٤٣ – فقرة ١٤٨).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٩٥: أن الموجب عليه تحت شرط التعليق لا يمكنه قبل تحقق هذا الشرط أن يقوم بأى عمل من شأنه أن يمنع استعمال حقوق الدائن أو يزيده صعوبة فى حالة تحقق الشرط. وبعد أن يتحقق شرط التعليق تكون الأعمال التى أجراها الموجب عليه فى خلال ذلك ملغاة على قدر ما يكون فيها من الإضرار بالدائن ما عدا الحقوق المكتسبة شرعاً لشخص ثالث حسن النية.

م٩٦: إذا هلك أو تعيب موضوع الموجب المعلق على شرط قبل تحقق الشرط فتطبق القواعد الآتية: إذا هلك الشئ جميعه ولم يكن هلاكه ناشئاً عن فعل أو خطأ من المديون، فيبقى تحقق الشرط بدون مفعول ويعد الموجب كأنه لم يكن. وإذا كان هذا الموجب ناشئاً عن عقد متبادل فان الشئ يهلك على المديون، بمعنى أنه لا يحق له أن يطالب الدائن بتنفيذ الشئ المقابل. وإذا تعيب الشئ أو نقصت قيمته بلا فعل ولا خطأ من المديون، وجب على الدائن قبوله بحاله دون تخفيض من الثمن. وإذا هلك الشئ جميعه بخطأ أو بفعل المديون، حق للدائن أن يطلب بدل العطل والضرر. وإذا تعيب الشئ أو نقصت قيمته بخطأ أو بفعل من المديون، كان للدائن أن يختار إما قبول الشئ على حالته وإما إلغاء العقد، وفى الحالتين لا يحرم حق المطالبة ببدل العطل والضرر عند الاقتضاء. كل ذلك إذا لم يشترط الفريقان خلافه.

م٩٨: إن القاعدة المنصوص عليها فى الفقرة الثانية من المادة ٩٥ تطبق على الموجبات المعقودة على =

وهذه المسألة هى من أهم المسائل فى الشرط. ويختلف الشرط عن الأجل بوجه خاص فى أن للشرط أثراً رجعياً ليس للأجل[1]، وفى أن الشرط أمر غير محقق الوقوع والأجل أمر محقق.

ونتكلم، فى الأثر الرجعى للشرط[2]، فى المسائل الآتية: (١) الأساس الذى يقوم عليه مبدأ الأثر الرجعى وتقدير هذا المبدأ. (٢) ما يترتب من النتائج على الأثر الرجعى. (٣) ما يستثنى من إعمال الأثر الرجعى.

٤٢ – الاساس الذى يقوم عليه مبدأ الأثر الرجعى – تقدير هذا المبدأ: أشرنا فيما قدمناه إلى أن لتحقق الشرط، سواء كان الشرط واقفاً أو فاسخاً، أثراً رجعياً. وهذا ما تقوله صراحة المادة ٢٧٠ مدنى، فهى كما رأينا تقرر أنه إذا تحقق الشرط استند إلى الوقت الذى نشأ فيه الالتزام[1].

=شرط الإلغاء، فيما يختص بالأعمال التى أجراها ذاك الذى تلغى حقوقه بتحقق الشرط، ما خلا الحقوق المكتسبة شرعا لشخص ثالث حسن النية.

م٩٩: إذا تحقق شرط الإلغاء فان الأعمال التى أجرها الدائن فى خلال ذلك تصبح لغوا، ما عدا أعمال الإدارة فإنها تبقى ثابتة على كل حال.

(والتقنين اللبنانى، كما نرى، لا يصرح بمبدأ الأثر الرجعى لتحقيق الشرط، ولكنه يورد أهم تطبيقاته وأهم استثناءاته ولعله تأثر بالنقد الذى يوجه عادة من الفقه الحديث إلى مبدأ الأثر الرجعى. وهو فى تبعة الهلاك يتمشى مع أحكام القانون المدنى الفرنسى إلا فى التعيب والهلاك الجزئى).

(١) لم يكن القانون الرومانى فى عهده المدرسى يجعل للشرط أثراً رجعياً فى كل الصور. فقد كان الأثر الرجعى لتحقق الشرط الواقف مختلفا فيه بين الفقهاء المدرسيين، ولم يكن لتحقق الشرط الفاسخ فى هذا العهد المدرسى أثر رجعى. وإنما جعل لتحقيق الشرط أثر رجعى فى جميع الصور فى عهد جوستينيان (جيرار الطبعة الثامنة ص٥٠٨ – شوس Chausse فى مقاله فى الأثر الرجعى للتصرفات فى المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٠ ص٥٢٩ – ص٥٤٧ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٠٣٧ ص٣٨٦ – ص٣٨٧).

(٢) انظر فى هذه المسألة: رسالة فلدرمان Felderman باريس سنة ١٩٣٥ – مرلان Merlin فى مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩٤٨ ص٢٧١ وما بعدها – تقرير هوان Houin وكزافييه جان Xavier Janne فى مجموعة أعمال جمعية هنرى كابيتان ٣ ص٢٤٢ وما بعدها.

(1) أ– إن استناد أثر الشرط إلى الماضى على النحو المستفاد من نص المادة ١٠٥ من القانون المدنى إنما يصح حيث يكون التعليق على الشرط ناشئا عن إرادة المتعاقدين أما حيث يكون القانون هو الذى قرر الشرط وعلق عليه حكما من الأحكام فان الحكم المشروط لا يوجد ولا يثبت إلا عند تحقق شرطه أما قبله فلا، لأن الأصل أن الأثر لا يسبق المؤثر.

وعلى هذا لا محل لتطبيق المادة ١٠٥ المذكورة فى غير باب التعهدات والعقود وبصفة خاصة لا محل لتطبيقها على ما كان من الشروط جعليا مردودا إلى إرادة الشارع، كشرط التسجيل لنقل الملكية لأن هذا النوع من الشرط باق على أصله فلا انسحاب لأثره على الماضى.

(الطعن ١٢٨ لسنة ١٥ق– جلسة ١٩٤٦/١١/٢١) =

ونبدأ ببيان الأساس الذى يقوم عليه مبدأ الأثر الرجعى، وقد تشعبت الآراء فى بيان هذا الأساس.

فمن الفقهاء من يذهب إلى أن الأثر الرجعى لتحقق الشرط ليس إلا مجرد افتراض وهمى (fiction) من جانب المشرع، الغرض منه تفسير بعض النتائج التى تترتب على تحقق الشرط، ومن ثم لا يجوز التوسع فى إعمال هذا الأثر الرجعى، بل يجب قصره على الأحوال التى قصد المشرع صراحة أو ضمناً أن يكون لتحقق الشرط فيها هذا الأثر(١). ولكن هذا الرأى لا يحل الإشكال، إذ يبقى أن نعرف لماذا افترض المشرع هذا الافتراض الوهمى فى النتائج التى رتبها على تحقق الشرط.

ومن الفقهاء من يذهب إلى أن الأثر الرجعى لتحقق الشرط ليس إلا تعبيراً ملائماً للقول بأن تحقق الشرط ليس من شأنه إلا تثبيت حق كان موجوداً من قبل، وهذا التثبيت (confirmation) هو كل المقصود بالأثر الرجعى. وعلى هذا المعنى لا يكون الأثر الرجعى افتراضاً وهمياً من جانب المشرع، بل هو استجابة لحقيقة واقعة، فالحق المعلق على شرط موجود منذ وجود الاتفاق، وما تحقق الشرط بمنشئ له بل هو تثبيت لوجوده(٢). ولكن يؤخذ على هذا الرأى أنه يقتصر على تفسير الشرط الواقف دون الشرط الفاسخ. ويؤخذ عليه، حتى فى تفسيره للشرط الواقف، أنه يفرض أن الحق المعلق على شرط واقف موجود منذ البداية وتحقق الشرط إنما يقتصر على تثبيته، وهذا التفسير مصادرة على المطلوب، فان وجود الحق منذ البداية لم نقل به إلا لأن الشرط أثراً رجعياً، فلا يجوز أن يفسر هو نفسه هذا الأثر الرجعى(٣).

ويذهب كولان وكابيتان إلى أن الأثر الرجعى للشرط ليس إلا تطبيقاً للمبدأ القاضى بأن

=ب- متى كان البيع معلقا على شرط واقف هو رسو مزاد الاطيان الواردة به على البائع فى جلسة المزايدة أمام المحكمة وكان هذا الشرط قد تخلف برسو المزاد فى تلك الجلسة على الطاعن (المشترى) دون البائع فأنه يترتب على ذلك عدم انعقاد البيع واعتباره كأن لم يكن، ولا يعيده إلى الوجود اجازة صاحب المصلحة فى التمسك بانعدامه ما دام أنه لم ينعقد أصلا من البداية نتيجة لاعمال الأثر الرجعى لتخلف الشرط الواقف ومن ثم فاستلام الطاعن للأطيان محل النزاع وأقراره بشرائها وسداده أغلب ثمنها وتصرفه بالبيع فى جزء منها كل ذلك ليس من شأنه أن يعيد إلى العقد وجوده.

(جلسة ١٩٦٢/١/١١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ ص٤٩).

(١) أوبرى ورو وبارتان٤ فقرة ٣٠٢ ص١٠٦ هامش رقم ٦٠ مكرر ثالثا - بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٠٩ - بلانيول وريبير وبونجيه٢ فقرة ١٣٦٦.

(٢) ديمولومب ٢٥ فقرة ٣٧٧- لاروميير ٢ م١١٧٩ فقرة ٩ - ماركاديه ٤ م١١٧٩ فقرة ٥٥٨.

(٣) ويذهب إهرنج إلى أن القانون الرومانى كان يقول بالأثر الرجعى، ويفسر ذلك باعتبارات عملية، وبأن الحق قد وجدت بذرته منذ البداية كالجنين، وإن كان المنطق يقضى بألا يكون هناك أثر رجعى، وأنه يجب التربص حتى يولد الحق (إهرنج فى روح القانون الرومانى ٤ ص١٦٧).

فاقد الشئ لا يعطيه (nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipso habet). فصاحب الحق المعلق على شرط واقف أو على شرط فاسخ لا يستطيع أن يتصرف فى هذا الحق إلا تحت الشرط الواقف أو الشرط الفاسخ، وإلا أعطى أكثر مما يملك[1]. ولكن هذا التفسير لا يكفى لتأسيس الأثر الرجعى، فإذا كان المالك تحت شرط فاسخ لا يستطيع أن ينقل للغير أكثر مما يملك، فان هذا لا يمنعه من أن ينقل ما يملك. وهو يملك حقاً معلقاً على شرط فاسخ، فيستطيع أن ينقله، حتى إذا ما تحقق الشرط لم ينتج أثره إلا من وقت تحققه لا منذ البداية. فالمبدأ القاضى بأن فاقد الشئ لا يعطيه لا يقتضى حتما الأخذ بمبدأ الأثر الرجعى لتحقق الشرط[2].

وقد ذهب بعض رجال الفقه الحديث إلى إنكار الأثر الرجعى للشرط، إذ يرونه مجافياً للواقع، ومعطلا لحرية تصرف المالك فى ملكه، وضاراً بالغير إذ يبقى على الدوام مهدداً بهذا الأثر الرجعى، وبذلك تتعقد المعاملات ولا تستقر الحقوق[3]. وقد عمدت بعض التقنينات

---

(١) كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٥٨ – ولكنهما يقولان أيضاً أنه يجب عدم اعتبار الأثر الرجعى مبدأ عاماً، بل الأصل هو أن الأثر لا يترتب إلا عند تحقق الشرط، مع استثناء بعض حالات يكون فيها الأثر الرجعى تفسيراً قوياً لفكرة تثبيت الحق الموجود من قبل (كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٥٩). والفقيهان يقلبان الوضع بذلك، فإن الأصل هو الأثر الرجعى والعكس هو الاستثناء.

(٢) أنظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وردوان٧ فقرة ١٠٣٧ ص٣٨٩– ص٣٩٠.

(٣) كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٥٩ – بلانيول وريبير وبولانجيه١ فقرة ٣٣٠ و٢ فقرة ١٣٧٣. ويقول بيدان ولاجارد (٨ ص٥٤١ هامش رقم ١) أنه منذ آخر القرن التاسع عشر أخذ بعض رجال الفقه الحديث ينتقدون فكرة الأثر الرجعى لتحقق الشرط، وبخاصة رجال الفقه الرومانى تحت تأثير ونشايد (Winscheid)، إذ ذهبوا إلى أن الأثر الرجعى فى نظرية الشرط تزيد يعيق الباحث (جيرار الطبعة الثامنة ص٥٠٧– ٥٠٨).

وجاء فى الموجز للمؤلف عن المذهب المنكر للأثر الرجعى ما يأتى: «وهناك مذهب حديث ينكر أن يكون للشرط أثر رجعى، ويرى أن إسناد أثر الشرط لتاريخ سابق على تحققه أو تخلفه أمر مخالف لطبيعة الأشياء، وأن الطبيعى هو أن ينتج تحقق الشرط أو تخلفه ما يترتب عليه من الأثر من الوقت الذى وقع فيه هذا التحقق أو هذا التخلف لا قبل ذلك، لأن تحقق الشرط أو تخلفه هو العلة لهذا الأثر والمعلول لا يسبق العلة. ويدعم المذهب هذه الحجة المنطقية باعتبارات تاريخية وعملية. فمن الناحية التاريخية يستند إلى أن القانون الرومانى لم يقرر مبدأ الأثر الرجعى للشرط كقاعدة عامة، بل أن هناك نصوصاً وردت فى هذا القانون تتناقض مع الأثر الرجعى. ولم يخرج فقهاء القانون الفرنسى القديم عن تقاليد القانون الرومانى فى هذا الصدد، ولم يأت بوتييه إلا (بحالتين) يفسرهما بالأثر الرجعى. وقد نقل قانون نابليون نظرية الأثر الرجعى للشرط عن بوتييه، فلم يرد أن يخرج بها عن صورها التقليدية الضيقة. أما من الناحية العملية فإن نظرية الأثر الرجعى ليست ضرورية بالنسبة لبعض النتائج، وليست صحيحة بالنسبة لبعض النتائج الأخرى. فهى ليست ضرورية بالنسبة للنتائج التى سبق إيرادها كتطبيق لها، ويمكن تفسير هذه النتائج بغير نظرية الأثر الرجعى: (١) فالحق المعلق على شرط موقف ينتقل إلى الورثة لأن له وجوداً احتمالياً كما قدمنا، فينتقل بحالته هذه من المورث إلى الوارث، ولا حاجة فى =

الحديثة فعلا إلى إنكار أن يكون لتحقق الشرط أثر رجعى، كما فعل التقنين الألمانى وتقنين الالتزامات السويسرى[1]. ولم يستبق الأثر الرجعى إلا التقنينات اللاتينية، وقد سار على

= تفسير هذا الحكم إلى القول بالأثر الرجعى. (٢) والرهن الذى يضمن حقاً معلقاً على شرط موقف يعتبر تاريخه من وقت الاتفاق على الرهن لا من وقت تحقق الشرط، لأن الحق كان له وجود احتمالى وقت الاتفاق على الرهن، وإذا كان الرهن جائزاً لضمان الأشياء المستقبلة فأولى أن يجوز لضمان الأشياء الموجودة ولو كان وجودها احتمالياً. (٣) وتصرف الدائن فى حق معلق على شرط موقف تصرف فى شئ موجود ولو وجوداً احتمالياً. أما تصرفه فى حق معلق على شرط فاسخ، وزوال هذا التصرف بتحقق الشرط، فيرجع إلى أن الشخص لا يستطيع أن ينقل إلى الغير أكثر مما يملك، والدائن، والدائن وقت تصرفه فى الحق المعلق على شرط فاسخ كان بتصرف فى حق قابل للزوال، فلا يستطيع أن ينقل إلى الغير إلا حقاً قابلا للزوال. (٤) وإذا أدى المدين حقاً معلقاً على شرط موقف، فإنه لا يستطيع أن يسترد ما دفع بعد تحقق الشرط، لأن الحق قد وجد فى ذمته وجوداً مؤكداً بتحقق الشرط قبل أن يطالب بالاسترداد، فلا يجوز له بعد ذلك أن يطالب باسترداد ما دفعه وفاء لحق مؤكد فى ذمته. أما إذا أدى حقاً معلقاً على شرط فاسخ ثم تحقق الشرط، فله أن يسترد ما دفعه لأنه عندما استرد لم يكن هناك مترتب فى ذمته يمنع من الاسترداد. ونظرية الأثر الرجعى ليست صحيحة بالنسبة للنتائج الآتية: (١) إذا كان الحق المعلق على شرط موقف متعلقاً بعين، وهلكت العين قبل تحقق الشرط، فإنها تهلك على المدين حتى لو تحقق الشرط بعد الهلاك. وقد تقدم ذكر هذا الحكم. وهو حكم يتناقض مع نظرية الأثر الرجعى، إذ لو كان لتحقق الشرط أثر رجعى فى هذا الفرض. لاعتبرت العين مملوكة للدائن من وقت الاتفاق لا من وقت تحقق الشرط ولكانت وقت الهلاك ملك الدائن، فكانت تهلك عليه لا على المدين. (٢) إذا طهر الحائز لعقار مرهون العقار من الرهن، وكان يملكه بشرط فاسخ، ثم تحقق الشرط، فلا يكون لتحققه أثر رجعى بالنسبة لتطهير العقار، ويبقى العقار مطهراً من الرهن. (٣) إذا أخذ الشفيع عقاراً بالشفعة، وكان يملك العقار المشفوع به بشرط فاسخ، ثم تحقق الشرط، فلا يكون لتحققه أثر رجعى بالنسبة للشفعة، ويبقى الشفيع مالكاً للعقار المشفوع فيه. (٤) إذا كان الحق معلقاً على شرط موقف، فلا يسرى التقادم بالنسبة له إلا من وقت تحقق الشرط، ولا يكون لتحقق الشرط أثر رجعى فى هذه الحالة. (٥) إذا قام الدائن بعمل من أعمال الإدارة فى الحق المعلق على شرط فاسخ، كأن آجر المشترى وفاء العين لا عن غش ولمدة لا تزيد على ثلاث سنوات، ثم تحقق الشرط، فلا يكون لتحققه أثر رجعى بالنسبة للإيجار، بل يبقى الإيجار سارياً فى حق البائع وفاء إذا استرد العين المبيعة. (٦) ... فيتبين من ذلك أن الفروض التى لا تطبق فيها نظرية الأثر الرجعى لا تقل عن الفروض التى تطبق فيها هذه النظرية، وإن هذه الفروض الأخيرة يمكن تفسيرها بغير نظرية الأثر الرجعى. فلا حاجة لنا إذن بنظرية غير ضرورية فى بعض التطبيقات وغير صحيحة فى البعض الآخر» (الموجز للمؤلف فقرة ٤٨٠).

(١) انظر المواد ١٥٨ و١٦٩ و١٦١ من التقنين المدنى الألمانى. وهذه النصوص تقضى بأن الشرط، واقفاً كان أو فاسخاً، ليس لتحققه أثر رجعى، إلا إذا اتفق الطرفان على أن يكون لتحققه هذا الأثر فى العلاقة فيما بينهما. والحقوق العينية التى تصدر، أثناء تعلق الشرط، من ناقل الملكية تحت شرط واقف أو من متلقيها تحت شرط فاسخ، تسقط بتحقق الشرط، ولكن هذا لا يعنى إطلاقاً أن لتحقق الشرط أثراً رجعياً، فإن هذه الحقوق إنما تسقط من وقت تحقق الشرط، فلا يزيد أثر تحقق الشرط هنا عن أثر حلول الأجل الفاسخ (بودرى وبارد ٢ ص٤١ – ص٤٢). =

نهجها التقنين المصرى، القديم[1] والجديد.

والصحيح فى نظرنا أن فكرة الأثر الرجعى لتحقق الشرط تستجيب فى أكثر الأحوال لظروف التعاقد وللنية المحتملة للمتعاقدين. ذلك أن المتعاقدين لا يعرفان وقت التعاقد إن كان الشرط يتحقق أو لا يتحقق، ولو أنهما كانا يعرفان ذلك لما علقا العقد على الشرط ولجعلاه عقداً بسيطاً منجزاً[2]. فيمكن إذن فى كثير من الاطمئنان تفسير نيتهما على أنهما إنما أرادا أن يسندا أثر العقد إلى وقت التعاقد لا إلى وقت تحقق الشرط.

ومن أجل ذلك لم يجعل المشرع مبدأ الأثر الرجعى من النظام العام فلا تجوز مخالفته، بل جعل للمتعاقدين الحق فى أن يفصحا عن نيتهما، فان كانا لا يريدان أن يجعلا للشرط أثراً رجعياً فليس عليهما إلا أن يبينا ما أرادا، وعند ذلك لا يكون لتحقق الشرط أثر رجعى، لأن النية الحقيقية للمتعاقدين قد تعارضت مع النية المحتملة، ولاشك فى أن الأولى تنسخ الثانية. وليس على المتعاقدين ضير من الأثر الرجعى ما داما يقصدان هذا الأثر، ولا على الغير ضير من ذلك أيضاً ما دامت قواعد الشهر تحمى الغير من المفاجآت[3]. ويستطيع المشرع أن يفرض أن أرادة المتعاقدين قد انصرفت إلى الأثر الرجعى إلا إذا ظهر العكس، كما فعل التقنينات الفرنسى والمصرى. كما يستطيع أن يفرض أنهما أرادا الأثر الفورى إلا إذا ظهر العكس، كما فعل التقنينات الألمانى والسويسرى. والفروق العملية ما بين الطريقتين فروق محدودة، فكل طريقة تقرر أصلا ثم تستثنى منه، وتكادان تتفقان على حدود الأصل والاستثناء. ولكن الأفضل التمشى مع النية المحتملة للمتعاقدين، وجعل الأصل هو الأثر الرجعى لتحقق الشرط. لذلك نرى أن التقنين المدنى الجديد لم يخطئ فى استبقائه لمبدأ

= وأنظر المادتين ١٧١ و١٧٤ فقرة ثانية من تقنين الالتزامات السويسرى وهما تنفيان الأثر الرجعى لتحقق الشرط إلا إذا اتفق المتعاقدان على غير ذلك.

(١) استئناف مختلط ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م١٥ ص١٢ – ٢ نوفمبر سنة ١٩١٦ م٢٩ ص٢٩ – ١٤ يونيه سنة ١٩٢٧ م٣٩ ص٥٥٠.

(٢) وقد جاء فى الموجز للمؤلف فى هذا المعنى: «وأنصار هذا المذهب يدافعون عنه بأنه يترجم بأمانة عن النية الحقيقية للمتعاقدين، فإن هذين لو علما وقت الاتفاق هل يتحقق الشرط أو يتخلف لبنيا تعاقدهما على هذا الحساب منذ الاتفاق. فإذا كان قد جهلا الغيب، ولم يعلما بتحقق الشرط أو بتخلفه وقت الاتفاق، فليس هذا الجهل الاضطرارى بمانع من أنهما يريدان إرجاع أثر الشرط إلى وقت الاتفاق، وقد كان يفعلان ذلك لو أنهما استطاعا أن يتبينا مآل الشرط منذ ذلك الوقت» (الموجز للمؤلف فقرة ٤٧٩ ص٤٨٧ وهامش رقم ١).

(٣) انظر بيدان ولاجارو ٨ فقرة ٧٤١ – چوسران٢ فقرة ٤٧٢ – فقرة ٧٤٣ – أنسيكلوبيدى داللوز١ لفظ (Condition) چان دى جارو دى ميشينى (Jean de Garreau de la Méchenie) فقرة ٥٥ – وانظر المادة ١١٠ من المشروع الفرنسى الإيطالى – وقارن كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٥٩ ص٤٥٠ – الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٨٩.

الأثر الرجعي على غرار التقنينات اللاتينية، مع تقييد هذا الأصل باستثناءات تقتضيها حاجات التعامل[1]. وهذا ما ننتقل الآن إلى بيانه.

٤٣ – ما يترتب من النتائج على الاثر الرجعي لتحقق الشرط: ونشير إلى بعض من النتائج الهامة التي تترتب على الأثر الرجعي لتحقق الشرط فيما يأتي:

(١) التصرفات التي تصدر من صاحب الحق المعلق على شرط واقف تصبح، عند تحقق الشرط، نافذة منذ البداية[2]. فلو أن مالكا لعين تحت شرط واقف باع هذه العين أو رهنها، ثم تحقق الشرط الواقف، فانه يتحقق بأثر رجعي لا بالنسبة إلى المالك تحت شرط واقف وحده، بل أيضاً بالنسبة إلى المشترى منه أو المرتهن. فيعتبر المالك تحت شرط واقف بعد تحقق الشرط مالكا للعين منذ البداية[3](1)، ويترتب على ذلك أنه يعتبر مالكا للعين وقت أن باعها

---

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص١٩– ص٢٠) في هذا الصدد ما يأتي: «ولم يحد المشروع في هذا الشأن عما جرت عليه التقاليد اللاتينية، بل جعل الأصل في أثر الشرط أن يستند أو ينعطف إلى الماضي فيما عدا استثناءات معينة. فالقاعدة العامة هي انسحاب أثر تحقق الشرط الموقف أو الفاسخ إلى وقت التعاقد. والواقع أن هذا الحكم ليس إلا تفسيراً معقولا لإرادة المتعاقدين، فلو أنهما كانا من مبدأ الأمر على يقين من تحقق الشرط، لردا أثره إلى وقت انعقاد العقد. ويتفرع على فكرة استناد أثر الشرط أن الدائن بالتزام معلق على شرط موقف يترتب حقه لا من وقت تحقق الشرط فحسب، بل من تاريخ انعقاد العقد. وكذلك الشأن في حق الدائن بالتزام معلق على شرط فاسخ، فهو يعتبر كأن لم يكن قد ترتب قط، لا من وقت تحقق الشرط بل من تاريخ انعقاد العقد. وإذا كان التقنين الألماني والتقنين السويسرى قد أعرضا عن فكرة استناد أثر الشرط وشايعتهما في ذلك تقنينات كثيرة، فمن المحقق أن هذه التقنينات جميعاً لم تمض في هذا السبيل إلى القصى من غاياته. فهي تخفف من آثار عدم الاستناد إلى حد بعيد بمقتضى طائفة من التصرفات الخاصة (أنظر المواد ١٥٩ – ١٦١ من التقنين الألماني). والحق أن شقة الخلاف بين المذهب اللاتيني والمذهب الجرماني، فيما يتعلق بأثر الشرط، ليست من السعة كما قد يحسب البعض. فالأحكام العملية أو التطبيقية تكاد تتماثل في ظل كل من هذين المذهبين، والواقع أن الخلاف بينهما لا يعدو أن يكون خلافاً في التصوير لا أكثر. فالمذهب اللاتيني يجعل من استناد أثر الشرط قاعدة عامة ويجيز مع ذلك الاتفاق على عكسها، بينما يجعل المذهب الجرماني من عدم استناد هذا الأثر أثر قاعدة عامة مع إباحة الخروج عليها».

(1) قائمة مزاد استبدال الأموال الموقوفة هى عقد بيع معلق على شرط واقف، هو اجازة الاستبدال من المحكمة الشرعية وصدور صيغته منها، وانه بتحقق هذا الشرط يكون البيع نافذا من وقت رسو المزاد ومؤدى ذلك أن قرار الموافقة على الاستبدال وصيغته لا يخرجان عن كونها أجازة للعقد بشروطه السابق الاتفاق عليها بين الطرفين على أساس من قائمة مزاد الاستبدال.

(جلسة ١٩٧٤/١٢/١١ مجموعة احكام النقض السنة ٢٥ ص١٤١٣)

(٢) استئناف أهلى أول ديسمبر سنة ١٨٩٨ الحقوق ١٤ ص٢٦– بنى سويف ١٣ مارس سنة ١٨٩٢ الحقوق ٩ ص٣٥.

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن ما تضمنته قائمة مزاد استبدال الأطيان الموقوفة من أن من يرسو =

للغير أو رهنها. ومن ثم تنتقل الملكية إلى المشترى أو ينشأ حق الرهن للدائن المرتهن لا من وقت تحقق الشرط الواقف، بل من وقت التعاقد مع المالك[1]. وعكس ذلك هو الذى يترتب على الأثر الرجعى لتحقق الشرط الفاسخ. فلو أن مالكاً تحت شرط فاسخ تصرف فى العين ببيع أو برهن، ثم تحقق الشرط الفاسخ بأثر رجعى فاعتبر أنه لم يكن مالكاً منذ البداية، فان البيع الذى صدر منه أو الرهن يكون قد صدر من غير مالك، فلا تنتقل الملكية إلى المشترى، ولا ينشأ حق الرهن للدائن المرتهن. ويلاحظ أن هذا الحكم الأخير، فى حالة المنقول، يخفف من حدته قاعدة أخرى هى القاعدة التى تقضى بأن الحيازة فى المنقول سند الملكية. فلو كان المبيع أو المرهون منقولا، وكان البائع أو الراهن مالكاً تحت شرط فاسخ، ثم تحقق الشرط بأثر رجعى، فزالت عن المالك الملكية منذ البداية، فان المشترى أو الدائن المرتهن، وإن اعتبر أنه تعامل مع غير مالك فلا ينتقل إليه الحق بالعقد، ينتفع من جهة أخرى بقاعدة الحيازة فى المنقول، فينتقل إليه الحق بالحيازة.

(٢) إذا باع شخص عقاراً تحت شرط واقف، فأصبح هو نفسه مالكاً تحت شرط فاسخ، ثم نزع دائن مرتهن للبائع ملكية العقار، وتحقق الشرط بعد ذلك، فان الاثر الرجعى لتحققه يجعل المشترى مالكاً منذ البيع لا منذ تحقق الشرط، فان كان الدائن المرتهن الذى نزع

=عليه المزاد لا يستحق فى الريع إلا إذا وافقت المحكمة الشرعية على الاستبدال، وأنه إلى أن يتم ذلك لا مسئولية على وزارة الأوقاف فى شئ يتعلق بالعقار الذى يكون فى هذه الحالة تحت يدها ولها حق تأجيره واستغلال ريعه، وأن الراسى عليه المزاد ملزم باحترام عقود التأجير الصادرة منها ولو كان ذلك قبل تاريخ توقيع الصيغة الشرعية بيوم واحد، ما تضمنته القائمة من ذلك لا يسوغ القول باعتبار هذا البيع معلقاً على شرط فاسخ، وذلك لأن إجازة الاستبدال من المحكمة الشرعية، ثم توقيع صيغته منها، ليست شرطاً فاسخاً وإنما هى شرط واقف، ولو أن النتيجة بالنسبة إلى موضوع النزاع لا تختلف بتخلف الشرط إن اعتبر فاسخاً أو بتحققه إن كان واقفاً، فإنه فى كلتا الحالتين يكون البيع نافذاً من وقت رسو المزاد لا من وقت توقيع الصيغة الشرعية (نقض مدنى ٩ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٩ ص٢٠٤).

(١) وإذا باع شخص داراً تحت شرط واقف هو أن يرحل لسكنى مدينة أخرى، ثم باع نفس الدار بعد ذلك بيعاً منجزاً إلى شخص آخر، ثم تحقق الشرط ورحل لسكنى المدينة الأخرى، فقد اختلف الفقهاء فى فرنسا فى مصير البيع الثانى بعد أن تحقق الشرط الواقف وزالت الملكية عن البائع بأثر رجعى فأصبح غير مالك عند صدور البيع الثانى منه. وقد ذهب أوبرى ورو إلى أن الشرط إرادى، فلا يجوز أن يكون له أثر رجعى بالنسبة إلى المشترى الثانى (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص١٠٩ وهامش رقم ٦٦- انظر أيضاً: توليه ٦ فقرة ٥٤٦ - ترولونج فى الرهون الرسمية ٢ فقرة ٤٧٤). ولكن بودرى وبارد يذهبان إلى أن الشرط هنا ليس شرطاً إرادياً محضاً، إذ هو خاضع لظروف وملابسات لا سيطرة للملتزم عليها، فالشرط صحيح، وإذا تحقق كان لتحققه أثر رجعى حتى بالنسبة إلى الغير، فيعتبر المشترى الثانى قد اشترى من غير مالك، وتكون ملكية الدار للمشترى الأول (بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٢٥- وانظر أيضاً: لاروميير ٢م ١١٧٩ فقرة ١٠- ديمولومب ٢٥ فقرة ٣٨٦ - فقرة ٣٨٧- لوران ١٧ فقرة ٨٦- هيك ٧ فقرة ٢٥٦).

الملكية لم يقيد حقه إلا بعد تسجيل البيع، فان نزع الملكية لا ينفذ فى حق المشترى. أما إذا كان الرهن قد قيد قبل تسجيل البيع، فانه يكون نافذاً فى حق المشترى، فينفذ فى حقه أيضاً نزع الملكية[1].

وإذا كان بيع العقار معلقاً على شرط فاسخ، ونزع ملكية العقار دائن مرتهن للمشترى تحت شرط فاسخ، وتحقق الشرط، فان نزع الملكية لا ينفذ فى حق البائع الذى استعاد ملكيته بأثر رجعى بمجرد تحقق الشرط، فلا ينفذ فى حقه الرهن الذى رتبه المشترى، ومن ثم لا ينفذ فى حقه نزع الملكية[2].

(٣) إذا كان المدين تحت شرط واقف قد اعتقد خطأ أن الشرط قد تحقق فوفى بالدين، فقد قدمنا أن له أن يسترده وفقاً للقواعد العامة فى دفع غير المستحق. ولكن جواز الاسترداد مقصور على المرحلة التى يكون فيها الشرط معلقاً، فإذا ما تحقق الشرط فانه يتحقق بأثر رجعى، ويتبين أن المدين وقت أن دفع كان مديناً فعلا، فلا يستطيع أن يسترد ما وفاه[3].

وعكس ذلك هو الذى يترتب على الأثر الرجعى لتحقق الشرط الفاسخ. فلو أن المدين أدى للدائن تحت شرط فاسخ حقه، فانه يكون مؤدياً لدين مستحق عليه فلا يستطيع أن يسترده ما دام الشرط معلقاً. فإذا ما تحقق الشرط زال حق الدائن بأثر رجعى، وكان للمدين أن يسترد ما دفع، إذ يتبين أنه وقت أن دفع لم يكن مديناً فيكون قد دفع غير المستحق.

(٤) إذا ارتهن دائن تحت شرط واقف عقاراً ضماناً لدينه، وقيد الرهن قبل تحقق الشرط، فان مرتبة الرهن تكون من يوم قيده لا من يوم تحقق الشرط، إذ يعتبر الدين موجوداً وقت قيد الرهن بفضل الأثر الرجعى لتحقق الشرط[4].

---

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ٨١٩- فإذا فرض أن العقار المبيع تحت شرط واقف كان مثقلا برهن صادر من البائع للبائع تحت شرط واقف، فإن البائع تحت شرط واقف- وهو مالك فى الوقت ذاته تحت شرط فاسخ - يعتبر بالنسبة إلى الرهن حائزاً للعقار المرهون. فإذا طهره من الرهن، ولم ينته التطهير إلى نزع الملكية، ثم تحقق الشرط، فأصبح المشترى تحت شرط واقف مالكاً للعقار منذ البداية، فأنه يأخذه مطهراً من الرهن، ولا تزول إجراءات التطهير بتحقق الشرط. أما إذا انتهى التطهير إلى نزع الملكية، فإن نزع الملكية يكون نافذاً فى حق المشترى تحت شرط واقف عند تحقق الشرط، لأن الرهن كان نافذاً فى حقه (لارومبيير ٢ م١١٨١ فقرة ٧- لوران ١٧ فقرة ٩٤- - بودرى وبارد٢ فقرة ٨١٩ ص٤٦ هامش رقم ٢).

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٢٠- أما إذا وجد على العقار رهن صادر من البائع، فإن نزع الملكية ولو تم بناء على طلب دائن مرتهن للمشترى، يكون نافذاً فى حق البائع وفاء للرهن الصادر منه هو (بودرى وبارد٢ فقرة ٨٢٠).

(٣) بلانيول وريبير وبولانجيه٢ فقرة ١٣٧١ - جوسران ٢ فقرة ٧٤٢.

(٤) بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣٧٠- وجاء فى الموجز للمؤلف: «فلو أن مديناً رتب على =

(٥) يعتبر عقد التأمين على الحياة عادة معلقاً على شرط واقف هو دفع القسط الأول من التأمين، فإذا دفع المؤمن عليه هذا القسط تحقق الشرط بأثر رجعي. واعتبر عقد التأمين نافذاً من وقت التعاقد لا من وقت تحقق الشرط. فلو أن شخصاً أمن على حياته، ثم مات قبل حلول القسط الأول، ودفع هذا القسط من تركته، فان عقد التأمين يعتبر نافذاً قبل وفاة المؤمن على حياته، ومن ثم يكون مبلغ التأمين مستحقاً.

(٦) للدائن تحت شرط واقف، إذا تحقق الشرط، أن يطعن بالدعوى البوليصية في تصرفات مدينه، حتى ما كان منها سابقاً على تحقق الشرط، فان حقه يعتبر، بفضل الأثر الرجعي، موجوداً منذ الاتفاق عليه لا منذ تحقق الشرط، ومن ثم يعتبر سابقاً على تصرف المدين(١).

(٧) إذا كسب شخص حقاً معلقاً على شرط واقف، في ظل تشريع معين، وقبل تحقق الشرط صدر تشريع جديد من شأنه أن يؤثر في هذا الحق، ثم تحقق الشرط، فان التشريع الذى يسرى هو التشريع القديم لا التشريع الجديد، إذ يعتبر الحق، بفضل الأثر الرجعي، موجوداً منذ البداية أى منذ أن كان التشريع القديم ساريا(٢).

٤٤ – الاستثناءات من مبدأ الأثر الرجعي لتحقق الشرط: هذه الاستثناءات ذكرتها النصوص صراحة، وهي أربعة(٣):

(١) فقد قدمنا أن الفقرة الثانية من المادة ٢٦٩ مدنى تقضى بأن أعمال الإدارة التى تصدر من الدائن تبقى نافذة رغم تحقق الشرط الفاسخ. وكان مقتضى الأثر الرجعي لتحقق

=عقاره رهناً يضمن التزاماً في ذمته معلقاً على شرط واقف وقبل تحقق الشرط رتب على نفس العقار رهناً آخر يضمن التزاماً في ذمته منجزاً ثم تحقق الشرط فإن الالتزام الذى كان معلقا على هذا الشرط يعتبر موجودا من وقت الاتفاق عليه لا من وقت تحقق الشرط، ويكون الرهن الضامن لهذا الالتزام سابقاً في التاريخ للرهن الضامن للالتزام المنجز» (الموجز فقرة ٤٧٩ ص٤٨٨).

ويقول بودرى وبارد في هذه المسألة أن هذا لا يدل على أثر رجعي، فالدين الاحتمالى إذا أخذ به رهن وقيد الرهن، كانت مرتبته من وقت القيد لا من وقت وجود الدين، مع أنه لا محل في هذه الحالة للقول بالأثر الرجعي (بودرى وبارد ٢ فقرة ٨١٤).

وتنص المادة ١٠٥٧ مدنى على أن «تحسب مرتبة الرهن من وقت قيده، ولو كان الدين المضمون بالرهن معلقاً على شرط أو كان ديناً مستقبلا أو احتمالياً».

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ٨١٣.

(٢) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص١٠٥.

(٣) ويلاحظ أن منطقة الأثر الرجعي للشرط، بل منطقة الشرط نفسه، محصورة في الشرط وهو ينشأ من إرادة المتعاقدين، فقد قدمنا أن الشرط لا مصدر له إلا الإرادة. أما حيث يقرر القانون شرطا يعلق عليه حكماً من الأحكام، فذلك لا يعتبر شرطاً كما رأينا، وليس لتحققه أثر رجعي، فإن الحكم المشروط لا يوجد ولا يثبت إلا عند تحقق شرطه، أما قبله فلا، لأن الأصل أن الأثر لا يسبق المؤثر (نقض مدنى ٢١ فبراير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٢ ص٢٦٥).

الشرط الفاسخ أن تسقط هذه الأعمال، ولكنها تبقى نافذة بالرغم من تحقق الشرط ما دامت قد تمت بحسن نية فى الحدود المألوفة للادارة، وقد تقدم بيان ذلك[1]. ومن أعمال الإدارة كما رأينا، الإيجار لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات، وقبض الأجرة وقبض المحصولات والثمار[2]، وبيعها، وقيد الرهن، وتجديد القيد، وقسمة العين الشائعة، وتطهير العقار المرهون[3].

(٢) ثم أن المادة ٢٧٠ مدنى أوردت، كما رأينا، ثلاثة استثناءات أخرى من مبدأ الأثر الرجعى لتحقق الشرط: (أ) إذا تبين من إرادة المتعاقدين أنهما استبعدا الأثر الرجعى. (ب) إذا كانت طبيعة العقد تستعصى على الأثر الرجعى. (جـ) إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن لسبب أجنبى قبل تحقق الشرط.

أما أن إرادة المتعاقدين قد تستبعد الأثر الرجعى، فهذا هو الذى يتفق مع الأساس الصحيح الذى يقوم عليه الأثر الرجعى فيما قدمناه. فقد أسلفنا أن الأثر الرجعى إنما يقوم على نية المتعاقدين المحتملة، فإذا تعارضت هذه النية مع النية الحقيقية، فلا شك فى أن النية الحقيقية هى التى يعمل بها. ومن ثم يكون للمتعاقدين أن يستبعدا، صراحة أو ضمنا، كل أثر رجعى للشرط. على أنه يجب التشدد فى استخلاص النية الضمنية للمتعاقدين فى استبعاد الأثر الرجعى، فان القانون صرف نيتهما المحتملة إلى استبقاء هذا الأثر، ولابد من قيام دليل واضح على أنهما قصد العكس[4].

(٣) وأما ما يرجع إلى طبيعة العقد فأهم تطبيق لذلك هو العقد الزمنى. ففى عقد الإيجار أو عقد العمل أو عقد التوريد إذا كان العقد معلقاً على شرط فاسخ، وبقى منفذاً مدة من الزمن ثم تحقق الشرط، فان طبيعة الأشياء هنا تستعصى على الأثر الرجعى، إذ لا يمكن الرجوع فى الزمن، وما تم من العقد يبقى، ولا يفسخ العقد إلا عن المستقبل[5].

---

(١) انظر آنفا فقرة ٤٠.

(٢) ديمولومب ٢٥ فقرة ٤٠٠ وما بعدها – بودرى، وبارد٢ فقرة ٨٢٤– انظر عكس ذلك: توليه ٦ فقرة ٥٦٣ – لوران ١٧ فقرة ٥٨– كذلك إذا دفع المالك تحت شرط فاسخ التأمين، ثم تحقق الشرط وزالت ملكيته بأثر رجعى، فلا يسترد الأقساط التى دفعها، لأن دفع أقساط التأمين يعتبر من أعمال الإدارة (بيدان ولاجارد ٨ ص٥٤٤ هامش رقم ١).

(٣) وقد قدمنا أن المالك تحت شرط فاسخ له حق الأخذ بالشفعة، فإذا أخذ عقاراً بالشفعة، ثم تحقق الشرط الفاسخ فزالت ملكيته عن العقار المشفوع به، فإن الأثر الرجعى لتحقيق الشرط لا يؤثر فى ملكيته للعقار المشفوع فيه، بل يستبقى هذا العقار. ولا يرجع ذلك إلى أن الأخذ بالشفعة يعتبر من أعمال الإدارة، بل إلى اعتبارات عملية تتعلق بوجوب استقرار التعامل. ومما يخل بهذا الاستقرار أن يجبر الشفيع، بعد الأخذ بالشفعة، أن يرد العقار المشفوع فيه إلى المشترى، أو أن يباح له هذا الرد.

(٤) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٤٤.

(٥) انظر فى العقد الزمنى الوسيط جزء أول فقرة ٦٥– فقرة ٦٦– وانظر بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧٤٧. ومما تستعصى طبيعته على الأثر الرجعى أن يتعاقد شخص مع آخر على أنه إذا باشر الأول عملا معيناً =

(٤) وأما ما يرجع إلى صيرورة تنفيذ الالتزام غير ممكن لسبب أجنبى قبل تحقق الشرط، فنميز بين ما إذا كان الشرط واقفاً أو فاسخاً. فان كان واقفاً، كما لو كان المالك لعين معينة قد باعها تحت شرط واقف وهلكت العين فى يده لسبب أجنبى قبل تحقق الشرط، فيستوى هنا أن يكون للشرط أثر رجعى أو لا يكون. ذلك أنه إذا جعل له أثر رجعى، وتبين أن العين قد هلكت وهى فى ملك المشترى ولكن قبل أن يتسلمها، فان تبعة الهلاك تكون على البائع فى القانون المصرى، كما لو لم يكن للشرط أثر رجعى[١]. أما فى القانون الفرنسى فالأمر يختلف، لأن تبعة الهلاك قبل التسليم فى هذا القانون على المشترى، فلا يكون للشرط أثر رجعى حتى لا تنتقل الملكية إلى المشترى، فيبقى الهلاك على البائع[٢]. أما إذا كان الشرط فاسخاً، كما لو كان المشترى تحت شرط فاسخ تسلم العين المبيعة وهلكت فى يده لسبب أجنبى، ثم تحقق الشرط الفاسخ، فان مقتضى الأثر الرجعى أن العين تعتبر عند هلاكها مملوكة للبائع فتهلك عليه، ولكن النص صريح فى وجوب استبعاد الأثر الرجعى فى هذه الحالة، وتهلك العين على المشترى لا على البائع.

= استخدم فيه الثانى، ويباشر الواعد هذا العمل المعين. فيستخدم الموعود له، ولكن منذ القيام بالعمل، لأن طبيعة التعاقد تستعصى على الأثر الرجعى. كذلك إذا وقف الدائن إجراءات التنفيذ تحت شرط فاسخ هو تأخر المدين فى دفع أحد أقساط الدين، فإن تحقق الشرط الفاسخ، وتأخر المدين فى دفع قسط، لا يكون له أثر رجعى بالنسبة إلى الزمن الذى وقفت فيه إجراءات التنفيذ. فإن الزمن هنا، كما فى العقد الزمنى، إذا مضى لا يعود (استئناف مختلط ٢٠ مارس سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص٢١١). والالتزام المعلق على شرط واقف لا يسرى فى حقه التقادم إلا منذ تحقق الشرط، خلافاً لمبدأ الأثر الرجعى، ومطاوعة لطبائع الأشياء.

(١) وإذا فرض، خلافاً للمألوف، أن البائع سلم المبيع للمشترى قبل تحقق الشرط، وهلك المبيع فى يد المشترى، ثم تحقق الشرط، فهنا يختلف الحكم: لو كان البيع منجزاً لكان الهلاك على المشترى فى هذه الحالة لأنه تسلم المبيع، أما وهو معلق على شرط واقف فالهلاك على البائع وفقاً لأحكام المادة ٢/٢٧٠ مدنى (انظر الأستاذ عبد الحى حجازى١ ص١٨٠. وقارب الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام ص٢٦٦ هامش رقم ١).

(٢) انظر فى تبعة الهلاك فيما إذا كان الشرط واقفاً فى القانون الفرنسى المادة ١١٨٢ من التقنين المدنى الفرنسى، وانظر أيضاً بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧٤٤ – فقرة ٧٤٥.

الفصل الثانى

الأجـــل*

(Le terme)

٤٥ – قيام الأجل والآثار التى تترتب عليه: نبحث فى الأجل، كما بحثنا فى الشرط، أمرين:

(أولا) قيام الأجل، ونعنى بذلك كما عنينا فى الشرط: (١) مقومات الأجل (٢) نوعى الأجل الواقف والفاسخ (٣) المصدر المنشئ للأجل وأى الحقوق يلحقها وصف الأجل.

(ثانيا) ما يترتب على الأجل بعد قيامه من الآثار.

وسنسير، بقدر الإمكان، فى الأجل على نفس الترتيب والسياق الذى سرنا عليه فى الشرط، حتى نتبين الموافقات بينهما والمفارقات.

(*) **مراجع**: بنكاز (Bonnecase) ٢ فقرة ٦٢٠ وما بعدها – أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٣– بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٦٨ وما بعدها – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ٩٩٨ وما بعدها – بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٩٨ وما بعدها– بلانيول وريبير وبولانجيه٢ فقرة ١٤٩١ وما بعدها – كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ٤٠١ وما بعدها – جوسران ٢ فقرة ٧٢٢ وما بعدها.

لاباتيه (Labatut) نظرة الميسرة رسالة من تولوز سنة ١٩٢٧ – لاجرانج (lagrange) أزمة العقد ومهمة القاضى (Le crise du contrat et le rôle du juge) رسالة من مونبليه سنة ١٩٣٥ – دفو (Deveau) نظرة الميسرة فى التقنين المدنى والتشريعات المعاصرة رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ – بنزيه (Ponsier) نظرة الميسرة رسالة من مونبلييه سنة ١٩٣٧– كاريه سيرات (Carré Serat) تأجيل الديون (moratoires) ونظرة الميسرة رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ – رولان تكسييه (Roland Texier) نظرة الميسرة رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ – لورانس (Lorans) نظرة الميسرة وتسوية الديون رسالة من بوردو سنة ١٩٤٠ – داترى (Datry) فى حلول الدين (L'échéance) رسالة من ليون سنة ١٩٤٥.

الفرع الأول
قيام الأجل

المبحث الأول
مقومات الأجل

٤٦ – النصوص القانونية: تنص المادة ٢٧١ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«١ – يكون الالتزام لأجل إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتباً على أمر مستقبل محقق الوقوع».

«٢ – ويعتبر الأمر محقق الوقوع متى كان وقوعه محتما، ولو لم يعرف الوقت الذى يقع فيه».

وتنص المادة ٢٧٢ على ما يأتى:

«إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة، عين القاضى ميعاداً مناسباً لحلول الأجل، مراعياً فى ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلة، ومقتضياً منه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه»(١).

ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق ولكن الأحكام كان معمولا بها دون نص.

وتقابل هذه النصوص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادتين ٢٧١ – ٢٧٢، وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٢٥٨ – ٢٥٩، وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٢٩١ و٢٩٧، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ١٠٠(٢).

---

(١) **تاريخ النصوص**:

م٢٧١: ورد هذا النص فى المادة ٣٩٢ من المشرع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٨٣ من المشروع النهائى. ثم وافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٢٢ – ص٢٣ وص٢٥ – ص٢٦).

م٢٧٢: ورد هذا النص فى المادة ٣٩٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٨٤ من المشروع النهائى. ثم وافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٢٦ وص٢٨).

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى**:

التقنين المدنى السورى م٢٧١ – ٢٧٢ (مطابقتان للمادتين ٢٧١ – ٢٧٢ من التقنين المدنى المصرى).

ويستخلص من هذه النصوص أن الأجل الذى يقترن به الالتزام هو أمر مستقبل محقق الوقوع يترتب على وقوعه نفاذ الالتزام أو انقضاؤه. فمقومات الأجل إذن ثلاثة: (١) فهو أمر مستقبل كالشرط. (٢) وهو محقق الوقوع، بخلاف الشرط فهو غير محقق الوقوع كما قدمنا (٣) وهو أمر عارض يضاف إلى الالتزام بعد أن يستوفى عناصره الجوهرية، وهو فى ذلك كالشرط لأنه وصف مثله.

وغنى عن البيان أن المقوم الرابع للشرط – وهو أن يكون غير مخالف للنظام العام والآداب – لا يرد فى الأجل، لأن الأجل ميعاد لا يتصور فيه إلا أن يكون مشروعاً.

١ – أمر مستقبل

٤٧– يجب أن يكون الاجل أمراً مستقبلا: الأجل كالشرط يجب أن يكون أمراً مستقبلا. وهو، كما يدل عليه اسمه، ميعاد يضرب لنفاذ الالتزام أو لانقضائه(1). ويكون عادة

= **التقنين المدنى الليبى** م٢٥٨ – ٢٥٩ (مطابقتان للمادتين ٢٧١– ٢٧٢ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى العراقى م٢٩١: يجوز أن يقترن العقد بأجل يترتب على حلوله تنجيز العقد أو انقضاؤه.

م٢٩٧ (مطابقة للمادة ٢٧٢ من التقنين المدنى المصرى).

(وأحكام التقنين المدنى العراقى تتفق مع أحكام التقنين المدنى المصرى فيما عرضت له هذه النصوص من المسائل: انظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١٥٠).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى: م١٠٠: إن الموجبات يمكن تقييدها بأجل. والأجل عارض مستقبل مؤكد الحدوث من شأنه أن يقف استحقاق الموجب أو سقوطه، ولا يكون له مفعول رجعى. وإذا كان الوقت الذى سيقع فيه ذاك العارض معروفا من قبل، كان الموجب ذا أجل أكيد، وإلا كان ذا أجل غير أكيد.

(وهذا النص يتفق فى الحكم مع المادة ٢٧١ من التقنين المدنى المصرى. ولا مقابل فى التقنين اللبنانى للمادة ٢٧٢ من التقنين المصرى. ولكن يوجد فى نصوص عقد القرض فى التقنين اللبنانى المادة ٧٦٣ وتنص على ما يأتى: «وإذا لم يعين أجل كان المقترض ملزماً بالرد عند أى طلب يأتيه من المقرض. وإذا اتفق الطرفان على أن المقترض لا يوفى إلا عند تمكنه من الإيفاء وحين تتسنى له الوسائل، فللمقرض عندئذ أن يطلب من القاضى تعيين موعد للايفاء». ويمكن تعميم حكم هذه المادة على الالتزامات الأخرى الناشئة عن غير عقد القرض، إذ النص ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة، فيكون حكم التقنين اللبنانى متفقاً مع حكم التقنين المصرى فى هذه المسألة).

(1) إذا كان المدلول الظاهر للإتفاق المبرم بين الطرفين هو إلتزام الطاعن باستغلال سينما لحساب المطعون عليه إلى أن يجد هو أو المطعون عليه خلال أجل محدد مستغلا لها وعندئذ يتعهد الطاعن بدفع نصف الإيجار الذى يقدمه المستغل الجديد فإن مؤدى ذلك أن هذا الالتزام مقيد بشرط وجود هذا المستغل خلال الأجل المتفق عليه بحيث ينتهى بانقضاء ذلك الأجل، وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه =

تاريخاً معيناً يختار فى التقويم. فإذا تعهد المقترض للمقرض بوفاء القرض فى تاريخ معين، أو تعهد المشترى للبائع أن يدفع الثمن على أقساط فى مواعيد معينة، أو تعهد المقاول لرب العمل أن يتم العمل الموكول إليه فى وقت معين، فكل من التزام المقترض بوفاء القرض والتزام المشترى بدفع الثمن والتزام المقاول بتسليم العمل مقترن بأجل أو بآجال يترتب على حلولها نفاذ الالتزام.

وقد ينشأ الالتزام منجزاً، ثم يضاف إليه أجل بعد ذلك، فينقلب موصوفاً، ولكنه يبقى الالتزام هو نفسه لم يتجدد(١).

٤٨ – لا يجوز أن يكون الأجل أمراً ماضياً أو حاضراً: والأجل، كالشرط أيضاً، لا يجوز أن يكون أمراً ماضياً أو حاضراً، وإلا فهو ليس بأجل، حتى لو كان طرفا الالتزام يجهلان وقت التعامل أن الأجل الذى يضربانه للمستقبل هو أجل قد حل. فلو أن شخصاً ضرب أجلا لنفاذ التزامه قدوم أول قافلة من الحجيج، وكان يجهل أن القافلة قد قدمت فعلا قبل أن يلتزم، أو هي آخذه فى القدوم وهو يلتزم، فان التزامه لا يكون مقترناً بأجل، بل ينشأ منذ البداية التزاماً منجزاً واجب الأداء فى الحال. ولو عين الملتزم أجلا لتنفيذ التزامه موت شخص معين. ويكون هذا الشخص قد مات قبل ذلك دون أن يعلم الملتزم، فان الالتزام ينشأ فى هذه الحالة منجزاً حالّ الأداء(٢).

٢ – أمر محقق الوقوع

٤٩ – يجب أن يكون الأجل محقق الوقوع: تقول الفقرة الأولى من المادة ٢٧١ مدنى أن الأجل يجب أن يكون أمراً مستقبلا محقق الوقوع. وهذا واضح، فالأجل يكون عادة، كما قدمنا، ميعاداً فى التقويم، تاريخاً معيناً يقع فى يوم معين من شهر معين من سنة معينة. وهذا الميعاد لابد واقع فى المألوف من الحياة، وندع ما لا يدخل فى حساب الناس كأن تقع كارثة تبيد الأرض ومن عليها فلا يأتى ذلك اليوم الموعود.

وكون الأجل أمراً محقق الوقوع هو الفرق الجوهرى ما بين الأجل والشرط، وهو الفرق الذى تتفرع عنه كل الفروق الأخرى. فقد رأينا أن الشرط أمر غير محقق الوقوع، ومن ثم كان الحق المعلق على شرط حقاً ناقصاً غير مؤكد الوجود، ومن ثم أيضاً كان للشرط أثر

=قد أسس قضاءه بالزام الطاعن بنصف الإيجار المدة التالية لانتهاء الآجل استنادا إلى عقد الاتفاق سالف الذكر يكون قد انحرف فى تفسير الاتفاق عن المعنى الظاهر له ومسخه مما يستوجب نقضه.

(الطعن ٦٥٣ لسنة ٢٥ق – جلسة ١٩٦١/٥/٤ س١٢ ص٤٤٤)

(١) الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص١٧١ هامش رقم ١.

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٤٨٣.

رجعى. أما الأجل فأمر محقق الوقوع، فالحق المقترن بأجل حق موجود كامل، وليس للأجل أثر رجعى[1].

٥٠- **يصح أن يكون ميعاد حلول الأجل مجهولا**: على أنه إذا كان ضرورياً أن يكون الأجل محقق الوقوع، فليس من الضرورى أن يكون ميعاد وقوعه معلوماً. فقد يكون هذا الميعاد مجهولا، ومع ذلك يبقى الأجل محقق الوقوع، فيكون أجلا لا شرطاً. وهذا ما تقضى به الفقرة الثانية من المادة ٢٧١ مدنى فهى تقول: «ويعتبر الأجل محقق الوقوع متى كان وقوعه محتما ولو لم يعرف الوقت الذى يقع فيه». ويسمى الأجل فى هذه الحالة أجلا غير معين (terme incertain) بالمقابلة للأجل المعين (terme certain) الذى يعرف ميعاد حلوله.

والمثل المألوف للأجل غير المعين هو الموت، فهو أمر محقق الوقوع. ولكن لا يدرى أحد متى يأتى[1]، ومن ثم كان أجلا غير معين. وعلى ذلك فالتزام شركة التأمين على الحياة أن تدفع مبلغ التأمين عند موت المؤمن على حياته التزام مقترن بأجل واقف غير معين هو الموت. وإذا التزم المقترض أن يرد مبلغ القرض عند موته، فيؤخذ من تركته، جاز ذلك، وكان التزامه برد القرض مقترناً بأجل واقف غير معين هو الموت. ولا يعتبر هذا تعاملا فى تركة مستقبلة فان المقترض قد التزم فى الحال وفى ماله الحاضر، وإنما ضرب أجلا لتنفيذ التزامه هو موته، والموت كما قدمنا أجل غير معين[2].

ويمكن تصور أمثلة أخرى غير الموت للأجل غير المعين. فهناك أمور محقق وقوعها فى المألوف من شؤون الحياة، ولكن لا يعلم موعد وقوعها. من ذلك رجوع الحجيج من بيت الله الحرام قافلين إلى بلادهم، فهذا أمر معتاد وقوعه، ولكن رجوع القوافل قافلة بعد أخرى أمر قد لا يعلم موعد وقوعه بالضبط. فلو التزم شخص إلى أجل هو موعد رجوع القافلة الأولى من الحجيج، كان هذا التزاماً مقترناً بأجل غير معين. أما إذا التزم لأحد الحجاج وعلق التزامه على رجوع الدائن من الحج، فهذا شرط لا أجل، إذ أن رجوع حاج بالذات من الحج أمر غير محقق الوقوع، فقد يموت فى الطريق.

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٢٤.

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٦٨ ص١٤٧ هامش رقم ١. ومما يقطع فى أن المقترض لم يتعامل فى تركته المستقبلة أنه إذا أفلس أو أعسر أو أضعف التأمينات، فسقط الأجل، حل الدين، وزاحم المقرض باقى الدائنين فى مال المقترض الموجود وقت سقوط الأجل.

(1) الموت وإن كان لا يدرى أحد متى يأتى إلا أنه محقق الوقوع ومن ثم كان أجلا غير معين وهو ما عنته الفقرة الثانية من المادة ٢٧١ من القانون المدنى بما جرى به نصها من أنه «ويعتبر الأمر محقق الوقوع متى كان وقوعه محتما، ولو لم يعرف الوقت الذى يقع فيه».
(الطعن رقم ١٩٠٤ لسنة ٦٨ق جلسة ١٩٩٩/٥/٢٧)

كذلك إذا التزم أحد الموردين بتوريد الأغذية إلى مستشفى أو إلى مدرسة عند انتهاء بنائها، فهذا أيضاً التزام مقترن بأجل غير معين، إذ أن الانتهاء من البناء أمر محقق الوقوع فى المعتاد من شؤون الحياة، ولكن موعده غير معلوم على وجه التحقيق.

والتزام الطالب أن يدفع المصروفات المدرسية عند افتتاح الدراسة قد يكون التزاماً مقترنا بأجل غير معين، إذا كان موعد افتتاح الدراسة وقت الالتزام لم يحدد. وكذلك الحال فى التزامه أن يدفع رسوم الامتحان عند حلول ميعاده، إذا كان ميعاد الامتحان لم يحدد وقت الالتزام(١).

والتزام المدين بالوفاء عند الميسرة أو عند المقدرة (م٢٧٢ مدنى) ينطوى على ضرب من الأجل الواقف، وهو أيضاً أجل غير معين، وسنعود إلى هذه المسألة بالتفصيل فيما يلى.

والفرق بين الشرط والأجل غير المعين واضح، فالشرط أمر غير محقق الوقوع،

---

(١) وقد يكون الأجل غير المعين موكولا تعيينه إلى إرادة الدائن، كما إذا اتفق على حلول الدين بعد إخطار الدائن المدين بثلاثة أشهر أو بسنة مثلا. فالأجل هنا غير معين، ولا يتعين إلا بإخطار الدائن المدين وانقضاء المدة المحددة بعد الإخطار. ولكن التقادم يسرى ضد هذا الدين من وقت وجوده لا من وقت حلول الأجل الموكول إلى إرادة الدائن، وإلا كان غير قابل للتقادم (انظر فى هذا المعنى أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٣ ص١٢٥). وكذلك الحال فى السندات الواجبة الدفع عند التقديم (à vue) (قارن بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧١٦). وإذا كان نظام الشركة لم يحدد مواعيد لتغطية الأوراق غير المغطاة وترك ذلك لعناية مديرى الشركة، فان ذلك ليس من شأنه أن يجعل الدين ديناً مستحق الوفاء عند التقديم (à vue)، بل أن الالتزام هنا مضاف إلى أجل معين أو غير معين، تبعاً لما إذا كان نظام الشركة قد عين مقدما ميعاد التغطية أو لم يعين، ولا يحل الأجل إلا عند الدعوة إلى التغطية (استئناف مختلط ٣٠ مارس سنة ١٩٢٧ م٣٩ ص٣٥٢). والالتزام برصيد الحساب الجارى هو التزام مقترن بأجل غير معين، إذ أن الرصيد يحل أجله متى أبدى الدائن للرصيد رغبته فى اقفال الحساب وقبض الرصيد (استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٠٨ م٢١ ص١٢)، ويحل على كل حال بموت أحد الطرفين (استئناف مختلط ١٨ يناير سنة ١٩١٧ م٢٩ ص١٦٦ – ١٦ إبريل سنة ١٩٢٤م ٣٦ ص٣١٣). وللمصرف فى أى وقت أن يقطع حساب عميله ولا يكون ملزماً بالاستمرار فى الحساب الجارى، فإذا ترك لعميله المهلة المعقولة لسداد رصيد الحساب الجارى، فلا يجوز للعميل أن ينعى عليه أنه قطع الحساب فى وقت غير مناسب (استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٩٠٢ م١٤ ص١٨٠).

وقد يكون الأجل المضروب أجلا ممتداً، كأن يلتزم صانع أن يصنع أثاثاً فى خلال مدة معينة، فالأجل هنا ليس يوماً معينا بالذات، بل ميعاداً أقصاه يوم معين بالذات. فهو من هذه الناحية مجهول ميعاد الحلول، وإن كان الحد الأقصى لهذا الميعاد معدوماً. ويكون تعيين ميعاد الحلول موكولا إلى أحد الطرفين – المدين فى هذا المثل وقد يكون الدائن فى أمثلة أخرى – ويقوم بتعيينه عند الوفاء بالالتزام. ومثل هذا الأجل يمكن تسميته بالأجل التعجيلى، لأن الغرض منه تعجيل تنفيذ الالتزام وليس تأجيله (أنظر الأستاذ عبد الحى حجازى فى عقد المدة ص١٧ – ص١٨).

أمـا الأجل غـير المعين فـأمر محـقق الوقـوع فى ذاته ولكن مـيـعـاد وقـوعه وحـده هو غـير المحقق(١).

٣- أمر عارض

٥١- الأجل عنصر عارض فى الالتزام لا عنصر جوهرى: والأجل، كالشرط وككل وصف آخر من أوصاف الالتزام. عنصر عارض فى الالتزام لا عنصر جوهرى. وهو لا يقترن بالالتزام إلا بعد أن يستوفى الالتزام جميع عناصره الجوهرية، ويأتى الأجل بعد ذلك عنصراً إضافياً يقوم الالتزام بغيره، ويتصور بدونه، ولا يحتاج إليه فى قيامه بذاته.

فإذا التزم شخص إلى أجل، فان التزامه يكون قد استوفى جميع عناصره الجوهرية، من رابطة ومحل وسبب. قبل أن يضاف إليه الأجل. ثم يأتى الأجل بعد ذلك يقترن به، ويعدل من آثاره. فبعد أن كان الأصل فى الالتزام أن يكون منجزاً واجب الأداء فى الحال وأن يبقى أثره دائماً، إذا بالأجل يعدل من ذلك، إما بأن يجعل الالتزام متراخى النفاذ إلى وقت معين(1)، وإما بأن يجعل الالتزام محدود البقاء غير دائم الأثر.

---

(١) وقد أورد الأستاذان كولان وكابيتان مثلا لأجل غير معين يشتبه بالشرط: يهب رجل امرأة أو يوصى لها بإيراد مرتب إلى اليوم الذى تتزوج فيه، وعندئذ ينقطع المرتب. فإذا اعتبرنا الزواج هنا أجلا فاسخاً غير معين، كان التصرف صحيحاً. أما إذا اعتبرناه شرطاً فاسخاً، كان بمثابة قيد على حق الزواج وقد يكون غير مشروع. وفى هذه الحالة يكيف الوصف، عند الشك، بأنه أجل غير معين تصحيحاً للتصرف (كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٦٧).

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الاتفاق الذى يؤخر حلول الدين إلى وقت القيام بعمل متعلق بإرادة المدين يعتبر اتفاقاً على أجل غير معين لا على شرط إرادى محض، ويجوز فى هذه الحالة للدائن أن يدعو المدين إلى القيام بالعمل الموكول لإرادته أو أن يعين القاضى للمدين وقتاً معقولاً للقيام بهذا العمل (استئناف مختلط ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م٣٦ ص١٤ - ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م٣٦ ص٢٩). فإذا رهن مزارع قطنه عند أحد المصارف فى نظير مبلغ معجل من المال، على أن يبيع المصرف القطن فى الميعاد الذى يعينه المدين، لم يجز للمدين أن يسرف فى تأجيل ميعاد البيع، بل يجب أن يعين للبيع ميعاداً معقولا (استئناف مختلط ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م٣٦ ص١٤). وإذا وضع مهندس معمارى تصميماً لبناء، وعين وقت البدء فى هذا البناء ميعاداً لدفع باقى أتعابه، فإن هذا يعتبر أجلا غير معين ويحل هذا الأجل إذا بيعت الأرض التى كان مقدراً للبناء أن يشيد عليها، إذ أن بيع الأرض يتضمن حتما العدول من هذا البناء، ومن ثم يحل ميعاد دفع باقى الأتعاب (استئناف مختلط ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م٣٦ ص٢٩).

(1) الاتفاق على مشاركة الطاعن والمطعون عليه الثانى للمطعون عليه الأول فى الصفقة محل عقد بيع آخر. بشرط قيام هذا الأخير ببيع عقار التداعى بعد تفويضها له فى ذلك واشتمال صحيفة الدعوى المبتدأة على دعوى الطاعن لمدينه للقيام ببيع هذا العقار خلال شهر. تكييف محكمة الموضوع هذا الاتفاق أنه التزام لأجل غير معين ورفض الدعوى على قالة أن هذا الالتزام لا يخول =

٥٢- الاجل فى العقود الزمنية: ويترتب على أن الأجل عنصر عارض فى الالتزام على الوجه المتقدم، لا عنصر جوهرى، نتيجة هامة كثيراً ما يغفل الفقه الإشارة إليها. فقد سبق أن عرضنا للعقود الزمنية contrats successifs وهى عقود تتميز عن غيرها بأن الزمن عنصر جوهرى فيها، بحيث يكون هو المقياس الذى يقدر به محل العقد. «ذلك أن هناك أشياء - كما جاء فى الجزء الأول من الوسيط[١] - لا يمكن تصورها إلا مقترنة بالزمن. فالمنفعة لا يمكن تقديرها إلا بمدة معينة. والعمل إذا نظر إليه فى نتيجته، أى إلى الشئ الذى ينتجه العمل، كان حقيقة مكانية، ولكن إذا نظر إليه فى ذاته فلا يمكن تصوره إلا حقيقة زمانية، مقترناً بمدة معينة. ومن ثم فعقد الإيجار عقد زمنى لأنه يقع على المنفعة، والزمن عنصر جوهرى فيه لأنه هو الذى يحدد مقدار المنفعة المعقود عليها. وعقد العمل لمدة معينة عقد زمنى، لأن الخدمات التى يؤديها العامل لا تقاس إلا بالزمن، فالزمن عنصر جوهرى فيه إذ هو الذى يحدد مقدار المحل المعقود عليه. وهناك من الأشياء ما يتحدد فى المكان فيكون حقيقة مكانية، ولكن المتعاقدين يتفقان على تكرار أدائه مدة من الزمن لسد حاجة تتكرر. فهو فى ذاته يقاس بالمكان، ولكن المتعاقدين اتفقا على أن يقاس بالزمان. مثل عقد التوريد، يلتزم به أحد المتعاقدين أن يورد للمتعاقد الآخر شيئاً معيناً يتكرر مدة من الزمن. فمحل العقد هنا - وهو الشئ المعين المتفق على توريده - يقاس فى ذاته بالمكان، ولكن المتعاقدين اتفقا على أن يتكرر مرات مدة من الزمن، فجعلاه يقاس، كالمنفعة والعمل، بالزمان لا بالمكان. فالمعقود عليه فى كل من عقد الإيجار وعقد التوريد هو الزمن، أو هو شئ يقاس بالزمن. ولكن المعقود عليه فى عقد الإيجار يقاس بالزمن طبيعة، أما المعقود عليه فى عقد التوريد فيقاس بالزمن اتفاقا. ومن ثم ينقسم العقد الزمنى إلى عقد ذى تنفيذ مستمر contrat à exécution continue كعقد الإيجار وعقد العمل لمدة معينة، وعقد ذى تنفيذ دورى contrat à exécution périodique كعقد التوريد وعقد الإيراد المؤيد أو الإيراد مدى الحياة[٢]».

= الدائن التنفيذ الجبرى ضد مدينه دون بحث أثر الانذار فى تعجيل الأجل أو تعيين أجل معقول للمدين لتنفيذه إذا قدرت عدم كفاية الأجل الذى حدده الطاعن. خطأ.

(جلسة ١٩٩٦/١١/٢٤ الطعن رقم ١٣٨٥ لسنة ٥٨ق)

(١) فقرة ٦٥.

(٢) انظر الأستاذ عبد الحى حجازى فى عقد المدة ص٢٠- ص٢٦ - أما إذا كان الزمن عنصراً غير جوهرى فى العقد، فإنه يصلح أن يكون أجلا، لأن الأجل كما قدمنا عنصر عارض. كذلك إذا تعهد صانع بصنع أثاث يسلمه فى مدة معينة، فإنه يقرن التزامه هنا بأجل واقف، يسميه الأستاذ عبد الحى حجازى بالأجل المعجل أو الأجل التعجيلى كما تقدم القول، وهو عنصر عرضى فى الالتزام وإن كان جبريا (الأستاذ عبد الحى حجازى فى عقد المدة ص١٧- ص١٨).

وقد درج الفقه على أعتبار هذه العقود الزمنية عقوداً مقترنة بآجال فاسخة. ولكننا إذا طبقنا القاعدة التى تقضى بأن الأجل إنما هو عنصر عارض في الالتزام لا عنصر جوهرى، تبين أن العقد الزمنى لا يمكن أن يكون عقداً مقترناً بأجل، لأن الأجل عنصر جوهرى فيه كما قدمنا إذ هو محل التعاقد ذاته، ولا يصح أن يكون الوصف هو أحد العناصر الجوهرية فى العقد(١)، وقد سبق ذكر ذلك عند الكلام فى الشرط.

وآية ذلك أن العقد الزمنى إذا انعدم فيه الأجل، فانه يكون باطلا لانعدام المحل. ولو كان الأجل وصفاً وكان باطلاً، لكان من الجائز أن يسقط الأجل ويبقى العقد، كما هى الحال فى الشرط، وقد ورد فى التقنين المدنى الفرنسى تطبيق لهذه القاعدة فى عقد الإيراد المرتب مدى الحياة، وهو عقد زمنى المدة فيه هى حياة من رتب له الإيراد. فإذا تعهد شخص لآخر بأن يؤدى إلى شخص ثالثا إيراداً مرتباً مدى الحياة، ثم تبين أن صاحب الإيراد كان قد مات قبل العقد، فان الأجل هنا – وهو المحل – يكون قد انعدم، ويكون العقد باطلا. وهذا ما تقضى به المادة ١٩٧٤ من التقنين المدنى الفرنسى، فهى تنص على أن «كل إيراد رتب مدى الحياة لمصلحة شخص يكون قد مات وقت العقد لا يكون له أى أثر(٢)». بل تضيف المادة ١٩٧٥ من نفس التقنين ما يأتى: «وكذلك يكون الحكم إذا رتب العقد إيراداً لمصلحة شخص أصيب بمرض مات بسببه فى خلال عشرين يوماً من وقت العقد(٣)».

ويترتب على ما تقدم أن الآجال الفاسخة – والأجل الفاسخ يكون عادة فى عقد زمنى – ليست بوجه عام آجالا بالمعنى الصحيح. ويكاد يخرج الأجل الفاسخ كله من بين أوصاف الالتزام، فلا يبقى إلا الأجل الواقف. وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام فى الأجل الفاسخ.

---

(١) الأستاذ عبد الحى حجازى فى عقد المدة ص١١٢. وانظر فيما إذا كان التزام المستأجر بدفع الأجرة على أقساط يعتبر التزاما زمنيا أو هو التزام مقترن بأجل واقف أو آجال واقفة: الأستاذ عبد الحى حجازى فى عقد المدة ص١١٧ – ١٢٢.

(٢) وهذا هو النص فى أصله الفرنسى: Tout contrat de rente viagère créée sur la tête d'une personne qui était morte au jour du contrat, ne produit aucun effet.

(٣) وهذا هو النص فى أصله الفرنسى: Il en est de même du contrat par lequel la rente a été créée sur la tête d'une personne atteinte de la maladie dont elle est décédée dans les vingt jours de la date du contrat.

المبحث الثانى
نوعا الأجل
١ – الأجل الواقف
(Terme suspensif)

٥٣– ما هو الاجل الواقف: رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٢٧١ مدنى تنص على أن «يكون الالتزام لأجل إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتباً على أمر مستقبل محقق الوقوع».

فإذا كان نفاذ الالتزام هو المترتب على الأجل، كان الأجل واقفاً، إذ هو يقف الالتزام عن أن ينفذ وعن أن يصبح مستحق الأداء إلى حين انقضاء الأجل(١)(1).

والأمثلة على الأجل الواقف كثيرة (2). فالمقترض يقترن التزامه برد القرض إلى المقرض

---

(١) وقد نصت المادة ١٠١ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على ما يأتى: «الموجب المؤجل التنفيذ أو ذو الأجل المؤجل هو الذى يكون تنفيذه موقوفا إلى أن يحل الأجل. وإذا لم يكن ثمة أجل منصوص عليه أو مستنتج من ماهية القضية فيمكن طلب التنفيذ حالا».

(1) أ– مفاد نص المادة ٢٧١ من القانون المدنى أن الحق المقترن بأجل حق كامل الوجود، وإنما يكون نفاذه مترتبا على حلول الأجل.

(الطعن ٣٢٢ لسنة ٣٣ق – جلسة ١٩٦٨/٢/٢٧ س١٩ ص٣٧٦)

ب– النص فى المادة ٢٧١ من القانون المدنى على أن «١ – يكون الالتزام لأجل إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتبا على أمر مستقبل محقق الوقوع متى كان وقوعه محتما ولو لم يعرف الوقت الذى يقع فيه» مؤداه أن الحق المقترن بأجل حق كامل الوجود وانما يكون نفاذه مترتبا على حلول الأجل. فإذا اتفق على تأخير تنفيذ الالتزام إلى وقت القيام بعمل متعلق بارادة المدين فان ذلك يعد اتفاقا على أجل غير معين، للدائن الحق فى أن يدعو المدين إلى القيام بالعمل الموكل لارادته أو يطلب من القاضى أن يحدد أجلاً معقولا للقيام بهذا العمل، فإذا اتفق على تأخير تنفيذ الالتزام إلى هذا الوقت المعلوم المحدد له من الدائن، أو الذى منحه القاضى له، أصبح الأجل معينا بانتهاء هذا الوقت، ويصير الالتزام نافذا، ويتعين على المدين تنفيذه إذا ما أعذره الدائن. ويكون لهذا الأخير اجباره على القيام بما التزم به.

(الطعن رقم ٢٢٢ لسنة ٣٣ق – جلسة ١٩٦٨/٢/٢٧ س١٩ ع١ ص٣٧٦)

(الطعن رقم ١٣٨٥ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩٦/١١/٢٤)

(وذات المعنى فى الطعن رقم ٧٥٤٠ لسنة ٦٣ق – جلسة ٢٠٠٢/٣/٢٤)

(2) أ– إذا اتفق على تأخير تنفيذ الالتزام إلى وقت القيام بعمل متعلق بأرادة المدين فان ذلك يعد اتفاقا على أجل غير معين، للدائن الحق فى أن يدعو المدين إلى القيام بالعمل الموكول لارادته أو يطلب من القاضى أن يحدد أجلا معقولا للقيام بهذا العمل.

(جلسة ١٩٦٨/٢/٢٧ الطعن ٣٢٢ لسنة ٣٣ق مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ص٣٧٦)

ب– مؤدى المادة ٢٧١ من القانون المدنى أن الحق المقترن بأجل حق كامل الوجود وأنما يكون نفاذه مترتبا على حلول الأجل، فإذا اتفق على تأخير تنفيذ الالتزام إلى وقت القيام بعمل متعلق بارادة المدين=

بأجل واقف. وكل من المستأجر والمستعير والمودع عنده يقترن بالتزامه برد العين المؤجرة أو المعارة أو المودعة بأجل واقف، غير أن الأجل في الوديعة لمصلحة الدائن وهو في العارية لمصلحة المدين وفي الإيجار لمصلحة الاثنين معاً. والمرتهن حيازة يقترن التزامه برد العين المرهونة إلى الراهن بأجل واقف هو الوفاء بالدين المضمون بالرهن[1]. وإذا تعهد المشترى بدفع الثمن على أقساط، كان التزامه مقترناً بآجال واقفة متعاقبة. وكذلك إذا تعهد المقاول أن يسلم ما تعهد بعمله إلى رب العمل في وقت معين، كان التزامه هذا مقترنا بأجل واقف. وقد سبقت الإشارة إلى كل ذلك.

٥٤- التزام المدين بالوفاء عند الميسرة أو عند المقدرة التزام مقترن بأجل واقف: رأينا أن المادة ٢٧٢ مدنى تنص على أنه «إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة، عين القاضى ميعاداً مناسباً لحلول الأجل، مراعياً في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلة، ومقتضياً منه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه[2]».

والمفروض في الحالة التى نحن بصددها أن المدين إنما ضرب أجلا للوفاء بدينه، ولم يجعل الدين معلقاً على شرط. ذلك أنه يحتمل أن يكون قد قصد تعليق الوفاء بالدين على شرط الميسرة أو المقدرة، وعند ذلك يصبح الوفاء بدينه معلقاً على شرط واقف. وهو أمر غير محقق الوقوع، فإذا أيسر وتحققت مقدرته على الوفاء، تحقق الشرط ووجب أن يفى بالدين. أما إذا لم يوسر ولم تتحقق مقدرته على الوفاء طول حياته، فقد تخلف الشرط وسقط عنه الالتزام بالوفاء[3]. كما يحتمل أن يكون المدين قد قصد أن يضرب أجلا للوفاء بدينه، هو ميسرته أو مقدرته على الوفاء. وفي هذه الحالة يكون المدين قد قصد أن يفى بدينه على كل

= فان ذلك يعد اتفاقا على أجل غير معين، للدائن الحق فى أن يدعو المدين إلى القيام بالعمل الموكل لارادته أو يطلب من القاضى أن يحدد أجلا معقولا للقيام بهذا العمل، فإذا اتفق على تأخير تنفيذ الالتزام إلى هذا الوقت المعلوم المحدد له من الدائن، أو الذى منحه القاضى له، أصبح الأجل معينا بانتهاء هذا الوقت، ويصير الالتزام نافذا، ويتعين على المدين تنفيذه إذا ما أعذره الدائن، ويكون لهذا الأخير اجباره على القيام بما التزم به.

(جلسة ١٩٩٦/١١/٢٤ الطعن رقم ١٣٨٥ لسنة ٥٩ق)

(١) وهذا مع ملاحظة أن الرهن ينقضى، فيزول الالتزام بالرد، إذا نفذ الدائن المرتهن بحقه على العين المرهونة. ولكن يصح أن يقال، من جهة أخرى، أن الوفاء بالدين المضمون بالرهن هو أمر غير محقق الوقوع، فيكون شرطاً لا أجلا، ولكن ليس له أثر رجعى لاستعصاء طبيعة التعامل على هذا الأثر.

(٢) وهذا النص مأخوذ من المادة ١٩٣ من تقنين الالتزامات البولونى. أنظر أيضاً المادة ٢/٧٤٣ من التقنين المدنى البرتغالى، والمادة ٦٥٤ من التقنين المدنى الأرجنتينى، والمادة ٩٠٤ من التقنين المدنى النمساوى، والمادة ٢/١١٧ من المشروع الفرنسى الإيطالى. وانظر بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ٩٩٩، والمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٢٧.

(٢) أنظر فى هذا المعنى محكمة الاسكندرية الوطنية ٥ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٥٤٢ ص١٠٦٣ - شبين الكوم فى ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٣٤٤ ص٩٠٥.

حال، أما عند الميسرة أو المقدرة، وأما عند الموت إذا لم يواته اليسار حال حياته. فالأجل هنا أجل غير معين، وهو أقرب حادثين غير معينين، اليسار أو الموت.

وإذا قام شك فيما إذا قصد المدين ضرب أجل الوفاء أو أراد تعليق الوفاء على شرط، فالمفروض أنه قصد الأجل لا الشرط، لأن العقد يفسر عند الغموض بما يعطيه الأثر الأقوى(١). فإذا ادعى المدين أنه أراد الشرط لا الأجل، فعليه هو إثبات ذلك.

ومتى تبين أن المدين إنما أراد الأجل لا الشرط، كان للدائن الحق فى أن يطالب بتحديد موعد للوفاء. ولما كان الموعد هو ميسرة المدين أو مقدرته على الوفاء بدينه، فان لم يتفق الطرفان على موعد معين لذلك، جاز للقاضى أن يتلمس من ظروف القضية وملابساتها موعداً يحدده، هو الموعد الذى يقدر فيه أن المدين أصبح موسراً أو قادراً على الوفاء بدينه(٢). وقد أمدته المادة ٢٧٢ مدنى ببعض عناصر التقدير، فذكرت من بين هذه العناصر: (١) موارد المدين الحالية، أما ما عند المدين من مال موجود فعلا وقت النظر فى الدعوى. (٢) موارد المدين المستقبلة، أى ما يتوقع القاضى أن يكون عند المدين من مال فى المستقبل، فان كان له إيراد يكسبه من عمل أو وظيفه أو مهنة، قدر القاضى هذا الإيراد فى المستقبل مسترشداً بالماضى. (٣) أن يقتضى من المدين عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه، وهذا عنصر معنوى بخلاف العنصرين المتقدمين فهما من العناصر المادية. وهو بالرغم من أنه معنوى عنصر موضوعى لا ذاتى، فالقاضى لا يقتضى من المدين عنايته الذاتية، بل يقتضيه عناية الرجل الحريص على الوفاء بما عليه من الديون. ويكون ذلك بأن يقدم المدين وفاء الدين على كثير من مطالبه، فان لم يقدمه على حاجياته الضرورية، فلا أقل من تقديمه على حاجياته الأخرى(٢). فاذا عجز القاضى، فى أى وقت من حياة المدين، عن تحديد موعد الوفاء بتعيين

---

(١) ديمولومب ٢٥ فقرة ٥٧٧ – لوران ١٧ فقرة ١٧٥ – أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٣ ص١٢٤ – ص١٢٥ – بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٦٩.

ويخلص من ذلك أن المدين إذا أبرأه دائنه من الدين، فتعهد على أثر هذا الإبراء أن يفى بالدين لدائنه إذا تمكن من ذلك فى المستقبل، فإن دلالة هذه الظروف تتوجه إلى أن يحمل تعهده هذا على أنه تعهد مدنى – مبنى على التزام طبيعى – وقد جعله المدين، لا مقترناً بأجل، بل معلقاً على شرط التمكن من وفاء الدين (قارب بودرى وبارد٢ ص١٤٨ هامش رقم ٣).

(٢) استئناف مختلط ١٠ يونيه سنة ١٩٢٨ م٤٠ ص٤٣٧ – منوف ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٤٩٥ ص٩٠٢.

(٣) فإذا كان هناك ما يؤمن الدائن على استيفاء حقه، اكتفى القاضى بذلك. وقد قضت محكمة طهطا بأن الشرط الذى ينص فيه، فى عقد غاروقة، على أن المدين يقوم بسداد الدين عند اقتداره هو بمثابة اشتراط أجل لمصلحته، فلا يمكن إجباره على الدفع قبل حلول الأجل ما لم يكن قد أضعف التأمينات (طهطا فى ١٥ أغسطس سنة ١٩٠٤ المجموعة الرسمية ٦ ص١٤٧: أى لا يحل أجل الدين ما دامت الغاروقة فى يد الدائن ولم تضعف أو يضعفها المدين).

اليوم الذى يصبح فيه المدين موسراً أو قادراً على الوفاء بدينه، تربص به حتى الموت[1]. فإذا مات المدين حل دينه حتما، وقد مات معسراً فيشارك سائر الدائنين فى استيفاء حقه من التركة مشاركة الغرماء[2].

وتعيين ميعاد يصبح فيه المدين موسراً أو قادراً على الوفاء بدينه مسألة واقع لا يخضع فيها قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض، ولكن حلول الدين عند أقرب الأجلين – الميسرة أو الموت – مسألة قانون تخضع لرقابة المحكمة العليا.

٢ – الأجل الفاسخ
(Terme extinctif)

٥٥– ما هو الاجل الفاسخ: رأينا أن الالتزام يكون لأجل إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتباً على أمر مستقبل محقق الوقوع (م١/٢٧١ مدنى). ورأينا أن نفاذ الالتزام إذا كان هو المترتب على الأجل، فالأجل يكون واقفاً. ونقول الآن إنه إذا ترتب على حلول الأجل انقضاء الالتزام – لا نفاذه – فالأجل يكون فاسخاً.

ولما كان الأجل بنوعيه ليس له أثر رجعى، وكانت كلمة «الفسخ» فى عبارة «الأجل الفاسخ» قد تشعر بأن للأجل الفاسخ أثراً رجعياً كما فى الشرط الفاسخ، فقد تجنب الفرنسيون هذه الكلمة وأطلقوا على الأجل الفاسخ عبارة «الأجل المنهى»[3] (terme extinctif). أما التقنين المدنى المصرى فقد استبقى عبارة «الأجل الفاسخ» (انظر المادة ٢/٢٧٤ مدنى).

٥٦– هل يوجد أجل فاسخ؟: أما أن التقنين المدنى المصرى قد تصور وجود الأجل الفاسخ، فهذا ما لا ريب فيه. فقد وردت الإشارة إليه فى موضعين: ففى الفقرة الأولى من

---

(١) ومثل تعهد المدين بوفاء الدين عند الميسرة أو المقدرة تعهده بوفاء الدين عندما يشاء، غير أن تعهد المدين بالوفاء عندما يشاء يختلف عن التعهد الأول فى أمرين: (أولا) فى تعهد المدين بالوفاء عندما يشاء لا يحل الدين إلا إذا شاء المدين دفعه حال حياته، فإن لم يشأ لم يستطع القاضى تحديد ميعاد للوفاء، ولا يحل الدين إلا بموت المدين (بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٧٠). (ثانيا) قد يفسر تعهد المدين بالوفاء عندما يشاء أنه إنما أراد أن يلتزم التزاماً أدبياً لا التزاماً مدنياً، ففى هذه الحالة لا يجبر على الوفاء حياً ولا يؤخذ الدين من تركته بعد موته (ديمولومب ٢٥ فقرة ٥٧٦– بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٧١– بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ٩٩٩).

(٢) استئناف مختلط ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م٣٦ ص١٤– ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٣م ٣٦ ص٢٩ – ٢٠ يونيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص٤٣٧ – الصف ٣ مارس سنة ١٩١٧ الشرائع٤ ص٣٦٧– الموجز للمؤلف فقرة ٤٨٤ – الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٧٠ ص٥٠٢– الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٦٧.

(٣) وسار على هذا التعبير الأستاذ عبد الحى حجازى فى رسالته فى عقد المدة وفى كتابه فى النظرية العامة للالتزام. أنظر أيضاً الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٧٥ ص٢٤٨.

المادة ٢٧١ مدنى ورد أن الالتزام يكون لأجل «إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتباً على أمر مستقبل محقق الوقوع»، وإذا ترتب انقضاء الالتزام على حلول الأجل فهذا الأجل يكون فاسخاً. ثم ذكر التقنين صراحة عبارة «الأجل الفاسخ» فى الفقرة الثانية من المادة ٢٧٤، إذ قال أنه «يترتب على انقضاء الأجل الفاسخ زوال الالتزام»(١).

وإذا استعرضنا الأمثلة التى تورد عادة على أنها أمثلة للأجل الفاسخ نجدها واردة فى العقود الزمنية. فالمؤجر الذى يتعهد بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة مدة الإيجار، والعامل الذى يلتزم نحو رب العمل أن يعمل مدة معينة، ومن يتعهد بتوريد الأغذية لمدرسة أو لمستشفى مدة معينة، ومن يتعهد بدفع إيراد لآخر مدى حياته، وصاحب حق الانتفاع الذى ينتفع بالعين ما دام حيا أو لمدة معينة، كل هذه أمثلة لحقوق وردت فى عقود زمنية. وقد قدمنا أن العقد الزمنى لا يمكن أن يقال عنه إنه مقترن بأجل فاسخ، لأن الأجل عنصر جوهرى فيه(٢).

على أننا نرى أنه إذا كان صحيحاً أن العقد الزمنى لا يجوز أن يقال عنه إنه مقترن بأجل فاسخ للأسباب التى قدمناها، فغير صحيح أن الأجل الفاسخ لا يوجد ضرورة إلا فى عقد زمنى. فهناك عقود تقترن بآجال فاسخة ولا تكون عقوداً زمنية، وفى هذه العقود ليس الزمن عنصراً جوهرياً بل عنصراً عارضاً، ومن ثم أجلا فاسخاً بالمعنى الصحيح. هذه العقود ليست كثيرة فى العمل، كما هو الشأن فى العقود الزمنية، ولكنها موجودة إلى حد يبرر استبقاء الأجل الفاسخ إلى جانب الأجل الواقف، كما فعل التقنين المدنى المصرى.

ونذكر الأمثلة التى تحضرنا لهذه العقود:

(١) إذا فتح مصرف لعميله اعتماداً بمبلغ معين لمدة سنة مثلا، فمبلغ الاعتماد هنا، وهو محل العقد، لا يقاس بالزمن أى بالسنة التى فتح فيها الاعتماد، إذ هو لا يتغير بتغير هذا الزمن فلا يزيد إذا زاد ولا ينقص إذا نقص. وفى رأينا أن العقد هنا ليس عقداً زمنياً إذ

---

(١) وانظر أيضاً النصوص المقابلة فى التقنينات المدنية العربية الأخرى آنفاً فقرة ٤٦ فى الهامش. أما التقنين المدنى الفرنسى فلا يتكلم إلا عن الأجل الواقف، والفقه الفرنسى مضطرب فى هذا الصدد. فمن الفقهاء من يعترف بالأجل الفاسخ وصفاً للعقد لا وصفاً للالتزام (ديمولومب ٢٥ فقرة ٥٦٩ بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٧٣)، ومنهم من لا يعتبر الأجل الفاسخ وصفاً للالتزام، بل يعتبره سبباً من أسباب انقضاء الالتزام (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ٩٩٨ – بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧٠٧).

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٥٢ – وينفى الأستاذ عبد الحى حجازى، فى شئ من التردد، عن الأجل الفاسخ (أو الأجل المنهى كما يدعوه) أنه وصف للالتزام (أنظر رسالته فى عقد المدة ص٢٣٠، وكتابه فى النظرية العامة فى الالتزام ١ ص١٧١ – وينوع خاص ص١٧٦ – ص١٧٧). وينفى الأستاذ اسماعيل غانم صراحة عن الأجل الفاسخ أنه وصف للالتزام إذ يقول: «والأجل الفاسخ ليس وصفاً بالمعنى الدقيق، فهو لا يعدل من آثار الالتزام، بل هو فى حقيقته الطريق الطبيعى لإنهاء الالتزام الزمنى، فهو يحدد مدة بقاء ذلك الالتزام» (أحكام الالتزام فقرة ١٦٨).

الزمن ليس عنصراً جوهرياً فيه، ومع ذلك يقترن التزام المصرف بفتح الاعتماد بأجل فاسخ هو مدة السنة، فإذا انقضت هذه المدة انقضى التزام المصرف بفتح الاعتماد[1].

ويخلص مما قدمناه أن المصرف يكون ملتزماً بوضع المبلغ تحت تصرف العميل، وهذا الالتزام مقترن بأجل فاسخ هو سنة من وقت فتح الاعتماد. وليس الأجل هنا محلا معقوداً عليه، بل عنصراً عارضاً، يمكن تصور العقد بدونه. ويكون المصرف في هذه الحالة ملزماً بوضع المبلغ تحت تصرف العميل فوراً، ويأخذه العميل في الحال فيكون قرضاً بسيطاً، وإنما سمي القرض هنا بفتح الاعتماد لإضافة الأجل الفاسخ السالف الذكر.

(٢) إذا فتح مصرف لمقاول حساباً جارياً عن مقاولة معينة وحدد لإقفال الحساب ستة أشهر مثلا، ففي هذه الحالة قد تعهد المصرف بالخصم والإضافة في الحساب الجارى عن المبالغ التي تضم وتخصم لحساب المقاولة المذكورة، وقرن التزامه بأجل فاسخ هو مدة الستة الأشهر. وليست هذه المدة عنصراً جوهرياً في الالتزام، بل العنصر الجوهرى هو المقاولة المعينة التي فتح من أجلها الحساب الجارى. فيكون العقد هنا عقداً غير زمني، ومع ذلك قد اقترن بأجل فاسخ[2].

(٣) إذا تعهد طبيب بعلاج أفراد أسرة لمدة سنة على أن يأخذ الأجر عن كل مرة يعالج فيها مريضاً، فان التزامه بالعلاج قد اقترن بأجل فاسخ، هو مدة السنة، ولكن هذه المدة ليست عنصراً جوهرياً في العقد ما دام الطبيب يتقاضى أجره لا بحساب المدة بل بحساب مرات العلاج. فالزمن هنا ليس مقياساً للمعقود عليه، وهو مع ذلك أجل فاسخ[3].

---

(١) أنظر عكس ذلك الأستاذ عبد الحي حجازى في عقد المدة ص٤٧ – ص٤٨. وهو يسلم أن المدة في هذا العقد ليست وظيفتها أن تحدد كم المبلغ الموضوع تحت تصرف العميل، فهو محدد في ذاته بدون فكرة الزمن، لا يزيد كمه ولا ينقص حسب طول المدة أو قصرها. ولكنه يضيف ما يأتي: «ومع ذلك فللزمن دور أصيل في هذا العقد، إن العقد ينص على المدة التي يجب في خلالها أن يظل البنك ملتزماً بوضع مبلغ الاعتماد تحت تصرفه المعتمد، وبالتالي المدة التي يكون المعتمد في خلالها واثقاً من أن ثمة مبلغاً موضوعاً تحت تصرفه. إن وضع المبلغ تحت تصرف المعتمد طوال مدة العقد، وإمكان هذا الأخير الاستفادة منه في كل لحظة في خلال مدة العقد لهو الذى يحقق الفائدة التي يرجوها المعتمد من هذا العقد، وتلك فائدة تقاس بالزمن، تزيد معه إذ تزيد، وتنقص معه إذ ينقص. وهذا كاف لإدراج هذا العقد ضمن طائفة عقود المدة».

على أن المدة هنا، وإن حققت فائدة للعميل، إلا أنها فائدة عارضة، وليست عنصراً جوهرياً في العقد لا يتصور العقد بدونها، فهي أقرب إلى أن تكون كالمدة التي يشترطها الصانع في صنع الأثاث: مدة عارضة جبرية.

(٢) قارن الأستاذ عبد الحي حجازى في عقد المدة ص٤٨.

(٣) قارن الأستاذ عبد الحي حجازى في عقد المدة ص٣٩.

(٤) إذا تعهدت شركة بصيانة سيارة أو مصعد أو نحو ذلك من الآلات التى تحتاج إلى الصيانة مدة سنة مثلا، على أن تتقاضى أجرها عن كل عملية من عمليات الصيانة، فان الالتزام هنا يكون مقترناً بأجل فاسخ ليس عنصراً جوهرياً فيه(١).

(٥) إذا تعهدت شركة التأمين أن تؤمن، لمدة معينة، عدداً غير معين من الأخطار يمكن تعيينه شيئاً فشيئاً باقرارات متتابعة من جهة المؤمن له، فقد اختلف فى تكييف هذا العقد، ومن رأى بعض الفقهاء أن العقد ليس بالعقد الزمنى، ومع ذلك فقد اقترن بأجل فاسخ(٢).

ويمكن القول بوجه عام أنه يتفق – وإن كان ذلك لا يحدث كثيراً – أن يقترن العقد بأجل فاسخ لا يكون عنصراً جوهرياً فيه، فلا يكون العقد فى هذه الحالة عقداً زمنياً، ويكون الأجل الذى اقترن به العقد أجلا فاسخاً بالمعنى الصحيح. ونحن إذ نتكلم فيما يلى عن الأجل الفاسخ ينصرف قولنا إلى هذه العقود على وجه التخصيص. على أنه لا مانع من إطلاق تعبير «الأجل الفاسخ» على المدة فى العقود الزمنية، فى شئ من التجوز، فان الأحكام لا تتغير سواء اعتبر الأجل الفاسخ فى العقود الزمنية أصلا أو اعتبر وصفاً.

المبحث الثالث
مصادر الأجل
وأى الحقوق يلحقها وصف الأجل
١ – مصادر الأجل

٥٧ – مصادر الأجل الاتفاق والقانون والقضاء: يغلب أن يكون مصدر الأجل هو الاتفاق. ويتميز الأجل عن الشرط فى أن له مصدرين آخرين: القانون والقضاء.

وفى الفقه الفرنسى ينتظم الأجل الذى مصدره الاتفاق والأجل الذى مصدره القانون اسم واحد، فيطلق عليهما معاً «الأجل المستحق قانونا» terme de droit ليقابل الأجل الذى مصدره القضاء ويسمى «الأجل المتفضل به» terme de grâce(٣)، أو «نظرة الميسرة» وهى التسمية التى درج عليها الفقه المصرى.

٥٨ – الاتفاق مصدر للاجل: يغلب، كما قدمنا، أن يكون مصدر الأجل هو اتفاق

---

(١) قارن الأستاذ عبد الحى حجازى فى عقد المدة ص٣٨– ص ٣٩.

(٢) انظر الأستاذ عبد الحى حجازى فى عقد المدة ص٥٥– ص٥٦ والمرجع التى أشار إليها.

(٣) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٣– بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٧٢– بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ٩٩٨ – بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧١٨ – كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٦١– جوسران ٢ فقرة ٧٢٢.

الطرفين. فيتفق البائع مع المشترى مثلا على تأجيل دفع الثمن إلى ميعاد معين، أو على دفعه أقساطا في مواعيد يتفق عليها، أو يتفقان على تأخير تسليم المبيع إلى أجل[1]. ويتفق المؤجر مع المستأجر على أن تكون مدة الإيجار وقتاً معيناً ينتهى بانقضائه العقد، وهذا هو الأجل الفاسخ فى العقد الزمنى، ولا يعتبر أجلا بالمعنى الصحيح كما قدمنا.

وقد تفرض الأكثرية الأجل الاتفاقى على الأقلية فى بعض حالات استثنائية، كما إذا اتفقت أغلبية دائنى التفليسة على تأجيل بعض ديون المفلس.

وكما يكون الاتفاق مصدر الأجل صريحاً، يصح أن يكون كذلك ضمنياً يستخلص من الظروف والملابسات. فإذا تعهد صانع بصنع أثاث معين دون أن يتفق على أجل لتسليم الأثاث، فالمفروض أن التزام الصانع بالتسليم مقترن بأجل واقف هو المدة المعقولة لصنع هذا الأثاث. ويلجأ القاضى فى تعيين هذه المدة، عند النزاع، إلى المألوف فى هذه الصناعة. وإذا اتفق عامل النقل مع صاحب بضاعة على نقل بضاعته من مدينة إلى أخرى دون أن يتفق معه على أجل، فان الأجل هنا أيضاً مفروض، ويعينه القاضى عند النزاع بالمدة المألوفة لنقل هذه البضاعة بالوسائل التى يملكها عامل النقل[2].

٥٩- القانون مصدر للاجل: وقد يكون نص القانون هو مصدر الأجل. ويقع أن يحدد القانون الموت أجلا أو حداً أقصى للأجل، كما فعل (م١/٧٤١ مدنى) فى الايراد المرتب مدى الحياة فقد جعل له أجلا هو الموت، وكما فعل (م٧٥٤ مدنى وما بعدها) فى التأمين على الحياة فبالموت يحل دفع مبلغ التأمين عادة، وكما فعل (م١/٩٩٣ مدنى) فى حق المنفعة فانه ينقضى حتما بالموت إن لم ينقض قبل ذلك بانقضاء مدة معينة.

ويقع كذلك أن يحدد نص القانون الأجل بمدة معينة من الزمن، أجلا واحداً أو حداً أقصى للأجل. فقد قضت المادة ٤٤٠ من تقنين المرافعات بالزام الراسى عليه المزاد فى التنفيذ العقارى بأن يودع كامل الثمن خزانة المحكمة حال انعقاد الجلسة فان لم يودع الثمن

---

(١) وإذا عين لتنفيذ الالتزام حد أقصى للأجل، فإن انقضاء هذا الحد الأقصى لا يمنع الدائن من مطالبة المدين بتنفيذ التزامه حتى بعد مجاوزة هذا الحد (استئناف مختلط ١١ مايو سنة ١٩٠١م ١٣ ص٣١٢).

وقد يمنح الدائن المدين أجلا على سبيل التسامح والتفضل، فيبيح له أن يسدد الدين أقساطاً. ولكن ذلك لا يمنعه من مطالبة المدين فى أى وقت بكل الدين دون أن يحتج عليه المدين بالأجل الممنوح له على سبيل التسامح (استئناف مختلط ٢١ أبريل سنة ١٩٣٨ م٥٠ ص٢٥٣).

(٢) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٠٠ – ويصح أن يكون مصدر الأجل إرادة المدين المنفردة، وليس إتفاقاً بينه وبين الدائن. ويقع ذلك كثيراً إذا صدر من أحد العاقدين إيجاب وحدد لالتزامه بالبقاء على الإيجاب ميعاداً، أو استخلص هذا الميعاد ضمناً من ظروف الحال أو طبيعة المعاملة (أنظر المادة ٩٣ مدنى).

كاملا وجب عليه ايداع خمس الثمن على الأقل وإلا اعيدت المزايدة على ذمته فى نفس الجلسة. وقضت المادة ٥٦٣ من التقنين المدنى بأنه إذا عقد الإيجار دون اتفاق على مدة، فيعتبر الإيجار منعقداً للفترة المعينة لدفع الأجرة، وينتهى بانقضاء هذه الفترة بناء على طلب أحد المتعاقدين إذا هو نبه على المتعاقد الآخر بالإخلاء فى مواعيد معينة مبينة فى النص، والأجل هنا أجل فاسخ فى عقد زمنى. ونصت المادة ٥٥٩ مدنى على أنه «لا يجوز لمن لا يملك إلا حق الإدارة أن يعقد إيجاراً تزيد مدته على ثلاث سنوات إلا بترخيص من السلطة المختصة»، وهذا هو حد أقصى للأجل الفاسخ فى عقد زمنى. ونصت الفقرة الثانية من المادة ٥٢٦ مدنى فى صدد مدة عقد الشركة على أنه «إذا انقضت المدة المعينة أو انتهى العمل، ثم استمر الشركاء يقومون بعمل من نوع الأعمال التى تألفت لها الشركة، امتد العقد سنة فسنة بالشروط ذاتها». وقد حددت الفقرة الثانية من المادة ٦٧٨ مدنى حداً أقصى لعقد العمل يلزم العامل فيه بالخدمة، فنصت على أنه «إذا كان عقد العمل لمدة حياة العامل أو رب العمل أو لأكثر من خمس سنوات، جاز للعامل بعد انقضاء خمس سنوات أن يفسخ العقد دون تعويض، على أن ينظر رب العمل إلى ستة أشهر». وحدد القانون مدة قصوى للملكية الأسرة، فنصت المادة ٨٥٢ مدنى على أنه «يجوز الاتفاق على إنشاء ملكية الأسرة لمدة لا تزيد على خمس عشرة سنة... وإذا لم يكن للملكية المذكورة أجل معين، كان لكل شريك أن يخرج نصيبه منها بعد ستة أشهر من يوم أن يعلن إلى الشركاء رغبته فى إخراج نصيبه». وحدد كذلك الحد الأقصى للبقاء فى الشيوع، فنصت المادة ٨٣٤ مدنى على أن «لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبراً على البقاء فى الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق، ولا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنع القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنين، فإذا كان الأجل لا يجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق فى حق الشريك وفى حق من يخلفه». وحدد كذلك حداً أقصى لمدة حق الحكر، فنصت المادة ٩٩٩ مدنى على أنه «لا يجوز التحكير لمدة تزيد على ستين سنة، فإذا عينت مدة أطول أو أغفل تعيين المدة اعتبر الحكر معقوداً لمدة ستين سنة».

وقد تصدر تشريعات استثنائية تمهل المدينين فى دفع ديونهم، وتمنحهم آجالا(1)، أو توقف الوفاء بالديون moratoires(١)، ويكون ذلك عادة عقب نشوب حرب يكون من

---

(١) أنظر فى فرنسا بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٢٣.

(1) أفصح المشرع فى القانونين رقمى ٢٦٩ و٢٧٢ لسنة ١٩٦٠ عن إرادته فى التدخل بسبب ظروف اقتصادية خاصة قرر إزاءها وقف المطالبة بالديون المستحقة على شركات الأدوية المستولى لديها خلال مدة معينة، وهذه المدة إنما تعتبر أجلا محددا قانونا يتوقف على حلوله نفاذ الالتزام، بمعنى أن الالتزام نشأ منجزا ولكنه تحول أثناء التنفيذ إلى التزام مؤجل بناء على تدخل المشرع morotorium. وإذ أراد المشرع بصريح عبارة القانونين المذكورين، مجرد تأجيل الديون المستحقة بعد سريان القانون رقم ٢١٢ لسنة ١٩٦٠ دون أن يتدخل فى تعديل الاتفاق على الفوائد المعتبر شريعة المتعاقدين، وكان المشرع قد قرر بالقانون رقم ٢١٢ لسنة ١٩٦٠ الاستيلاء على المستحضرات الطبية لدى شركات ==

شأنها قلب الموازين الاقتصادية، أو عقب أزمات اقتصادية يخشى معها خراب المدينين إذا هم أخذوا بدفع ديونهم فى المواعيد المحددة، كما وقع ذلك فى التسويات العقارية التى صدرت بها تشريعات تنظمها فى مصر.

٦٠- **القضاء مصدر الأجل**: وقد يكون القضاء هو مصدر الأجل، ويسمى الأجل القضائى فى الفقه المصرى بنظرة الميسرة.

والأصل فى نظرة الميسرة (délai de grâce) أن المدين، إذا كان يجب عليه الوفاء بدينه فى الميعاد المتفق عليه، إلا أنه إذا استدعت حالته الرأفة به، ولم يلحق الدائن من التأجيل ضرر جسيم، ولم يمنع من التأجيل نص فى القانون، يجوز للقاضى، بهذه الشروط الثلاثة، أن يمنح المدين أجلا أو آجالا معقولة يفى فيها بدينه. وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٤٦ مدنى على هذا الحكم صراحة إذ تقول: «على أنه يجوز للقاضى، فى حالات استثنائية، إذا لم يمنعه نص فى القانون، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه، إذا استدعت حالته ذلك، ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم».

ونظرة الميسرة، كنظرية الظروف الطارئة، يراد بها التخفيف من عبء التزام المدين الجدير بالرأفة، وهى تخفف العبء من حيث الإفساح فى أجل الوفاء، كما تخفف الظروف الطارئة العبء من حيث تحديد مقدار الدين(١).

ونظرة الميسرة أجل واقف يمنحه القاضى كما رأينا، ولكنه يختلف فى أحكامه عن أحكام الأجل الواقف التى سنوردها، وبخاصة من ناحية مسقطات الأجل، اختلافاً كبيراً. ونساير التقنين المدنى، فلا نبحث نظرة الميسرة هنا، بل عند الكلام فى انقضاء الالتزام عن طريق الوفاء، إذ يجب على المدين أن يفى الدين فى ميعاده إلا إذا نظره القاضى إلى أجل(٢).

== القطاع الخاص التى تتجر فى الأدوية ونظم أحكام هذا الاستيلاء تمشيا مع سياسة الدولة الاشتراكية حتى لا تتضخم أرباح هذه الشركات على حساب السواد الأعظم من أبناء الشعب بالتحكم فى السوق ورفع الأسعار، فإن أثر هذا التأجيل يقتصر - أخذا بالعلة التى أرادها المشرع وبالقدر الذى توخاه منها - على أصل الدين دون إيقاف سريان فوائده وإلا لكان فى ذلك مغنم لهذه المنشآت الأمر الذى لم يدر فى خلد المشرع بل ويتعارض مع أهدافه.

(الطعن ٤١٢ لسنة ٣٥ق- جلسة ١٩٦٩/١٢/٣٠ س٢٠ ص١٣٦٣)

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٤٨٩ ص٤٩٩.

(٢) وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشتمل على نص يعدد مصادر الأجل، هو المادة ٣٩٣ من هذا المشروع، وكانت تجرى على الوجه الآتى: «١- الأجل إما أن يكون اتفاقياً يحدده المتعاقدان صراحة أو ضمناً، وإما أن يكون بحكم القانون. ٢- ويجوز للقاضى فى حالات استثنائية، إذا لم يمنعه نص فى القانون، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه، إذا استدعت حالته ذلك، ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم» (أنظر المذكرة الإيضاحية فى مجموعة =

٢ – الحقوق التى يلحقها وصف الأجل

٦١ – الحقوق الشخصية والحقوق العينية عدا حق الملكية: والأجل وصف يلحق بوجه عام الحقوق الشخصية والحقوق العينية على السواء، أياً كان مصدر هذه الحقوق. فحق المنفعة أياً كان مصدره مقترن بأجل فاسخ حده الأقصى هو الموت كما قدمنا. كذلك حق الحكر لا يجوز أن تزيد مدته على ستين سنة.

غير أن هناك حقا عينياً واحداً – هو حق الملكية – لا يجوز أن يقترن بأجل واقف أو فاسخ. ذلك أن طبيعة حق الملكية تقتضى أن يكون هذا الحق أبديا، بل هو يتأبد فى انتقاله من مالك إلى مالك، فلا يصح أن يقترن بأجل فاسخ لأن هذا يتعارض مع أبديته، ولا بأجل واقف إذ يقابل هذا الأجل أجل فاسخ فى الجهة الأخرى(١).

٦٢ – الحقوق التى يلحقها وصف الأجل: فالحقوق المالية، عدا حق الملكية، تقبل الاقتران بالأجل كما قدمنا. أما الحقوق المتعلقة بالأحوال الشخصية فلا تقبل الاقتران بالأجل، كما لا تقبل التعليق على الشرط. فالزواج إلى أجل أو مقترناً بأجل واقف لا يجوز، وكذلك الطلاق والحجر والإذن بالتجارة والحقوق المتولدة من النسب ونحو ذلك من الحقوق.

الفرع الثانى
ما يترتب على الأجل من الآثار

٦٣ – النصوص القانونية: تنص المادة ٢٧٤ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«١ – إذا كان الالتزام مقترناً بأجل واقف، فانه لا يكون نافذاً إلا فى الوقت الذى

= الأعمال التحضيرية٣ ص٢٣ فى الهامش). وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص، بعد أن نقلت الفقرة الثانية منه (الخاصة بنظرة الميسرة) إلى الفصل المعقود للوفاء كسبب من أسباب انقضاء الالتزام عند الكلام فى ميعاد الوفاء (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٢٣ فى الهامش).

ونصت المادة ١٠٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على ما يأتى: «الأجل المؤجل إما قانونى أو ممنوح. فالقانونى هو المثبت فى عقد إنشاء الموجب أو فى عقد لا حق له أو المستمد من القانون. والأجل الممنوح هو الذى يمنحه القاضى». ونصت المادة ١٠٧ من هذا التقنين على أن «الأجل القانونى صريح أو ضمنى: فهو صريح إذا كان مشترطاً صراحة، وضمنى إذا كان مستنتجاً من ماهية الموجب».

(١) وقد نصت المادة ٢٩٢ من التقنين المدنى العراقى على أنه «لا يصح فى العقد اقتران الملكية بأجل» (أنظر عكس ذلك الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١٥٤ ص١٤٩).

ينقضى فيه الأجل. على أنه يجوز للدائن، حتى قبل انقضاء الأجل، أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقوقه. وله بوجه خاص أن يطالب بتأمين إذا خشى إفلاس المدين أو إعساره واستند فى ذلك إلى سبب معقول».

«٢- ويترتب على انقضاء الأجل الفاسخ زوال الالتزام، دون أن يكون لهذا الزوال أثر رجعى[١]».

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق، ولكن الأحكام التى يقضى بها كان معمولا بها دون حاجة إلى نص.

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٧٤، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٦١، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٢٩٣، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ١٠٨ و١١١ و١١٧ و١١٨[٢].

---

(١) **تاويخ النص**: ورد هذا النص فى المادة ٣٩٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٨٦ من المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٣٤- ص٣٥). وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٣٤- ص٣٥.

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى**:

التقنين المدنى السورى: م٢٧٤ (مطابقة للمادة ٢٧٤ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى الليبى: م٢٦١ (مطابقة للمادة ٢٧٤ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى العراقى: م٢٩٣: ١- العقد المضاف إلى أجل واقف ينفذ سبباً فى الحال، ولكن يتأخر وقوع حكمه إلى حلول الوقت المضاف إليه. ٢- والعقد المقترن بأجل فاسخ يكون نافذاً فى الحال، ولكن يترتب على انتهاء الأجل انقضاء العقد. (والحكم واحد فى التقنينين المصرى والعراقى، وعبارة التقنين العراقى مستمدة من لغة الفقه الإسلامى. قارن الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١٥٤).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى: م١٠٨: أن الأجل المؤجل لا يقتصر على جعل الموجب غير مستحق الإيفاء، بل يمنع عنه حكم مرور الزمن ما دام الأجل لم يحل. أما إذا كان الموجب قد نفذ، فلا وجه لاسترداد ما لم يجب.

م١١١: إن الدائن إلى أجل يمكنه حتى قبل الاستحقاق أن يتوسل بكل الوسائل الاحتياطية لصيانة حقوقه وأن يطلب كفالة أو غيرها من وجوه التأمين أو أن يعمد إلى الحجز الاحتياطى حين يجد من الأسباب الصحيحة ما يحمله على الخوف من عدم ملاءة المديون أو من إفلاسه أو من هربه.

م١١٧: إن الموجبات التى موضوعها إجراء أمر متواصل أو سلسلة أمور متتابعة يكون مفعول الأجل فيها الاستمرار.

م١١٨: للموجب ذى الأجل المسقط مفاعيل الموجب البسيط ما دام ذلك الأجل لم يحل. وعند حلوله تنقطع مفاعيل الموجب فيما يختص بالمستقبل فقط. =

٦٤- قبل حلول الاجل وعند حلول الاجل: ويتبين من النص المتقدم أنه هنا أيضاً، كما فى الشرط، يجب أن نميز بين مرحلتين: (١) المرحلة السابقة على حلول الأجل، أى وقت قيام الأجل. (٢) ومرحلة حلول الأجل، وهذه المرحلة لا تحتمل إلا صورة واحدة هى أن يحل الأجل فعلا. ويختلف الشرط عن الأجل فى ذلك بأن مرحلة ما بعد التعليق تحتمل تحقق الشرط أو تخلفه، لأن الشرط، خلافاً للأجل، أمر غير محقق الوقوع.

المبحث الأول
الآثار قبل حلول الأجل
١ - الأجل الواقف

٦٥- الحق المقترن بأجل واقف حق موجود وهو كامل الوجود: والحق المقترن بأجل واقف هو حق موجود كالحق المعلق على شرط واقف، بل هو أقوى وجوداً، إذ الحق المعلق على شرط واقف حق ناقص كما رأينا، أما الحق المقترن بأجل واقف فهو كامل الوجود[1].

ويترتب على وجود الحق المقترن بأجل واقف من النتائج ما سبق أن رتبناه على وجود الحق المعلق على شرط واقف، ويزيد نتائج أخرى مستمدة من كمال وجوده.

فمن النتائج المستمدة من محض الوجود ما يأتى:

(١) ينتقل هذا الحق من صاحبه إلى الغير بالتصرف والميراث وغير ذلك من أسباب انتقال الحقوق، على التفصيل الذى قررناه بالنسبة إلى الحق المشروط.

(٢) يجوز لصاحب هذا الحق أن يجرى الأعمال المادية اللازمة لصيانته من التلف. ولا يجوز لمن عليه الحق أن يقوم بأى عمل من شأنه أن يمنع استعمال الحق عند حلول أجله أو يزيده صعوبة، وذلك كله على التفصيل الوارد فى الحق المشروط.

=(ورغم إفاضة التقنين اللبنانى فى التفصيلات فإن الأحكام واحدة فى التقنينين المصرى واللبنانى فيما عدا ما يأتى: (١) لا يجيز التقنين اللبنانى رد الدين المؤجل إذا كان قد وفى قبل حلول الأجل، ويجيز التقنين المصرى ذلك على تفصيل سيأتى (م١٨٣ مصرى) - (٢) يجيز التقنين اللبنانى الحجز التحفظى بالدين المؤجل، أما تقنين المرافعات المصرى فيشترط فى الحجوز التحفظية أن يكون الدين محقق الوجود حال الأداء (م ٣١٩ و ٣٢٥ مرافعات مصرى) - ويلاحظ أيضا أن المادة ١١٧ من التقنين اللبنانى تعرض للالتزامات الناشئة من عقود زمنية، ولكن لتقرر جواز أن يقترن بها أجل فاسخ يكون مفعوله عند انقضائه إسقاط الالتزام).

(1) الحق المقترن بأجل هو حق كامل الوجود ولكن نفاذه يكون مترتبا على حلول الأجل.
(جلسة ١٩٦٨/٢/٢٧ الطعن رقم ٣٢٢ لسنة ٣٣ق السنة١٩ ص٣٧٦)

(٣) يجوز لصاحب هذا الحق أن يقوم بالأعمال التحفظية اللازمة للمحافظة على حقه، كوضع الأختام وتحرير قوائم الجرد وقيد الرهون الرسمية وتجديد القيد والتدخل فى القسمة ووضع الحراسة على الأعيان ورفع دعاوى تحقيق الخطوط[١] ورفع الدعوى غير المباشرة ودعوى الصورية، دون الدعوى البوليصية لأن الحق غير مستحق الأداء. وله بوجه خاص – كما تقول المادة ١/٢٧٤ مدنى– أن يطالب بتأمين إذا خشى – مستنداً فى ذلك إلى سبب معقول ولا يكفى مجرد الخشية الذاتية إذا لم تكن مستندة إلى سبب يبررها – إفلاس المدين أو إعساره. فإذا لم يقدم المدين التأمين، ترتب على ذلك سقوط الأجل، قياساً على حكم المادة ٢٧٣ مدنى وسيأتى ذكرها[٢]. وقد قدمنا كل ذلك فى الحق المشروط[٣].

(٤) يجوز لصاحب هذا الحق أن يدخل فى التوزيع، بل إذا كان التوزيع نتيجة إفلاس المدين أو إعساره، فان الأجل الواقف يسقط كما سنرى، ويستوفى الدائن حقه باعتبار أنه حالٌ مستحق الأداء.

ومن النتائج المستمدة من كمال الوجود– ويزيد فيها الحق المقترن بأجل على الحق المشروط – ما يأتى:

---

(١) وغنى عن البيان أن الحكم الذى يحصل عليه الدائن بصحة السند المثبت لدين مؤجل لا يستطيع الحصول بموجبه على حق اختصاص، لأن حق الاختصاص لا يؤخذ إلا بموجب حكم واجب التنفيذ فى موضوع الدعوى أى بالدين نفسه (م١٠٨٥ مدنى). وفى فرنسا قانون قديم صدر فى ٣ سبتمبر سنة ١٨٠٧ ويقضى بأنه إذا صدر حكم بصحة دين قبل حلول أجله، فلا يجوز الحصول بموجب هذا الحكم على رهن عام (وهو ما يقابل حق الاختصاص عندنا) على أموال المدين إلا إذا لم يدفع المدين الدين عند حلول أجله، وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره (بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٩٨ – بلانيول وريبير وجابولد٧ فقرة ١٠٠٥ ص٣٤٤). ويرى أكثر الفقهاء أن قانون ٣ سبتمبر سنة ١٨٠٧ اقتصر فى نصه على حالة الحكم بصحة السند العرفى المثبت للدين، فإذا كان الدين غير ثابت فى سند ما، أو كان ثابتاً فى سند رسمى، فإنه لا يجوز رفع دعوى بصحة الدين قبل حلول الأجل، إذ لو جاز ذلك لاستطاع للدائن أن يحصل على الرهن العام عند حلول الأجل، وهذا يخالف العقد القائم ما بين الطرفين، فإن المدين لم يرض أن يعطى للدائن رهناً خاصاً فكيف يجوز للدائن أن يحصل على رهن عام! (ديمولومب ٢٥ فقرة ٦١٧– لوران ١٧ فقرة ١٨٨– أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٣ هامش رقم ٣– بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٩٩ – عكس ذلك لارومبيير ٣ م١١٨٦ فقرة ٢٤).

(٢) ويعتبر التزام المدين بتقديم التأمين أو دفع الدين فوراً التزاماً تخييريا مصدره نص القانون، وحق الخيار فيه للمدين (أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٣٧ – ص٣٨).

(٣) أما قطع التقادم فلا فائدة منه، لأن الدين المؤجل لا يسرى فى حقه التقادم إلا عند حلول الأجل، فإذا حل الأجل وبدأ التقادم يسرى كان للدائن بطبيعة الحال أن يقطعه (بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٩٤).

(١) يسقط الأجل الواقف، ويصبح الحق المؤجل مستحق الأداء، إذا شهر إفلاس المدين أو إعساره.

(٢) بل إن المدين إذا أضعف بفعله التأمينات التى أعطاها للدائن، أو لم يقدم ما وعد به من التأمين، فان الأجل يسقط كذلك على تفصيل سنذكره فيما بعد.

(٣) بل إن ضعف التأمين أو الخشية من إفلاس المدين أو إعساره خشية تستند إلى سبب معقول، ولو رجع ذلك إلى سبب خارج عن إرادة المدين، يكفى لإسقاط الأجل، إلا إذا قدم المدين تأميناً كافياً.

(٤) وإذا هلك الشئ محل الحق المؤجل بسبب أجنبى قبل حلول الأجل، كان الهلاك على الدائن لا على المدين، لأن الشئ قد أصبح حقاً مؤكداً له فيهلك عليه، بخلاف ما رأيناه فى الشرط. فإذا هلكت العين المؤجرة فى يد المستأجر قبل حلول أجل ردها، أو هلكت الوديعة فى يد حافظ الوديعة قبل انقضاء أجل الوديعة، كان الهلاك على الدائن، أى المؤجر أو المودع. أما إذا كان العقد بيعاً فقد رأينا أن العين تهلك على البائع، فإذا حدد أجل لتسليم العين المبيعة إلى المشترى، وهلكت العين قبل التسليم، فالهلاك على البائع لا على المشترى أى على المدين لا الدائن[1]، وهذا هو حكم العقد إذا كان ناقلا للملكية.

٦٦- ولكنه حق غير نافذ: على أن الحق المقترن بأجل واقف، إذا كان حقاً موجوداً كامل الوجود، فانه مع ذلك حق غير نافذ. وتقول المادة ١/٢٧٤ مدنى أن هذا الحق «لا يكون نافذاً إلا فى الوقت الذى ينقضى فيه الأجل».

ومن النتائج التى تترتب على عدم نفاذه إلى حين حلول الأجل ما يأتى:

١ - لا يجوز للدائن أن يجبر المدين على أداء الدين المؤجل قبل حلول الأجل، فان هذا الدين لا يقبل التنفيذ الجبرى ما دام الأجل قائما[2].

---

(١) والتون ٢ ص٣٦٥ - الموجز للمؤلف فقرة ٤٨٦ ص٤٩٥.

(٢) ويترتب على ذلك: (أ) إذا رفع الدائن الدعوى يطالب بوفاء الدين قبل حلول الأجل، رفضت دعواه، حتى لو تعهد أنه لا ينفذ الحكم إلا عند حلول الأجل (لوران ١٧ فقرة ١٨٤- أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٣ ص١٣٢- بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٩٠- بلانيول وريبير وجابولد ٨ فقرة ١٠٠٥). (ب) وإذا لم يحضر المدين، جاز للقاضى من تلقاء نفسه أن يرفض الدعوى، لأن الحكم بدفع دين لم يحل أجله لا يجوز ويكون واجباً نقضه (ديمولومب ٢٥ فقرة ٦٠٨- أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٣ وهامش رقم ١١- بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٩٠- ولكن قارن دريدا Derrida فى أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ terme فقرة ٢٢). (جـ) ورفض الدعوى واجب حتى لو حل أجل الدين أثناء نظرها، لأن الحكم يستند إلى يوم رفع الدعوى وفى هذا اليوم لم يكن الدين مستحق الأداء (لارومبييير٣ م١١٨٦ فقرة ٢٦- بارتان على أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٣ هامش ١٠ مكرر- بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٩٠- بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٠٥). ولكن هذه المسألة فيها نظر، فقد يقال أن القاضى يحكم بالوفاء ما دام الدين =

٢- وكذلك لا يقبل الدين المؤجل التنفيذ الاختيارى، فإذا أداه المدين قبل حلول الأجل اختياراً، ولكن عن غلط معتقداً أن الأجل قد حل أو معتقداً أن الدين حال غير مؤجل، جاز له أن يسترده من الدائن ما دام الأجل لم يحل وفقاً لأحكام استرداد غير المستحق. على أنه يجوز للدائن - بل ويلزم بذلك إذا كان الأجل قد حل قبل الاسترداد - أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل بشرط ألا يزيد ذلك على ما لحق المدين من ضرر طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب. فإذا كان الدين الذى عجله المدين نقوداً، التزم الدائن أن يرد الفائدة بالسعر القانونى أو الاتفاقى عن المدة التى كانت باقية لحلول الأجل. وقد كان هناك رأى فى عهد التقنين المدنى السابق يذهب إلى أن الدين المؤجل إذا عجل، ولو عن غلط، لا يسترد، لأن المدين يكون قد دفع ما هو مستحق عليه، إذ الدين المؤجل - خلافاً للدين المعلق على شرط - موجود كامل الوجود[1]. ولكن التقنين المدنى الجديد حسم هذا

= قد استحق أثناء نظر الدعوى، غير أنه يجعل المصروفات على الدائن إذ تعجل فى رفع الدعوى قبل حلول الأجل، وذلك اقتصاداً فى مجهود التقاضى (أنظر توليبه ٦ فقرة ٦٦٤). وفى القضاء المختلط حكمان متعارضان فى هذه المسألة، فقد قضت محكمة القضاء المستعجل بالاسكندرية بأن دعوى إخلاء العين المؤجرة أمام القضاء المستعجل تكون غير مقبولة فيها قبل الأوان، إذ هى رفعت قبل أن ينقضى عقد الإيجار، حتى لو انقضى العقد أثناء نظر الدعوى ولم يبادر المستأجر إلى إخلاء العين (الاسكندرية القضاء المستعجل٣ ديسمبر سنة ١٩١٩ جازيت ١٠ رقم ١٩ ص١٣). ولكن محكمة الاستئناف المختلطة قضت، من جهة أخرى، بأنه إذا رفعت دعوى الوفاء بالدين قبل حلول أجله، ولكن حل الأجل أثناء نظر الدعوى دون أن يعرض المدين الوفاء، فلا محل للحكم برفض الدعوى لرفعها قبل الأوان (استئناف مختلط أول مارس سنة ١٨٩٤ م٦ ص١٤٣).

(١) أنظر فى هذا المعنى الموجز للمؤلف فقرة ٤٨٦ ص٤٩٤ - الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٧٦ ص٥٠٦ (وانظر فى أن العبرة بتاريخ الوفاء المعجل، فإن وقع قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ طبق التقنين السابق، وإلا طبق التقنين الجديد: الوسيط جزء أول ص١٢٢٠ هامش رقم ٣). وانظر عكس ذلك: والتون ٢ ص٣٦٢ - ص٣٦٤ (ويذهب إلى أن الدين المؤجل إذا دفع عن بينه لا يسترد، وإذا دفع عن غلط استرد).

وفى الفقه الفرنسى وقع خلاف فى هذه المسألة، فأغلبية الفقهاء يذهبون إلى عدم جواز استرداد ما دفع عن غلط قبل حلول الأجل، لأن التقنين المدنى الفرنسى يشتمل على نص فى هذا المعنى هو المادة ١١٨٦، وتقضى بأن ما كان غير مستحق الوفاء إلا بعد أجل لا تجوز المطالبة به إلا عند حلول الأجل، ولكن ما عجل الوفاء به لا يسترد (توليبه ١١ فقرة ٥٩- أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٣ ص١٢٦ - لاروميير ٣ م١١٨٦ فقرة ٣٤- لوران ١٧ فقرة ١٨٥- هيك ٧ فقرة ٢٨٤- بودرى وبارد٢ فقرة ٩٨٨ - بلانيول وريبير وجابولد٧ فقرة ١٠٠٩- بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧٠٧- بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٤٩٧ - كولان وكابيتان٢ فقرة ٦٦٣ ص٤٥٢- جوسران٢ فقرة ٧٢٧). ولكن بعض الفقهاء يفسرون النص المتقدم بأن من يدفع قبل الأجل عن بينة - لا عن غلط - لا يجوز له أن يسترد، أما إذا دفع عن غلط فقد دفع غير المستحق وجاز له الاسترداد (ماركاديه٤ فقرة ٥٧٢ - ديمولومب ٢٥ فقرة ٦٣٣ - فقرة ٦٣٤) - هذا والفقهاء الذين يذهبون إلى عدم جواز الاسترداد حتى لو كان الدفع عن غلط يختلفون فيما بينهم: فبعضهم يجيز للمدين أن يسترد من الدائن ثمار =

الخلاف بنص صريح، هو المادة ١٨٣ وتنص على أنه «١- يصح كذلك استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لالتزام لم يحل أجله وكان الموفى جاهلا قيام الأجل. ٢- على أنه يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل في حدود ما لحق المدين من ضرر. فإذا كان الالتزام الذى لم يحل أجله نقوداً، التزم الدائن أن يرد للمدين فائدتها بسعرها القانونى أو الاتفاقى عن المدة الباقية لحلول الأجل[1]». ويبرر هذا الحكم أن المدين قد عجل الدين عن غلط وهو يجهل قيام الأجل، والأجل يقابله منفعة، فإذا كان قد دفع المستحق فيما يتعلق بالدين ذاته لأن الدين المؤجل موجود كما قدمنا، ألا أنه دفعه قبل حلول الأجل، فكان له أن يسترد المنفعة التى تقابل الأجل وهذه غير مستحقة، وبهذا تقضى المادة ١٨٣ كما رأينا[2].

وغنى عن البيان أن المدين إذا دفع الدين المؤجل قبل حلول الأجل وهو عالم بقيامه، فأنه يعتبر متنازلا عن الأجل، والتنازل من مسقطات الأجل كما سنرى، وبذلك يصبح الدين حالا مستحق الأداء، فلا يسترد شيئاً من الدائن فى هذه الحالة.

٣- ولما كان الدين المؤجل غير نافذ وغير مستحق الأداء، فان المقاصة القانونية لا تقع بينه وبين دين آخر مستحق الأداء للمدين على الدائن، لأن المقاصة القانونية لا تكون إلا فى دينين مستحقى الأداء، ولأن التنفيذ الجبرى ممتنع فى الدين المؤجل والمقاصة القانونية ضرب من التنفيذ الجبرى[3].

٤- ولما كان الدين المؤجل غير مستحق الأداء، فانه لا يجوز للدائن صاحب هذا الحق أن يوقع به حجزاً تحفظياً تحت يد مدين مدينه، ولا يجوز أن يوقع به أى حجز تحفظى

= ما دفعه قبل الأجل دون أن يسترد الأصل (ديرانتون ١١ فقرة ١١٣- مورلون فقرة ١٢٢٢- لوران ١٧ فقرة ١٨٦)، وبعض آخر لا يجيز للمدين أن يسترد الأصل ولا الثمار (توليبه ١١ فقرة ٥٩- أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٣ هامش رقم ١٠- لاروميير٣ م١١٨٦ فقرة ٣٥- هيك٧ فقرة ٢٨٥ - بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٨٩ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٠٩ ص٣٤٨- بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧٠٥- بلانيول وريبير وبولانجيه٢ فقرة ١٤٩٨).

(١) وقد سبق شرح هذا النص فى الجزء الأول من الوسيط عند الكلام فى دفع غير المستحق (الوسيط ١ فقرة ٨٤٧).

(٢) وقد أوردت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تطبيقاً عملياً لهذا الحكم إذ تقول: «فيحق مثلا لمقاول اعتقد خطأ أنه ملزم بتسليم بناء قبل الموعد المقرر بستة أشهر، وتحمل بسبب ذلك نفقات إضافية، أن يطالب الدائن، إذا لم يشأ أن يرد البناء الذى تسلمه إلى أن يحل الأجل، بأقل القيمتين: قيمة النفقات الإضافية وقيمة إيراد البناء فى خلال الشهور الستة» (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٤٥٢).

(٣) ولكن إذا كان من يتمسك بالمقاصة لحق له مؤجل يستند فى تمسكه إلى أن الأجل فى صالحه وقد نزل عنه، جاز له ذلك (بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٩١- بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٠٥ ص٣٤٤).

آخر[1]، فان الحجوز التحفظية، طبقاً لصريح نص المادتين ٣١٩ و٣٢٥ من تقنين المرافعات، تقتضى أن يكون الدين المحجوز به محقق الوجود حال الأداء، والدين المؤجل إذا كان محقق الوجود فهو غير حال الأداء[2].

٥- ولا يجوز للدائن إذا كان حقه مؤجلا أن يستعمل الدعوى البوليصية، لأن هذه الدعوى تقتضى أن يكون حق الدائن مستحق الأداء. ويلاحظ أن إعسار المدين، وهو شرط فى الدعوى البوليصية، لا يؤدى إلى إسقاط الأجل، إذ الأجل لا يسقط إلا بشهر إعسار المدين كما سنرى. وإذا شهر إعسار المدين، لم يعد الدائن فى حاجة إلى رفع الدعوى البوليصية، إلا إذا كان ذلك بالنسبة إلى تصرف صدر من المدين قبل شهر الإعسار، وعند ذلك يرفع الدائن الدعوى البوليصية بموجب حق مستحق الأداء أسقط شهر الإعسار أجله.

٦- ولما كان الدين المؤجل لا يستحق الأداء إلا عند حلول الأجل، فان التقادم المسقط لا يسرى فى حقه ما دام الأجل قائماً، ولا يسرى إلا منذ حلول الأجل[3].

٧- كذلك لا يجوز للدائن إذا كان حقه مؤجلا أن يحبس حقاً للمدين عنده، فان الحبس لا يكون إلا لدين مستحق الأداء، وقد سبق بيان ذلك[4].

٢- الأجل الفاسخ

٦٧- الحق المقترن بأجل فاسخ موجود ونافذ: وهنا نتجوز فنعتبر العقود الزمنية مقترنة بأجل فاسخ، لأنها هى الكثرة الغالبة فى هذا الميدان من الناحية العملية.

---

(١) وقد كان هذا هو أيضاً الحكم فى عهد التقنين المدنى السابق (استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩٠٠ م١٢ ص٢٠٣- ٢ أبريل سنة ١٩٠٢ م١٤ ص٢٢٢ - ١١ فبراير سنة ١٩١٥م ٢٧ ص١٦١ - ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٦ م٣٩ ص٢٣ - ٢٩ يناير سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٢٤١ - الموجز للمؤلف فقرة ٤٨٦ ص٤٩٥).

(٢) ويذهب الفقه الفرنسى فى هذه المسألة إلى نفس الحكم الذى قطعت به عندنا النصوص الصريحة المشار إليها فى تقنين المرافعات (ديمولومب ٢٥ فقرة ٦١٠- لاروميير ٢ م١١٦٦ فقرة ٢١- لوران ١٧ فقرة ١٨٧- بودرى وبارد ٢ فقرة ٥٩٥- بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٠٥ ص٣٤٤ - جارسونية الطبعة الثانية٤ فقرة ١٣٨٩ ص٣٣٦). لكن الرأى الراجح فى الفقه الفرنسى أن نظرة الميسرة لا تمنع الدائن من توقيع حجز ما للمدين لدى الغير (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٢١ ص٣٦٤).

(٣) وقد قدمنا أن الأجل إذا كان موكولا تعيينه إلى ارادة الدائن، كما إذا اتفق على حلول الدين بعد إخطار الدائن المدين بثلاثة أشهر مثلا، فإن التقادم يسرى فى حق هذا الدين من وقت وجوده لا من وقت حلول الأجل الموكول إلى إرادة الدائن، وإلا كان غير قابل للتقادم (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٣ ص١٢٥- وأنظر آنفاً فقرة ٥٠ فى الهامش).

(٤) الوسيط ٢ فقرة ٦٤٢ ص١١٤٣.

وتمكن المقارنة ما بين الحق المقترن بأجل فاسخ والحق المعلق على شرط فاسخ فى أنهما يتفقان فى الوجود والنفاذ، ويختلفان فى أن الحق المعلق على شرط فاسخ حق موجود على خطر الزوال كما قدمنا، أما الحق المقترن بأجل فاسخ فحق مؤكد الزوال عند حلول الأجل، فهو أضعف فى هذه الناحية من الحق المعلق على شرط فاسخ، ولكنه أقوى منه فى ناحية أخرى إذ أنه عندما يزول لا يزول بأثر رجعى كالحق المعلق على شرط فاسخ بل لابد أن يوجد مدة من الزمن.

فصاحب الحق المقترن بأجل فاسخ يملكه حالا، وله أن يديره، وأن يتصرف فيه بجميع أنواع التصرفات الجائزة، وتنفذ جميع تصرفاته فوراً ولكن فى حدود حقه وهو حق محدود بأجله فهو حق مؤقت ضرورة. فالمستأجر مثلا يستطيع أن يتصرف فى حقه بالإيجار من الباطن وبالتنازل عن الإيجار لغيره، ويكون ذلك بطبيعة الحال فى حدود الإيجار الأصلى.

والدائن بأجل فاسخ له حق حال واجب الأداء، ويستطيع أن يتقاضاه من المدين طوعاً أو كرهاً، أى بطريق التنفيذ الاختيارى أو بطريق التنفيذ القهرى وله أن يوقع حجز ما للمدين لدى الغير والحجوز التحفظية الأخرى، وأن يستعمل الدعوى البوليصية، وأن يحبس ما تحت يده للمدين حتى يستوفى حقه. ولما كان هذا الحق واجب الأداء، فان التقادم المسقط يسرى ضده منذ نشوئه[1].

٦٨- ولكن الحق المقترن بأجل فاسخ مؤكد الزوال: وهذا هو المعنى الجوهرى للأجل الفاسخ، فالحق المقترن به حق مؤقت بطبيعته، وينتهى حتماً بانتهاء الأجل.

ويترتب على ذلك أن جميع تصرفات صاحب الحق المقترن بأجل فاسخ تكون مقيده بحدود هذا الحق، فهى مؤقتة مثله، إذ لا يستطيع الشخص أن ينقل إلى غيره أكثر مما له.

المبحث الثانى
الآثار عند حلول الأجل
١- كيف يحل الأجل

٦٩- أسباب ثلاثة لحلول الأجل: يحل الأجل بأحد أسباب ثلاثة: (١) بانقضائه (٢)

---

(١) ولا تثار بالنسبة إلى الحق المقترن بأجل فاسخ ما أثير بالنسبة إلى الحق المعلق على شرط فاسخ من مسائل التطهير والشفعة والتقادم المكسب والمقاصة القانونية، فإن الحق المقترن بأجل فاسخ حق مصيره حتما إلى الزوال، فلا يقوى على مثل هذه الأوضاع القانونية.

أو بسقوطه (٣) أو بالنزول عنه ممن لهم مصلحة فيه[١].

ولا يتصور فى الأجل، كما أمكن التصور فى الشرط، أنه قد يتخلف، فالأجل كما علمنا أمر محقق الوقوع.

٧٠- **حلول الاجل بانقضائه**: أول سبب لحلول الأجل - واقفاً كان الأجل أو فاسخاً - هو انقضاؤه، وهذا هو السبب الطبيعى المألوف[1]. وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشتمل على نص فى هذه المسألة، هو المادة ٣٩٤ من هذا المشروع، وكانت تجرى على الوجه الآتى: «١- يحل الأجل إذا تحقق الأمر المنتظر أو انقضى الميعاد المضروب. ٢- إذا جعل مبدأ سريان الأجل من وقت وقوع أمر معين، فلا يحسب اليوم الذى يقع فيه هذا الأمر عند حساب الأجل. ٣- إذا كان الميعاد بالأيام، فيحسب اليوم من منتصف الليلة إلى منتصف الليلة التالية. وإذا كان بالأسابيع أو بالشهور أو بالسنين، فانه ينقضى فى اليوم الذى يتفق فى تسميته أو فى تاريخه مع اليوم الذى بدأ فيه الميعاد، فان لم يوجد مثل هذا اليوم فى الشهر الأخير فان الأجل ينقضى فى اليوم الأخير من هذا الشهر. وإذا كان الأجل نصف شهر، فتكون مدته خمسة عشر يوماً مهما كان عدد أيام الشهر». وقد حذفت لجنة المراجعة هذه المادة «لأنها تتضمن حكماً تفصيلياً لا ضرورة له»[٢].

وغنى عن البيان أن النص المحذوف ليس إلا تطبيقاً تفصيلياً للقواعد العامة، ومن ثم تسرى أحكامه بالرغم من حذفه استناداً إلى هذه القواعد. فيحل الأجل بوقوع الأمر المنتظر الذى ضرب أجلا، كرجوع القافلة الأولى من الحجيج وقد قدمت فى يوم معين، فيحل الأجل برجوعها فى هذا اليوم.

وإنما يحل الأجل عادة بانقضاء الميعاد المضروب، لأن الأجل أكثر ما يكون تاريخاً فى التقويم كما قدمنا. فإذا حدد تاريخ معين - يوم أول يناير سنة ١٩٥٨ مثلا - فان الأجل

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «والأصل أن ينقضى الأجل بالحلول أو السقوط أو التنازل. على أن لانقضاء الأجل أسباباً أخرى تعرض فى أحوال خاصة: كانقضاء الأجل بالموت فى حالة تصفية التركة، وسقوط الأجل القضائى بوقوع المقاصة أو بقيام دائن آخر بالتنفيذ على أموال المدين أو بتحقيق الاقتدار على الوفاء» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٢٤ فى الهامش).

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٢٤ فى الهامش - وقارب المادة ٢٠ من قانون المرافعات.

(1) إذا اتفق على تأخير تنفيذ الإلتزام إلى وقت القيام بعمل متعلق بإرادة المدين فإن ذلك يعد اتفاقا على أجل غير معين، للدائن الحق فى أن يدعو المدين إلى القيام بالعمل الموكول لإرادته أو يطلب من القاضى أن يحدد أجلا معقولا للقيام بهذا العمل.

(الطعن ٣٢٢ لسنة ٣٣ق- جلسة ١٩٦٨/٢/٢٧ س١٩ ص٣٧٦)

يحل في مثل هذا اليوم بالذات، ولكن يحدث أن يحدد الأجل بوقت معين ينقضى من وقت وقوع أمر معين، كعشرة أيام من وقت بيع القطن، فلا يحسب اليوم الذى بيع فيه القطن، وتعد عشرة أيام من بعده، وعند انتهاء اليوم العاشر يحل الأجل.

وقد يجعل الأجل أياماً أو أسابيع أو شهوراً أو سنين. وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذه المسألة ما نكتفى بنقله هنا: «ويراعى أن أخص ما يعرض فى هذا الشأن تعيين مبدأ سريان الأجل وموعد انقضائه. فلا يدخل فى حساب الأجل اليوم الذى يقع فيه الأمر الذى يضاف إليه بدء سريانه. فإذا جعل الأجل مثلا ثلاثة أيام بعد الوصول من رحلة، فلا يدخل يوم الوصول فى حساب هذا الأجل. ولتعيين موعد انقضاء الأجل يحسب اليوم من منتصف الليلة إلى منتصف الليلة التالية إذا كان الميعاد بالأيام. أما إذا كان الميعاد بالأسابيع أو بالشهور أو بالسنين، فانه ينقضى فى اليوم الذى يتفق فى إسمه (الخميس مثلا) أو فى تاريخه (كأول يناير مثلا) مع اليوم الذى بدأ فيه الميعاد، بعد حساب عدد الأسابيع أو الشهور أو السنين. فإذا جعل الأجل مثلا ثلاثة أسابيع تبدأ من الخميس الثانى من شهر مارس، كان موعد انقضائه الخميس الأول من شهر أبريل. وإذا جعل ثلاثة أشهر تبدأ من ٢٠ فبراير، كان موعد انقضائه ٢٠ مايو. وإذا جعل ثلاث سنوات تبدأ من ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٩، كان موعد انقضائه ٢٨ فبراير سنة ١٩٤٢. وإذا كان الأجل شهرين يبدأ من ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٩، انقضى فى ٢٩ فبراير سنة ١٩٤٠، لأن اليوم المقابل لليوم الذى بدأ فيه سريان الميعاد لا نظير له فى الشهر الأخير، وعلى هذا النحو ينقضى الميعاد فى آخر يوم من فبراير أى فى اليوم التاسع والعشرين لوقوع هذا الشهر فى سنة كبيسة. وإذا كان الأجل نصف شهر، اعتبرت مدته خمسة عشر يوماً مهما كان عدد أيام الشهر. فإذا جعل الأجل نصف شهر يبدأ من منتصف ليل أول فبراير، اعتبر منقضياً فى منتصف ليل ١٥ فبراير. وإذا جعل بدء سريان هذا الأجل منتصف ليل يوم ٢٠ مارس، انقضى فى منتصف ليل ٤ أبريل. ويراعى فى جميع الأحوال أنه إذا كان آخر يوم من أيام الأجل يوم عطلة، أو يوماً لا يتيسر فيه تنفيذ الالتزام من جراء أمر يقتضيه القانون، فلا ينقضى الميعاد إلا فى اليوم التالى[1]».

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٢٤ فى الهامش – وقد خاض تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فى كل هذه التفصيلات، فأورد النصوص الآتية: م١٠٢ – إن مهلة الأجل تبتدئ من تاريخ العقد إذا لم يعين الفريقان أو القانون تاريخاً آخر. أما فى الموجبات الناشئة من جرم أو شبه جرم فتبتدئ مهلة الأجل من تاريخ الحكم الذى يعين الواجب على المديون. م١٠٣ – إن اليوم الذى يكون مبدأ مدة الأجل لا يحسب. وإن الأجل المحسوب بالأيام ينتهى بانتهاء آخر يوم من مدة الأجل. م١٠٤ – وإذا كان محسوباً بالأسابيع أو بالأشهر أو بالأعوام، فيكون الاستحقاق فى اليوم المقابل بتسميته أو بترتيبه من الأسبوع أو الشهر أو العام لليوم الذى أبرم فيه العقد. م١٠٥ – إذا كان الاستحقاق واقعاً فى يوم عطلة قانونية، أرجئ إلى اليوم التالى الذى لا عطلة فيه. =

٧١- حلول الاجل بسقوطه - نص قانونى: وقد يحل الأجل، قبل انقضائه، بالسقوط. وتنص المادة ٢٧٣ من التقنين المدنى فى هذا الصدد على ما يأتى:

«ويسقط حق المدين فى الأجل:».

«١- إذا شهر إفلاسه أو إعساره وفقاً لنصوص القانون».

«٢- إذا أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص، ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون، هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين. أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه، فان الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضماناً كافياً».

«٣- إذا لم يقدم للدائن ما وعد فى العقد بتقديمه من التأمينات»(١).

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ١٥٦/١٠٢ ، وتكاد الأحكام تكون واحدة فى التقنينين(٢).

= أنظر أيضاً المواد من ٨٧ إلى ٨٩ من تقنين الالتزامات السويسرى - وانظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٠٢- فقرة ١٠٠٥ - بيدان ولاجارد٨ فقرة ٧١٢.

على أن محكمة الاستئناف المختلطة قضت، فى عهد تقنين المرافعات السابق، بأن المادة ٢٠ من تقنين المرافعات التى تقضى بمد الميعاد إذا كان آخر يوم فيه يوم عطلة لا تطبق إلا فى مواد الاجراءات التى وردت فيها، فلا تطبق إذن على الأجل المتفق عليه فى العقد (استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٨٨٩ م١ ص٤٦).

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ٣٩٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد فيما عدا بعض اختلاف لفظى طفيف. وفى لجنة المراجعة حور النص تحويراً لفظياً، واستبدلت عبارة «ضماناً كافياً» الواردة فى البند٢ بعبارة «ما يكمل التأمين». وسأل أحد الأعضاء عن مدى ما تؤديه عبارة «إضعاف التأمين إلى كبير»: فأجيب «بأن مجرد الإضعاف لا يكفى لسقوط الأجل، وإنما يكون بحيث تقل التأمينات عن قيمة الدين». ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٢٨٥ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب.

وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة «ما لم يقدم المدين ضماناً كافياً» الواردة فى آخر البند، بعبارة «ما لم يتوق المدين هذا السقوط بأن يقدم للدائن ضماناً كافياً»، لأن الأشارة إلى توقى السقوط تزيد فمن البديهى أن المدين بتقديمه الضمان الكافى يتوقى السقوط، وأصبحت المادة رقمها ٢٧٣. ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٢٩- ص٣٠- وص٣٢- ص٣٣).

(٢) **التقنين المدنى السابق** م١٥٦/١٠٢: إذا تعهد المدين بشئ لأجل معلوم وظهر إفلاسه أو فعل ما يوجب ضعف التأمينات التى كانت محلا لوفاء التعهد، فيستحق ذلك الشئ فوراً قبل حلول الأجل.

«ونص التقنين المدنى الجديد أوفى من الوجوه الآتية: (١) أضاف شهر الإعسار إلى شهر الإفلاس، وكان الإعسار فى عهد التقنين المدنى السابق سبباً لإسقاط الأجل، ولكن لم يكن خاضعاً لنظام =

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٧٣، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٦٠، وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٢٩٥- ٢٩٦، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادتين ١١٣- ١١٤(١).

=الشهر القانونى الذى خضع له فى التقنين الجديد، فكان الأمر فى هذا الشأن مضطربا. (٢) أضاف التقنين المدنى الجديد حالة ما إذا كان إضعاف التأمينات يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه، ورتب على هذا الإضعاف أن يختار المدين بين سقوط الأجل وتقديم ضمان كاف. وكان هذا الحكم معمولا به فى التقنين المدنى السابق، وورد فيه نص صريح فى حالة الرهن (م٦٨٦/٥٦٢ وتقابل فى التقنين المدنى الجديد المادة ١٠٤٨). (٣) أضاف التقنين المدنى الجديد حالة ما إذا لم يقدم المدين للدائن ما وعد فى العقد بتقديمه من التأمينات، وكان هذا الحكم معمولا به فى التقنين المدنى السابق دون نص).

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى م٢٧٣ (مطابقة للمادة ٢٧٣ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى الليبى م٢٦٠ (مطابقة للمادة ٢٧٣ من التقنين المدنى المصرى، فما عدا أن التقنين الليبى لم يذكر شهر الإعسار بين مسقطات الأجل لأنه لا يعرف نظام الإعسار).

التقنين المدنى العراقى م٢٩٥ (مطابقة للمادة ٢٧٣ من التقنين المدنى المصرى، فيما عدا أن التقنين العراقى هو أيضا لم يذكر شهر الإعسار من مسقطات الأجل، ولكنه نص فى مكان الإعسار على حلول الديون المؤجلة: أنظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١٦١ ص١٥٧).

م٢٩٦: الدين المؤجل لا يحل بموت الدائن، ويحل بموت المدين، إلا إذا كان مضمونا بتأمينات عينية. (وفى التقنين المدنى المصرى لا يحل الدين بموت المدين، إلا فى حالة تصفية التركة، وقد استمد التقنين المدنى العراقى هذا الحكم من الفقه الإسلامى ومن تقنين الموجبات والعقود اللبنانى).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م١١٣: إن المدين الذى يستفيد من الأجل يسقط حقه فى الاستفادة منه: (١) إذا أفلس أو أصبح غير ملئ. (٢) إذا أتى فعلا ينقص التأمينات الخاصة المعطاة للدائن بمقتضى عقد عند إنشاء الموجب أو عقد لاحق له أو بمقتضى القانون. أما إذا كان النقص فى تلك التأمينات ناجماً عن سبب لم يكن المدين فيه مختاراً، حق للدائن أن يطلب زيادة التأمين، فإذا لم ينلها حق له أن يطلب تنفيذ الموجب حالا. (٣) إذا لم يقدم المدين للدائن التأمينات التى وعد بها فى العقد. (وهذه الأحكام مطابقة لما ورد فى التقنين المدنى المصرى، إلا أن التقنين اللبنانى لا يعرف نظام الاعسار فاقتصر على ذكر أن المدين أصبح غير ملئ. وغنى عن البيان أن المدين إذا أضعف التأمينات بفعله، جاز للدائن، فى التقنين اللبنانى، بدلا من سقوط الأجل، أن يطالب بتكملة التأمينات كما هو الأمر فى التقنين المصرى).

م١١٤: إن وفاة المدين تجعل كل ما عليه من الموجبات ذات الأجل مستحقة الإيفاء، ما عدا الديون المضمونة بتأمينات عينية. (وهذا النص يطابق فى الحكم المادة ٢٩٦ من التقنين المدنى العراقى السالفة الذكر).

والمفروض هنا أن الأجل أجل واقف، أما الأجل الفاسخ فله أسباب يسقط بها فى أحوال معينة وردت فيها نصوص خاصة(١).

ويتبين من النص المتقدم الذكر أن الأجل الواقف يسقط بأحد أسباب ثلاثة:

(١) شهر إفلاس المدين أو إعساره (٢) إضعاف التأمينات (٣) عدم تقديم التأمينات التى وعد بها المدين. يضاف إلى هذه الأسباب أسباب أخرى فى حالات خاصة، كالموت وتطهير العقار المرهون. ونستعرض كل هذه الأسباب فيما يلى:

٧٢- سقوط الاجل لشهر افلاس المدين أو اعساره: كان الأجل يسقط، فى عهد التقنين المدنى السابق، بشهر إفلاس المدين. وكذلك كان يسقط بإعسار المدين إعساراً فعلياً(٢)، لأن هذا التقنين لم يكن يعرف نظام الإعسار القانونى(٣). لذلك كان سقوط الأجل أكثر ما يلاحظ فى حالة شهر الإفلاس لأنها حالة نظمها القانون باجراءات ظاهرة، أما الإعسار الفعلى فكان أمراً خفياً لا يظهر للناس، فقل أن يكون سبباً فى سقوط الأجل(٤).

والآن بعد أن نظم التقنين المدنى الجديد حالة الإعسار القانونى ووضع لها إجراءات ظاهرة، أصبح من اليسير فى هذا التقنين تطبيق الحكم القاضى باسقاط الأجل فى حالة الإعسار كما يطبق الحكم القاضى باسقاط الأجل فى حالة الافلاس(٥).

---

(١) أنظر فيما يلى فقرة ٧٨ فى الهامش.

(٢) استئناف مختلط ٢٤ يونيه سنة ١٨٧٦ المجموعة الرسمية المختلطة ١ ص١٢٥ - الزقازيق ٣ ديسمبر سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية٩ ص١١٨ - طلخا ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ رقم ٣/٢٢٣ ص٢٥٦ - المنيا ٢٠ يناير سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ٢٨ ص٦١ - شبين الكوم ٢٢ إبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٢/٥٤٩و٣ ص١٠٧٥ - أنظر عكس ذلك وأن الإعسار بخلاف الإفلاس لا يسقط الأجل فى التقنين المدنى السابق: مصر الكلية ١٤ مايو سنة ٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٧٩ ص٣٤١.

(٣) جاء فى الموجز للمؤلف: «ويلحق بالإفلاس بالنسبة للتاجر الإعسار بالنسبة لغير التاجر. وحتى يثبت الإعسار يجب أن يصدر به حكم قضائى، ويكون الإعسار ثابتاً من وقت صدور الحكم أو على أبعد تقدير من وقت رفع الدعوى لإثبات الإعسار» (الموجز فقرة ٤٨٨ - وانظر أيضاً الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٧٤) - على أن بعض الأحكام كانت تذهب خطأً إلى أنه يكفى أن يضعف المدين بخطأه الضمان العام للدائنين دون أن يصل إلى حد الإعسار ودون أن يكون فى ذلك إضعاف لتأمين خاص: استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٩١١ م٢٣ ص٣٣٧.

(٤) أنظر فى سقوط الأجل بالإعسار الفعلى فى القانون الفرنسى وهو أيضاً لا ينظم الإعسار القانونى بودرى وبارد فقرة ١٠١٢ - فقرة ١٠١٣ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠١٤ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٥٠٨ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٦٤ - جوسران٢ فقرة ٧٣٢ - فقرة ٧٣٣.

(٥) ويسقط الأجل حتى لو كان للدائن ضمان عينى يكفل الدين، كرهن رسمى. فلا تزال للدائن مصلحة فى سقوط الأجل لاحتمال ألا يكون الضمان كافياً للوفاء بحقه فيتمكن من مزاحمة سائر=

ويلاحظ أن المادة ٢٥٥ مدني تقضي، عندما يحل الدين بشهر الإعسار، بخصم مقدار الفائدة الاتفاقية أو القانونية عن المدة التي سقطت بسقوط الأجل، وتقضي كذلك بأنه «يجوز للقاضي أن يحكم، بناء على طلب المدين وفي مواجهة ذوي الشأن من دائنيه، بابقاء الأجل أو مده بالنسبة إلى الديون المؤجلة، كما يجوز له أن يمنح المدين أجلا بالنسبة إلى الديون الحالة، إذا رأى أن هذا الإجراء تبرره الظروف وأنه خير وسيلة تكفل مصالح المدين والدائنين جميعاً». وقد تقدم بيان ذلك.

كذلك للمدين بعد إنهاء حالة الإعسار أن يطلب إعادة الديون التي كانت قد حلت بسبب شهر الإعسار ولم يتم الوفاء بها إلى أجلها السابق، متى كان أدى جميع ما حل من أقساطها، كما سبق القول عند الكلام في الإعسار(١).

وغني عن البيان أن مجرد الإعسار الفعلي، في عهد التقنين المدني الجديد، لا يكفي لإسقاط الأجل، بل لابد من أن يكون الإعسار إعساراً قانونياً قد شهر بموجب الإجراءات التي قررها القانون في هذا الصدد.

٧٣- سقوط الاجل لاضعاف التأمينات: ويشترط في هذا السبب من أسباب سقوط الأجل أن يكون للدين المؤجل تأمين خاص، فلا يكفي أن يضعف المدين الضمان العام للدائنين، وهو يتناول أمواله في جملتها(٢)، بأن يتصرف في بعض من ماله(٣) ولو إلى حد

= الدائنين بالباقي من هذا الحق (بودري وبارد ٢ فقرة ١٠٠٨ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠١٣). ويسقط الأجل كذلك حتى لو كان أجلا غير معين، فلو أن شخصا أمن على حياته ثم أفلست شركة التأمين، فإن أجل دفع مبلغ التأمين يحل بإفلاس الشركة. ولكن المؤمن على حياته يبقى ملتزماً بدفع أقساط التأمين إلى آخر حياته، ولما كان لا يستولى إلا على جزء من مبلغ التأمين بسبب إفلاس الشركة، فسيجد أن مصلحته هي فسخ عقد التأمين حتى لا يعرض نفسه للخسارة (بودري وبارد٢ فقرة ٩٠٠-١٠).

(١) أنظر المادة ٢٦٣ مدني والمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٣١- وأنظر الوسيط٢ فقرة ٧٢١.

(٢) استئناف مختلط ٦ أبريل سنة ١٩٢٠ م٣٢ ص٣٥١- الزقازيق ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ ص١١٨- ومع ذلك أنظر: استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٩١١ م٢٣ ص٣٣٧.

(٣) وتطبيقاً لهذا المبدأ لا يحل أجل الدين بالنسبة إلى سندات أصدرتها شركة للسكك الحديدية إذا باعت هذه الشركة بعض خطوطها، فأضعفت بذلك التأمين العام لحملة هذه السندات. وكذلك لا يحل أجل الدين المترتب في ذمة شركة تجارية، ولم يستند الدائن فيه إلا على ملاءة الشركاء، إذا حلت هذه الشركة أو صفيت وبيعت عقاراتها، وهذا على خلاف في الرأي، فهناك رأى في فرنسا يذهب إلى حلول الدين إذا صفيت الشركة (أنظر في هذه المسألة في القانون الفرنسي بودري وبارد ٢ فقرة ١٠١٥ ص١٨٦ هامش رقم ١- بلانيول وريبير وجابولد٧ فقرة ١٠١٥ ص٣٥٣ هامش رقم ٢- بلانيول وريبير وبولانجيه٢ فقرة ١٥٠٩ ص٥٠٣ هامش رقم ١). أما في التقنين المدني المصري فيبدو أن الدين المؤجل لا يحل بتصفية الشركة، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٥٣٦ من هذا =

الإعسار، فان علاج ذلك هو أن يطلب الدائن شهر إعسار المدين. فاذا شهر الإعسار سقط الأجل، ولكنه يسقط بسبب شهر الإعسار لا بسبب إضعاف التأمينات. ولا يجوز للدائن فى هذه الحالة، قبل شهر الإعسار، أن يستعمل الدعوى البوليصية ما دام الأجل قائماً لم يسقط، فقد قدمنا أن الدعوى البوليصية تقتضى أن يكون الحق مستحق الأداء.

فلابد إذن من أن يكون هناك للدين المؤجل تأمين خاص(١)، كرهن أو امتياز. ولا يهم مصدر هذا التأمين، فقد يكون نفس العقد الذى نشأ منه الدين المؤجل، بأن يكون رهناً رسمياً أو رهن حيازة أخذه الدائن ضماناً لحقه فى العقد الذى أنشأ هذا الحق. وقد يكون مصدر الرهن عقداً لاحقاً لعقد الدين أو لمصدره أياً كان هذا المصدر، بأن اتفق الدائن مع مدينه بعد ثبوت الدين فى ذمة المدين على رهن لضمان هذا الدين(1). وقد يكون مصدر التأمين الخاص القانون، كحق امتياز يكون ضامناً للدين المؤجل(٢)، كما إذا كان البائع قد أجل الثمن وله امتياز على المبيع فأضعف المشترى هذا التأمين الخاص(٣). ولا يتصور أن يكون هذا التأمين

=التقنين على أن «تقسم أموال الشركة بين الشركاء جميعاً، وذلك بعد استيفاء الدائنين لحقوقهم، وبعد استنزال المبالغ اللازمة لوفاء الديون التى لم تحل أو الديون المتنازع فيها، وبعد رد المصروفات أو القروض التى يكون أحد الشركاء قد باشرها فى مصلحة الشركة».

وإذا اقترض شخص مالا لأجل، لتمويل مشروع معين، ثم باع هذا المشروع وهو الضمان الوحيد للقرض، فان أجل القرض يحل ببيع المشروع (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٣ ص١٢٩ – ص١٣٠ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠١٥ ص٣٥٤).

(١) استئناف مختلط ٦ أبريل سنة ١٩٢٠ م٣٢ ص٢٥١ – ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م٤٦ ص٩٥ – دسوق ١١ يوليه سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٥ ص٢٢٥ – الزقازيق ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ ص١١٨ – طلخا ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ رقم ٢/٢٢٣ ص٢٥٦ – المنشية ١٢ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ١/٥٥٥ ص١٠٨٥ – شبين الكوم ٢٢ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ١/٥٤٩ ص١٠٧٥ – مصر الكلية ١٤ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١/١٧٩ ص٣٤١.

(1) يدل نص المادة ٢٧٣ من القانون المدنى على أن حق المدين فى الأجل لا يسقط إذا كان اضعاف التأمينات بفعل الدائن نفسه «وللدائن المرتهن» – شأنه شأن صاحب أى حق عينى آخر – أن ينزل عن رهنه دون أن يرجع فى ذلك إلى ارادة المدين الراهن.

(جلسة ١٩٦٩/٢/١١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ ص٣٠٣)

(٢) وذلك فيما عدا حقوق الامتياز العامة فهذه تشمل جميع أموال المدين، فلا يستساغ أن يحرم المدين من التصرف فى جميع أمواله (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠١٥ الأستاذ إسماعيل غانم أحكام الالتزام فقرة ١٧٢ ص٢٤٤).

(٣) وتشترط المادة ٢/١١٨٨ من التقنين المدنى الفرنسى أن يكون التأمين الخاص مصدره العقد، ومع ذلك يذهب بعض الفقهاء الفرنسيين إلى أن إضعاف تأمين خاص مصدره القانون كحق الامتياز يكفى لإسقاط الأجل (ديرانتون ١١ فقرة ١٢٥ – لاروميير ٣ م١١٨٨ فقرة ١١ – ديمولومب ٢٥ فقرة ٦٨٥ – أنظر عكس ذلك: لوران ١٧ فقرة ٢٠٢ – هيك٧ فقرة ٢٨٨). ويذهب فقهاء آخرون إلى =

الخاص هو حق اختصاص مصدره القضاء، فان المفروض فيما نحن بصدده أن الدين مؤجل، والدين المؤجل لا يمكن أن يضمنه حق اختصاص، إذ حق الاختصاص لا يؤخذ إلا بموجب حكم واجب التنفيذ، وهذا يفترض حتماً أن الدين مستحق الأداء(١).

ثم لابد من أن يكون هذا التأمين الخاص قد ضعف إلى حد كبير، ومعنى ذلك أن يكون قد ضعف إلى حد أن أصبح أقل من قيمة الدين، كما ذكر ذلك صراحة فى لجنة المراجعة عند عرض المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد(٢). إما أن يضعف ضعفاً يسيراً، ويبقى بالرغم من ذلك كافياً لضمان الدين كفاية ملحوظة، فذلك لا يبرر سقوط الأجل(٣).

=التمييز بين حق امتياز يكون أساسه عقداً كرهن الحيازة وحق امتياز البائع فيكون إضعافه سبباً لإسقاط الأجل، وحق امتياز ليس أساسه العقد فلا يكون فى إضعافه إسقاط للأجل (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٠٦- بلانيول وريبير وجابولد٧ فقرة ١٠١٥ ص٣٥٤- بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧١٠ ص٥١٩- كولان وكاپيتان ٢ فقرة ٦٦٤- جوسران٢ فقرة ٧٣٤).

(١) ومن ذلك نرى أن ما ورد فى المذكرة الإيضاحية من المشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٣١) من أن التأمين الخاص يصح أن يكون حق اختصاص ليس بصحيح. قارن الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٧٢ ص٢٤٤.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٣٢- وانظر آنفاً فقرة ٧١ فى الهامش- فيعد اضعافاً للتأمين أن يهدم المنزل المرهون (استئناف مختلط ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م٤٦ ص٩٥- الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٧٤ ص٥٠٥) أو أن يباع المنزل المرهون ويعرض ثمنه للتوزيع (استئناف مختلط ٩ فبراير سنة ١٨٩٨ م١٠ ص١٣٤).

(٣) فلا يعد إضعافاً للتأمين أن يرتب المدين على العين المرهونة لضمان الدين المؤجل رهناً آخر، حتى لو قيد الرهن الثانى قبل قيد الرهن الأول بإهمال الدائن ذى الدين المؤجل، لأن إهماله لا فعل المدين هو الذى أضعف التأمينات، ومن حق المدين أن يرهن العين المملوكة له مرة ثانية وثالثة الخ (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٢٢). ولكن إذا تواطأ المدين مع الدائن المرتهن الثانى ليعجل هذا قيد رهنه قبل قيد الرهن الأول، كان هذا إضعافاً للتأمينات بفعل المدين، بل بغشه وتواطئه، فيسقط الأجل.

ولا يعد إضعافاً للتأمين أن يبيع المدين العقار المرهون رهناً رسمياً لضمان الدين المؤجل، سواء باع العقار كله أو باع جزءاً منه. ومع ذلك فقد يترتب على تجزئه العقار - فى حالة البيع الجزئى - إضعاف فعلى للتأمين، وهذه مسألة واقع يقدرها قاضى الموضوع، فيترتب على هذا الإضعاف الفعلى إسقاط الأجل. وقد يترتب على البيع - الكلى أو الجزئى - أن يعمد الحائز للعقار إلى تطهير الرهن، فلا يحصل الدائن المرتهن ذو الدين المؤجل على كل حقه، فيكون التطهير سبباً فى إضعاف التأمين، ويكون إضعاف التأمين سبباً فى إسقاط الأجل (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٢٣ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠١٥ ص٣٥٥- والتون ٢ ص٣٧٠- الموجز للمؤلف فقرة ٤٨٨ ص٤٩٧ هامش رقم٢).

ولا يعد إضعافاً للتأمين أن يزرع المدين الأرض المرهونة قطناً مرة كل سنتين مخالفاً بذلك ما جرت =

فإذا توافر هذان الشرطان – وجود تأمين خاص وإضعاف هذا التأمين إلى حد كبير – يبقى بعد ذلك أن نميز بين فرضين:

(١) فأما أن يكون هذا الإضعاف قد حدث بفعل المدين، أو بخطأه. ولا يشترط أن يتعمد المدين إضعاف التأمين الخاص، بل يكفى أن يكون قد قصر فى المحافظة عليه حتى ضعف[١]. وفى هذه الحالة يسقط الأجل، إلا إذا اختار الدائن أن يطالب المدين بتكملة التأمين حتى يبلغ ما كان عليه قبل إضعاف المدين له. ولا يكتفى الدائن هنا بالمطالبة بتأمين كاف، بل يطلب تكملة التأمين الأصلى، فقد كان هذا التأمين من حقه والمدين هو الذى أضعفه بخطأه. وهذا الخيار مرهون بارادة الدائن لا بارادة المدين، فإذا اختار الدائن تكملة التأمين وأكمله المدين بقى الأجل على حاله ولم يسقط، أما إذا يختر تكملة التأمين فان الأجل يسقط ويحل الدين[٢]. ومن ثم يكون التزام المدين فى هذه الحالة التزاماً تخييرياً، الخيار فيه للدائن، فان الدائن يكون بالخيار إما أن يطالب المدين بالدين فوراً لسقوط الأجل وإما أن يطالب بتكملة التأمين[٣]. ويلاحظ أن الدين الذى حل بسقوط

=به العادة من زرعها مرة كل ثلاث سنوات، وبخاصة إذا كانت قيمة الأرض تغطى الدين إلى مدى بعيد (استئناف مختلط ٢ يونيه سنة ١٨٩٧ م٩ ص٣٧٧).

(١) ويعتبر المدين قد أضعف بخطأه التأمين الخاص إذا هو أدخل فى طريقة استغلال العقار المرهون تعديلا من شأنه أن ينقص كثيراً من قيمة العقار، أو هدم المنزل المرهون إلا إذا كان الهدم بغرض إعادة البناء (بودرى وبارد٢ فقرة ١٠٢٤ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠١٥ ص٣٥٥). وإذا كان التأمين الخاص رهنا رسمياً على جزء شائع من عقار، وفى أثناء القسمة رسا مزاد العقار كله على الشريك الآخر غير المدين الراهن، فإن الرهن فى هذه الحالة يزول ولكن لا يعتبر أنه قد زال بفعل المدين إلا إذا كان المدين هو الذى طلب القسمة، أو كان عنده سبب جدى، لمعارضتها ولم يتقدم به، أو كان قد تواطأ مع شريكه ليصل إلى هذه النتيجة. أما إذا كان لم يفعل شيئاً من ذلك، فإن زوال الرهن لا يكون بفعله، بل يكون لسبب لا دخل لإرادته فيه، وتطبق الأحكام التى تتفق مع هذه الحالة وسنذكرها فيما يلى (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٢٦ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠١٥ ص٣٥٦).

(٢) وتذهب الأغلبية فى الفقه الفرنسى إلى أن سقوط الأجل لا يكون إلا بموجب حكم قضائى له أثر منشئ، لا مجرد أثر كاشف، فهو الذى يسقط الأجل، ولا يسقط الأجل بحكم القانون (ديمولومب ٢٥ فقرة ٧٠١ – لوران ١٧ فقرة ٤١٥ – ماركاديه٤ فقرة ٨٢٧ – أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٣ ص١٢٧ – بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٣٠ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠١٥ ص٣٥٦ – جوسران ٢ فقرة ٧٣٦). على أن هناك رأياً يذهب إلى أن الأجل يسقط بحكم القانون، وعند النزاع يصدر حكم قضائى ليقرر سقوطه، وهذا الحكم له أثر كاشف لا أثر منشئ (هيك ٦ فقرة ٢٨٩ – بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧١٠ ص٥١٩). والظاهر من الرجوع إلى نص المادة ٢٧٣ مدنى أن القانون يقضى بسقوط الأجل، فالأجل يسقط إذن بحكم القانون، والحكم القضائى إنما يحسم النزاع فى هذا الصدد، فهو كاشف لا منشئ.

(٣) أنظر المادة ٢٧٨ مدنى وسيأتى تفصيلها. وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى =

الأجل فى هذا الفرض لا ينتقص منه ما يقابل الأجل، لأن سقوط الأجل هنا كان بسبب خطأ المدين(١).

(٢) وأما أن يكون إضعاف التأمين الخاص يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه. فهو لم يحدث بخطأ منه، بل حدث بفعل أجنبى أو بقوة قاهرة أو حادث فجائى. فعند ذلك يسقط الأجل أيضاً كجزاء على ضعف التأمينات إلى هذا الحد الكبير الذى سبقت الإشارة إليه، إلا أن المدين يستطيع أن يتوقى سقوط الأجل بأن يقدم للدائن تأميناً كافياً لدينه يعوض عليه ما ضعف من التأمينات الأولى(٢). والالتزام هنا تخييرى أيضاً، ولكن الخيار فيه للمدين لا للدائن على عكس الصورة السابقة(٣). والسبب واضح، فان ضعف التأمينات لم يكن بخطأ المدين، فترك الأمر مرهوناً بارادته، فاما أن يسلم بسقوط الأجل وإما أن يختار تقديم تأمين كاف. والمطلوب من المدين هنا هو تقديم هذا التأمين الكافى، وليس تكملة التأمين الأصلى كما فى الحالة السابقة. فقد يكون التأمين الأصلى تزيد قيمته كثيراً

=مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٣١. ويقول الأستاذ إسماعيل غانم: «ولا نرى الأخذ بهذا التفسير، فإن إلزام المدين بالوفاء فى الحال أو بتقديم تأمين لا يعنى أن التزامه قد تعدد محله. فلا زال محل الالتزام واحداً ينحصر فى الأداء الذى التزم به من أول الأمر. أما إلزامه بتقديم تأمين فهو التزام آخر تابع للالتزام الأول. وليس هناك تعدد فى محل الالتزام الأول، وإنما هما التزامان أحدهما تابع للآخر، ولا ينشأ إلا بالشروط التى نصت عليها المادة ٢/٢٧٣» (أحكام الالتزام فقرة ١٧٢ ص٢٤٤ هامش رقم ٣). وفى رأينا أن القانون، عندما يسقط الأجل بإضعاف التأمينات فيحل الدين، ينشئ فى الوقت ذاته إلى جانب محل الالتزام الأصلى محلا آخر يمكن للدائن أن يختاره، وهو تكملة التأمين الأصلى.

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٣٣ – ومع ذلك إذا كان مبلغ الدين يتضمن رأس المال مضافاً إليه فوائده مدة الأجل، وسقط الأجل بإضعاف المدين للتأمينات، فإن الفوائد عن المدة التى سقطت من الأجل تخصم من مبلغ الدين، حتى لا يجمع الدائن بين الانتفاع بالمدة التى سقطت من الأجل وبين الفوائد عن هذه المدة نفسها (ديمولومب ٢٥ فقرة ٦٩٧ – لوران ١٧ فقرة ٢١١ – لارومبيير ٣ م١١٨٨ فقرة ٢٧ – بودرى وبارد٢ فقرة ١٠٣٤).

(٢) استئناف مختلط ١٧ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م١١ ص١٧ – ويمكن استخلاص هذا الحكم من المبادئ العامة دون الحاجة إلى نص خاص، وهذا ما يفعله الفقه الفرنسى، دون أن يكون فى التقنين المدنى الفرنسى نص يقابل الجزء الأخير من الفقرة الثانية من المادة ٢٧٣ مدنى مصرى وهو الذى ينص على حالة ضعف التأمينات بسبب لا دخل لإرادة المدين فيه (ديمولومب ٢٥ فقرة ٦٩٠ – فقرة ٦٩٣ – أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٣ هامش رقم ١٣ – بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٢٥ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠١٥ ص٣٥٥).

ويصدر حكم قضائى بسقوط الأجل فى هذه الحالة كما فى حالة إضعاف التأمينات بخطأ المدين، ويكون هذا الحكم منشئاً أو كاشفاً على الخلاف الذى سبق أن أوردناه.

(٣) قارن بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٥٢ – وقارن أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٤٧.

على الدين، فلا يطلب من المدين أن يبلغه الحد الذى كان عليه، بل يكفى أن يبلغه حداً يجعله تأميناً كافياً ولو لم يصل إلى حد التأمين الأصلى. وقد كان المشروع التمهيدى يقتضى أن يكمل المدين التأمين الأصلى، ولكن لجنة المراجعة عدلت النص واكتفت بأن يقدم المدين «ضماناً كافياً»[1]. ويلاحظ أن الدين الذى حل بسقوط الأجل، فى هذه الحالة، ينتقص منه ما يقابل الأجل، لأن سقوط الأجل لم يكن بخطأ المدين[2].

وقد طبق التقنين المدنى الجديد هذه الأحكام تطبيقاً تشريعياً فى حالة ما إذا كان التأمين الخاص رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً. ففى حالة الرهن الرسمى نصت المادة ١٠٤٨ مدنى (وتقابلها المادة ٥٦٢/٦٨٦ من التقنين المدنى السابق وهى تشتمل على نفس الحكم) على ما يأتى: «١- إذا تسبب الراهن بخطأه فى هلاك العقار المرهون أو تلفه، كان الدائن المرتهن مخيراً بين أن يقتضى تأميناً كافياً أو أن يستوفى حقه فوراً. فإذا كان الهلاك أو التلف قد نشأ عن سبب أجنبى ولم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين، كان المدين مخيراً بين أن يقدم تأميناً كافياً أو أن يوفى الدين فوراً قبل حلول الأجل[3]. وفى الحالة الأخيرة إذا لم يكن للدين فوائد، فلا يكون للدائن حق إلا فى استيفاء مبلغ يعادل قيمة الدين منقوصاً منها الفوائد بالسعر القانونى عن المدة ما بين تاريخ الوفاء وتاريخ حلول الدين. ٣- وفى جميع الأحوال إذا وقعت أعمال من شأنها أن تعرض العقار المرهون للهلاك أو التلف أو تجعله غير كاف للضمان، كان للدائن أن يطلب إلى القاضى وقف هذه الأعمال واتخاذ الوسائل التى تمنع وقوع الضرر». وفى حالة رهن الحيازة قضت الفقرة الثانية من المادة ١١٠٢ مدنى بأن تسرى على رهن الحيازة أحكام المادة ١٠٤٨ سالفة الذكر.

٧٤- سقوط الأجل لعدم تقديم المدين لتأمين وعد به: وهنا يسقط الأجل بخطأ المدين، إذ يكون قد التزم للدائن بتقديم تأمين خاص لدينه، ثم أخل بهذا الالتزام ولم يقدم التأمين الموعود به[4]. فيسقط الأجل فى هذه الحالة دون أن ينتقص من الدين شئ فى مقابلة

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٣٢- وانظر آنفاً فقرة ٧١ فى الهامش.

(٢) أنظر أيضا المادة ١٨٣ مدنى وقد سبق ذكرها - هذا وإذا كان إضعاف التأمينات بفعل الدائن نفسه، كما إذا كان دائناً مرتهناً رهن حيازة وأتلف العين المرهونة، فغنى عن البيان أن الأجل لا يسقط لأن الدائن هو المسئول عن إضعاف التأمينات، بل ويجوز للمدين أن يرجع عليه بتعويض إذا كان له محل.

(٣) ويلاحظ أن المشرع هنا لم يميز بين حالتى إضعاف المدين للتأمينات وضعف التأمينات لسبب أجنبى من حيث التأمين الذى يجب تقديمه، ففى الحالتين يقدم المدين تأميناً كافياً. وقد رأينا فى القاعدة العامة أن المدين فى الحالة الأولى يطالب بتكملة التأمين الأصلى ولو كانت قيمة هذا التأمين أعلى بكثير من الدين، وفى الحالة الثانية لا يطالب الا بتقديم تأمين كاف.

(٤) وفى التقنين المدنى السابق لم يكن يوجد نص فى هذه الحالة، ولكن الحكم كان مطبقاً دون نص لاتفاقه مع القواعد العامة (استئناف مختلط ٣٠ نوفمبر سنة ١٩١١ م٢٤ ص٢٨- مصر الكلية =

سقوط الأجل، لأن الأجل، كما قدمنا، قد سقط بخطأ المدين. ويستطيع الدائن، بعد سقوط الأجل وحلول الدين واستصدار حكم واجب التنفيذ به، أن يحصل بموجب هذا الحكم على حق اختصاص على عقارات المدين، يحل محل التأمين الخاص الذى كان المدين قد وعده به دون أن يفى بوعده.

ويلاحظ أن الدائن ذا الحق المؤجل، حتى لو لم يكن له تأمين خاص أصابه ضعف، وحتى لو لم يكن موعوداً بتأمين خاص لم يقدم، له أن يطالب المدين بتأمين خاص إذا خشى إفلاسه أو إعساره واستند فى ذلك إلى سبب معقول (م٢/٢٧٤ مدني). فإذا لم يقدم المدين التأمين الخاص الذى يوجبه القانون، كان هذا سبباً فى سقوط الأجل، قياساً على حالة التأمين الموعود به والذى لم يقدم، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك[1]. فالالتزام بتقديم تأمين خاص قد يكون مصدره الاتفاق أو القانون، ويكون مصدره القانون فى الحالة التى نحن بصددها. وأياً كان مصدره، فان الإخلال به يكون سبباً فى سقوط الأجل[2].

٧٥- سقوط الأجل لأسباب أخرى: قدمنا أن موت المدين[3] قد يكون سبباً لسقوط الأجل. وقد ورد نص صريح فى كل من التقنين المدنى العراقى (م٢٩٦) وتقنين الموجبات

=الوطنية ٢ نوفمبر سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ ص٢٢- الموجز للمؤلف فقرة ٤٨٨ ص٤٠٧- الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٧٤ ص٥٠٥).

وفى التقنين المدنى الفرنسى لا يوجد نص صريح فى هذه الحالة، ولكن الفقه والقضاء فى فرنسا يذهبان مع ذلك إلى أن عدم تقديم التأمين الخاص الموعود به يسقط الأجل، قياساً على حالة إضعاف التأمين الخاص. ذلك أن من لم يقدم تأميناً خاصاً وعد به لا يكون فحسب قد أضعف التأمين، بل هو قد أعدمه أصلا، فمن باب أولى يسقط الأجل (ديرانتون ١١ فقرة ١٢٣- ماركاديه ٤ فقرة ٥٧٦- أوبرى ورو٤ فقرة ٣٠٣ ص١٢٩- لاروميير ٣ م١١٨٨ فقرة ١٨- ديمولومب ٢٥ فقرة ٦٧٧ - لوران ٢٧ فقرة ٢٠٤- هيك ٧ فقرة ٢٨٨ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠١٨- بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠١٦- بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧١٠). وإذا وعد المدين بتقديم تأمين معين - رهن مثلا - فلا يستطيع بارادته وحده أن يحل محله تأميناً آخر ولو كان كافياً أو معادلا ككفالة. وإذا وعد بتقديم شخص معين كفيلا فلا يستطيع كذلك أن يقدم شخصاً آخر ولو كان مليئاً مثله (ديمولومب ٢٥ فقرة ٦٧٨- لاروميير٣ م١١٨٨ فقرة ١٨- بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠١٩- بلانيول وريبير وجابولد٧ فقرة ١٠١٦- بلانيول وريبير وبولانجيه٢ فقرة ١٥١١- جولان وكابيتان٢ فقرة ٦٦٤ ص٤٥٤ - چوسران٢ فقرة ٧٣٥).

(١) أنظر آنفاً فقرة ٦٥.

(٢) أنظر فى أسباب سقوط الأجل الثلاثة السالفة الذكر، شهر الإفلاس أو الإعسار وإضعاف التأمينات أو ضعفها وعدم تقديم التأمين الموعود به، المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٣١- ص٣٢.

(٣) أما موت الدائن فلا يكون سبباً لحلول الدين، بل يبقى المدين ملتزماً نحو ورثة دائنه، وينتقل الدين إلى هؤلاء بالميراث مؤجلا كما كان فى حياة الدائن المورث.

والعقود اللبناني (م١١٤) يقضي بأن الدين يحل بموت المدين إلا إذا كان مضموناً بتأمينات عينية. أما في التقنين المدني المصري فالأصل أن الدين لا يحل بموت المدين، بل يبقى الدين مؤجلا في التركة. ومع ذلك إذا عين للتركة مصفٍ (أنظر المادة ٨٧٦ مدني وما بعدها) فأنه يجوز للمحكمة، بناء على طلب جميع الورثة، أن تحكم بحلول الدين المؤجل وبتعيين المبلغ الذي يستحقه الدائن، مراعية في ذلك إعلان الدائن بسقوط الأجل – بشرط أن يكون قد انقضى منه ستة أشهر على الأقل – وأداء الفوائد المستحقة عن ستة الأشهر التالية للإعلان، هذا إذا كان في الأجل مصلحة للدائن (م٨٩٤ وم٥٤٤ مدني). أما إذا لم تجمع الورثة على طلب حلول الدين المؤجل، فان الدين يبقى مؤجلا على حاله، وتتولى المحكمة توزيع الديون المؤجلة وتوزيع أموال التركة على الورثة، بحيث يختص كل وارث من جملة ديون التركة ومن جملة أموالها بما يكون في نتيجته معادلا لصافي حصته في الإرث(١).

ويسقط الأجل أيضاً بموجب نصوص قانونية في حالات خاصة، كما في التطهير (أنظر المادة ١٠٦٤ مدني وما بعدها).

وسنرى أنه إذا كان الأجل قضائياً– نظرة الميسرة – فأنه يسقط لأسباب أخرى فوق التي قدمناها، فيسقط بالمقاصة القانونية، ويسقط كذلك باقتدار المدين على الوفاء بدينه، ويسقط أخيراً إذا نفذ أحد الدائنين الآخرين بحقه على أموال المدين. وسيأتي بيان ذلك عند الكلام في نظرة الميسرة(٢).

وهناك حالة هي عكس الحالة التي يسقط فيها الأجل، إذ فيها يحل الأجل فعلا

---

(١) أنظر المادة ٨٩٥ فقرة أولى مدني. وتضيف الفقرة الثانية من هذه المادة ما يأتي: «وترتب المحكمة لكل دائن من دائني التركة تأميناً كافياً على عقار أو منقول، على أن نحتفظ لمن كان له تأمين خاص بنفس هذا التأمين. فان استحال تحقيق ذلك، ولو باضافة ضمان تكميلي يقدمه الورثة من مالهم الخاص أو بالاتفاق على أية تسوية أخرى، رتبت المحكمة التأمين على أموال التركة جميعها.

(٢) هذا ويجوز للدائن أن ينزل عن حقه في التمسك بسقوط الأجل، ويعتبر نزولا ضمنياً أن يكون سبب ضعف التأمينات متوقعاً قبل حصوله. فالدائن الذي يرتهن نصيباً شائعاً، ويتوقع تبعاً للظروف والملابسات طلب القسمة من أحد الشركاء غير المدين وما ينطوي عليه هذا الطلب من احتمال زوال الرهن، يكون قد نزل نزولا ضمنياً عن حقه في التمسك بسقوط الأجل إذا تحقق هذا الاحتمال (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠١٣ ص٣٥٠ وفقرة ١٠١٥ ص٣٥٦– استئناف مختلط ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٧ م٤٢ ص٢٥).

وانظر في أن سقوط الأجل بالنسبة إلى المدين الأصلي لا يترتب عليه سقوط بالنسبة إلى مدين متضامن ولا إلى كفيل شخصي ولو كان متضامناً ولا إلى كفيل عيني، ولكن يسقط الأجل بالنسبة إلى حائز العقار المرهون: بودري وبارد ٢ فقرة ١٠١٣ وفقرة ١٠١٧ وفقرة ١٠٣٩– فقرة ١٠٤٠– طلخا ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ رقم ٢٢٣ ص٢٥٦.

ولكن لا يعتبر مع ذلك أنه قد حل لأن حلوله إنما حدث بطريق الغش من الدائن[1]. ويقع ذلك فى التأمين على الحياة إذا انتحر الشخص المؤمن على حياته، فان الدائن فى هذه الحالة يتعجل حلول الأجل بانتحاره عمداً، فلا يعتبر الأجل قد حل، وتبرأ ذمة المؤمن من التزامه بدفع مبلغ التأمين. وقد ورد في هذا الحكم نص صريح فى التقنين المدنى، فنصت الفقرة الأولى من المادة ٧٥٦ على أن «تبرأ ذمة المؤمن من التزامه بدفع مبلغ التأمين إذا انتحر الشخص المؤمن على حياته». كذلك إذا كان الدائن بمبلغ التأمين هو شخص غير المؤمن على حياته، فانه لا يستحق مبلغ التأمين إذا تسبب عمداً فى موت المؤمن على حياته، لأنه يكون قد تعجل غشاً حلول الأجل، فيعتبر الأجل غير حالّ بالرغم من حلوله فعلا. ويستوى فى ذلك أن يكون التأمين على حياة شخص غير المؤمن له أو يكون لصالح شخص غير المؤمن له. وتنص المادة ٧٥٧ مدنى فى هذا الصدد على ما يأتى: «١- إذا كان التأمين على حياة شخص غير المؤمن له، برئت ذمة المؤمن من التزاماته متى تسبب المؤمن له عمداً فى وفاة ذلك الشخص، أو وقعت الوفاة بناء على تحريض منه. ٢- وإذا كان التأمين على الحياة لصالح شخص غير المؤمن له؛ فلا يستفيد هذا الشخص من التأمين إذا تسبب عمداً فى وفاة الشخص المؤمن على حياته، أو وقعت الوفاة بناء على تحريض منه. فإذا كان ما وقع من هذا الشخص مجرد شروع فى إحداث الوفاة، كان للمؤمن له الحق فى أن يستبدل بالمستفيد شخصاً آخر ولو كان المستفيد قد قبل ما اشترط لمصلحته من تأمين.».

٧٦- حلول الأجل بالنزول عنه ممن له مصلحة فيه: وقد يحل الأجل قبل انقضائه، لا بسقوطه فى الأحوال التى تقدم ذكرها، بل النزول عنه ممن له مصلحة فيه، المدين أو الدائن.

لذلك ينبغى، لمعرفة ما إذا كان النزول عن الأجل صحيحاً، أن نتبين من له مصلحة فيه من الطرفين، هل هو المدين أو هو الدائن، وأيهما كانت له المصلحة يجوز له النزول عن الأجل لأنه إنما ينزل عن مصلحة له[2].

---

(١) ويقابل ذلك اعتبار الشرط قد تخلف إذا عمل الدائن على تحقيقه غشا. ولكن يلاحظ أن الأجل يعتبر أنه قد تخلف على سبيل التجوز، فإن الأصل فى الأجل أن يكون محقق الوقوع، فاعتباره متخلفا فى حالة خاصة لا يبرره إلا غش الدائن.

(٢) استئناف مختلط ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م٣ ص٩٠- ٢ مايو سنة ١٨٩٥ م٧ ص٢٤٥ - ٢٣ يناير سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٢٢٣ (جواز التمسك بالمقاصة بين دين مؤجل سقط الأجل بالنزول عنه ودين حال).

أما الأجل الفاسخ فالأصل فيه أنه لمصلحة الدائن، ولذلك يجوز له وحده أن ينزل عنه بإرادته المنفردة. على أن الأجل الفاسخ قد يكون لمصلحة الطرفين كما فى الإيجار (إذا سلمنا بالأجل الفاسخ فى العقود الزمنية)، فلا يجوز النزول عنه أو عن بعضه إلا باتفاق الطرفين. وقد يكون العقد غير لازم - =

وقد كان المشرع التمهيدى يشتمل على نص فى هذه المسألة هو نص المادة ٣٩٧، وكانت تجرى على الوجه الآتى: «١- يفترض فى الأجل أنه ضرب لمصلحة المدين، إلا إذا تبين من العقد أو من نص فى القانون أو من الظروف أنه ضرب لمصلحة الدائن أو لمصلحة الطرفين معاً. ٢- إذا تمحض الأجل لمصلحة أحد الطرفين، جاز لهذا الطرف أن يتنازل عنه بارادته المنفردة»(١). وقد حذفت هذه المادة فى لجنة المراجعة «لأن حكمها مستفاد من تطبيق المبادئ العامة»(٢)، من أجل ذلك يكون هذا الحكم واجب التطبيق بالرغم من حذف النص. وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى شرح واف لهذا الحكم نقتصر على إيراده فيما يلى: «قد يضرب الأجل لمصلحة الدين وحده، كما هو الشأن فى عارية الاستهلاك بغير فائدة وعارية الاستعمال، أو لمصلحة الدائن وحده، كما هى الحال فى الوديعة(٣). أو لمصلحة الدائن والمدين معاً، كما يقع ذلك فى القرض بفائدة. ويفترض عند الشك أن

=كالوكالة - فيجوز للموكل أن يعزل الوكيل قبل انتهاء الأجل، كما يجوز للوكيل أن ينزل عن الوكالة قبل انتهاء الأجل كذلك، على أن الوكالة إذا كانت بأجر فإن الموكول يكون ملزما بتعويض الوكيل عن الضرر الذى لحقه من جراء عزله فى وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول، وإذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل أو لصالح أجنبى فلا يجوز للموكل أن ينهى الوكالة أو يقيدها دون رضاء من صدرت الوكالة لصالحه (الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٧١ ص٢٤٠ - ص٢٤١).

(١) ويقابل هذا النص المادة ١٠١/١٥٥ من التقنين المدنى السابق، وكانت تجرى على الوجه الآتى: «إذا كان للتعهد أجل، جاز للمتعهد الوفاء قبل حلوله إلا إذا كان العقد يمنع ذلك». وبالرغم من غموض هذا النص، فإنه كان يفسر بالمعنى الواضح الذى أتى به التقنين المدنى الجديد.

ويقابل النص فى التقنين المدنى العراقى المادة ٢٩٤ وهى مطابقة لنص التقنين المدنى المصرى.

ويقابل فى تقنين الموجبات والعقود اللبناني النصوص الآتية: م١٠٩ إن الأجل المؤجل موضوع لمصلحة المديون، إلا إذا استنتج العكس من الأحوال أو من نص العقد أو ماهيته أو القانون.

م١١٠- إذا كان الأجل موضوعاً لمصلحة الدائن أو لمصلحة الفريقين المشتركة، فهو يمنع المديون من التنفيذ الاختيارى للموجب.

م١١٢- إن الفريق الذى يستفيد وحده من الأجل يمكنه أن يتنازل عنه بمجرد مشيئته.

م١/٣٠٣- لا يجوز إجبار الدائن على قبول الإيفاء قبل الأجل، إلا إذا كان موضوعاً لمصلحة المديون وحده.

(وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المدنى المصرى).

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٣٠ فى الهامش.

(٣) ومع ذلك فإن المادة ٧٢٢ مدنى تنص على أنه «يجب على المودع عنده أن يسلم الشئ إلى المودع بمجرد طلبه إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع عنده. وللمودع عنده أن يلزم المودع أن يتسلم الشئ فى أى وقت إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع» (أنظر الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٧١ ص٢٤٢ هامش رقم ٢- وانظر فى القانون المدنى العراقى الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١٥٢).

الأجل مضروب لمصلحة المدين وحده[1]. ومع ذلك فقد يستفاد من العقد كما يقع ذلك فى القرض بفائدة[2]، أو من نص القانون كما هو الشأن فى حق الانتفاع والإيراد المرتب مدى الحياة، أو من الظروف كما هى الحلل فى ودائع المصارف، إن الأجل قد ضرب لمصلحة الدائن أو لمصلحة الدائن والمدين معاً. فإذا كان الأجل مضروباً لمصلحة الدائن والمدين معاً، فلا يجوز لأحدهما أن ينفرد بالتنازل عنه، بل يشترط لذلك تراضيهما. أما إذا كان الأجل على نقيض ذلك مضروباً لمصلحة أحد الطرفين، فلمن شرط الأجل لمصلحته، دائنا كان أو مديناً، أن ينزل عنه بارادته المنفردة. وتفريعاً على هذه القواعد لا تجوز الإقالة من الإجارة (وهى لمصلحة الطرفين) قبل انتهاء الأجل إلا بتراضى المؤجر والمستأجر، ويجوز للمستعير فى عارية الاستعمال (وهى لمصلحة المستعير وحده) أن يرد الشئ قبل الأجل المحدد، ويجوز للمودع (والوديعة لمصلحته وحده) أن يطالب برد ما استودع قبل انقضاء أجل الإيداع»[3].

على أن التقنين المدنى – استثناء من الأحكام المتقدم ذكرها – وضع قاعدة فى القرض

---

(١) حتى لو كان الدين تجارياً، وإن كانت الديون التجارية يستخلص فيها بسهولة أن الأجل لمصلحة الطرفين معاً (بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٨٢– فقرة ٩٨٣– بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٠٣ – وانظر عكس ذلك وأن الأجل فى الديون التجارية مفروض فيه أنه لمصلحة الطرفين معاً: توليبيه ٦ فقرة ٦٧٩– لاروميير ٣ م١١٨٧ فقرة ٤). وقد نصت المادة ١٤٥ من التقنين التجارى على أنه «لا يجبر حامل كمبيالة على استلام قيمتها قبل الاستحقاق». وانظر نفس القاعدة، فى السندات تحت الإذن والسندات لحاملها، فى المادة ١٨٩ من التقنين التجارى وهى تحيل على القواعد المطبقة فى الكمبيالات. ففى الكمبيالات والسندات، دون غيرها من المسائل التجارية، يفرض القانون أن الأجل مشترط لمصلحة الطرفين.

وإذا أصدرت شركة أو شخص معنوى عام (الدولة أو إحدى البلديات مثلا) سندات وذكرت أنها تستهلك بطريق القرعة فى مواعيد معينة، لم يستطع من أصدر هذه السندات أن يستهلكها قبل المواعيد المحددة وبطريقة القرعة المعينة إلا إذا كان الأجل لمصلحته وحده لا لمصلحة الطرفين، ومعرفة ما إذا كان الأجل فى هذه الحالة لمصلحة المدين وحده أو لمصلحة الطرفين مسألة واقع يستخلصها قاضى الموضوع من الظروف دون رقابة عليه من محكمة النقض (أنظر فى هذه المسألة بودرى وبارد٢ فقرة ٩٨٤ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٠٢ ص٣٤١ – بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٣٠٣ ص٥١٣ هامش رقم ١ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٤٩٩– جوسران٢ فقرة ٧٢٥ ص٣٩٧).

(٢) قارن بودرى وبارد٢ فقرة ٩٧٤ ص١٥١ هامش رقم ٢ – وقد يكون القرض بفائدة بين شخصين تربطهما علاقة وثيقة وأراد المقرض تقديم خدمة للمقترض، عند ذلك يستطيع قاضى الموضوع أن يستخلص أن الأجل، وإن كان القرض بفائدة، لمصلحة المدين وحده، فيستطيع هذا أن ينزل عنه. كذلك ليس كل دين بفائدة يكون الأجل فيه حتما لمصلحة الطرفين، فالمشترى بثمن مؤجل وبفائدة قد يكون لأجل لمصلحته وحده، فله فى هذه الحالة أن ينزل عن الأجل وأن يعجل الثمن فلا يدفع الفائدة عن المدة الباقية من الأجل (بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٨١ والهامش رقم ٢).

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٣٠ هامش رقم ١.

بفائدة أجاز فيها للمدين، دون رضاء الدائن، أن ينزل عن الأجل بشروط معينة، مع أن الأجل مقرر لمصلحة كل من المدين والدائن، فكان الواجب ألا يجوز للمدين وحده أن ينزل عنه بغير رضاء الدائن، وذلك إمعاناً من المشرع في كراهية الربا. وقد وضع القانون لحق المدين في النزول عن الأجل دون رضاء الدائن شروطاً فيها بعض التعويض على الدائن: (١) أن يكون قد انقضى على القرض ستة أشهر على الأقل يتقاضى فيها الدائن الفوائد المستحقة. (٢) أن يعلن المدين الدائن برغبته في اسقاط الأجل ورد ما اقترضه. (٣) أن يتم الرد فعلا في أجل لا يجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان. (٤) أن يؤدي الدائن للمدين فوائد ستة الأشهر التالية للإعلان[1]. وهذا ما تنص عليه المادة ٥٤٤ مدني في هذا الصدد: «إذا اتفق على الفوائد، كان للمدين، إذا انقضت ستة أشهر على القرض، أن يعلن رغبته في إلغاء العقد ورد ما اقترضه، على أن يتم الرد في أجل لا يجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان، وفي هذه الحالة يلزم المدين بأداء الفوائد المستحقة عن ستة الأشهر التالية للإعلان. ولا يجوز بوجه من الوجوه إلزامه بأن يؤدي فائدة أو مقابلا من أي نوع بسبب تعجيل الوفاء، ولا يجوز الاتفاق على اسقاط حق المقترض في الرد أو الحد منه»[2].

---

(١) وفي فرنسا صدر تشريع استثنائي (قانون ١٦ يوليه سنة ١٩٣٥ وأكمل بمرسوم بقانون في ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٣٥) لا يطبق إلا على الديون المدنية والتجارية السابقة على نفاذه، ويقضي بجواز تعجيل دفع الدين قبل الأجل ولو كان ينتج فوائد، دون حاجة إلى رضاء الدائن. واشترط هذا التشريع شروطاً تتعلق بوجوب إخطار الدائن بالدفع المعجل وانقضاء أربعة أسابيع على الأقل بعد الإخطار إلا إذا كان العقد الأصلي ينص على مدة أطول، ويجوز أن يكون الوفاء المعجل جزئياً بشرط ألا يقل عن ربع الدين. وقد قصد التشريع أن يهيئ السبيل لمن استدان بفائدة مرتفعة – أثناء أزمة اقتصادية – أن يفي بالدين قبل حلول أجله، ولو عن طريق اقتراض ما يفي به الدين بفائدة أقل (أنظر بلانيول وريبير وجابولد٧ فقرة ١٠٠٧ مكررة – بلانيول وريبير وبولانجيه٢ فقرة ١٠٥١ – فقرة ١٠٥٣ – كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٦٥).

(٢) أنظر في هذا المعنى المادة ٥١٢ من التقنين المدني السوري (وهي مطابقة) والمادة ٥٤٣ من التقنين المدني الليبي (وهي مطابقة) والمادة ٧٦٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني ونصها ما يأتي: لا يجوز إجبار المقترض على رد ما يجب عليه قبل حلول الأجل المعين بمقتضى العقد أو العرف، وإنما يجوز له أن يرده قبل الأجل ما لم يكن هذا الرد مضراً بمصلحة المقترض.

هذا ويلاحظ أن الأجل إذا كان لمصلحة المدين، وكان المدين معسراً إعساراً فعلياً (وإلا فإن الإعسار القانوني يسقط الأجل)، لم يجز له أن ينزل عن الأجل، وإذا وفى الدائن قبل حلول الأجل فإن هذا الوفاء لا يسري في حق باقي الدائنين. وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٤٢ صراحة على هذا الحكم فقالت: «وإذا وفى المدين المعسر أحد دائنيه قبل انقضاء الأجل الذي عين أصلا الوفاء، فلا يسري هذا الوفاء في حق باقي الدائنين».

٢- ما يترتب من الأثر على حلول الأجل

٧٧- الأجل الواقف: إذا حل الأجل الواقف، بانقضائه أو بسقوطه أو بالنزول عنه على النحو الذى بيناه، أصبح الحق نافذاً، ووجب على المدين القيام بتنفيذه بعد أن يعذره الدائن(١)، لأن حلول الأجل وحده لا يكفى لأعذار المدين كما سبق القول(٢).

ويترتب على أن حق الدائن يصبح نافذاً بحلول الأجل عكس النتائج التى رتبناها على عدم نفاذ الحق قبل حلول الأجل. فيجوز للدائن أن يجبر المدين على أداء الدين، ويقبل من المدين الوفاء الاختيارى فلا يسترد ما دفعه لأنه دفع ديناً مستحق الأداء، وتقع المقاصة القانونية بينه وبين دين آخر مقابل له مستحق الأداء، ويجوز للدائن أن يحجز بموجبه تحت يد مدين المدين كما يجوز له توقيع الحجوز التحفظية الأخرى، وله أن يستعمل الدعوى

---

(١) استئناف مختلط ٦ يونيه سنة ١٩٠١ م١٣ ص٣٦٢ - ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م٥ ص١١- الاسكندرية الوطنية ١٦ مايو سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٢٩ ص٤٦- مصر الوطنية ٦ فبراير سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٥٨ ص١٣٨- وذلك ما لم يشترط حلول الأجل بمجرد انقضائه دون حاجة إلى إعذار (استئناف مختلط ٢٠ مارس سنة ١٩١٣ م٢٥ ص٢٥٠).

ولا يكفى إعذار المدين لحلول الأجل إذا كان وقت الأعذار قد حول الدائن حقه إلى آخر، فلم يعرف المدين على وجه التحقيق من هو الدائن الذى يجب الوفاء له (استئناف مختلط ٢١ يونيه سنة ١٩٢٣ م٣٥ ص٥١٩).

وإذا اشترط الدائن أن عند حلول أجل قسط من الدين دون أن يدفع تحل باقى الأقساط دون حاجة إلى إعذار، عمل بهذا الشرط وحلت باقى الأقساط بمجرد تأخر المدين عن دفع قسط فى ميعاده، ولا يمنع من ذلك أن تضاف عبارة «على حسب اختيار الدائن»، فإن هذه العبارة لا تعنى إلا أن الدائن له أن ينزل عن التمسك بهذا الشرط وله أن يتمسك به (استئناف مختلط ١٦ يونيه سنة ١٩٢١ م٣٣ ص٤٠١ - ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٣ جازيت ١٥ رقم ٢٠٢ ص١٢٤- ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م٤٥ ص٩٣- المحلة ٤ ديسمبر سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٥ ص١٩٥). ولكن ليس للدائن أن يتمسك بتأخر المدين فى دفع قسط مدة قليلة، إذا ثبت أن المدين دفع الأقساط السابقة فى مواعيدها، وأن الدائن كان يتساهل فى استيفاء بعض هذه الأقساط متأخرة مدة قليلة (استئناف مختلط ٢٦ مارس سنة ١٩٤٢ م٥٤ ص١٥١). كذلك إذا بدا تساهل من الدائن، فتعود المدين أن يؤخر دفع القسط دون أن يطالبه الدائن بدفع باقى الأقساط، فليس للدائن أن يباغت المدين بمطالبته بدفع باقى الأقساط إذا جرى المدين على عادته فى التأخر عن دفع قسط منها (استئناف أهلى ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ ص٢٣٩ - كفر الشيخ ٢٨ مايو سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٠ ص١١- استئناف مختلط ٣ أبريل سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٣٠٤). بل يجب فى هذه الحالة قبل أن يعتبر الدائن أن بقية الأقساط قد حلت أن يعذر المدين أنه معتزم العودة إلى التمسك بشرطه بكل دقة فلا يسمح للمدين بأى تأخر فى مواعيد دفع الأقساط (استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٤٢ م٥٤ ص٢١١). وفى حالة نزول الدائن عن بعض الدين إذا دفع المدين الأقساط الباقية فى مواعيدها، المدين هو المكلف باثبات أنه قام بالشرط حتى ينفذ تنازل الدائن، وليس على الدائن أن يعذر المدين (استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٩٤٨ م٦٠ ص٥٩).

(٢) الوسيط جزء ثان فقرة ٤٦٤.

البوليصية، ويسرى فى حق الدين الذى حل أجله التقادم المسقط، وللدائن أن يحبس به ديناً فى ذمته للمدين[1].

وليس لحلول الأجل الواقف أثر رجعى كما هو الأمر فى تحقق الشرط الواقف. فلا يعتبر الحق نافذاً من وقت الاتفاق، بل من وقت حلول الأجل. وهذا مستفاد من أن الأجل أمر محقق الوقوع، ويتفق فى الوقت ذاته مع نية الطرفين[2].

٧٨- الاجل الفاسخ: وهنا أيضا نتجوز فنعتبر أن العقود الزمنية مقترنة بأجل فاسخ. فإذا حل الأجل، بانقضائه أو بسقوطه[3] أو بالنزول عنه، فان الحق ينقضي من تلقاء نفسه بحلول الأجل دون حاجة إلى حكم يصدر بذلك[4]. ويجوز للطرفين مد الأجل غير مرة، ولكن المد يكون باتفاق جديد[5].

---

(١) وإذا حل الأجل فليس الدائن ملزماً أن يطالب المدين بالدين فوراً، بل يستطيع أن يتربص فيطالب المدين فى أى وقت يختاره، ومع مراعاة أن التقادم يسرى فى حق الدين من وقت حلول الأجل، فإذا تمت مدة التقادم لم يعد الدائن يستطيع المطالبة بالدين. وإذا كان للدين كفيل وحل أجل الدين ولم يطالب به الدائن فوراً، فليس للكفيل أن يتضرر من ذلك، لكن له أن ينذر الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من هذا الإنذار، وإلا برئت ذمة الكفيل ما لم يقدم المدين له ضماناً كافياً. وقد نصت المادة ٧٨٥ مدنى على هذه الأحكام صراحة فقالت: «١- لا تبرأ ذمة الكفيل لمجرد أن الدائن تأخر فى اتخاذ الإجراءات أو لمجرد أنه لم يتخذها. ٢- على أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن، ما لم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً». أنظر فى الفقه الفرنسى: ديمولومب ٢٥ فقرة ٦٥٠- لوران ١٧ فقرة ١٩٣- أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢- بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٠٠- ويلاحظ أن المادة ٢٠٣٩ من التقنين المدنى الفرنسى تقضى بأن للدائن أن يتفق مع المدين على مد أجل الدين دون أن تبرأ ذمة الكفيل بذلك، ولكن يجوز للكفيل فى هذه الحالة أن يقاضى المدين لإجباره على الوفاء.

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٤٨٩.

(٣) ويمكن تصور سقوط الأجل الفاسخ، إذا تجوزنا وسلمنا بهذا الأجل فى العقود الزمنية، فى بعض الحالات الخاصة، نذكر منها على سبيل المثال: (أ) إذا مات المستأجر، فإنه يجوز لورثته أن يطلبوا إنهاء العقد إذا أثبتوا أنه بسبب موت مورثهم أصبحت أعباء العقد أثقل من أن تتحملها مواردهم أو أصبح الإيجار مجاوزاً حدود حاجتهم (م٢/٦٠١ مدنى). (ب) إذا لم يعقد الإيجار إلا بسبب حرفة المستأجر أو لاعتبارات أخرى تتعلق بشخصه ثم مات، جاز لورثته أو للمؤجر أن يطلبوا إنهاء العقد (م٦٠٢ مدنى). وانظر أيضاً فى الإيجار المواد ٦٠٣ و٦٠٤ و٦٠٧ و٦٠٨ و٦٠٩. (جـ) يجوز للمعير أن يطلب فى أى وقت إنهاء العارية فى الأحوال الآتية: ١- إذا عرضت له حاجة عاجلة للشئ لم تكن متوقعة. ٢- إذا أساء المستعير استعمال الشئ أو قصر فى الاحتياط الواجب للمحافظة عليه. ٣- إذا أعسر المستعير بعد انعقاد العارية أو كان معسراً قبل ذلك دون علم من المعير (م٦٤٤ مدنى). ٤- تنتهى العارية بموت المستعير ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك (م٦٤٥ مدنى).

(٤) ديمولومب ٢٥ فقرة ٥٦٩- لوران ١٧ فقرة ١٧٩- هيك ٧ فقرة ٢٨٢- بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٧٣.

(٥) هيك ٧ فقرة ٢٨٢ - بودرى وبارد٢ فقرة ٩٧٣.

ويترتب على أن الحق يزول بحلول الأجل أن جميع التصرفات التى أجراها صاحب الحق تزول بزواله، فالإيجار من الباطن والتنازل عن الإيجار مثلا يزولان بزوال الإيجار الأصلى. ويزول الحق بحلول الأجل حتى لو كان قد انتقل من الدائن إلى خلف عام أو إلى خلف خاص.

ويكون انقضاء الحق بحلول الأجل دون أثر رجعى، بخلاف ما قررناه فى تحقق الشرط الفاسخ، فيعتبر الحق قد انقضى من وقت حلول الأجل لا من وقت الاتفاق، وبذلك يتميز الحق المقترن بأجل فاسخ عن الحق المعلق على شرط فاسخ، فالحق الأول يعتد بوجوده قبل حلول الأجل، أما الحق الآخر فيعتبر قد زال منذ البداية وكأنه لم يكن. وقد أشارت الفقرة الثانية من المادة ٢٧٤ مدنى صراحة إلى انعدام الأثر الرجعى لحلول الأجل الفاسخ، فنصت على أنه «يترتب على انقضاء الأجل الفاسخ زوال الالتزام، دون أن يكون لهذا الزوال أثر رجعى»(١).

٧٩- مقارنة بين الشرط والاجل: بعد أن بسطنا أحكام كل من الشرط والأجل، نعقد مقارنة موجزة بينهما. فهناك موافقات، كما أن هناك مفارقات.

أما الموافقات الجوهرية فتتلخص فى أمرين:

(١) أن كلا من الشرط والأجل أمر مستقبل.

(٢) وأن كلا منهما ينقسم إلى واقف وفاسخ، هذا مع التجوز المعهود فى الأجل الفاسخ فيما يتعلق بالعقود الزمنية.

وأما المفارقات الجوهرية فتتلخص فى الأمور الآتية:

(١) الشرط أمر غير محقق الوقوع، أما الأجل فأمر محقق الوقوع(1).

(٢) الحق المعلق على شرط واقف حق موجود ولكنه ناقص، أما الحق المقترن بأجل واقف فحق موجود كامل الوجود.

---

(١) أنظر فى كل ذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤- ص٣٥.

(1) مفاد نص المادتين ٢٦٥، ١/٢٧١ من القانون المدنى ، أنه وإن كان كل من الشرط والأجل وصفا يلحق الالتزام فأنهما يختلفان فى قوامهما اختلافا ينعكس أثره على الالتزام الموصوف فبينما لا يكون الالتزام المعلق على شرط محققا فى قيامه أو زواله، إذ بالالتزام المضاف إلى أجل يكون محققا فى وجوده مؤجل النفاذ ومؤجل الانقضاء، ولما كان مفاد البند الخامس من عقدى الايجار أن مدة العقد سنة واحدة تبدأ من تاريخ صدور الترخيص، فان عقدى الايجار يكون نفاذهما معلق على شرط موقف غير محقق الوقوع هو الحصول على الترخيص الادارى اللازم لمباشرة المهنة أو الصناعة، باعتباره مرتهناً بارادة أحد طرفى الالتزام وأنما متصل أيضاً بعامل خارجى هو ارادة الجهة الإدارية المختصة باصدار الترخيص.
(جلسة ١٩٧٨/١/١٨ الطعن ٩١٤ لسنة ٤٣ق السنة ٢٩ ص٢٣٤)

(٣) الحق المعلق على شرط فاسخ حق موجود على خطر الزوال، أما الحق المقترن بأجل فاسخ فحق مؤكد الزوال.

(٤) لتحقق الشرط، كقاعدة عامة، أثر رجعي، أما حلول الأجل فليس به هذا الأثر.

وترد كل هذه الفروق إلى فكرة واحدة، هي أن الشرط أمر غير محقق الوقوع: ومن ثم فالحق المعلق على شرط واقف حق ناقص، والحق المعلق على شرط فاسخ حق على خطر الزوال، ولتحقق الشرط أثر رجعي تأولا لنية الطرفين أمام أمر غير محقق الوقوع. والأجل أمر محقق الوقوع. ومن ثم فالحق المقترن بأجل واقف حق كامل الوجود، والحق المقترن بأجل فاسخ حق مؤكد الزوال، وليس لحلول الأجل أثر رجعي إذ لا محل لتأول نية الطرفين على هذا الوجه أمام أمر محقق الوقوع.

الباب الثانى

تعدد محل الالتزام

٨٠- الالتزام متعدد المحل والالتزام التخييرى والالتزام البدلى: قد يتعدد محل الالتزام، فيكون هذا التعدد وصفاً (modalité) فى الالتزام(١). والالتزام الموصوف على هذا النحو أنواع ثلاثة: (١) التزام متعدد المحل (obligation conjointe) (٢) والتزام تخييرى (obligation alternative) (٣) والتزام بدلى (obligation facultative)(٢).

فالالتزام متعدد المحل هو التزام واحد ولكنه ذو محل متعدد(1)، كالمتقايض يلتزم باعطاء

---

(١) أما إذا كان المدين ملزماً بأداءات (prestations) متعددة، كل منها متميز عن الآخر، كان هناك التزامات متعددة، وليس محالا متعددة لالتزام واحد، حتى لو كان لهذه الالتزامات المتعددة مصدر واحد، وذلك كعقد البيع ينشئ فى جانب البائع التزامات متعددة، منها التزام بنقل الملكية، ومنها التزام بالتسليم، ومنها التزام بضمان الاستحقاق، ومنها التزام بضمان العيوب الخفية (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٠ ص٦٨).

(٢) وقد يتعدد المحل ومع ذلك يتكون من جميع المحال وحدة مقصودة، كبيع مجموعة من الصور وغرفة للطعام أو للنوم أو للاستقبال ونحو ذلك، فهنا يكون الالتزام ذا محل واحد لا يتجزأ. وكذلك قد يكون محل الالتزام واحداً ولكن تتفرق أجزاؤه، كبيع كتاب من أجزاء متعددة، ويكون الالتزام هنا من باب أولى ذا محل لا يتجزأ. ويلاحظ إن عدم تجزئة المحل فى الصورتين المتقدمتين ليس هو عدم التجزئة الذى سنبحثه فى تعدد أطراف الالتزام، فان عدم تجزئة المحل لا يكون وصفاً فى الالتزام يقتضى أحكاماً خاصة به إلا إذا تعددت أطراف الالتزام من مدين أو دائن، أما عدم تجزئة المحال المتعددة مع بقاء كل من المدين والدائن واحداً لا يتعدد فليس إلا تعبيراً آخر للقول بأن الوفاء الجزئى لا يجوز، وهذا أيضاً صحيح حتى لو كان محل الالتزام شيئاً واحداً، تفرقت أجزاؤه أو لم تتفرق (أنظر فى هذا المعنى دى باج٣ فقرة ٢٦٧ وفقرة ٢٧٢).

ويقول أوبرى ورو: إذا التزمت باعطاء حصانى وبقرتى فالالتزام متعدد المحل، ويكون الالتزام بسيطاً إذا التزمت باعطاء المواشى التى أملكها، وكذلك يكون الالتزام بسيطاً إذا التزمت برد رأس المال مع فوائده (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٠ ص٦٨ هامش رقم ١).

(1) متى كان الواقع فى الدعوى هو أن عقد البيع الابتدائى قد ورد على حصة مقررة محددة مقدارها ٣٦ فدانا وفقا لوضع يد البائع مع تحديد سعر الوحدة للفدان بمبلغ معين فلما قامت إجراءات الشهر العقارى حائلا دون تسجيل العقد على هذا الوجه حور الطرفان اتفاقهما فى العقد النهائى دون المساس بجوهره بأن جعلا البيع منصبا على الحصة الشائعة بحسب النصيب الشرعى ومقدارها ٣٠ فدانا والتى لا تجادل المساحة فى جواز ورود العقد عليها كما جعلاه منصبا أيضاً على القدر المفرز الوارد فى العقد الابتدائى وحرصاً على النص على سعر الوحدة للفدان الواحد بمبلغ معين فى كلتا الحالتين، وكان المفهوم من هذا التحوير اللاحق فى العقد النهائى أن البيع شمل محلين الأول بيع النصيب الشائع والآخر بيع هذا النصيب حسب وضع اليد وأن العلاقة بينهما تسوى على أساس المحل الذى يصح به =

المتقايض معه أرضاً ومعدلا (soulte) للمقايضة هو مبلغ من النقود فى مقابل أن يعطيه المتقايض الآخر داراً. فهنا يلتزم المتقايض الأول باعطاء المتقايض معه أرضاً ومبلغاً من النقود، فالتزامه واحد مصدره عقد المقايضة، وهو فى الوقت ذاته متعدد المحل لأن المدين ملتزم أن يعطى شيئين لا شيئاً واحداً: الأرض ومبلغ النقود. وليس لهذا النوع من الوصف أثر كبير فى الالتزام، ولا توجد فروق هامة ما بين الالتزام متعدد المحل والالتزام ذى المحل الواحد. ففى الالتزامين يجب على المدين أن يؤدى للدائن محل الالتزام كاملا إذا كان واحداً، أو جميع محال الالتزام إذا كانت متعددة، ولا تقبل التجزئة فى الوفاء (paiement partiel)، فلا تجوز تأدية جزء من المحل الواحد أو محل من المحال المتعددة دون رضاء الدائن. والهلاك الجزئى - بأن يهلك جزء من المحل الواحد أو من المحال المتعددة - حكمه واحد فى الالتزامين، وينقسم فى كل منهما الثمن أو المقابل أيا كان على الجزء الهالك والجزء الباقي وفقاً لأحكام الهلاك الجزئى. ويجوز فسخ العقد فى الحالتين إذا بقى جزء من المحل الواحد أو من المحال المتعددة دون وفاء[1]. على أن الالتزام ذا المحل الواحد يكون عقاراً أو منقولاً تبعاً لطبيعة هذا المحل، ففى المثل المتقدم يكون التزام المتقايض الآخر - وقد التزم باعطاء دار - عقاراً. أما الالتزام ذو المحل المتعدد فيكون عقاراً أو منقولاً تبعاً لطبيعة المحال المتعددة جميعاً، وقد يكون بعضها عقاراً أو بعضها منقولا كما فى حالة المتقايض إذا التزم باعطاء أرض ومبلغ من النقود، فيكون الالتزام لا عقاراً محضاً ولا منقولاً محضاً بل هو مختلط (mixte) بعضه عقار وبعضه منقول[2].

=العقد، وكانت مصلحة الشهر العقارى قد نقلت أولا ملكية القدر الشائع دون المحدد وجرت المحاسبة فى العقد على ثمن هذا القدر وحده ثم تبين بعد ذلك أن المحل قد استقام أمره وهو الـ٣٦ المحددة ببيع المشترى له دون اعتراض من الشهر العقارى- فإنه يكون للبائع الحق فى الرجوع على المشترين بثمن الفرق على أساس الوحدة المتفق عليه، ويكون الحكم المطعون فيه إذ اعتبر البيع جزافا بالثمن المحدد للحصة الشائعة قد خالف فى تفسيره الثابت بالأوراق.

(الطعن ١٠٦ لسنة ٢٢ق- جلسة ١٩٥٥/٥/١٢)

(١) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٠ ص٦٩.

(٢) لارومبيير ٣ م١١٨٩ فقرة ٥- لوران ١٧ فقرة ٢٢٤- فقرة ٢٢٥- بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٤٧- جوسران ٢ فقرة ٧٤٤.

والفقه الإسلامى يعنى عناية خاصة بالالتزام ذى المحل المتعدد، ويميز تمييزاً واضحاً بين التزام محله أشياء متعددة كلها واجبة الأداء وبين التزام محله أشياء متعددة أحدها وحده هو الواجب الأداء بحسب اختيار المدين ويسمى هذا بخيار التعيين (البدائع جزء ٥ ص١٥٦- ص١٥٨). وستعود إلى خيار التعيين عند الكلام فى الالتزام التخييرى.

أما الالتزام الذى يكون محله أشياء متعددة كلها واجبة الأداء فيفصل الفقه الإسلامى أحكامه فى كثير من الأسهاب، ويحرص فيه بوجه خاص على عدم تفريق الصفقة، ثم إذا هى تفرقت يحرص على عدم جهالة الثمن فيما تفرقت الصفقة فيه. «فإذا أوجب (البائع) فى العبدين فقبل (المشترى)=

والالتزام التخييرى هو التزام متعدد المحل، ولكن واحداً فقط من هذه المحال المتعددة هو

=فى أحدهما، بإن قال البائع للمشترى بعت منك هذين العبدين بألف درهم، فقال المشترى قبلت فى هذا العبد وأشار إلى واحد معين، لا ينعقد ، لأن القبول فى أحدهما تفريق الصفقة على البائع، والصفقة إذا وقعت مجتمعة من البائع لا يملك المشترى تفريقها قبل التمام، لأن من عادة التجار ضم الردئ إلى الجيد ترويجاً للردئ بواسطة الجيد، فلو ثبت للمشترى ولاية التفريق لقبل فى الجيد دون الردئ، فيتضرر به البائع والضرر منفى. ولأن غرض الترويج لا يحصل إلا بالقبول فيهما جميعاً، فلا يكون راضياً بالقبول فى أحدهما. ولأن القبول فى أحدهما يكون إعراضاً عن الجواب بمنزلة القيام عن المجلس... ثم إذا قبل المشترى بعض ما أوجبه البائع كان هذا شراء مبتدأ من البائع، فان اتصل به الإيجاب من البائع فى المجلس فينظر: إن كان للبعض الذى قبله المشترى حصة معلومة من الثمن جاز، وإلا فلا. بيانه أنه إذا قال بعت منك هذين الكرين بعشرين، بيع كل كر بعشرة لتماثل قفزان الكرين. وكذلك إذا قال بعت منك هذين العبدين بألف درهم، فقبل المشترى فى أحدهما وبين ثمنه، فقال البائع بعت، يجوز. فأما إذا لم يبين ثمنه لا يجوز، وإن ابتدأ البائع الإيجاب. بخلاف مسألة الكرين وسائر الأشياء المتماثلة، لما ذكرنا أن الثمن فى المثليات ينقسم على المبيع باعتبار الأجزاء، فكان حصة كل واحد معلوماً. وفيما لا مثل له لا ينقسم الثمن على المبيع باعتبار الأجزاء لانعدام تماثل الأجزاء، وإذا لم ينقسم بقيت حصة كل واحد منهما من الثمن مجهولة، وجهالة الثمن تمنع صحة البيع. هذا إذا لم يبين البائع حصة كل واحد من العبدين، فأن قال بعت منك هذين العبدين بألف درهم. فأما إذا بين بأن قال بعت منك هذين العبدين هذا بألف وهذا بخمسمائة، فقبل المشترى فى أحدهما دون الآخر، جاز البيع لانعدام تفريق الصفقة من المشترى، بل البائع هو الذى فرق الصفقة حيث سمى لكل واحد منهما ثمناً على حدة، وعلم أنه لا ضرر له فيه، ولو كان فهو ضرر مرضى به وأنه غير مدفوع» (البدائع جزء ٥ ص١٣٦ – ص١٣٧).

ويعنى الفقه الإسلامى – من حيث تكوين العقد أيضاً – بفكرة أن الالتزام ذا المحل المتعدد، وهو صفقة واحدة، إذا داخله بطلان فى بعض محاله المتعددة، قد يختل باختلال وحدة الصفقة. فلو جمع البائع «بين ما هو مال وبين ما ليس بمال فى البيع، بأن جمع بين حر وعبد أو بين عصير وخمر أو بين ذكية وميتة، وباعهما صفقة واحدة، فإن لم يبين حصة كل منهما من الثمن، لم ينعقد العقد أصلا بالإجماع. وأن بين، فكذلك عند أبى حنيفة. وعندهما (أى عند أبى يوسف ومحمد صاحبى أبى حنيفة) يجوز فى العصير والعبد والذكية، ويبطل فى الحر والخمر والميتة... وجه قولهما أن الفساد بقدر المفسد لأن الحكم يثبت بقدر العلة، والمفسد خص أحدهما فلا يتعمم الحكم على خصوص العلة، فلو جاء الفساد إنما يجئ من قبل جهالة الثمن، فإذا بين حصة كل واحد منهما من الثمن فقد زال هذا المعنى أيضا... ولأبى حنيفة رضى الله عنه أن الصفقة واحدة وقد فسدت فى أحدهما فلا تصح فى الآخر، والدليل على أن الصفقة واحدة أن لفظ البيع والشراء لم يتكرر والبائع واحد والمشترى واحد، وتفريق الثمن وهو التسمية لكل واحد منهما لا يمنع اتحاد الصفقة، دل على أن الصفقة واحدة، وقد فسدت فى أحدهما بيقين لخروج الحر والخمر والميتة عن محلية البيع بيقين: فلا يصح فى الآخر لاستحالة كون الصفقة الواحدة صحيحة وفاسدة، ولهذا لم يصح إذا لم يسم لكل واحد منهما ثمنا فكذا إذا سمى لأن التسمية وتفريق الثمن لا يوجب تعدد الصفقة لاتحاد البيع والعاقدين... ولأنه لما جمع بينهما فى الصفقة فقد جعل قبول العقد فى أحدهما شرط القبول فى الآخر، بدليل أنه لو قبل العقد فى أحدهما دون الآخر لا يصح، والحر لا يحتمل قبول العقد فيه فلا=

الواجب الإداء، لا المحال جميعاً كما في الصورة السابقة. فإذا التزم شخص لآخر باعطائه إما أرضاً أو سيارة، كان الالتزام هنا تخييرياً، وكان محل الالتزام هو الأرض أو السيارة بحسب اختيار المدين أو الدائن، وليس المحل هو الأرض والسيارة معاً.

يبقى الالتزام البدلي، وهو التزام غير متعدد المحل على النحو السابق، بل له محل واحد، ولكن يستطيع المدين أن يؤدى شيئاً آخر بدلا منه فيقضى بذلك التزامه. فإذا التزم شخص لآخر باعطائه داراً، واحتفظ لنفسه بالحق في أن يعطيه إذا شاء أرضاً بدلا من الدار، كان الالتزام بدلياً. وهنا يكون محل الالتزام شيئاً واحداً هو الدار، ولكن يجوز للمدين أن يستبدل بالدار الأرض للوفاء بالتزامه، ولا يستطيع الدائن أن يرفض هذا الوفاء.

ونرى مما تقدم أن هناك تدرجاً تصاعدياً في تعدد المحل ما بين الالتزام البدلي والالتزام التخييري والالتزام ذي المحل المتعدد. ففي الالتزام البدلي محل الالتزام (objet in obligatione) واحد، ولكن يوجد شئ آخر يحل محله عند الوفاء (objet in facultate solutionis). ويرقى الالتزام التخييري مرتبة في تعدد المحل، فمحل الالتزام متعدد – شيئان أو أكثر لا شئ واحد – ولكن الواجب الأداء من هذه الأشياء المتعددة هو شئ واحد. ثم يرقى الالتزام ذو المحل المتعدد المرتبة العليا في تعدد المحل، فمحل الالتزام متعدد – شيئان أو أكثر – والواجب الأداء هو كل هذه الأشياء المتعددة[1].

= يصح القبول في الآخر... ولأن في تصحيح العقد في أحدهما تفريق الصفقة على البائع قبل التمام، لأنه أوجب البيع فيهما فالقبول في أحدهما يكون تفريقا وهذا لا يجوز... ثم إذا جاز البيع في أحدهما عندهما (أي عند الصاحبين) فهل يثبت الخيار فيه؟ إن علم بالحرام يثبت لأن الصفقة تفرقت عليه، وإن لم يعلم لا لأنه مضى بالتفريق» (البدائع جزء ٥ ص١٤٥ – ص١٤٦).

وتفرق الصفقة أيضا هي التي يعنى بها الفقه الإسلامي في تقرير أحكام العقد بعد انعقاده صحيحا، فإذا هلك بعض المبيع قبل القبض هلك على البائع، ثم ينظر: «إن كان النقصان نقصان قدر، بأن كان مكيلا أو موزونا أو معدودا، ينفسخ العقد بقدر الهالك وتسقط حصته من الثمن، لأن كل قدر من المقدرات معقود عليه فيقابله شئ من الثمن، وهلاك كل المعقود عليه يوجب انفساخ البيع في الكل وسقوط كل الثمن، فهلاك بعضه يوجب انفساخ البيع وسقوط الثمن بقدره. والمشترى بالخيار في الباقي، إن شاء أخذه بحصته من الثمن، وإن شاء ترك لأن الصفقة قد تفرقت عليه» (البدائع جزء ٥ ص٢٣٩). وللبائع حبس المبيع حتى يستوفى الثمن، فلو باع «شيئين صفقة واحدة، وسمى لكل واحد منهما ثمناً، فنقد المشترى حصة أحدهما، كان للبائع حبسهما حتى يقبض حصة الآخر لما قلنا، لأن قبض أحدهما دون الآخر تفريق الصفقة الواحدة في حق القبض، والمشترى لا يملك تفريق الصفقة الواحدة في حق القبول بأن يقبل الإيجاب في أحدهما دون الآخر، فلا يملك في حق القبض أيضا، لأن للقبض شبها بالعقد. وكذلك لو أبرأه من حصة أحدهما، فله حبس الكل لاستيفاء الباقي لما ذكرنا» (البدائع جزء ٥ ص٢٥٠).

وظاهر من هذه النصوص التي قدمناها أن أحكام الفقه الإسلامي في الالتزام ذي المحل المتعدد مقبولة بوجه عام، ويمكن تخريجها على المبادئ العامة في القانون الحديث.

(١) أنظر في ذلك دي باج٣ فقرة ٢٦٨.

ولما كان الالتزام ذو المحل المتعدد لا يكاد يفارق الالتزام ذا المحل الواحد، وتكاد تكون أحكام كل منهما واحدة، فانه لا توجد أهمية خاصة لأفراده بالبحث[1]. والذى يجب أن يفرد بالبحث – لأن الوصف فيه ذو أثر بالغ – هو الالتزام التخييرى ثم الالتزام البدلى، ونبحثهما فى فصلين متعاقبين.

(١) ويميز تقنين الموجبات والعقود اللبنانى، فى «الموجبات ذات المواضيع المتعددة»، «بين الموجب المتلازم» وهو الذى ندعوه بالالتزام ذى المحل المتعدد، «والموجب التخييرى» أى الالتزام التخييرى، «والموجب الاختيارى» أى الالتزام البدلى. فتنص المادة ٥٣ من هذا التقنين على «أن الموجبات ذات المواضيع المتعددة تكون متلازمة أو تخييرية أو اختيارية». وتنص المادة ٥٤ على أن «الموجب المتلازم هو الذى يكون موضوعه مشتملا على جملة أشياء تجب معا بحيث لا تبرأ ذمة المديون إلا بادائها كلها». وتنص المادة ٥٥ على «أن الموجبات المتلازمة خاضعة للأحكام المختصة بالموجب البسيط».

الفصل الأول

الالتزام التخييرى*

(Obligation alternative)

٨١- قيام وصف التخيير وأحكامه: التخيير بين محلين أو أكثر للالتزام الواحد وصف يقوم بالالتزام كما قدمنا. فيجب أن نعرف ما هو، ومن أى مصدر ينشأ، ومن من طرفى الالتزام يثبت له الخيار. ثم نعرف بعد ذلك ما هى أحكام الالتزام التخييرى.

فنبحث إذن مسألتين: (١) قيام وصف التخيير (٢) أحكام الالتزام التخييرى[١].

الفرع الأول

قيام وصف التخيير

٨٢- النصوص القانونية: تنص المادة ٢٧٥ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«يكون الالتزام تخييرياً إذا شمل محله أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا أدى واحداً منها، ويكون الخيار للمدين ما لم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على غير ذلك»[٢].

(*) مراجع: بنكاز Bonnecase تكملة بودرى ٢ فقرة ٧٦٠ وما بعدها - مقال له فى مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩٢٩ ص١٠٩٢ - أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٠- بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٤٢- فقرة ١١٠٦ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٤٨- فقرة ١٠٥١- بيدان ولاجارد٨ فقرة ٨٠٠- فقرة ٨٠٣- دى باج٣ فقرة ٢٧٣- ٢٨٢- بلانيول وريبير وبولانجيه٢ فقرة ١٣١٩ - فقرة ١٣٢٢ - كولان وكابيتان ودى لاموراندير٢ فقرة ٦٧٨- چوسران٢ فقرة ٧٤٥- فقرة ٧٤٦.

(١) ويقول دى باج إنه بالرغم من أن الالتزام التخييرى ليس كثير الوقوع فى الحياة العملية، فإنه يثير صعوبات جدية من ناحية الصناعة القانونية (دى باج٣ فقرة ٢٧٣ ص٢٦٩).

(٢) **تاريخ النص**: ورد هذا النص فى المادة ٣٩٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، غير أن النص فى المشروع التمهيدى كان مقسوماً إلى فقرتين، فاندمجت الفقرة الثانية فى الفقرة الأولى فى لجنة المراجعة. وعرض على لجنة المراجعة اقتراح محكمة مصر من إضافة نص يجعل أثر التخيير يستند إلى وقت الالتزام، فلم تر اللجنة ضرورة لهذا النص لإمكان استخلاص حكمه من المبادئ العامة، وأصبحت المادة رقمها ٢٨٧ فى المشروع النهائى. ووافق عليها مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٣٧ وص٣٩).

ويقابل هذا النص المادة ١٥٠/٩٦ من التقنين المدنى السابق(١).

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٧٥، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٦٢، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٢٩٨، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٥٦(٢).

ويستخلص من النص المتقدم أن وصف التخيير يقوم متى شمل محل الالتزام أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا أدى واحداً منها. وأن خيار التعيين يكون فى الأصل

---

(١) **التقنين المدنى السابق** م١٥٠/٩٦: إذا كان التعهد بعمل أحد شيئين فأكثر، فالخيار للمتعهد، إلا إذا وجد نص صريح فى التعهد أو فى القانون يقضى بخلاف ذلك.

ولا فرق فى الأحكام ما بين التقنينين الجديد والقديم. وقد كان التقنين القديم يغفل ذكر الالتزام البدلى، ويكثر من النصوص فيما يتعلق بالالتزام التخييرى فى غير ضبط ولا تحديد. وقد تكفل التقنين المدنى الجديد بهذا الضبط، فبين من يستعمل الخيار إذا امتنع من له الحق فى مباشرته، ووضع نظاماً أدنى إلى المنطق فى آثار استحالة التنفيذ. وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «عمد المشروع – فيما تعلق بالأوصاف الخاصة بتعدد محل الالتزام – إلى الجمع بين الالتزام التخييرى والالتزام البدلى فى الفصل المعقود لهما، مقتدياً ذلك بالتقنين اللبنانى. ولعل فى دقة التفريق بين هذين الضربين من الالتزام ما يمتنع معه الأغضاء عن اهمال التقنين المصرى والتقنين الفرنسى، بل والمشروع الفرنسى الإيطالى، للإلتزامات البدلية. ومع أن أحكام الالتزام التخييرى ظفرت بحظ موفور من التفصيل فى نصوص التقنين الحالى (السابق) – إذا اختصت بما لا يقل عن مواد أربع – إلا أنها كانت بحاجة إلى شئ من الضبط والتحديد. وقد تكفل المشروع بذلك؛ فعين كيفية إعمال حق الخيار بين محلى التخيير إذا امتنع من ثبت له هذا الحق من العاقدين عن مباشرته، ووضع لآثار استحالة التنفيذ نظاماً أدنى إلى المنطق» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٣٦).

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى: التقنين المدنى السورى** م٢٧٥ (مطابقة للمادة ٢٧٥ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى الليبى م٢٦٢ (مطابقة للمادة ٢٧٥ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى العراقى م٢٩٨: ١– يصح أن يكون محل الالتزام أحد أشياء قيمة أو مثلية من أجناس مختلفة، ويكون الخيار فى تعيينه للمدين أو للدائن. ٢– وإذا أطلق خيار التعيين فهو للمدين، إلا إذا قضى القانون أو اتفق المتعاقدان على أن الخيار يكون للدائن.

(ولا فرق فى الأحكام ما بين التقنين المصرى والتقنين العراقى رغم اختلاف العبارة. أنظر فى التقنين العراقى الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١٦٣– فقرة ١٦٦).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٥٦: الموجب التخييرى هو الذى يكون موضوعه مشتملا على جملة أشياء تبرأ ذمة المديون تماماً بأداء واحد منها. وللمديون وحده حق الاختيار ما لم يكن ثمة نص مخالف.

(ولا فرق فى الأحكام ما بين التقنين المصرى والتقنين اللبنانى رغم اختلاف العبارة. ويقول التقنين اللبنانى إن حق الاختيار للمدين ما لم يكن ثمة نص مخالف، والمقصود بالنص هنا الاتفاق (stipulation) كما يفهم من الرجوع إلى الأصل الفرنسى للمادة ٥٦، أما نص القانون فمن البديهى أنه إذا وجد وجعل الخيار للدائن فانه يجب اتباعه).

للمدين إلا إذا قضى المصدر الذى ينشأ منه – الاتفاق أو القانون – بأن الخيار يكون للدائن أو للغير.

فنبحث إذن: (١) متى يقوم وصف التخيير (٢) من له خيار التعيين ومصدر هذا الخيار.

١ – متى يقوم وصف التخيير

٨٣– (أ) تحديد منطقة الالتزام التخييرى: ليكون الالتزام تخييريا فيقوم به وصف التخيير، يجب توافر شروط ثلاثة: (١) يتعدد محل الالتزام فيكون للالتزام محلان أو أكثر. (٢) ويتوافر في كل محل منها الشروط الواجب توافرها فى المحل. (٣) ويكون الواجب الأداء، حتى تبرأ ذمة المدين براءة تامة من التزامه، محلا واحداً من هذه المحال المتعددة.

٨٤– (١) تعدد محل الالتزام: يجب أن يكون محل الالتزام متعدداً كما قدمنا. فيصح أن يلتزم البائع للمشترى أن يبيع منه الدار أو الأرض. ويصح أن يلتزم الشريك بتقديم حصته فى الشركة مبلغاً من النقود أو أرضاً أو سيارة أو أسهماً أو سندات أو غير ذلك. ونرى من ذلك أن محل الالتزام قد يكون شيئين، وقد يكون أكثر من شيئين[1]. كذلك يصح أن

---

(١) وخيار التعيين فى الفقه الإسلامى – وهو الذى يقابل التخيير فى الالتزام التخييرى – لا يجوز أن يقع على أكثر من أشياء ثلاثة، ويلتزم فيه ذكر المدة التى يتم فيها الخيار على خلاف فى الرأى، ويكون الخيار إما للمشترى أو للبائع حسب الشرط. جاء فى المبسوط للسرخسى (جزء ١٣ ص٥٥): «ولو اشترى ثوبين كل واحد منهما بعشرة دراهم، على أنه بالخيار ثلاثة أيام يمسك أيهما شاء ويرد الآخر، جاز العقد عندنا استحسانا، وكذلك هذا فى ثلاثة أثواب، وفيما زاد على الثلاثة العقد فاسد... وجه الاستحسان أن هذه الجهالة لا تفضى إلى المنازعة لأنه شرط الخيار لنفسه، وحكم خياره يستند بالتعيين، والجهالة التى لا تفضى إلى المنازعة لا تمنع صحة العقد... فقد يشترى الإنسان لعياله ثوبا ولا يعجبه أن يحمل عياله إلى السوق، ولا يرضى البائع بالتسليم إليه ليحمله إلى عياله بغير عقد، فيحتاج إلى مباشرة العقد بهذه الصفة. وهذه الحاجة مقصورة على الثلاث، لأن كل نوع يشتمل على أوصاف ثلاثة، جيد ووسط وردئ، فإذا حمل الثلاثة إلى أهله تم المقصود. فأخذنا فيما زاد على ذلك بالقياس لعدم الحاجة فيه.. ثم نص فى هذا الموضع على تقدير الخيار بثلاثة أيام، وهو الصحيح، لأن هذا خيار ثبت بالشرط فلابد فيه من إعلام المدة، وإن أطلق ذلك فى غير هذا الموضع». وجاء فى البدائع للكاسانى (جزء ٥ ص١٥٧) فى خصوص المدة ما يأتى: «وهل يشترط بيان المدة فى هذا الخيار؟ اختلف المشايخ فيه لاختلاف ألفاظ محمد فى هذه المسألة فى الكتب، فذكر فى الجامع الصغير على أن يأخذ المشترى أيهما شاء وهو فيه بالخيار ثلاثة أيام، وذكر فى الأصل على أن يأخذ أيهما شاء بألف ولم يذكر مدة الخيار. فقال بعضهم لا يجوز هذا البيع إلا بذكر مدة خيار الشرط، وهو ثلاثة أيام فما دونها عند أبى حنيفة رحمه الله، وعندهما الثلاث وما زاد عليها بعد أن يكون معلوما، وهو قول الكرخى والطحاوى رحمهما الله. وقال بعضهم يصح من غير ذكر المدة. وجه =

يكون شيئاً غير معين بالذات كالنقود، أو عيناً معينة عقاراً أو منقولاً. ويصح أن يجمع التعدد هذه كلها، فيكون محل الالتزام نقوداً وعقاراً ومنقولا. بل يصح أن يكون محل

=قول الأولين أن المبيع لو كان ثوبا واحدا معينا وشرط فيه الخيار كان بيان المدة شرط الصحة بالإجماع، فكذا إذا كان واحداً غير معين، والجامع بينهما أن ترك التوقيت تجهيل لمدة الخيار وأنه مفسد للبيع... وجه قول الآخرين أن توقيت الخيار فى العين إنما كان شرطا لأن الخيار فيه يمنع ثبوت الحكم للحاجة إلى دفع الغبن بواسطة التأمل فكان فى معنى الاستثناء، فلابد من التوقيت ليصح استثناء ذلك فى الوقت عن ثبوت حكم البيع فيه، وخيار التعيين لا يمنع ثبوت الحكم فى أحدهما غير عين وإنما يمنع تعين المبيع لا غير، فلا يشترط له بيان المدة والله سبحانه وتعالى أعلم. والدليل على التفرقة بينهما أن خيار الشرط لا يورث على أصل أصحابنا، وخيار التعيين يورث بالإجماع». هذا وكون الخيار يجوز أن يكون للبائع إنما جاء على سبيل الاستحسان، جاء فى فتح القدير للكمال بن الهمام (جزء ٥ ص١٣١): «وإذا ظهر أن جواز هذا البيع للحاجة إلى اختيار ما هو الأرفق والأوفق لمن يقع الشئ له حاضرا أو غائبا، ظهر أنه لا يجوز للبائع، بل يختص خيار التعيين بالمشترى، لأن البائع لا حاجة له إلى اختيار الأوفق والأرفق لأن المبيع كان معه قبل البيع وهو أدرى بما لاءمه منه، فيرد جانب البائع إلى القياس، فهذا نص فى المجرد على أنه لا يجوز فى جانب البائع. وذكر الكرخى أنه يجوز استحسانا، لأن بيع يجوز مع خيار المشترى فيجوز مع خيار البائع قياسا على الشرط».

وحكم البيع مع خيار التعيين أنه غير لازم لمن له الخيار سواء كان المشترى أو البائع. جاء فى البدائع (جزء ٥ ص٢٦١) فى حالة ما إذا كان الخيار للمشترى: «الملك الثابت بهذا البيع قبل الاختيار ملك غير لازم، وللمشترى أن يردهما جميعا، لأن خيار التعيين يمنع لزوم العقد كخيار العيب وخيار الرؤية، فيمنع لزوم المالك، فكان محتملا للفسخ. وهذا لأن جواز هذا النوع من البيع إنما يثبت بتعامل الناس لحاجتهم إلى ذلك لما بينا فيما تقدم، ولا تنعدم حاجتهم إلا بعد اللزوم لأنه عسى لا يوافقه كلاهما جميعا فيحتاج إلى ردهما». وجاء أيضا (ص٢٦٣) فى حالة ما إذا كان الخيار للبائع: «وللبائع أن يفسخ البيع لأنه غير لازم».

ويبدو أن خيار التعيين يكون مقترناً بخيار الشرط. وهذا ما يعلل أن البيع المقترن بخيار التعيين يكون غير لازم على النحو الذى قدمناه، وعدم لزومه إنما جاء من خيار الشرط المقترن بخيار التعيين لا من خيار التعيين ذاته. وهذا ما يعلل أيضاً أن خيار التعيين ينتقل إلى الورثة ولكن البيع يكون لازماً لهم خلافاً للمورث، وذلك لأن خيار الشرط المقترن بخيار التعيين لا يورث، فينقطع هذا الخيار عن الورثة، ومن ثم يلزمهم البيع، ويبقى لهم خيار التعيين وحده دون خيار الشرط. وهذا ما يعلل أخيراً أن الشيئين إذا تعيبا معاً فى يد المشترى وكان له خيار التعيين، فللمشترى أن يأخذ أيهما شاء بثمنه وليس له أن يردهما جميعاً، لأن خيار الشرط المقترن بخيار التعيين هو الذى بطل بتعيب الشيئين وبقى خيار التعيين على حاله. وفى هذا يقول صاحب البدائع (جزء ٥ ص٢٦٢): «ولو تعيبا جميعاً، فان كان على التعاقب تعين الأول للبيع ولزمه ثمنه ويرد الآخر لما قلنا، ولا يغرم بحدوث العيب شيئا لما قلنا إنه أمانة. وان تعيبا معاً لا يتعين أحدهما للبيع لأنه ليس أحدهما بالتعيين أولى من الآخر، وللمشترى أن يأخذ أيهما شاء بثمنه، لأنه إذا لم يتعين أحدهما للبيع بقى المشترى على خياره. إلا أنه ليس له أن يردهما جميعاً، لأن البيع قد لزم فى أحدهما بتعيبهما فى يد المشترى وبطل خيار الشرط، وهذا يؤيد قول من يقول من المشايخ إن هذا البيع فيه خياران، خيار التعيين وخيار الشرط، ولابد له من رتبة معلومة، إذ لو لم يكن لملك ردهما جميعاً كما لو لم يتعيب أحدهما أصلا، ولكنه لم يملك لأن ردهما جميعاً =

الالتزام عملا أو امتناعاً عن عمل. ويصح أن يجتمع كل هؤلاء فى الالتزام الواحد، فيلتزم الشريك مثلا بتقديم حصته للشركة مبلغاً من النقود أو أرضاً أو عملا يقوم به لمصلحة الشركة أو امتناعاً عن الاتجار فيما تقوم به الشركة من عمل(١).

فأى أداء يصلح أن يكون محلا للالتزام يمكن – إذا اقترنت به أداءات أخرى من نوعه أو من غير نوعه – أن يكون محلا للالتزام التخييرى. والمهم هو أن يتعدد هذا المحل، فلا يقتصر على أداء واحد.

٨٥– (٢) توافر الشروط فى كل من الاداءات المتعددة: ويجب أن يتوافر فى كل أداء من الأداءات المتعددة للالتزام التخييرى جميع الشروط الواجب توافرها فى محل الالتزام، لاحتمال أن يقع الاختيار على أى أداء منها فيصبح هو المحل الوحيد، ويكون متوافراً فيه الشروط اللازمة. فيجب أن يكون كل أداء موجوداً إذا كان شيئاً، أو ممكناً إذا كان عملاً أو امتناعاً عن عمل. ويجب أيضاً أن يكون الأداء معيناً أو قابلا للتعيين، وأن يكون صالحاً للتعامل فيه، وأن يكون مالاً متقوماً، وأن يكون التعامل فيه مشروعاً.

فإذا كان الالتزام التخييرى محله شيئان فقط، وكان أحدهما لم تتوافر فيه الشروط المتقدمة الذكر، وتوافرت فى الشئ الآخر هذه الشروط، فان الالتزام لا يكون له إلا محل واحد هو هذا المحل الذى توافرت فيه الشروط، ويكون الالتزام بسيطاً غير تخييرى(٢).

وقد نصت المادة ١١٩٢ من التقنين المدنى الفرنسى صراحة على هذا الحكم إذ تقول: «يكون الالتزام بسيطاً، ولو عقد فى صورة التزام تخييرى، إذا كان أحد الشيئين محل الالتزام

=قبل التعيب ثبت حكما لخيار الشرط، وقد بطل خيار الشرط بعد تعيبهما معاً فلم يملك ردهما، وبقى خيار التعيين فيملك رد أحدهما... ولا يبطل هذا الخيار بموت المشترى بل يورث بخلاف خيار الشرط، لأن خيار التعيين إنما يثبت للمورث لثبوت الملك له فى أحدهما غير عين، وقد قام الوارث مقامه فى ذلك الملك فله أن يختار أيهما شاء دون الآخر، إلا أنه ليس له أن يردهما جميعاً وقد كان للمورث ذلك. وهذا يؤيد قول أولئك المشايخ إنه لابد من خيارين فى هذا البيع، وقد بطل أحدهما وهو خيار الشرط بالموت لأنه لا يورث على أصل أصحابنا فبطل الحكم المختص به وهو ولاية ردهما جميعاً».

(١) ديانتون ١١ فقرة ١٣٦ – ماركاديه٤ فقرة ٥٧٩– ديمولومب ٢٦ فقرة ٤– بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٤٢.

(٢) لكن إذا أراد المتعاقدان أن يخفيا التزاماً غير مشروع تحت ستار التزام تخييرى، بأن يتفقا أصلا على محل غير مشروع، ثم يضعا إلى جانبه على طريق التخيير محلا آخر مشروعاً يكون المقصود منه أن يصبح جزءاً لعدم تنفيذ المحل غير المشروع، فان مثل هذا الالتزام لا يكون التزاماً صحيحاً حتى فى محله المشروع، بل يكون التزاماً باطلا فى المحلين جميعاً (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٤٦ ص٢٠٧ هامش رقم ٢).

لا يمكن أن يكون محلا له[1]». وتنص المادة ٦١ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على الحكم فيما إذا كان شئ واحد من الأشياء المتعددة هو الذى يمكن تنفيذه دون الأشياء الأخرى، فتقول: «إذا كان أحد المواضيع وحده قابلا للتنفيذ، فالموجب يكون أو يصبح من الموجبات البسيطة». والحكم كما نرى ظاهر البداهة، فلا حاجة للنص عليه، إذ يمكن استخلاصه فى يسر من تطبيق القواعد العامة.

والعبرة، فى معرفة ما إذا كانت الشروط الواجبة متوافرة فى الأداءات المتعددة للالتزام التخييرى، تكون بوقت نشوء هذا الالتزام. فان توافرت الشروط فى هذا الوقت، كان الالتزام تخييرياً، حتى لو أصبحت الأداءات بعد ذلك لا تصلح كلها أو بعضها محلا للالتزام. وعلى النقيض من ذلك، إذا لم تتوافر الشروط إلا فى أداء منها، كان الالتزام بسيطاً منذ البداية ومحله هذا الأداء الذى توافرت فيه الشروط، ولا ينقلب تخييرياً حتى لو أصبحت الأداءات الأخرى بعد ذلك متوافراً فيها الشروط الواجبة[2].

٨٦- (٣) محل واحد من المحال المتعددة هو الواجب الاداء: وإذا كان للالتزام التخييرى محال متعددة (in obligatione)، فان محلا واحداً منها فقط هو الواجب الأداء (in debitione)، أو كما تقول المادة ٢٧٥ مدنى فى صدرها: «تبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا أدى واحداً منها»(1).

وينبنى على ذلك أمران: (أولهما) أنه قبل اختيار المحل الواجب الأداء، يكون كل من المحال المتعددة ممكناً طلبه، فيقوم التضامن بين هذه المحال على غرار التضامن الذى يقوم بين المدينين المتضامنين. فكما إن كل مدين متضامن تمكن مطالبته بكل الدين فإذا وفاه انقضى، كذلك أى محل من المحال المتعددة للالتزام التخييرى تمكن المطالبة به فإذا وفى انقضى الالتزام. فالتخيير إذن هو ضرب من التضامن ما بين الأشياء شبيه بالتضامن ما بين الأشخاص،

---

(١) وهذا هو النص فى أصله الفرنسى: L'obligation est pure et simple, quoique contractée d'une manière alternative, si l'une des deux choses ne pouvait être le sujet de l'obligation.

(٢) ديمولومب ٢٦ فقرة ١٢- بودرى وبارد ٢ فقرة ٤٦-١- وانظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٣٨.

(1) مؤدى ما نصت عليه الفقرة (د) من المادة ٤٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ أن المشرع ألقى على عاتق المالك المرخص له بهدم مبناه لاعادة بنائه بشكل أوسع بالتزام تخييرى قبل كل من مستأجرى وحدات هذا المبنى، وهو أن يوفر له مكان مناسب بأجر مماثل لأجر الوحده التى كان يستأجرها بالمبنى المرخص بهدمه وإما بتعويضه تعويضا نقديا على الوجه المبين بالنص، وجعل الخيار فى ذلك للمالك بإعتباره المدين بهذا الالتزام التخييرى.

(الطعن ٢٠١٣ لسنة ٥٦ق- جلسة ١٩٩١/١١/٢٠)

هو تضامن عينى موضوعى (solidarité réelle et objective) إلى جانب تضامن المدينين الشخصى الذاتى (solidarité personnelle et subjective). والتضامن العينى من شأنه، كالتضامن الشخصى، أن يقوى ضمان الدائن، فإذا أصبح تنفيذ محل من المحال المتعددة للالتزام التخييرى مستحيلا جاز أن ينفذ محل آخر، فيتسع بذلك مجال التنفيذ ويقوى ضمان الدائن(١). (والأمر الثانى) أنه بعد اختيار المحل الواجب الأداء يصبح هذا وحده هو محل الالتزام، وينقلب الالتزام التخييرى عند ذلك التزاماً بسيطاً ليس له إلا محل واحد.

ويستتبع ذلك أن المحال المتعددة للالتزام التخييرى تكون فى الكثرة الغالبة من الأحوال متعادلة فى قيمتها، ما دام أن تنفيذ أى محل منها يغنى عن تنفيذ المحال الآخر. غير أن هذا ليس بضرورى، فقد تتفاوت قيم المحال إذا تفاوتت شروط أدائها. مثل ذلك أن يلتزم شخص نحو آخر بأن يبيع له الدار بألفين أو الأرض بألف، فتكون قيمة الأرض نصف قيمة الدار. وقد يعد شخص آخر باقراضه ألفاً بفوائد سعرها ٥ ٪ أو خمسمائة بفوائد سعرها ٦ ٪. بل قد لا تتفاوت شروط الإداء ومع ذلك تكون القيم متفاوتة، فقد يكون المبلغ الموعود باقراضه هو ألف أو ألفان على حسب اختيار المدين ويكون سعر الفائدة فى الحالتين ٥ ٪(٢).

٨٧- (ب) تمييز الالتزام التخييرى عن حالات أخرى تشتبه به: وحتى يتم تحديد منطقة الالتزام التخييرى فى وضوح، نورد بعض الحالات التى تشتبه بالالتزام التخييرى وليست إياه. فنستعرض الشرط الجزائى والالتزام المعلق على شرط واقف والالتزام بشئ غير معين. أما الالتزام متعدد المحل (obligation conjointe) فقد سبق التمييز بينه وبين الالتزام التخييرى. وسنبحث عند الكلام فى الالتزام البدلى ما يوجد بينه وبين الالتزام التخييرى من فروق.

٨٨- (أ) التمييز بين الالتزام التخييرى والشرط الجزائى: الشرط الجزائى هو تقدير اتفاقى للتعويض المستحق، إذا أخل المدين بالتزامه ولم يقم بتنفيذه تنفيذاً عينياً. فالشرط الجزائى إذن ليس إلا تعويضاً مستحقاً عن عدم التنفيذ العينى. وهو - ككل تعويض - لا يمكن أن يكون إلى جانب التنفيذ العينى أحد محلى التزام تخييرى. ذلك أنه فى الالتزام التخييرى يمكن للمدين أو للدائن، بحسب الأحوال، أن يختار أحد المحلين فيوفيه للطرف

---

(١) ديمولومب ٢٦ فقرة ٨- بودرى وبارد٢ فقرة ١٠٤٤- فقرة ١٠٤٥- بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٤٨- دى باج٣ فقرة ٢٧٤.

(٢) ديرانتون ١١ فقرة ١٣٩- لارومبيير٣ م١١٨٩ فقرة٩- ديمولومب ٢٦ فقرة ٥- بودرى وبارد٢ فقرة ١٠٤٣.

الآخر، ولا يستطيع هذا الطرف الآخر أن يرفض الوفاء. أما فى التعويض فالأمر مختلف، إذ أن المدين لا يستطيع أن يختار التعويض دون التنفيذ العينى، إذا كان هذا التنفيذ ممكناً وطالب به الدائن. كذلك لا يجوز للدائن أن يختار التعويض دون التنفيذ العينى، إذا كان التنفيذ العينى ممكناً وعرضه المدين. فالتعويض ليس محلا لالتزام تخييرى، بل إن له مقوماته الذاتية، وقد سبق بيان ذلك فى الجزء الثانى من الوسيط.

ومما يبرز الفرق بين الالتزام التخييرى والالتزام المصحوب بشرط جزائى أنه إذا كان الالتزام المصحوب بشرط جزائى قد أصبح تنفيذه العينى مستحيلا بسبب أجنبى لا يد للمدين فيه، فان الالتزام ينقضى ولا يكون الشرط الجزائى مستحقاً. أما فى الالتزام التخييرى، إذا أصبح تنفيذ أحد محلى هذا الالتزام مستحيلا بسبب أجنبى، فسنرى أن المحل الثانى يصبح مستحقاً، على خلاف الشرط الجزائى. كذلك إذا كان المحل الأصلى للالتزام المصحوب بشرط جزائى لا يصلح أن يكون محلا لعدم توافر الشروط الواجبة فيه، فان الالتزام يسقط ويسقط معه الشرط الجزائى. وهذا بخلاف الالتزام التخييرى، فانه إذا كان أحد محليه لا يصلح أن يكون محلا للالتزام أصبح المحل الآخر هو المستحق(١).

٨٩- (٢) التمييز بين الالتزام التخييرى والالتزام المعلق على شرط واقف: ولا يجوز أن يكيف الالتزام التخييرى بأن كلا من محاله المتعددة واجب الأداء معلقاً على شرط اختياره، وقد كان بعض الفقهاء الفرنسيين يذهبون إلى ذلك(٢). ذلك أن الالتزام المعلق على شرط واقف قد علق على أمر غير محقق الحصول، أما الاختيار فى الالتزام التخييرى - اختيار محل ما - فهو أمر محقق لابد من حصوله، وإذا هو لم يحصل ممن له حق الاختيار بالذات، فانه لابد حاصل ممن أقامه القانون مقامه: القاضى فى حالة ما إذا كان الخيار للمدين، والمدين فى حالة ما إذا كان الخيار للدائن(٣).

ويبنى على ما تقدم أن الالتزام التخييرى هو التزام محقق الوجود منذ البداية، أما الالتزام المعلق على شرط واقف فالتزام غير محقق الوجود وهو لن يوجد فعلا إذا ما تحقق الشرط. وهناك فرق آخر ما بين الالتزامين، فانه إذا هلك محل الالتزام الشرطى بسبب أجنبى قبل تحقق الشرط كانت تبعة الهلاك على المدين كما سبق القول، أما التبعة فى هلاك أحد محال الالتزام التخييرى فهى على الدائن(٤).

---

(١) بودرى وبارد٢ فقرة ١٠٧٥.

(٢) أنظر ماركاديه٤ فقرة ١١٨٩ - كوليه دى سانتير٤ فقرة ١١٥ مكررة - ديمولومب ٢٦ فقرة ٦٣.

(٣) أنظر المادة ٢٧٦ مدنى، وسيأتى بيان ذلك. فلا يكون إذن اختيار أحد محال الالتزام التخييرى شرطاً ما دام محقق الحصول، بل هو أجل معين أو غير معين على حسب الأحوال (أنظر قريباً من هذا المعنى بودرى وبارد ٢فقرة ١٠٥٢).

(٤) أنظر بودرى وبارد٢ فقرة ١٠٥٣.

٩٠- (٣) التمييز بين الالتزام التخييرى والالتزام بشئ غير معين بالذات: والالتزام التخييرى ليس التزاماً بشئ غير معين بالذات. فقد يلتزم شخص أن يبيع لآخر مائة أردب من القمح، ومحل الالتزام هنا هو شئ غير معين بالذات حتى لو عين البائع المخزن الذى أودع فيه قمحه وذكر أن مائة الأردب ستؤخذ من هذا القمح. كذلك يعتبر التزاماً بشئ غير معين بالذات التزام من يبيع فرساً غير معين من خيوله الموجودة بالأصطبل، أو يبيع بقرة غير معينة من قطيع البقر الذى يملكه. فالمبيع فى جميع هذه الأحوال شئ غير معروف يؤخذ من بين أشياء معروفة.

والفرق بين أن يلتزم الشخص باعطاء شئ معين من بين أشياء معينة - وهذا هو الالتزام التخييرى - وبين أن يلتزم باعطاء شئ غير معروف من بين أشياء معروفة، أن الأشياء محل الالتزام التخييرى هي أشياء معينة بالذات، كل شئ منها قد عين تعييناً كافياً حتى لا يختلط بغيره، وأحد هذه الأشياء المعينة بالذات سيكون محل الالتزام إذا تم اختياره. أما فى الالتزام باعطاء شئ غير معروف من بين أشياء معروفة، فان هذه الأشياء المعروفة ليست معينة بذواتها كما هى معينة فى الالتزام التخييرى، بل هى قد عينت بأنها الخيول التى فى الأصطبل دون أن تعين هذه الخيول فرساً فرساً، أو هى قطيع البقر الذى يملكه البائع دون أن يعين رؤوس هذا القطيع رأساً رأساً[١].

وينبنى على هذا الفرق أمور ثلاثة: (١) فى الالتزام بشئ غير معين بالذات، إذا فرز فرس من الأصطبل أو بقرة من القطيع بعد إعذار المشترى، ثم هلك الشئ المفرز، فان هلاكه لا يكون على المشترى، بل يجب فرز فرس آخر أو بقرة أخرى لتسليمها إليه أما إذا اختير أحد محال الالتزام التخييرى، ولم يتسلمه المشترى بعد إعذاره، فان الهلاك يكون عليه لا على البائع[٢]. (٢) فى الالتزام بشئ غير معين بالذات، إذا فرز المبيع، انتقلت ملكيته إلى المشترى من وقت الفرز لا من وقت البيع. أما فى الالتزام التخييرى، فله إذا اختير محل الالتزام، انتقلت ملكيته من وقت البيع لا من وقت الاختيار، وسنرى أن الاختيار يستند إلى الماضى[٣]. (٣) فى الالتزام بشئ غير معين بالذات، إذا كان أحد الخيول مثلا هو ملك المشترى، ولكنه عندما فرز ليكون هو الفرس المبيع لم يعد ملكا له، فان البيع يصح. أما فى الالتزام التخييرى، إذا باع شخص فرساً من بين عدة خيول معينة بذواتها، وكان أحدها ملكا للمشترى ثم لم يعد ملكا له، واختير ليكون محلا للالتزام، فان الالتزام لا يصح لأن

---

(١) لاروميير ٣ م١١٨٩ فقرة ٨- ديمولومب ٢٦ فقرة ٣٥- بودرى وبارد٢ فقرة ١٠٥٤- فقرة ١٠٥٥.

(٢) قارب بودرى وبارد ٢فقرة ١٠٦٥.

(٣) لاروميير ٣م١١٨٩ فقرة ٧ - ديمولومب ٢٦ فقرة ٧- فقرة ٨- بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٥٤ ص٢١٢.

(١) لاروميير ٣ م١١٩٢ فقرة ١- ديمولومب ٢٦ فقرة ١٢- بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٥٦. ويقع كثيراً أن

هذا المحل لم يكن قد توافرت فيه الشروط الواجبة وقت نشوء الالتزام إذ كان ملكاً للمشترى(١).

٢ – من له خيار التعيين ومصدر هذا الخيار

٩١ – من له خيار التعيين: رأينا أن العبارة الأخيرة من المادة ٢٧٥ مدنى تقول: «ويكون الخيار للمدين ما لم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على غير ذلك».

فإذا كان هناك التزام تخييرى، ولم يبين الطرفان من له الخيار ولم ينص القانون على ذلك، فان الخيار يكون للمدين لا للدائن. وهذا هو الأصل العام، فان الاتفاق عند الشك يفسر لمصلحة المدين(٢).

ولكن يجوز أن يتفق الطرفان على أن يكون الخيار للدائن لا للمدين، وهذا يقتضى اتفاقاً خاصاً فلا يصح افتراضه. على أن هذا الاتفاق قد يكون صريحاً أو ضمنياً، فلا يشترط التقنين المدنى المصرى الاتفاق الصريح(٣).

كذلك يجوز، إذا كان مصدر الخيار هو نص فى القانون، أن يجعل النص الخيار للدائن لا للمدين. وقد فعل القانون ذلك عندما نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٧٣ مدنى على أنه

تعقد الشركات الكبيرة قروضاً فى الأسواق العالمية، فتصدر سندات وتتعهد بدفع رأس المال والأرباح بعملات مختلفة، حتى يتهيأ للمقرضين حاملى هذه السندات أن يقبضوا حقوقهم كل بعملة بلده، فهل يعتبر التزام الشركة المقترضة فى هذه الحالة التزاماً تخييرياً محاله المتعددة هى هذه العملات المختلفة؟ انقسم الفقهاء فى هذه المسألة: ففريق يذهب إلى أن الالتزام بسيط، ومحله هو مبلغ من النقود يحسب فى كل بلد بعملته، والدائن هنا هو الذى يختار عملة بلده (بارتان على أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٠ ص٦٩ وهامش رقم ٣ مكرر – بلانيول وريبير وبولانجيه٢ فقرة ١٣٢٠ – بلانيول وريبير وجابولد٧ فقرة ١٠٥٠). وفريق آخر يذهب إلى أن الالتزام تخييرى إذ هو يقع على عملات مختلفة، ولكن يستخلص من الظروف أن هناك اتفاقاً ضمنياً على أن يكون الخيار فى هذا الالتزام للدائن لا للمدين، أى لحاملى السندات لا للشركة (أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Obligation فقرة ٤٩ – دى باج٣ فقرة ٢٧٦). وسواء أخذ بالرأى الأول أو بالرأى الثانى، فالنتيجة العملية واحدة، إذ ينتهى الأمر إلى تفسير نية المتعاقدين وإعطاء الخيار للدائن، وإنما يختلف الرأيان فى التصوير الفنى للالتزام.

(٢) بودرى وبارد٢ فقرة ١٠٥٨. وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان هناك خيار فى دفع الثمن فوراً مع خصم معين أو دفعه إلى أجل، فالخيار يكون للمدين لا للدائن، ولا يجوز للدائن أو الوسيط أن يجبر المدين على الدفع فوراً (استئناف مختلط ٢٠ مايو سنة ١٩٢٥ م٢٧ ص٤٣٩).

(٣) أما التقنين المدنى الفرنسى فقد نص فى المادة ١١٩٠ على أن يكون الاتفاق صريحاً، وبالرغم من ذلك يذهب بعض الفقهاء إلى جواز أن يكون الاتفاق ضمنياً (بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٠١ – أنسيكلوبيدى داللوز لفظ Obligation فقرة ٥٥ – دى باج ٣ فقرة ٢٧٨).

إذا أضعف المدين بفعله تأميناً خاصاً، فللدائن الخيار بين أن يطالب باستيفاء حقه قبل حلول أجله أو أن يطالب بتكملة التأمين(١). ففى هذا الالتزام التخييرى ينص القانون على أن الخيار للدائن.

ومتى كان الخيار للمدين فانه يستطيع أن يعرض الوفاء بالمحل الذى يختاره من محال الالتزام المتعددة، ويكون عرضه صحيحاً. أما إذا كان الخيار للدائن فلا يستطيع المدين أن يعرض ما يختاره هو، بل يجب عليه أن يعرض الوفاء بأى محل يختاره الدائن(٢).

ولا نرى ما يمنع من أن يتفق الطرفان على أن يكون الخيار لأجنبى، ويكون الأجنبى فى هذه الحالة إما خبيراً فنياً يستشيره أحد الطرفين فيكون الخيار فى الحقيقة لهذا الطرف يستعمله بعد استشارة الخبير، أو يكون الأجنبى غير منتم لأحد من الطرفين فيقرب من أن يكون حكماً بينهما يتفقان عليه عندما لا يستطيعان الاتفاق على أن يكون الخيار لأحد منهما. ويساعد على تقرير هذا الحكم أن نص التقنين المدنى المصرى لا يقول - كما تقول المادة ١١٩٠ من التقنين المدنى الفرنسى - إن الخيار للمدين ما لم يتفق المتعاقدان على أن يكون الخيار للدائن، بل تقول إن الخيار للمدين ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك(٣).

٩٢- مصدر الخيار: ويمكن أن نستخلص مما تقدم أن مصدر خيار التعيين إما أن يكون الاتفاق كما هو الغالب، وإما أن يكون نصاً فى القانون.

ففى الكثرة الغالبة من الأحوال يكون مصدر الالتزام التخييرى العقد أو التصرف القانونى بوجه عام، فيلتزم المدين بارادته أن يؤدى للدائن شيئاً من أشياء متعددة. وعند ذلك يتكفل الاتفاق أو التصرف القانونى بتعيين من له الخيار، المدين أو الدائن، فإذا سكت عن هذا التعيين كان الخيار للمدين كما قدمنا.

وقد يكون مصدر الالتزام التخييرى نصاً فى القانون. وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٢٧٣ مدنى تنص على سقوط الأجل إذا كان المدين قد أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص، ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بموجب القانون، هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين. أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لارادة المدين فيه، فان الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضماناً كافياً(٤). ورأينا أن الفقرتين الأولى والثانية من المادة ١٠٤٨ مدنى تطبقان هذه

---

(١) أنظر أيضاً المادة ١٠٤٨ فقرة أولى مدنى.

(٢) بودرى وبارد٢ فقرة ١٠٦٠- فقرة ١٠٦١.

(٣) أنظر فى إمكان أن يكون الخيار للغير فى القانون المدنى العراقى الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١٧٧.

(٤) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٣٧- ص٣٨.

الأحكام على الرهن الرسمي فتنصان على أنه «١- إذا تسبب الراهن بخطأه في هلاك العقار المرهون أو تلفه، كان الدائن المرتهن مخيراً بين أن يقتضي تأميناً كافياً أو أن يستوفي حقه فوراً. ٢- فإذا كان الهلاك أو التلف قد نشأ عن سبب أجنبي ولم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين، كان المدين مخيراً بين أن يقدم تأميناً كافياً أو أن يوفي الدين فوراً قبل حلول الأجل(١)». ونرى من ذلك أن هذه النصوص تنشئ التزامين تخييرين: (١) الالتزام الأول هو التزام المدين الذي أضعف بفعله ما أعطى الدائن من تأمين خاص، فيلتزم إما بدفع الدين فوراً أو بتكملة التأمين، والخيار هنا للدائن بنص القانون. (٢) والالتزام الثاني هو التزام المدين، إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب أجنبي، بدفع الدين فوراً أو بتقديم تأمين كاف، والخيار هنا للمدين بنص القانون كذلك(٢). وقد تقدم بيان هذا عند الكلام في الأجل(٣).

---

(١) أنظر أيضاً المادة ١١٠٢ فقرة ثانية مدني في رهن الحيازة.

(٢) أنظر الأستاذ عبد الحي حجازي ١ ص١٩٥- وقارن، فيما يتعلق بالتزام المدين بدفع الدين فوراً أو بتقديم تأمين إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب أجنبي، المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٤٧ وص٣١، حيث تفيد أن هذا الالتزام التزام بدلي، والصحيح أنه التزام تخييري كنظيره الذي ينشأ إذا كان إضعاف التأمين راجعاً إلى خطأ المدين، ولكن الخيار في الالتزام الأول للمدين، وهو في الالتزام الثاني للدائن.

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٧٣.

ومثل الالتزام التخييري الذي مصدره القانون أيضاً ما قضت به المادة ٢٧٤ مدني من أن المدين، إذا خشي الدائن إفلاسه أو إعساره واستند في ذلك إلى سبب معقول، يخير بين وفاء الدين فوراً أو تقديم تأمين (أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٣٧- ص٣٨). وانظر أمثلة أخرى للالتزام التخييري الذي مصدره القانون في نص المادة ٤٢٥ مدني (الغبن في البيع، وتقابلها المادة ١٦٨١ من التقنين الفرنسي وهذه تنشئ التزاماً بدلياً لا التزاماً تخييرياً)، وفي نص المادة ١١٩ من التقنين التجاري (عدم قبول الكمبيالة، وتقابلها المادة ١٢٠ من التقنين التجاري الفرنسي وتنشئ التزاماً بدلياً لا التزاماً تخييرياً).

وقضت المادة ٩٢٤ مدني بأن من يقيم منشآت على أرض غيره وهو يعلم أن الأرض ليست ملكه، ويطلب صاحب الأرض استبقاء المنشآت، فإن له أن يستبقيها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت. فقد يقال أن في ذمة صاحب الأرض التزاماً تخييرياً، إما بدفع قيمة المنشآت مستحقة الإزالة، أو بدفع ما زاد في ثمن الأرض. ولكن لما كان صاحب الأرض سيختار دون شك أقل هاتين القيمتين، فالظاهر أن الالتزام هنا يعتبر التزاماً بسيطاً له محل واحد هو أقل القيمتين (أنظر بودري وبارد٢ فقرة ١٠٤٣). ومثل هذا يقال فيما تقضي به المادة ٩٢٥ مدني، في حالة ما إذا كان من أقام المنشآت على أرض غيره حسن النية، من أن صاحب الأرض له أن يستبقي المنشآت، ويخير بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل، أو أن يدفع مبلغاً يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت - وفيما تقضي به بوجه عام المادة ١٧٩ مدني، من أن المثري على حساب غيره يلتزم بدفع أقل القيمتين، قيمة ما أثرى به وقيمة ما افتقر به الدائن.

الفرع الثانى
أحكام الالتزام التخييرى

٩٣- تعيين المحل الواجب الاداء وتحمل التبعة: يثير الالتزام التخييرى من ناحية ما يجب أن يسرى عليه من أحكام، مسألتين: (١) كيف يتم تعيين المحل الواجب الأداء من بين المحال المتعددة للالتزام. (٢) ماذا يكون الحكم لو أن بعض هذه المحال أو كلها هلك قبل أن يتم اختيار المحل الواجب الأداء.

فنتكلم إذن فى تعيين المحل الواجب الأداء وفى أحكام الهلاك.

١- تعيين المحل الواجب الأداء

٩٤- النصوص القانونية: تنص المادة ٢٧٦ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«١- إذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الاختيار، أو تعدد المدينون ولم يتفقوا فيما بينهم، جاز للدائن أن يطلب من القاضى تعيين أجل يختار فيه المدين أو يتفق فيه المدينون، فإذا لم يتم ذلك تولى القاضى بنفسه تعيين محل الالتزام».

«٢- أما إذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار، أو تعدد الدائنون ولم يتفقوا فيما بينهم، عين القاضى أجلا إن طلب المدين ذلك، فإذا انقضى الأجل انتقل الخيار إلى المدين[١]».

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق[٢].

---

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ٤٠٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «إذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الاختيار، جاز للدائن أن يطلب من القاضى تحديد أجل للمدين يختار فيه، حتى إذا لم يفعل تولى القاضى بنفسه تعيين محل الالتزام. ٢- أما إذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار، حدد القاضى له أجلا إن طلب المدين ذلك، فإذا انقضى الأجل انتقل الخيار إلى المدين». وفى لجنة المراجعة عدلت المادة، بناء على طلب محكمة مصر، للنص على حالة تعدد المدينين أو تعدد الدائنين ولم يتفقوا على الاختيار، وأصبح النص بعد التعديل مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، وأصبحت المادة رقمها ٢٨٨ فى المشروع النهائى. ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل، وكذلك مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٤٠ وص٤٢).

(٢) لم يكن التقنين المدنى السابق يشتمل على نص يبين الحكم فيما إذا رفض من له الخيار، مدينا كان أو دائنا، إعمال حق خياره، أو كان من لهم الخيار متعددين ولم يتفقوا على أمر واحد. لذلك كان الحكم موكولا إلى تطبيق القواعد العامة، وتقضى هذه بأن يوكل أمر التعيين إلى القضاء. وقد ورد فى الموجز للمؤلف (ص٥٠٢) فى هذا الصدد ما يأتى: «فإذا انقضت مدة الخيار دون أن يستعمله =

ويقابل هذا نص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٧٦، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٦٣، وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٢٩٩-٣٠٠، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٥٧- ٦٠ و٦٤ -٦٥ (١).

=صاحبه، جاز للطرف الآخر أن يرفع الأمر إلى القضاء، فيجبر من له حق الخيار على استعماله أو يقوم القضاء مكانه فى ذلك». أنظر أيضا: والتون ٢ ص٣٧٦- الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٩٣- بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٧١- فقرة ١٧٠٣- استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٠٧ م١٩ ص١٨٣.

أما التقنين المدنى الجديد فيقضى بهذا الحل، كما رأينا، فى حالة ما إذا كان الخيار للمدين ولم يختر أو تعدد المدينون ولم يتفقوا فيما بينهم. أما إذا كان الخيار للدائن ولم يختر أو تعدد الدائنون ولم يتفقوا فيما بينهم، فان التقنين المدنى الجديد يقضى بأن ينتقل الخيار فى هذه الحالة إلى المدين. وانتقال الخيار إلى المدين يقتضى نصاً خاصاً، ومن ثم يكون هذا الحكم مستحدثاً فلا يسرى إلا على الالتزامات التخييرية التى نشأت منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩.

ويقضى التقنين المدنى الألمانى (م٢٦٤) بأنه إذا لم يستعمل صاحب الخيار - دائناً كان أو مديناً - حقه فى الخيار، انتقل الخيار إلى الطرف الآخر.

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى: التقنين المدنى السورى** م٢٧٦ (مطابقة للمادة ٢٧٦ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى الليبى م٢٦٣ (مطابقة للمادة ٢٧٦ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى العراقى م٢٩٩: ١- يلزم فى خيار التعيين تحديد المدة التى يكون فيها الخيار. ٢- فإذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الاختيار فى المدة المحددة، جاز للدائن أن يطلب من المحكمة أن تتولى بنفسها تعيين محل الالتزام. أما إذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار انتقل الخيار إلى المدين.

م٣٠٠: خيار التعيين ينتقل إلى الوارث.

(والتقنين المدنى العراقى يتفق فى أحكامه مع أحكام التقنين المدنى المصرى، غير أن التقنين العراقى لم يورد الحكم فيما إذا كان من لهم حق الخيار متعددين ولم يتفقوا فيما بينهم، والظاهر أن الحكم الذى أورده التقنين المصرى هو الذى يسرى فى هذه الحالة. كذلك نص التقنين العراقى صراحة على أن خيار التعيين ينتقل إلى الوارث، وهذا هو حكم الفقه الإسلامى، وهو حكم يتفق مع تطبيق القواعد العامة فيسرى فى مصر - أنظر فى القانون المدنى العراقى الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١٦٧- فقرة ١٧١).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى: م٥٧- يتم الاختيار بمجرد إخبار الفريق الآخر، وعندما يتم يعد الشئ المختار كأنه موضوع الموجب فى الأصل.

م٥٨- أما إذا كان للموجب مواضيع تخييرية تستحق الاداء فى آجال موقوته (prestations périodiques portant sur des objets alternatifs)، فإن اختيار أحدهما في أجل لا يمنع صاحب الحق من اختيار غيره فى أجل آخر، إذا كان لا يتحصل العكس من الصك الأساسى أو العادة المألوفة أو ما يرجح أنه مشيئة الطرفين.

م٥٩- إذا توفى الفريق الذى له حق الاختيار قبل أن يختار فإن حقه ينتقل إلى ورثته، وإذا أعلن عجزه (si elle tombe en état d'insolvabilité déclarée) يصبح حق الاختيار لجماعة =

فأمامنا إذن حالتان: حالة ما إذا كان الخيار للمدين وحالة ما إذا كان الخيار للدائن. وسواء كان الخيار للمدين أو للدائن، فان التعيين متى تم يستند إلى الماضى، فيعتبر الالتزام التخييرى منذ البداية التزاماً بسيطاً ذا محل واحد هو المحل الذى تم اختياره. فنتكلم فى كل من هذه المسائل الثلاث.

٩٥- التعيين إذا كان الخيار للمدين: إذا كان الخيار للمدين، فانه يستعمل خياره، وفقاً للقواعد العامة، باعلان إرادته فى أنه اختار محلا معيناً من المحال المتعددة لالتزامه التخييرى. وهذه الإرادة تعتبر تصرفاً قانونياً من جانب واحد، وهى ككل إرادة لا تحدث أثرها إلا إذا وصلت إلى علم الدائن (م٩١ مدنى). وقبل وصولها إلى علم الدائن يستطيع المدين أن يعدل عنها إلى إرادة أخرى يختار بها محلا آخر، بشرط أن تصل هذه الإرادة الأخرى إلى علم الدائن قبل وصول الإرادة الأولى. وكل هذا إنما هو تطبيق للقواعد العامة(١).

=الدائنين (masse des créanciers). وإذا لم يتفق الوارثون أو الدائنون، كان للفريق الآخر أن يطلب تحديد مهلة لهم حتى إذا انقضت أصبح حق الاختيار لهذا الفريق.

م٦٠- تبرأ ذمة المدين بأداء أحد الأشياء الموعود بها، لكنه لا يستطيع إجبار الدائن على قبول جزء من هذا الشئ وجزء من ذاك. ولا يحق للدائن أن يطلب إلا أداء أحد الأشياء برمته، ولا يستطيع إجبار المدين على التنفيذ بأداء جزء من هذا وجزء من ذاك.

م٦٤- إذا امتنع المديون عن الاختيار، أو كان ثمة مديونون لم يتفقوا على الاختيار، حق للدائن أن يطلب من القاضى تحديد مهلة لهم وتعيين الشئ الذى يجب أداؤه إذا لم يختاروا فى خلال هذه المهلة.

م٦٥- إذا كان الاختيار من حق الدائن وكان متأخراً عنه، حق للفريق الآخر أن يطلب تعيين مهلة كافية للدائن ليتمكن من الجزم فى الأمر، فإذا انقضت المهلة قبل وقوع اختياره أصبح هذا الحق للمديون.

(وهذه النصوص وما تشتمل عليه من تفصيلات تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المصرى، بعضها نص عليه هذا التقنين، وبعضها لا حاجة فيه إلى النص إذ يمكن استخلاصه من تطبيق القواعد العامة. لكن يلاحظ على نصوص التقنين اللبنانى أمران: (١) قيام تعارض بين المادة ٥٩ وتقضى بأنه فى حالة عدم اتفاق ورثة المدين أو دائنيه على اختيار محل الالتزام ينتقل حق الخيار للدائن، وبين المادة ٦٤ وتقضى بأنه فى حالة رفض المدين اختيار محل الالتزام أو عدم اتفاق المدينين المتعددين على اختياره يتولى القاضى تعيينه. (٢) تقضى المادة ٥٩ بأنه إذا شهر إعسار الطرف الذى له حق الاختيار، فان حقه فى الاختيار ينتقل إلى جماعة الدائنين (masse des créanciers). وغنى عن البيان أن هذا إذا أمكن تصوره فى الإفلاس حيث تندمج جماعة الدائنين فى اتحاد (masse) يمثله السنديك، فانه لا يمكن تصوره فى الإعسار إذ الدائنون لا يندمجون فى اتحاد ولا يمثلهم سنديك. ولكن التقنين اللبنانى صريح فى أن حق الاختيار فى حالة الإعسار يكون لجماعة الدائنين، فيجب التسليم بأن هذا الحق ينتقل إليهم جميعاً، فان لم يتفقوا بعد تحديد مهلة لهم انتقل الحق إلى الطرف الآخر كما تذكر المادة ٥٩).

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٣٨- ص٣٩. =

كـذلك يسـتطيع المدين أن يكشف عن إرادته فى تعـيين المحل الواجب الأداء فى عن طريق التنفيذ. فهو متى عمد إلى تنفيذ محل من المحال المتعددة لالتزامه التخييرى، اعتبر هذا التنفيذ – ولو كان تنفيذاً جزئياً – بمثابة إعلان عن إرادته الاختيار. ويتعين على هذا النحو المحل الواجب الأداء، ولا يجوز عندئذ للمدين إلا أن يمضى فى التنفيذ ما دام قد بدأه، ولا يستطيع العدول عن تنفيذ محل إلى تنفيذ محل آخر. وكالتنفيذ الفعلى العرض الحقيقى، فإذا عرض المدين على الدائن عرضاً حقيقياً، وفقاً للإجراءات المقررة، أحد محال الالتزام التخييرى، اعتبر هذا العرض إعمالا لحق الخيار. وحتى لو رجع المدين فى العرض، بقى التعيين قائماً، باعتبار أن العرض قد تضمن التعيين النهائى لمحل الالتزام(١).

=ولا محل للبحث فيما إذا كان يجوز لدائنى المدين استعمال حقه فى الخيار إذا امتنع هو عن استعماله، فالقانون يقضى بأن القاضى فى هذه الحالة يتولى الاختيار بنفسه. ولكن يجوز لدائنى المدين أن يطعنوا بالدعوى البوليصية فى اختيار المدين – والاختيار تصرف قانونى مفقر – إذا تواطأ مع الدائن إضراراً بحقوقهم وتوافرت شروط الدعوى البوليصية الأخرى.

(١) أنظر عكس ذلك بودرى وبارد٢ فقرة ١٠٧٩. ذلك أن الفقه الفرنسى يذهب إلى أن المدين لا يستطيع استعمال خياره إلا عن طريق تنفيذ أحد محال الالتزام، ولا يكفى أن يعلن إرادته فى الاختيار دون أن يسلم إلى الدائن ما اختار،، حتى لا تنتقل تبعة الهلاك إلى الدائن بمجرد إعلان المدين إرادته فى اختيار محل الالتزام، فإن تبعة الهلاك فيما يجب نقل ملكيته، فى القانون الفرنسى، تكون على الدائن حتى قبل التسليم متى انتقلت إليه الملكية. والفقه الفرنسى، فى مذهبه هذا، يعتبر أن التخيير فى الالتزام التخييرى ينطوى على ضرب من الضمان للدائن يتوقى به أن يحمل تبعة هلاك الشئ، فينبغى أن يؤتى هذا الضمان ثمرته، ولا ينتقل تبعة الهلاك إلى الدائن إلا إذا تسلم فعلا الشئ الواجب الأداء. ومن ثم لا يستطيع المدين أن يعمل اختياره لهذا الشئ إلا عن طريق التنفيذ الفعلى، بأن يسلم الدائن الشئ الذى وقع عليه اختياره (لارومبيير٣ م١١٩٠ فقرة ٣– ديمولومب ٢٦ فقرة ٤٨– كوليه دى سانتير ٥ فقرة ١٢٤– بودرى وبارد٢ فقرة ١٠٦٢– بلانيول وريبير وجابولد٧ فقرة١٠٤٩– بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٠١ ص٥٨٨ – دى باج ٣ فقرة ٢٧٩– فقرة ٢٨٠ – عكس ذلك: هيك ٧ فقرة ٢٩١ – لوران ١٧ فقرة ٢٣٢). وغنى عن البيان أن هذه الاعتبارات لا تقوم فى القانون المصرى، فتبعة الهلاك قبل التسليم لا تنتقل إلى الدائن عندنا حتى لو انتقلت إليه ملكية الشئ. فالقول بأن المدين يستطيع أن يختار بإعلان إرادته وقبل التسليم ليس من شأنه، فى القانون المصرى، أن ينقل تبعة الهلاك إلى الدائن، بل تبقى التبعة على المدين حتى يتم التسليم. ومن ثم لا يوجد محظور فى القانون المصرى، كما وجد فى القانون الفرنسى، من القول بأن المدين يستطيع أن يعجل الخيار عن طريق إعلان إرادته، فلا تزال تبعة الهلاك بعد ذلك عليه، وبهذا يتوافر للدائن الضمان المنشود من الالتزام التخييرى. هذا إلى أن القول بإمكان استعمال الخيار عن طريق إعلان المدين لإرادته هو الذى يتفق مع القواعد العامة، وقد أخذ به التقنين المدنى الألمانى (م٢٦٣) والتقنين المدنى الأسبانيولى (م١١٣٣).

ويثير بودرى وبارد فى هذه المناسبة مسألة تعيين المحل فى الالتزام بشئ غير معين بالذات (obligation de genre)، فهل يتعين بالفرز وتنتقل الملكية من هذا الوقت ومعها تبعة الهلاك (فى القانون الفرنسى) إلى الدائن، أو لا يتعين المحل إلا بالتسليم فلا تنتقل الملكية وتبعة الهلاك إلا =

ويغلب أن يحدد الطرفان ميعاداً يستعمل فى خلاله الخيار. بل إن التقنين المدنى العراقى يوجب تحديد ميعاد، فان الفقرة الأولى من المادة ٢٩٩ من هذا التقنين تنص على أنه «يلزم فى خيار التعيين تحديد المدة التى يكون فيها الخيار». فإذا حدد ميعاد، وجب أن يعلن المدين اختياره فيه، فإذا انقضى الميعاد دون أن يعلن المدين اختياره، تولى القاضى الاختيار على النحو الذى سنبينه. أما إذا لم يحدد ميعاد للاختيار، فيكون للدائن، إذا لم يعمل المدين حق خياره فى وقت معقول(١)، أن يلجأ إلى القاضى ليحدد أجلا للمدين يختار فيه، بحيث إذا انقضى هذا الأجل ولم يختر المدين، تولى القاضى الاختيار بنفسه كما سيأتى.

وعلى أية صورة أعمل المدين حق الخيار ، فان خياره يجب أن يقع على واحد من المحال المتعددة لالتزامه التخييرى، ولا يجوز أن يعدوها جميعاً إلى شئ آخر. ويجب، إلى ذلك، أن يختار واحداً بأكمله من هذه المحال، فلا يجوز أن يختار جزءاً من أحدها وجزءاً من محل آخر، فان هذا التلفيق تأباه طبيعة الالتزام التخييرى. وقد نص التقنين المدنى الفرنسى على هذا الحكم، إذ تقول المادة ١١٩٩ من هذا التقنين: «يستطيع المدين الوفاء بالتزامه بتسليمه أحد الشيئين المتعهد بهما، ولكنه لا يستطيع إجبار الدائن أن يتسلم جزءاً من أحد هذين الشيئين وجزءاً من الشئ الآخر»(٢). وهذا الحكم بديهى، ويمكن استخلاصه من تطبيق القواعد العامة دون حاجة إلى نص(٣).

=من ذلك الوقت؟ فالقائلون بأن المحل يتعين بالفرز يسلمون بأن الالتزام يتحول قبل تنفيذه إلى التزام بشئ معين بالذات، والقائلون بأن المحل يتعين بالتسليم يأبون أن يتحول الالتزام ما دام قائماً عن طبيعته فيصبح التزاماً بشئ معين بالذات (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٦٦ – ويذهب إهرنج: أعمال مختارة١ ص١٤١ – إلى أن المحل لا يتعين إلا بالتسليم. ولكن الفقهاء الألمان بعد إهرنج ذهبوا إلى أن الفرز هو الذى يعين المحل ولو تم قبل التسليم: بودرى وبارد٢ ص٢١٨ هامش رقم ٣). ومهما يكن من أمر فإن مسألة تعيين محل الالتزام بشئ غير معين بالذات غير مسألة تعيين محل الالتزام التخييرى، ولا يتحتم أن تقاس المسألة الثانية على المسألة الأولى. فقد يصح أن يقال أن الالتزام بشئ غير معين بالذات يبقى على طبيعته ما دام التزاماً قائماً، أما الالتزام التخييرى فلا يوجد مانع من وقوعه على محل معين بالذات، فلو كان هذا المحل المعين بالذات هو الذى وقع عليه الاختيار، لم يكن من شأن هذا التعيين أن يقلب طبيعة الالتزام، فالالتزام منذ البداية محله معين بالذات. على أن إهرنج، وهو القائل بوجوب التسليم لتعيين محل الالتزام بشئ غير معين بالذات، يقول فى الوقت نفسه إن إعلان المدين ارادته يكفى لتعيين محل الالتزام التخييرى (أنظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٦٦ ص١٢٢٠– ص١٢٢١).

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٤٩٥ ص٥٠٢ الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٩٣.

(٢) وهذا هو النص فى أصله الفـرنسى: art. 1199: Le débiteur peut se libérer en délivrant l'une des deux choses promises, mais il ne peut pas forcer le créancier à recevoir une partie de l'une et une partie de l'autre.

وأنظر أيضاً المادة ٦٠ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى.

(٣) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتى: «وقد عنى التقنين البولونى بتقرير =

وإذا كان الالتزام التخييرى التزاماً زمنياً أو التزاماً ينفذ فى آجال دورية، كما إذا تعهد مورد الأغذية أن يورد أغذية لإحدى المدارس أو لأحد المستشفيات فى مواعيد دورية، على أن يترك له الخيار فى توريد صنف أو أكثر من أصناف متعددة من الأغذية، فانه يجوز للمورد أن يختار أصنافاً معينة في أجل من هذه الآجال الدورية، ثم يختار أصنافاً أخرى غير الأصناف التى اختارها أولا فى أجل آخر، وهذا ما لم يتبين من إرادة الطرفين أو من ظروف التعاقد أنه متى اختار صنفاً معيناً فى أجل تقيد به الآجال التالية. وهذا الحكم أيضاً بديهى يمكن استخلاصه دون نص من تطبيق القواعد العامة، وقد نص عليه صراحة تقنين الموجبات والعقود اللبنانى(١).

وإذا مات المدين قبل أن يعمل خياره، انتقل حق الخيار إلى الورثة، وليس فى هذا إلا تطبيق للقواعد العامة(٢). وقد نص على هذا الحكم صراحة كل من التقنين المدنى العراقى (م٣٠٠) وتقنين الموجبات والعقود اللبنانى (م٥٩). وإذا تعدد المدينون، سواء عن طريق تعدد الورثة أو بأن كان المدينون فى الأصل متعددين، وجب أن يتفق الجميع على اختيار أحد محال الالتزام التخييرى. فإذا لم يتفقوا، اعتبروا فى حكم الممتنعين عن إعمال حق الخيار.

وحكم امتناع المدين عن إعمال حق الخيار هو ما قررته العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٢٧٦ مدني(٣): أن يتولى القاضي بنفسه تعيين محل الالتزام فالدائن يطلب إلى القاضى أولا تعيين أجل يختار فيه المدين أو يتفق فيه المدينون إذا تعددوا أصلا أو تعددت الورثة. فإذا انقضى هذا الأجل دون أن يختار المدين أو دون أن يتفق المدينون أو الورثة، تولى القاضى بنفسه اختيار المحل الواجب الأداء، مسترشدا فى ذلك بارادة الطرفين المشتركة، وبخاصة إرادة المدين إذا كان يستطيع وحده أن ينفرد بالاختيار ولم يفعل، ومسترشداً أيضاً بظروف التعاقد وبغير ذلك من الملابسات. ولا ينتقل الخيار هنا إلى الدائن، حتى لا يوضع

=حكم آخر.. فنص فى الفقرة الثانية من المادة ٢٢ على أنه لا يجوز للدائن أو المدين أن يقتصر على الوفاء بشق من أحد محلى التخيير وشق من المحل الآخر: أنظر كذلك المادة ١١٩١ من التقنين الفرنسى والمادة ٦٠ من التقنين اللبنانى والمادة ١٢١ من المشروع الفرنسى الإيطالى والمادة ٤٦/٥٦ من التقنينين التونسى والمراكشى والمادة ١١٧٧ من التقنين الإيطالى؛ (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٣٨).

(١) أنظر المادة ٥٨ من هذا التقنين. وأنظر: توليبه ٦ فقرة ٦٩٣ – ديمولومب ٢٦ فقرة ٥٢– لوران ١٧ فقرة ٢٤٤ – هيك٧ فقرة ٢٩١ – أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٠ ص٧٠– بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٨٠ – وقارن ديرانتون ١١ فقرة ١٤١.

(٢) وقد رأينا أن خيار التعيين فى الفقه الإسلامى ينتقل إلى الورثة بعد موت المدين (أنظر آنفا فقرة ٨٤ فى الهامش).

(٣) أنظر أيضاً المادة ٦٤ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى، وقارن المادة ٥٩ من نفس التقنين.

المدين تحت رحمته[1]. وهذا بخلاف ما إذا كان الخيار للدائن وأبى أن يعمل حقه فيه، فسنرى أن الخيار فى هذه الحالة ينتقل إلى المدين، إذ يغتفر من تحكم المدين ما لا يغتفر من تحكم الدائن[2].

٩٦- التعيين إذا كان الخيار للدائن: وما قدمناه من الأحكام فيما إذا كان الخيار للمدين يسرى، فيما عدا مسائل قليلة، على الحالة التى يكون فيها الخيار للدائن، إذا كان مشترياً مثلا، واحتفظ لنفسه بحق اختيار شئ اشتراه من بين عدة أشياء، بأن تكون هذه الأشياء من أصناف أو أحجام أو ألوان مختلفة ويريد أن ينتقى الصنف أو الحجم أو اللون الذى يلائمه. فيستطيع أن يعمل خياره عن طريق إرادة يعلنها إلى المدين، وتحدث أثرها عندما تصل إلى علم المدين فيتعين المحل الواجب الأداء. وله أن يرجع فيها، ويحل محل الاختيار الأول اختياراً آخر إذا وصل هذا الاختيار الآخر إلى علم المدين قبل وصول الاختيار الأول. وبمجرد أن تصل إرادة الدائن إلى علم المدين، فان المدين يصبح فى حل من التصرف فى سائر محال الالتزام التى لم يقع عليها اختيار الدائن، ولا يحتجز الدائن إلا المحل الذى وقع عليه الاختيار[3].

---

(١) بودرى وبارد٢ فقرة ١٠٧١ - فقرة ١٠٧٣ - والتون ٢ ص٣٧٦ - الموجز للمؤلف فقرة ٤٩٥ ص٥٠٢ - ويرى بيدان ولاجارد (جزء ٨ فقرة ١-٨ ص٥٨٨) أنه فى حالة تعدد الورثة يؤخذ أولا بأغلبية الآراء، فان لم توجد أغلبية تولى القاضى التعيين. ويقضى التقنين المدنى الألمانى (م٢٦٤) كما رأينا بأن الخيار ينتقل إلى الدائن.

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص نص المادة ٢٧٦ مدنى ما يأتى: «يتناول هذا النص حكم امتناع من يعهد إليه بالاختيار عن استعمال حقه. فإذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الإفصاح عن رأيه، ضرب له القاضى أجلا يختار فيه. وللقاضى أن يعين فى الحكم نفسه ما يلزم المدين بالوفاء به من دين من بين ما يرد التخيير عليه، فيما لو امتنع المدين عن الاختيار فى هذا الأجل. وقد يعترض بأن القاضى فى هذا الوضع يخرج عن حدود المألوف فى وظيفته، ويقيم نفسه مقام المدين فى تنفيذ التزامه. بيد أن مثل هذا الاعتراض غير ظاهر الوجاهة، فقد تقدم أن القاضى يتدخل فى تنفيذ العقود، بل وفى تكوين بعضها، إذا اقتضت ذلك ضرورة قاهرة أو ملحة. والحق أن تدخل القاضى فى هذه الحالة بخصوصها حتم لا محيص عنه، فليس فى الوسع خلع حق الخيار عن المدين وإسناده إلى الدائن، لأن ذلك يفضى إلى تحكم الثانى فى الأول خلافاً لما تقضى به قاعدة ترجيح جانب المدين عند الشك. أما إذا كان الخيار، على نقيض ذلك، موكولا إلى الدائن وامتنع عن مباشرة هذا الحق، حتى فى الأجل الذى حدده القاضى له، فليس ثمة ما يحول دون إسناد الخيار إلى المدين. هذا وقد يتعدد من يعهد إليهم بالخيار، كما هو الشأن فى تعدد المدينين أو خلفاء المدين، أو تعدد الدائنين أو خلفاء الدائن، وفى هذه الحالة يتعين اتفاق أولئك أو هؤلاء جميعاً على الخيار وإلا تولاه القاضى. وقد استظهرت الفقرة الثالثة من المادة ١٢٢ من المشروع الفرنسى الإيطالى هذا الحكم فنصت على أنه «إذا كان الخيار لأشخاص متعددين، فللقاضى أن يضرب لهم أجلا للاتفاق وإعلان اختيارهم، فان لم يعلنوا ذلك فى خلال الأجل المحدد، تولى القاضى الاختيار» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٤١).

(٣) والفقه الفرنسى هنا يسلم بجواز أن يعمل الدائن حق الخيار عن طريق إعلان إرادته، فان امتناع هذا=

كذلك يستطيع الدائن أن يعمل حقه فى الخيار عن طريق التنفيذ الفعلى، بأن يقبض من المدين محلا معينا من المحال المتعددة أو يطالبه بأداء محل معين. ويعتبر التنفيذ الجزئى – بأن يقبض جزءاً من محل معين مثلا – بمثابة التنفيذ الكلى من حيث إعمال حق الخيار، فلا يستطيع الدائن بعد أن قبل التنفيذ الجزئى فى محل معين إلا أن يمضى فى التنفيذ إلى غايته فى نفس هذا المحل.

ولابد أن يختار الدائن فى الميعاد المحدد إذا حدد ميعاد، وإلا ففى ميعاد معقول. فان امتنع عن الاختيار، جاز للدائن أن يلجأ إلى القضاء على الوجه الذى سنبينه.

كذلك يجب أن يختار الدائن محلا من المحال المتعددة للالتزام التخييرى، فلا يختار شيئاً آخر خارجا عن هذا النطاق. وليس له أن يختار جزءاً من محل وجزءاً من محل آخر، حكمه فى ذلك حكم المدين الذى يكون له الخيار.

وإذا كان الالتزام التخييرى زمنيا أو ينفذ فى آجال دورية، جاز للدائن – المدرسة أو المستشفى فى مثل مورد الأغذية الذى سبق إيراده – أن يختار صنفاً فى أجل وصنفاً آخر فى أجل بعده، على النحو الذى بيناه فى حالة ما إذا كان الخيار للمدين.

وإذا مات الدائن انتقل الخيار لورثته. وإذا تعدد الدائنون أو تعددت الورثة وجب أن يتفق الجميع على اختيار شئ واحد، وإلا عدوا ممتنعين عن استعمال حق الخيار.

وحكم امتناع الدائن عن استعمال حق الخيار هو ما قررته العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٢٧٦(١): أن ينتقل الخيار إلى المدين. فالمدين يطلب من القاضى أولا أن يعين أجلا يختار فيه الدائن، أو يتفق معه الدائنون المتعددون أو الورثة، فإذا انقضى الأجل دون أن يختار الدائن أو دون أن يتفق الدائنون المتعددون أو الورثة، فهنا – خلافا للحالة التى يكون فيها الخيار للمدين على ما قدمنا – ينتقل الخيار من الدائن إلى المدين، وهذا بموجب نص صريح فى التقنين المدنى المصرى(٢). ولو لم يوجد هذا النص، لما أمكن تقرير هذا الحكم،

=الطريق على المدين إذا كان هو الذى له الخيار إنما تقرر رعاية لمصلحة الدائن حتى لا يكون هناك انتقاص للضمان الذى قصد إليه من الالتزام التخييرى، أما إذا كان الدائن هو الذى له الخيار واختار عن طريق إعلان إرادته فلابد أن يكون قد اختار طريقاً لا يتعارض مع مصلحته (لوران ١٧ فقرة ٢٣٧ – بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٦٧ – ومع ذلك أنظر ديمولومب ٦٢ فقرة ٤٩ – وقارن كذلك أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ obligation فقرة ٥٥).

(١) أنظر أيضاً المادة ٦٥ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى.

(٢) وقد نزل التقنين المصرى الجديد فى ذلك عند القاعدة التى تنص بأن يكون التفسير عند الشك فى مصلحة المدين، كما نزل عند هذه القاعدة ذاتها عندما قضى بأن يكون الخيار للمدين إذا لم ينعقد العقد أو القانون على من يكون له الخيار (الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص١٩٦).

ولوجب – كما هو الأمر في القانون الفرنسي[1] – أن يتولى القاضي هنا أيضاً الاختيار بنفسه[2].

ويلاحظ أن الخيار إذا كان لأجنبي، طبقت في حقه الأحكام المتقدمة. لكن إذا امتنع الأجنبي عن الخيار، تولى القاضي الاختيار بنفسه تطبيقاً للقواعد العامة، ولا ينتقل الخيار إلى المدين لأن انتقال الخيار إلى من ليس له حق الخيار يقتضي نصاً خاصاً، فان لم يوجد النص وجب أن يتولى القضاء الاختيار.

٩٧ – استناد تعيين المحل إلى الماضي: وأياً كان الشخص الذي يثبت له حق الخيار، فانه متى أعمل حقه واختار المحل الواجب الأداء على النحو الذي قدمناه، صار هذا المحل وحده هو محل الالتزام، وانقلب الالتزام التخييري التزاماً بسيطاً ذا محل واحد هو المحل الذي وقع عليه الاختيار[3].

---

(١) بودري وبارد٢ فقرة ١٠٧٢ – قارن لوران ١٧ فقرة ٢٣٩ – عكس ذلك ديمولومب ٢٦ فقرة ٤١.

(٢) وكان القاضي هو الذي يتولى الاختيار بنفسه في عهد التقنين المدني السابق وقد خلا هذا التقنين من نص على انتقال الخيار من الدائن إلى المدين (أنظر الموجز للمؤلف فقرة ٤٩٥ ص٥٠٢ – الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٩٣، وأنظر آنفاً فقرة ٩٤ في الهامش). وقد سبق أن ذكرنا أن العبرة في سريان التقنين الجديد بوقت نشوء الالتزام، فان نشأ الالتزام التخييري الذي يكون فيه الخيار للدائن قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩، وامتنع الدائن عن إعمال حقه في الخيار ولو وقع الامتناع بعد هذا التاريخ، فالتقنين السابق هو الذي يسري ويتولى القاضي تعيين محل الالتزام بنفسه. أما إذا نشأ الالتزام في وقت غير سابق على ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩، فالتقنين الجديد هو الذي يسري وينتقل الخيار من الدائن إلى المدين (أنظر آنفاً فقرة ٩٤ في الهامش). وقد قدمنا أن التقنين المدني الألماني (م٢٦٤) يجعل الخيار ينتقل من الدائن إلى المدين ومن المدين إلى الدائن على حد سواء.

(٣) وقد يقع من له حق الاختيار – المدين أو الدائن – في غلط، فيؤدي أو يستأدى شيئاً وهو جاهل أن له حق الخيار في تأدية أو استئداء هذا الشيء أو في تأدية أو استئداء شيء آخر غيره.

فيقع الغلط من المدين فيما إذا كان وارثاً مثلا لمدين بالتزام تخييري وهو يعتقد أن التزام مورثه التزام بسيط ذو محل واحد، فيؤديه للدائن، ثم ينكشف له الغلط. ففي هذه الحالة يجوز له – إذا اختار أن يؤدي الشيء الآخر – أن يسترد من الدائن الشيء الذي سبقت له تأديته في مقابل أن يؤدي له الشيء الذي اختار أداءه (توليبيه ٦ فقرة ٦٩٢ – ديمولومب ٢٦ فقرة ٥٤ بودري وبارد٢ فقرة ١٠٨١). على أن الدائن إذا كان قد قبض الشيء الأول وهو حسن النية، ثم باعه، فان المدين لا يسترد إلا الثمن بشرط أن يزيد هذا الثمن على قيمة الشيء الثاني الذي اختار المدين أداءه (توليبيه ٦ فقرة ٦٩٢ – ديمولومب ٢٦ فقرة ٥٥ – وبودري وبارد٢ فقرة ٨١-١). أما إذا كان الوارث الذي وقع في الغلط اعتقد أن الواجب هو أداء الشيئين معاً، بأن ظن أن الالتزام متعدد المحل وليس بتخييري، كان من حقه بعد أن ينكشف له الغلط أن يسترد أيا من الشيئين يختاره. فإذا كان أحد الشيئين قد هلك في يد الدائن بسبب أجنبي، لم يعد للمدين أن يسترد الشيء الآخر فقد تركزت محلية الالتزام فيه (توليبيه٦ فقرة ٦٩٢ – ديمولومب ٢٦ فقرة ٥٧ – فقرة ٥٩ – لوران ١٧ فقرة ٢٣٤ – بودري وبارد ٢ فقرة ١٠٨١ ص٢٣١). =

ويستند هذا التعيين بأثر رجعى إلى الماضى، أى أن المحل الذى وقع عليه الاختيار يعتبر منذ نشوء الالتزام هو المحل الوحيد، ويعتبر الالتزام بسيطاً لا تخييريا منذ نشوئه لا منذ إعمال حق الاختيار. وليس هذا الاستناد إلى الماضى يرجع إلى أن المحل المعين كان محلا للالتزام معلقاً على شرط واقف هو أن يقع عليه الاختيار، فقد قدمنا أن الالتزام التخييرى ليس بالتزام شرطى(١) وإنما يرجع الاستناد إلى أن المحل الذى عين كان منذ البداية محلا للالتزام، إلا أن هذه المحلية كانت شائعة بينه وبين المحال الأخرى، فبتعيينه تركزت المحلية فيه، واعتبر هو المحل الوحيد منذ نشوء الالتزام. وهذا ما يسميه الفقه الألمانى بالتركز (concentration)، ويفسرون به الاستناد إلى الماضى، مفرقين بين الالتزام التخييرى والالتزام الشرطى. فعند الألمان ليس للشرط بوجه عام أثر رجعى، كما قدمنا، أما التعيين فى الالتزام التخييرى فله أثر رجعى(٢).

ويترتب على هذا الأثر الرجعى والاستناد إلى الماضى نتائج هامة نذكر منها ما يأتى:

(١) تتحدد طبيعة الالتزام التخييرى منذ البداية بالتعيين الذى سيتم بعد نشوء الالتزام، والذى يستند إلى وقت نشوئه. فإذا كانت محال الالتزام التخييرى بعضها عقار وبعضها منقول أو بعضها قابل للتجزئة وبعضها غير قابل لها، ثم تعين من بينها المحل الواجب الأداء فإذا هو عقار مثلا أو هو شئ غير قابل للتجزئة، اعتبر الالتزام التخييرى منذ البداية التزاما بسيطا عقاريا أو التزاما بسيطا غير قابل للتجزئة(٣).

(٢) إذا كانت محال الالتزام التخييرى نقل ملكية أشياء متعددة، ووقع الاختيار على شئ واحد من هذه الأشياء، وكان نقل الملكية يتم بمجرد نشوء الالتزام كما فى المنقول

= ويقع الغلط من الدائن فيما إذا اعتقد – هو أو وارثه – أن الالتزام بسيط وأن الشئ الذى أداه له المدين هو المحل الوحيد للالتزام، وكان يجهل أن الالتزام تخييرى وأن له (أى للدائن) حق الخيار. فمتى انكشف له الغلط، جاز – إذا اختار الشئ الآخر – أن يرد الشئ الذى أداه له المدين، وأن يطالب بأداء الشئ الذى اختاره هو (لارومبيير٣ م١١٩٠ فقرة ٦– ديمولومب ٢٦ فقرة ٥٦– بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٨١ ص٢٣٠).

(١) ويقول بالالتزام الشرطى ماركاديه ٤ فقرة ١١٨٩ . وانظر أيضا بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٠٢– بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٦٧٨ ص٤٦٢.

(٢) سالى بحث فى النظرية العامة للالتزام فى القانون الألمانى فقرة ١٠ ص١٠– بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٧٤– چوسران٢ فقرة ٧٤٦ – الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٩١ ص٢٦٩– وانظر عكس ذلك فى أن التعيين لا يستند إلى الماضى وليس له أثر رجعى: لوران ١٧ فقرة ٢٤٠– فقرة ٢٤١– هيك ٧ فقرة ٢٩١– دى باج ٣ فقرة ٢٧٧ وفقرة ٢٨١– فقرة ٢٨٢– كولان وكابيتان ٢ فقرة ٤١٠– الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص١٩٨.

(٣) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٧٥.

المعين بالذات، فان ملكية الشئ الذى وقع عليه الاختيار تعتبر قد انتقلت منذ نشوء الالتزام لا منذ إعمال حق الخيار، ويعتبر الدائن مالكا للشئ منذ البداية(١).

(٣) إذا شهر إفلاس المدين أو إعساره فى الفترة ما بين نشوء الالتزام وإعمال حق الخيار، فما دام الدائن يعتبر مالكاً للشئ منذ نشوء الالتزام، فأنه يستطيع أن يسترده من التفليسة أو من مال المعسر دون أن يشاركه فيه سائر دائنى المدين(٢).

(٤) إذا تصرف الدائن فى الشئ فى الفترة ما بين نشوء الالتزام وإعمال حق الخيار، ثم وقع الاختيار على هذا الشئ، اعتبر الدائن أنه قد تصرف فى ملكه منذ تاريخ هذا التصرف. وإذا كان الشئ عقاراً وسجل التصرف قبل إعمال حق الخيار، انتقلت الملكية إلى المتصرف إليه بالتسجيل وفى تاريخ سابق على إعمال حق الخيار(٣).

٢ - أحكام الهلاك

٩٨ - النصوص القانونية: تنص المادة ٢٧٧ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«إذا كان الخيار للمدين، ثم استحال تنفيذ كل من الأشياء المتعددة التى اشتمل عليها محل الالتزام، وكان المدين مسئولا عن هذه الاستحالة ولو فيما يتعلق

---

(١) بودرى وبارد٢ فقرة ١٠٧٦ - انظر عكس ذلك: لوران ١٧ فقرة ٢٢١ - فقرة ٢٢٣ - توليبه ٦ فقرة ٦٩٥ - لاروميير٣ م١١٩٣ - ١١٩٤ فقرة ٢.

والظاهر أن نقل الملكية فى خيار التعيين فى الفقه الإسلامى يستند إلى الماضى فى حالة ما إذا كان الخيار للمشترى أى للدائن. جاء فى البدائع (جزء ٥ ص٢٦١ - ص٢٦٢) فى خصوص ما إذا كان الخيار للمشترى: «فحكمه ثبوت الملك للمشترى فى أحد المذكورين غير عين.. والآخر يكون ملك البائع أمانة فى يده إذا قبضه لأنه قبضه باذن المالك لا على وجه التمليك ولا على وجه الثبوت فكان أمانة.. ولو تصرف البائع فى أحدهما فتصرفه موقوف، إن تعين ما تصرف فيه للبيع لم ينفذ تصرفه لأنه تبين أنه تصرف فى ملك غيره، وإن تعين ما تصرف فيه للأمانة نفذ تصرفه لأنه ظهر أنه تصرف فى ملك نفسه فينفذ». أما فى خصوص ما إذا كان الخيار للبائع، فالظاهر أن الخيار يمنع زوال السلعة عن ملكه، فلا يجوز للمشترى أن يتصرف فى أى من الشيئين. جاء فى البدائع (جزء ٥ ص٢٦٣) فى هذا الصدد: «فلا يجوز للمشترى أن يتصرف فيهما ولا فى أحدهما، لأن أحدهما ليس بمبيع بيقين والآخر مبيع لكن لبائعه فيه خيار وخيار البائع يمنع زوال المبيع عن ملكه. ولو تصرف البائع فى أحدهما جاز تصرفه فيه، ويتعين الآخر للبيع، وله خيار الإلزام فيه والفسخ. ولو تصرف فيهما جميعا، جاز تصرفه فيهما، ويكون فسخا للبيع، لأن تصرفه فيهما دليل إقرار الملك فيهما فيتضمن فسخ البيع كما فى المبيع المعين».

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٧٧.

(٣) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٧٧ ص٢٢٧.

بواحد من هذه الأشياء، كان ملزماً بأن يدفع قيمة آخر شئ استحال تنفيذه»(١).

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق فيض من النصوص تبسط فيها هذا التقنين، مفصلا أحكام تحمل تبعة الهلاك، وهى المواد ١٥١/٩٧ و٩٩/ ١٥٣ و١٠٠/ ١٥٤(٢).

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٧٧، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٦٤، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٠١، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٦١- ٦٣ و٦٦- ٦٧(٣).

---

(١) **تاريخ النص**: ورد هذا النص فى المادة ٤٠١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، فيما عدا خلافاً لفظياً طفيفاً. وفى لجنة المراجعة عدل النص تعديلا لفظياً فتمت المطابقة، وأصبحت المادة رقمها ٢٨٩ فى المشروع النهائى. ووافق عليها مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٤٣ وص٤٦).

(٢) **التقنين المدنى السابق** م١٥١/٩٧: إذا صارت إحدى الكيفيات المعينة للتنفيذ غير ممكن الحصول عليها، فيكون قاصراً على الكيفية الممكن تنفيذ التعهد بها.

م١٥٣/٩٩: إذا كان الخيار للمتعهد له وصار طريق من طرق الوفاء غير ممكن بتقصير المتعهد، فللمتعهد له الخيار بين طلب الوفاء بالطريق الممكن وبين طلب التعويض المترتب على عدم الوفاء بالطريق الآخر.

م١٥٤/١٠٠: وإذا صار الطريقان المعينان للوفاء غير ممكنين بتقصير المتعهد، فحق الخيار للمتعهد له لم يزل باقياً بين التعويضين المعينين لعدم الوفاء.

(وهذه حالات مختلفة، أجرى عليها التقنين المدنى السابق القواعد العامة فانتهى إلى حلول يمكن الأخذ بها دون نص. ولا تزال هناك حالات أخرى سكت عنها التقنينان القديم والجديد لوضوحها من حيث تطبيق القواعد العامة. إلا أن الحالتين اللتين أوردهما التقنين الجديد - ولم يعرض لهما التقنين القديم - هما الحالتان الجديرتان بالذكر، لأن الحل الذى ينتهى إليه فيهما تطبيق القواعد العامة فى حاجة إلى التجلية والبيان).

(٣) **التقنينات المدنية العربية الأخرى: التقنين المدنى السورى** م٢٧٧ (مطابقة للمادة ٢٧٧ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى الليبى م٢٦٤ (مطابقة للمادة ٢٧٧ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى العراقى م٣٠١: إذا كان خيار التعيين للمدين، وهلك أحد الشيئين فى يده، كان له أن يلزم الدائن بالثانى، فان هلكا معاً انفسخ العقد. وإذا كان المدين مسئولا عن الهلاك ولو فيما يتعلق بواحد من الشيئين ، فيكون ملزما بدفع قيمة آخر شئ هلك.

(والتقنين العراقى عرض للصورة التى عرض لها التقنين المصرى، وجعل لها نفس الحل. وأضاف صورتين أخريين طبق فيهما القواعد العامة، فانتهى إلى حلول يمكن الأخذ بها فى مصر دون نص. انظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١٧٢- فقرة ١٧٤). =

ويتبين من النص السالف الذكر أن التقنين المدني المصرى اقتصر على إيراد الحكم فى صورة واحدة من صور استحالة تنفيذ بعض أو كل الأشياء المتعددة التى اشتمل عليها محل الالتزام التخييرى. وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى، بياناً لذلك، ما يأتي: «يواجه هذا النص حكم استحالة تنفيذ أمر أو أكثر من الأمور التى يرد التخيير عليها. ورغم أن هذا الحكم محدود الأهمية من الناحية العملية، فقد جرت التقنينات اللاتينية على الإسهاب بشأنه، فأوردت نصوصاً كثيرة ليست فى جملتها إلا تطبيقات بينة للقواعد العامة. على أن المشروع لم ير مجاراة هذه التقنينات، بل اجتزأ بنص واحد واجه فيه فرضاً ليس لتطبيق القواعد العامة فيه حظ موفور من الوضوح»(١).

ويحسن أن نستعرض الصور المنطقية لحالة ما إذا استحال تنفيذ كل أو بعض الأشياء المتعددة التى اشتمل عليها الالتزام التخييرى، مطبقين فى كل صورة منها القواعد العامة لنصل إلى الحل الواجب الاتباع فى مصر، وستأتى الصورة التى عرض لها النص ضمن هذه الصور.

وتوخياً للوضوح نفرض أن هذه الأشياء المتعددة هما شيئان معينان بالذات، وأن عينا منهما أو الاثنين معاً قد هلكا. وما نقوله فيما إذا كان المحل أحد عينين معينين بالذات يصلح لما إذا كان الحل يشمل أكثر من عينين أو يشمل عملا أو امتناعاً عن عمل. ومن ثم نحصر

= **تقنين الموجبات والعقود اللبنانى** م٦١: إذا كان أحد المواضيع وحده قابلا للتنفيذ، فالموجب يكون أو يصبح من الموجبات البسيطة (هذا الحكم يتفق مع المبادئ العامة ويمكن تطبيقه فى مصر).

م٦٢: يسقط الموجب التخييرى إذا أصبحت مواضيع الموجب كلها مستحيلة فى وقت واحد بدون خطأ من المديون وقبل تأخره (هذا الحكم يتفق أيضاً مع المبادئ العامة ويمكن تطبيقه فى مصر).

م٦٣: إذا أصبحت مواضيع الموجب كلها مستحيلة فى وقت واحد بخطأ من المديون أو بعد تأخره، أمكن الدائن أن يطالبه بثمن ما يختاره من تلك المواضيع (هذا الحكم يتفق أيضاً مع المبادئ العامة ويمكن تطبيقه فى مصر).

م٦٦: إذا حدث فى الحالة المشار إليها فى المادة السابقة (الخيار للدائن) أن تنفيذ أحد مواضيع الموجب أصبح مستحيلا بخطأ من المديون أو بعد تأخره، حق للدائن أن يطالب بالموضوع الذى بقى ممكناً أو بأداء عوض يناسب الضرر الناجم عن استحالة تنفيذ ذلك الموضوع (يتفق هذا النص فى الحكم مع المادة ١٥٣/٩٩ من التقنين المدنى المصرى السابق، ويتفق أيضاً مع المبادئ العامة فيمكن تطبيقه فى مصر).

م٦٧: إذا أصبح تنفيذ أحد مواضيع الموجب مستحيلا بخطأ الدائن، يعد كأنه اختار هذا الموضوع، فلا يمكنه أن يطالب بما بقى ممكنا من المواضيع (كان تطبيق القواعد العامة يقضى بأن الدائن فى هذه الحالة يختار بين أن يعتبر نفسه قد اختار المحل الهالك وبين أن يطالب بالشئ الباقى مع دفع تعويض عما تسبب فى هلاكه بخطأه. وهذا هو الحل الواجب الاتباع فى مصر، ما دام التقنين المصرى لا يتضمن نصاً كنص التقنين اللبنانى).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٤٣- ص٤٤.

الصور المنطقية فيما يأتي: (١) هلاك الشيئين معاً بسبب أجنبي، سواء كان الخيار للمدين أو الدائن. (٢) هلاك الشيئين أو أحدهما والخيار للمدين. (٣) هلاك الشيئين أو أحدهما والخيار للدائن. وفي الصورتين الأخيرتين المفروض طبعاً أن نستبعد من كل منهما حالة ما إذا هلك الشيئان معاً بسبب أجنبي، فهذه حالة قد استغرقتها الصورة الأولى.

٩٩- هلاك الشيئين معاً بسبب أجنبي: هذه الحالة نتخفف منها منذ البداية، لأن تطبيق القواعد العامة فيها واضح كل الوضوح. فما دام الشيئان - أو الأشياء جميعا - قد هلكت بسبب أجنبي، فقد استحال تنفيذ الالتزام، وانقضى الالتزام التخييري بسبب هذه الاستحالة (م٣٧٣) مدني، سواء في ذلك كان الخيار للمدين أو كان الخيار للدائن(١).

١٠٠- هلاك الشيئين أو أحدهما والخيار للمدين: نستبعد بداهة حالة ما إذا هلك الشيئان معاً بسبب أجنبي، فقد مضى القول فيها. وتبقى إذن الصور الآتية:

(١) **هلك أحد الشيئين دون الآخر بسبب أجنبي:** مقتضى تطبيق القواعد العامة أن الالتزام يتركز محله في الشئ الباقي، فليس للمدين إلا أن يختاره إذ ليس أمامه غيره(٢). وإذا شمل المحل عدة أشياء هلك أحدها، كان للمدين أن يعين محل الالتزام شيئاً من بين الأشياء الباقية.

---

(١) أنظر في هذا المعنى المادة ١١٩٥ من التقنين المدني الفرنسي والمادة ٦٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني. وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «إذا كانت استحالة التنفيذ راجعة إلى سبب أجنبي، انقضى الالتزام، وفقاً للقواعد العامة، متى شملت هذه الاستحالة جميع الأمور التي يرد التخيير عليها» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٤١). وفي مكان آخر: «وإن كان التخيير للدائن، واستحال تنفيذ جميع ما يرد التخيير عليه من جراء سبب أجنبي، انقضى الالتزام طبقاً للقواعد العامة، كما هو الشأن عند تخويل المدين خيار التعيين» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٤٥).

وينقضي الالتزام لاستحالة التنفيذ في الصورة التي نحن بصددها سواء هلك الشيئان معاً في وقت واحد، أو هلك أحدهما بعد هلاك الآخر. والفرق بين هاتين الحالتين لا أهمية له من الناحية العملية، فقد قدمنا أن الالتزام ينقضي فيهما معاً. غير أنه من الناحية النظرية يصبح الالتزام بسيطاً، في الحالة الثانية، بهلاك أحد الشيئين، ثم ينقضي بهلاك الشئ الآخر. أما في الحالة الأولى فينقضي الالتزام وهو تخييري دون أن يصبح بسيطاً قبل انقضائه (بودري وبارد٢ فقرة ١٠٨٢ ص٢٣٢ هامش رقم ٢).

(٢) انظر في هذا المعنى المادة ١٥١/٩٧ من التقنين المدني السابق والمادة ١١٩٣ فقرة أولى من التقنين المدني الفرنسي. وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «أما إذا اقتصرت الاستحالة على أحد محلي التخيير، فيسقط خيار المدين، ولا يكون له إلا الوفاء بالأخر، وليس ثمة معدى عن إمضاء هذا الحكم، فهو حتم تقتضيه طبيعة الأشياء» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٤٤).

على أنه يمكن التساؤل عما إذا كان يحق للمدين في هذه الصورة أن يختار بين الوفاء بالشئ =

(٢) **هلك أحد الشيئين دون الآخر بخطأ المدين**: ما دام المدين هو الذى له حق الخيار، فلا مناص من اعتبار الشئ الذى هلك بخطأه هو الشئ الذى لم يختره، فلا يبقى أمامه إلا الشئ الباقى – أو أحد الأشياء الباقية يتولى اختياره – فيؤديه للدائن محلا للالتزام(١).

(٣) **هلك أحد الشيئين دون الآخر بخطأ الدائن**: ما دام الخيار بيد المدين، فقد كان له أن يختار الشئ الذى هلك بخطأ الدائن أو الشئ الآخر، فيبقى على خياره ما بين تأدية الشئ الآخر – أو شئ من الأشياء الأخرى فى حالة التعدد – للدائن مع الرجوع عليه بقيمة الشئ الذى هلك بخطأه، أو أن يعتبر الشئ الذى هلك بخطأ الدائن هو الشئ الواجب الأداء فتبرأ ذمته من الدين ولا يرجع على الدائن بشئ(٢).

(٤) **هلك الشيئان معاً وكان هلاك أحدهما بخطأ المدين**: إذا هلك الشئ الأول بخطأ المدين، وكان الخيار له، فان هلاك هذا الشئ بخطأه يجعل محل الالتزام يتركز فى الشئ الآخر. فان هلك هذا الشئ الآخر بسبب أجنبى، فلا يزال هناك خطأ منسوب إلى المدين، إذ هو بخطأه الأول جعل الالتزام متركزاً فى الشئ الآخر، ولو أنه لم يرتكب هذا الخطأ لما هلك

=الباقى وبين دفع قيمة الشئ الهالك، ولكن يعترض على هذا المحل بأنه لو سلم به لوجب، فيما إذا هلك الشئ الباقى هو أيضاً بسبب أجنبى، أن يفى المدين بقيمة أى من الشيئين يختاره مع أن ذمته تبرأ عند هلاك الشيئين بسبب أجنبى ولو هلكا على التوالى كما تقدم القول. بقى أن يقال أن المدين يرى نفسه مضطراً أن يفى بالشئ الباقى مع احتمال اختياره للشئ الهالك لو لم يهلك بسبب أجنبى، فله إذن بعد أن يفى بالشئ الباقى أن يسترد من الدائن الفرق فى القيمة ما بين الشيئين فيما إذا كان الشئ الباقى أعلى قيمة من الشئ الهالك (أنظر بودرى وبارد ٣ فقرة ١٠٨٧ ويشير إلى لابيه فى بحث له فى بعض الصعوبات المتعلقة بهلاك الشئ الواجب الأداء وباتحاد الذمة ص٥٣ وما بعدها). ولكن إذا جاز للمدين إجبار الدائن على تقاضى الشئ الهالك لو أنه بقى قائماً، فانه لا يجوز له أن يجبره على تقاضى الشئ الباقى مع استرداد الفرق ما بين القيمتين، ففى هذا تجوز لا تبيحه علاقة المديونية فيما بينهما.

(١) أنظر فى هذا المعنى المادة ١٥١/٩٧ من التقنين المدنى السابق والمادة ١١٩٣ فقرة أولى من التقنين المدنى الفرنسى. وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى: «أما إذا اقتصرت الاستحالة على أحد محلى التخيير دون الآخر، وكانت راجعة إلى خطأ المدين، فيتعين عليه الوفاء بما يقوم به وصف الامكان حتى لا يفيد من خطأه» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٤٥).

(٢) لارومبيير٣ م ١١٩٣– ١١٩٤ فقرة ١١– ديمولومب ٢٦ فقرة ٩٧– بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٠٠– وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى: «وإن اقتصرت الاستحالة على أحد محلى التأخير، فللمدين وقد ثبت له خيار التعيين، أن يختار الوفاء بالآخر، وفى هذه الحالة يكون له أن يطالب الدائن بقيمة ما استحال الوفاء به من جراء خطأه» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٤٤).

الشئ الأول ولبقى بعد هلاك الشئ الآخر محلا للالتزام. ومن ثم يعتبر هلاك الشئ الآخر منسوباً إلى المدين حتى لو كان الهلاك بسبب أجنبى، فعليه أن يدفع قيمته للدائن. ولو تعددت الأشياء وهلكت كلها، مع هلاك أحدهما بخطأ المدين، فان الالتزام يتركز فى آخر شئ منها، ويعتبر هلاكه – ولو بسبب أجنبى – منسوباً إلى المدين، فيجب عليه دفع قيمته(١).

وإذا كان الشئ الذى هلك بخطأ المدين هو الشئ الثانى بعد هلاك الشئ الأول بسبب أجنبى، فان الالتزام بعد هلاك الشئ الأول بسبب أجنبى يكون قد تركز فى الشئ الثانى، وقد هلك بخطأ المدين فوجب عليه دفع قيمته(٢).

ومن ثم يجب على المدين فى جميع الأحوال أن يدفع للدائن قيمة آخر شئ هلك. وهذه الصورة هى إحدى الصورتين اللتين عرض لهما نص المادة ٢٧٧ سالفة الذكر، وقد كشفنا عن وجه الخفاء فى الحكم الوارد فى شأنها.

(٥) **هلك الشيئان معاً وكان هلاك كل منهما بخطأ المدين:** وهذه هى الصورة الأخرى التى عالجتها المادة ٢٧٧ مدنى. وفى هذه الصورة أيضاً ينطبق نفس الحكم الذى قدمناه فى الصورة المتقدمة. فقد هلك الشئ الأول بخطأ المدين، فتركز الالتزام فى الشئ الثانى، فهلك بخطأ المدين أيضاً، فوجب عليه دفع قيمته، ولو تعددت الأشياء وهلك الشئ الأخير منها بخطأ المدين، وجب عليه كذلك دفع قيمته بعد أن تركز الالتزام فيه(٣).

---

(١) انظر بودرى وبارد٢ فقرة ١٠٩٠ – فقرة ١٠٩١ – الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص١٩٧. أما لو هلك الشئ الآخر – فى الحالة التى نحن بصددها – بخطأ الدائن، فيكون الدائن بمثابة من استوفاه، ولا يرجع على المدين بشئ.

(٢) انظر بودرى وبارد٢ فقرة ١٠٨٩ – أما إذا كان هلاك الشئ الأول – فى الحالة التى نحن بصددها – بخطأ الدائن ، وهلك الشئ الثانى بخطأ المدين، فالمدين إما أن يختار الشئ الأول وقد هلك بخطأ الدائن فتبرأ ذمة المدين، وإما أن يختار الشئ الثانى فيدفع قيمته للدائن ويرجع عليه بقيمة الشئ الأول.

(٣) انظر المادة ١١٩٣ فقرة ثانية من التقنين المدنى الفرنسى، وانظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٩٢ – فقرة ١٠٩٣. وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتى: «أما إذا كانت الاستحالة قد حدثت من جراء خطأ المدين، وكانت شاملة لجميع الأمور التى يرد التخيير عليها – وهذا هو الفرض الذى عنى المشروع بالنص على حكمه – فقد يتبادر إلى الذهن أن المدين، بوصفه المتصرف فى الخيار، يستطيع أن يبرئ ذمته بأداء قيمة ما يختار، لا سيما أن هذا هو حكم تحقق استحالة جميع الأمور التى يرد عليها التخيير فى آن واحد. ولكن ينبغى التفريق فى هذا الصدد بين فروض عدة: فإذا استحال الوفاء بأحد محلى التخيير قبل تحقق الاستحالة فى الآخر، وجب أن يستبعد الأول من نطاق التخيير، ويستوى فى هذا المقام أن تكون الاستحالة راجعة إلى خطأ المدين أم إلى حادث فجائى، ذلك بأن المدين لا يسوغ له أن يفيد من خطأ فى الحالة الأولى، وهو ملزم بتحمل التبعة فى الحالة الثانية، ولهذه العلة يتعين عليه أداء ما طرأت عليه استحالة التنفيذ أخيراً» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٤٤– ٤٥).

(٦) **هلك الشيئان معاً وكان هلاك أحدهما بخطأ الدائن**: ومن ثم يكون هلاك الشئ الآخر بسبب أجنبى. فان كان الشئ الذى هلك أولا هو الذى هلك بسبب أجنبى، فقد تركز محل الالتزام فى الشئ الآخر الذى هلك بخطأ الدائن، ولما كان الدائن قد أهلكه بخطأه فيكون بمثابة من استوفاه، وتبرأ ذمة المدين من الالتزام[١]. أما إذا كان الشئ الذى هلك أولا هو الذى هلك بخطأ الدائن[٢]، فللمدين، وله الخيار، أن يختار الشئ الآخر، وإذ هلك هذا الشئ الآخر بسبب أجنبى فقد برئت ذمة المدين بهلاكه، ثم يرجع المدين على الدائن بقيمة الشئ الأول الذى هلك بخطأه.

(٧) **هلك الشيئان معاً وكان هلاك كل منهما بخطأ الدائن**: للمدين فى هذه الصورة أن يختار الشئ الذى يؤديه فتكون ذمته برئت بهلاكه، ويرجع بقيمة الشئ الآخر على الدائن، ولو تعددت الأشياء اختار المدين الشئ الذى بهلاكه تبرأ ذمته، ويرجع بقيمة بقية الأشياء على الدائن[٣].

١٠١- هلاك الشيئين أو أحدهما والخيار للدائن: هنا أيضا نستبعد حالة ما إذا هلك الشيئان معاً بسبب أجنبى، فقد بينا حكمها فيما تقدم، وعرفنا أن الالتزام ينقضى بسبب هذا الهلاك. فتبقى الصور المقابلة للصور التى عالجناها فى حالة ما إذا كان الخيار للمدين:

(١) **هلك أحد الشيئين دون الآخر بسبب أجنبى**: هنا - كما فى الصورة المقابلة - يتركز الالتزام فى الشئ الذى يبقى، ويتعين على الدائن أن يختاره. وإذا تعددت الأشياء وهلك أحدها بسبب أجنبى، فللدائن أن يختار شيئاً من الأشياء الباقية[٤].

---

(١) وهذا هو أيضا الحكم فيما لو كان الشئ الذى هلك أو لا هلك بخطأ المدين، فإن محل الالتزام فى هذه الحالة أيضا يتركز في الشئ الآخر الذى هلك بخطأ الدائن، ولما كان الدائن قد أهلكه بخطأه فيكون بمثابة من استوفاه وتبرأ ذمة المدين من الالتزام.

(٢) ونفرض، فى الحالة التى نحن بصددها، أن الشئ الذى هلك أولا هلك بخطأ الدائن، وهلك الشئ الآخر بخطأ المدين لا بسبب أجنبى. فللمدين، وله الخيار، أن يختار أى الشيئين. فإن اختار الشئ الأول الذى هلك بخطأ الدائن، يكون الدائن بمثابة من استوفاه ولا يرجع بشئ على المدين، ويتحمل المدين هلاك الشئ الآخر إذ هلك بخطأه. وإن اختار المدين الشئ الآخر الذى هلك بخطأه، فعليه أن يؤدى قيمته للدائن، ثم يرجع عليه بقيمة الشئ الأول.

(٣) بودرى وبارد٢ فقرة ١١٠١ - الموجز للمؤلف فقرة ٤٩٥ ص٥٠٢ - وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى: «وإذا كانت استحالة التنفيذ ترجع إلى خطأ الدائن، وكانت تتناول جميع الأمور التى يرد التخيير عليها، فللمدين وهو صاحب الخيار أن يعين الأمر أو التكليف الذى يعتبر أن ذمته قد برئت بسبب الهلاك الحادث من جراء هذا الخطأ» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٤٤).

(٤) انظر فى هذا المعنى المادة ١٥١/٩٧ من التقنين المدنى السابق والمادة ١١٩٤ الفقرة الثانية من التقنين المدنى الفرنسى. وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما =

(٢) **هلك أحد الشيئين دون الآخر بخطأ المدين**: مـا دام الدائن هو الذى له حق الخيار، فله أن يختار الشئ الهالك فيرجع بقيمته، أو يختار الشئ أو أحد الأشياء الباقية فيستأديها عيناً من المدين(١).

(٣) **هلك أحد الشيئين دون الآخر بخطأ الدائن**: للدائن أن يختار، فان اختار الشئ الذى هلك بخطأه فقد برئت ذمة المدين بهلاكه. وأن اختار الشئ الآخر، فعليه أن يدفع قيمة الشئ الهالك للمدين(٢).

(٤) **هلك الشيئان معاً وكان هلاك أحدهما بخطأ المدين**: إذا اختار الدائن الشئ الذى هلك بخطأ المدين، رجع عليه بقيمته. أما إذا اختار الشئ الذى هلك بسبب أجنبى، لم يرجع بشئ على المدين إذ برئت ذمته بهلاك الشئ بالسبب الأجنبى. لذلك لا يتردد الدائن فى اختيار الشئ الذى هلك بخطأ المدين، حتى يرجع عليه بقيمته(٣).

=يأتى: «أما إذا اقتصرت الاستحالة على أحد محلى التخيير، فليس للدائن ألا أن يختار الوفاء بالآخر ما دام هذا الوفاء ممكناً. وليس شك فى أن إمضاء هذا الحكم حتم تقتضيه طبيعة الأشياء، كما هى الحال عندما يعهد للمدين بالخيار» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٤٥).

(١) انظر فى هذا المعنى المادة ١٥٣/٩٩ من التقنين المدنى السابق والمادة ١١٩٤ الفقرة الثانية من التقنين المدنى الفرنسى والمادة ٦٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى. وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى: «فإن اقتصرت الاستحالة على أحد محلى التخيير، فللدائن أن يطالب بالوفاء بالآخر ما دام هذا الوفاء ممكناً، أو أن يطالب بقيمة الأول وهو الذى أصبح تنفيذه مستحيلا من جراء خطأ المدين» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٤٥).

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى: «أما إذا اقتصرت الاستحالة على أحد محلى التخيير، فللدائن - وهو صاحب الخيار - أن يختاره، ويكون بذلك قد استوفى حقه. وله كذلك أن يختار استيفاء ما بقى الوفاء به ممكناً، على أن يؤدى فى هذه الحالة قيمة ما استحال الوفاء به من جراء خطأه» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٤٥).
هذا وتقنين الموجبات والعقود اللبنانى (م٦٧) يفرض على الدائن أن يختار الشئ الذى هلك بخطأه، فتبرأ ذمة المدين بهذا الهلاك.

(٣) أما المادة ١١٩٤ فقرة ثالثة من التقنين المدنى الفرنسى فتقضى بأن للدائن الرجوع على المدين بالقيمة التى يختارها من إحدى قيمتين: قيمة الشئ الذى هلك بخطأ المدين وقيمة الشئ الذى هلك بسبب أجنبى. وينتقد الفقه الفرنسى هذا الحكم، ويرى فى الخيار الذى أعطى للدائن ضرباً من العقوبة فرضها القانون على المدين (لاروميير ٣ م١١٩٣ فقرة ٩- ديانتون ١١ فقرة ١٤٨- ماركاديه٤ فقرة ٥٨٦- ديمولومب ٢٦ فقرة ٨٨- لوران ١٧ فقرة ٢٥٠- بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٩٥) أما إذا كان هلاك أحد الشيئين - فى الحالة التى نحن بصددها - بخطأ الدائن وهلاك الشئ الآخر بخطأ المدين لا بسبب أجنبى، فللدائن - وله الخيار - أن يختار أحد الشيئين. فإن اختار الشئ الذى هلك بخطأه يكون بمثابة من استوفاه، وإن اختار الشئ الذى هلك بخطأ المدين رجع عليه بقيمته وادى له قيمة الشئ الذى هلك بخطأه.

(٥) **هلك الشيئان معاً وكان هلاك كل منهما بخطأ المدين**: لما كان الخيار للدائن، فله أن يختار أحد الشيئين فيرجع بقيمته على المدين إذ هلك بخطأه[١].

(٦) **هلك الشيئان معاً وكان هلاك أحدهما بخطأ الدائن**: إذا اختار الدائن الشئ الذى هلك بخطأه، برئت ذمة المدين من الدين ولم يرجع على الدائن بشئ. أما إذا اختار الدائن الشئ الذى هلك بسبب أجنبى[٢]، فقد برئت ذمة المدين أيضاً بهلاك الشئ بالسبب الأجنبى ثم يرجع المدين على الدائن بقيمة الشئ الذى هلك بخطأه. ومن ثم لا يتردد الدائن فى اختيار الشئ الذى هلك بخطأه حتى لا يرجع عليه المدين بشئ.

(٧) **هلك الشيئان معاً وكان هلاك كل منهما بخطأ الدائن**: لما كان الخيار للدائن، فله أن يختار أحد الشيئين، وإذ هلك الشئ الذى اختاره بخطأه فيكون بمثابة من استوفاه وتبرأ ذمة المدين. ثم يرجع المدين بقيمة الشئ الآخر على الدائن إذ هلك هو أيضاً بخطأه[٣].

---

(١) أنظر فى هذا المعنى المادة ١٥٤/١٠٠ من التقنين المدنى السابق والمادة ١١٩٤ فقرة ثالثة من التقنين المدنى الفرنسى. وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى: «فإذا كانت استحالة التنفيذ ناشئة عن خطأ المدين، وكانت شاملة لجميع الأمور التى يرد التخيير عليها، فللدائن – وهو المتصرف فى الخيار – أن يطالب المدين بقيمة ما يقع عليه اختياره» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٤٥).

(٢) أما إذا هلك الشئ بخطأ المدين لا بسبب أجنبى، رجعنا إلى حالة سبق بيان حكمها، وللدائن أن يختار الشئ الذى هلك بخطأه فيكون بمثابة من استوفاه، أو الشئ الذى هلك بخطأ المدين فيستأدى قيمته ويؤدى قيمة الشئ الذى هلك بخطأه.

(٣) بودرى وبارد٢ فقرة ١١٠٣– وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى: «وإذا نشأت استحالة التنفيذ عن خطأ الدائن، وتناولت الأمور التى يرد التخيير عليها، أصبح هذا الدائن مسئولا عن هلاك الشئ الذى لا يقع عليه اختياره وتعين عليه أداء قيمته، باعتبار أن هلاك ما يقع عليه الاختيار يستتبع براءة ذمة المدين» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٤٥).

أما أحكام الهلاك فى خيار التعيين فى الفقه الإسلامى فالضابط فيها أنه إذا كان الخيار للبائع (أى للمدين) فإن الخيار يمنع زوال السلعة عن ملكه، وإذا كان الخيار للمشترى (أى للدائن) فإن الخيار يثبت الملك له فى أحد الشيئين غير عين والآخر يكون ملك البائع أمانة فى يده إذا قبضه. وفى جميع الأحوال يقترن خيار الشرط بخيار التعيين. ويترتب على ذلك ما يأتى:

(أ) **إذا كان الخيار للبائع**: ١– **قبل القبض**: وهلك إحدهما يهلك أمانة، والبائع على خياره، إن شاء ألزم المشترى الباقى منهما لأنه تعين للبيع، وإن شاء فسخ البيع فيه لأنه غير لازم بسبب خيار الشرط. وتعليل ذلك أن خيار البائع يمنع زوال السلعة عن ملكه، فيهلك على ملك البائع أى أن الهالك يهلك أمانة – ويتعين الباقى للبيع وله فيه خيار الشرط، وليس للبائع أن يلزم المشترى الشئ الهالك لأنه هلك أمانة – وإن هلكا جميعاً بطل البيع بهلاك المبيع قبل القبض بيقين. ٢– **بعد القبض**: وهلك أحدهما يهلك أمانة أيضا كما لو هلك قبل القبض، ويتعين الباقى منهما للبيع وللبائع فيه خيار الشرط، إن شاء ألزمه المشترى وإن شاء فسخ البيع فيه. وتعليل ذلك أن خيار البائع يمنع زوال =

الفصل الثانى

الالتزام البدلى(*)

(obligation facultative)

١٠٢- قيام وصف البدل وأحكامه: نبحث هنا - كما بحثنا فى الالتزام التخييرى - قيام وصف البدل وأحكام الالتزام البدلى. ونسير فى البحث على الخطة نفسها التى اتبعناها عند الكلام فى الالتزام التخييرى، حتى تتضح الفروق ما بين هذين النوعين من الالتزام.

= السلعة عن ملكه، فيهلك الهالك على ملك البائع وليس له أن يلزمه المشترى لأنه هلك أمانة، ويتعين الباقى للبيع وللبائع فيه خيار الشرط - وإن هلكا جميعاً، فإن كان هلاكهما بالتعاقب هلك الأول أمانة، وتعين الثانى للبيع وفيه خيار الشرط فيهلك بقيمته لا بثمنه. وإن كان هلاكهما معاً فى وقت واحد، فعلى المشترى نصف قيمة كل منهما لأن البيع شاع فيهما.

(ب) **وإذا كان الخيار للمشترى:** ١- **قبل القبض:** وهلك أحدهما لا يبطل البيع، ولكن المشترى بالخيار إن شاء اخذ الباقى بثمنه، وإن شاء ترك لأن المبيع قد تغير قبل القبض بالتعيين وهذا يوجب الخيار - وإن هلكا جميعاً بطل البيع بهلاك المبيع قبل القبض بيقين. ٢- **بعد القبض:** وهلك أحدهما تعين الهالك للبيع ولزم المشترى ثمنه، وتعين الآخر للأمانة لأن الأمانة فيهما مستحقة الرد على البائع، وقد خرج الهالك عن احتمال الرد فيه، فتعين الباقى للرد وتعين الهالك للبيع ضرورة - وإن هلكا جميعاً، فإن كان هلاكهما على التعاقب هلك الأول مبيعاً وهلك الآخر أمانة. وإن هلكا معاً فى وقت واحد لزم المشترى ثمن نصف كل منهما، لأنه ليس أحدهما بالتعيين أولى من الآخر، فشاع البيع فيهما جميعاً.

هذا ويخالف خيار التعيين فى الفقه الإسلامى الالتزام التخييرى من الوجوه الآتية:

(١) خيار التعيين لابد فيه من ذكر المدة على خلاف فى الرأى، ولا يزيد على الثلاث.

(٢) إذا مضت المدة فى خيار التعيين، ولم يختر من له حق الخيار، نقض البيع (الخطاب ٤ ص٤٢٥).

(٣) فى خيار التعيين إذا كان الخيار للمشترى، ثبت له الملك فى أحد الشيئين غير معين ويكون الثانى فى يده أمانة. وإذا كان الخيار للبائع، لم يزل أى الشيئين عن ملكه.

(٤) يجتمع مع خيار التعيين خيار الشرط، فلا يلزم البيع من له الخيار إلا بعد أن يتم تعيين الشئ الواجب الأداء.

(*) مراجع: بودرى وبارد٢ فقرة ١٤٠٨- فقرة ١٠٥١ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٥٢- فقرة ١٥٠٣- بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٠٤- فقرة ٨٠٥- دى باج ١ فقرة ٢٨٣ - فقرة ٢٨٦- بلانيول وريبير وبولانجيه٢ فقرة ١٣٢٣ - فقرة ١٣٢٦- كولان وكاپيتان٢ فقرة ٦٧٩ - چوسران٢ فقرة ٧٤٧ - فقرة ٧٤٨.

الفرع الأول
قيام وصف البدل

١٠٣ – النصوص القانونية: تنص المادة ٢٧٨ من التقنين المدنى المصرى على ما يأتى:

«١ – يكون الالتزام بدليا إذا لم يشمل محله إلا شيئاً واحداً ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلا منه شيئاً آخر».

«٢ – والشئ الذى يشمله محل الالتزام، لا البديل الذى تبرأ ذمة المدين بأدائه، هو وحده محل الالتزام وهو الذى يعين طبيعته[1]».

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق، ولكن الحكم كان مطبقاً دون نص.

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٧٨، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٦٥، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٠٢، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادتين ٦٨ – ٦٩[2].

ويستخلص من النص المتقدم أن وصف البدل يقوم متى شمل محل الالتزام شيئاً واحداً ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلا منه شيئاً آخر، وأن خيار البدل يكون دائماً للمدين بخلاف الالتزام التخييرى فالخيار فيه يكون للمدين أو للدائن.

---

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ٤٠٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٩٠ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٤٧ – ص٤٨).

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى: التقنين المدنى السورى م٢٧٨** (مطابقة للمادة ٢٧٨ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى الليبى م٢٦٥ (مطابقة للمادة ٢٧٨ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى العراقى م٣٠٢: ١ – يكون الالتزام بدلياً إذا لم يكن محله إلا شيئاً واحداً ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلا منه شيئاً آخر. ٢ – والأصل لا البدل هو وحده محل الالتزام، وهو الذى يحدد طبيعته. (ويطابق هذا النص فى الحكم نص المادة ٢٧٨ من التقنين المدنى المصرى).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٦٨: يكون الموجب اختيارياً حين يجب أداء شئ واحد مع تخويل المديون الحق فى إبراء ذمته بأداء شئ آخر. والشئ الواجب الأداء هو، فى نظر الشرع، موضوع الموجب الذى تتعين به ماهيته، لا الشئ الآخر الذى يستطيع المديون أن يبرئ ذمته بأدائه.

م٦٩: يسقط الموجب الاختيارى إذا هلك الشئ الذى يكون موضوعاً له بغير خطأ من المديون وقبل تأخره، ولا يسقط إذا هلك الشئ الذى جعل تسليمه اختيارياً.

(وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى، وقد زاد التقنين اللبنانى أن أورد حكم هلاك الشئ الأصلى وحكم هلاك البدل بما يتفق مع القواعد العامة).

فنبحث إذن: (١) متى يقوم وصف البدل (٢) ثبوت خيار البدل للمدين ومصدر هذا الخيار.

١ – متى يقوم وصف البدل

١٠٤ – تحديد منطقة الالتزام البدلى: حتى يكون الالتزام بدليا يجب أن يكون له محل واحد هو المحل الأصلى، ويقوم مقام هذا المحل الأصلى شئ آخر هو البديل[١]. مثل ذلك أن يقرض الدائن المدين مبلغاً من النقود، ويتفق معه على أنه يستطيع عند حلول الأجل، إذا لم يشأ أن يرد مبلغ القرض، أن يعطيه بدلا منه داراً أو أرضاً معينة، فيكون مبلغ النقود هو المحل الأصلى والدار أو الأرض هى البديل. وما العربون فى البيع إلا بدل يأخذه البائع أو المشترى إذا اتفقا على أن يكون العربون وسيلة للرجوع فى البيع، وسيأتى بيان ذلك[٢].

ويجب أن يتوافر فى المحل الأصلى جميع الشروط الواجب توافرها فى محل الالتزام، وإلا كان الالتزام باطلا. أما البديل فان توافرت فيه الشروط أمكن أن يقوم مقام الأصل، وإلا سقط هو وبقى الالتزام بمحله الأصلى قائماً، ولكن يصبح التزاماً بسيطاً ذا محل واحد دون بديل.

ونرى من ذلك أن الالتزام البدلى – بخلاف الالتزام التخييرى – هو ضمان للمدين لا ضمان للدائن. فالمدين يكون فى سعة من أمره بأداء البدل دون المحل الأصلى، وإذا هلك المحل الأصلى فأن المحلية لا تتركز فى البدل، كما تتركز فى المحل الآخر فى الالتزام التخييرى، بل تبرأ ذمة المدين. ومن ثم يكون البدل دائماً لمصلحة المدين إذ تبرأ ذمته بأدائه، ولا يكون ضد مصلحته إذ لا تتركز فيه المحلية إن أصبح المحل الأصلى غير صالح لأن يكون محلا.

ونرى من ذلك أيضاً أن البدل ليس محلا للالتزام، فليس هو الشئ الذى يمكن الدائن المطالبة به (in obligatione) ولكنه شئ يقوم مقام المحل الأصلى فى الوفاء (in facultate solutionis)، وقد تقدم بيان ذلك. ويستخلص من هذا أن هناك تعادلا – فى نظر طرفى الالتزام أو فى نظر القانون حسب مصدر وصف البدل – ما بين المحل الأصلى وبدله، إذ أن البدل يقوم مقام المحل الأصلى فى الوفاء.

١٠٥ – تمييز الالتزام البدلى عن حالات أخرى تشتبه به: وفى تحديد منطقة الالتزام البدلى يحسن أن نميز ما بين هذا الالتزام والتزامات أخرى تشتبه به. وأول هذه الالتزامات هو

---

(١) المذكرة الإضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٤٧.

(٢) أنظر فى أمثلة أخرى بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٠٤ ص٥٩٢.

الالتـزام التخييـرى الذى تقدم ذكره. ثم نميزه بعد ذلك عن الشرط الجزئى، ونقارنه بالعربون.

١٠٦ - التمييز بين الالتزام البدلى والالتزام التخييرى: رأينا فيما تقدم أن الالتزام البدلى له محل واحد تمكن المطالبة به، والشئ الآخر ليس محلا للالتزام بل هو بديل عنه فى الوفاء. أما الالتزام التخييرى فمحله متعدد، وكل من الأشياء المتعددة يعتبر محلا للالتزام وتمكن المطالبة به متى وقع عليه الاختيار. فالالتزام التخييرى متعدد **محل الالتزام**، أما الالتزام البدلى فهو متعدد **محل الوفاء**. ويتفرع على هذا الفرق الجوهرى الفروق الآتية:

(١) إذا طالب الدائن المدين بالتزام بدلى، فانه لا يستطيع المطالبة إلا بالمحل الأصلى، فهو وحده محل الالتزام. وعند ذلك يجوز للمدين أن يؤدى هذا المحل الأصلى، وله إن شاء أن يؤدى عوضاً عنه الشئ البديل، فتبرأ ذمته بتأديته كما تبرأ بتأدية المحل الأصلى. أما المدين فله أن يعرض على الدائن إما المحل الأصلى وإما الشئ البديل، وهو إذا عرض ابتداءً الشئ البديل كان عرضه صحيحاً مبرئاً للذمة. وقد رأينا فى الالتزام التخييرى أن الخيار إذا كان للدائن فله أن يطالب بأى من محال الالتزام، وإذا كان للمدين فلـه أن يعرض أيّاً منها.

(٢) إذا هلك فى الالتزام البدلى المحل الأصلى بسبب أجنبى فقد انقضى الالتزام، ولا يمنع من انقضائه أن البدل لا يزال قائماً ممكناً تأديته، ذلك أن محل الالتزام هو المحل الأصلى لا الشئ البديل، وقد هلك المحل الأصلى فانقضى الالتزام بهلاكه. أما إذا هلك الشئ البديل، فان الالتزام يبقى قائماً على محله الأصلى، ولكن المدين يفقد ميزة البدل فى الوفاء، وينقلب الالتزام البدلى التزاماً بسيطاً[١]. وهذا بخلاف الالتزام التخييرى، فانه إذا هلك فيه أحد الشيئين محل الالتزام بسبب أجنبى لا ينقضى، كما ينقضى الالتزام البدلى، بل تتركز المحلية فى الشئ الآخر.

وهذا هو الفرق أيضاً ما بين الالتزام البدلى والالتزام التخييرى فيما إذا كان المحل الأصلى منذ البداية لا يصلح أن يكون محلا لهلاكه أو لاستحالته أو لعدم توافر أى شرط من شروط المحل فيه، فيسقط الالتزام البدلى. أما الالتزام التخييرى فينقلب إلى التزام بسيط ذى محل واحد، إذ تتركز المحلية فى الشئ الآخر الذى توافرت فيه شروط المحل[٢].

(٣) فى الالتزام البدلى تتحدد طبيعة الالتزام بطبيعة المحل الأصلى لا بطبيعة الشئ البديل، فيكون الالتزام البدلى منذ البداية عقاراً أو منقولاً، قابلا للتجزئة أو غير قابل لها، تبعاً

---

(١) أنظر فى هذا المعنى المادة ٦٩ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى.

(٢) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٠ ص٧١.

لما إذا كان المحل الأصلي عقاراً أو منقولاً، أو لما كان قابلا للتجزئة أو غير قابل لها. كذلك يتحدد اختصاص المحكمة بقيمة المحل الأصلي منذ البداية[1]. وهذا بخلاف الالتزام التخييرى، فقد رأينا أن طبيعته لا تتحدد إلا بعد أن يتم اختيار المحل الذى يكون واجب الأداء، وكذلك لا يتحدد اختصاص المحكمة إلا بتعيين المحل الذى يقع عليه الاختيار.

(٤) الخيار فى الالتزام البدلى هو دائماً للمدين، أما فى الالتزام التخييرى فتارة يكون للمدين وطوراً يكون للدائن، بل قد يكون لأجنبى[2].

(٥) الوفاء فى التزام البدلى ليس له أثر رجعى، ولا ينقلب هذا الالتزام بالوفاء إلى التزام بسيط منذ البداية. وهذا بخلاف الالتزام التخييرى؛ فقد رأينا أن إعمال حق الخيار فيه يستند إلى الماضى، وينقلب الالتزام التخييرى إلى التزام بسيط منذ البداية[3].

١٠٧ – التمييز بين الالتزام البدلى والشرط الجزائى: قدمنا أن الشرط الجزائى هو تعويض قدره الطرفان بدلا من القاضى، فله إذن طبيعة التعويض. والتعويض ليس بالتزام تخييرى، لأن الدائن لا يستطيع اختياره إذا عرض المدين التنفيذ العينى، كما لا يستطيع المدين اختياره إذا اختار الدائن التنفيذ العينى وكان ممكناً. وليس التعويض كذلك بالالتزام البدلى، فان المدين لا يستطيع أن يؤدى التعويض بدلا من التنفيذ العينى إذا كان التنفيذ العينى لا يزال ممكناً، وهذا هو الفرق ما بين الالتزام البدلى والشرط الجزائى[4]، وقد تقدم بيان ذلك.

١٠٨ – الالتزام البدلى والعربون: أما العربون فهو والالتزام البدلى، فى رأينا، سواء، ولا فرق بينهما إذا كان العربون قد اتفق عليه ليكون وسيلة للرجوع فى العقد لا لتأكيد البتات.

---

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٤٩٨ – الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٩٦ – الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص٢٠٠ – الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٩٢.

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «ويناط الحكم على طبيعة الالتزام البدلى بالتكليف الأصيل الذى يرد عليه ويعتبر محلا له على وجه الأفراد، دون البديل الذى يكون للمدين أن يبرئ ذمته بأدائه. ويتفرع على ذلك أن الالتزام البدلى ينقضى إذا أصبح الوفاء بهذا التكليف الأصيل مستحيلا قبل إعذار المدين بغير خطأ منه، لكنه يظل على نقيض ذلك قائماً رغم استحالة الوفاء بالبديل (أنظر المادة ٦٩ من التقنين اللبنانى). وكذلك يرجع فى اعتبار الالتزام البدلى عقارياً أو منقولا، وفى التقاضى بشأن هذا الالتزام، ولا سيما فيما يتعلق بتقدير القيمة والاختصاص، إلى محله الأصيل دون البديل» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٤٧ – ص٤٨).

(٢) الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص١٩٩ – الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٩٢.

(٣) أنظر فى هذه الفروق: أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٠ ص٧٠ – بودرى وبارد٢ فقرة ١٠٥١ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٥٣.

(٤) جوسران٢ فقرة ٧٤٨.

ذلك أن العربون فى هذه الحالة يتيح الفرصة للمدين أن يؤديه بدلا من التزامه الأصلى، فتبرأ ذمته بتأديته، ويقوم العربون فى الوفاء مقام المحل الأصلى. فالمشترى مثلا، إذا كان قد دفع عربوناً، يكون ملتزماً التزاماً أصلياً بتنفيذ الصفقة فيعطى الثمن ويأخذ المبيع، ويستطيع أن يبرئ ذمته من هذا الالتزام بتركه العربون للبائع، أى بتأدية العربون بديلا عن تأدية المحل الأصلى لالتزامه. وكذلك البائع، إذا كان قد أخذ عربوناً، يكون ملتزماً التزاماً أصلياً بتنفيذ الصفقة، فيعطى المبيع ويأخذ الثمن، ويستطيع أن يبرئ ذمته من هذا الالتزام برد العربون ومبلغ معادل له للمشترى، أى أنه يؤدى المبلغ المعادل للعربون بديلا عن تأدية المحل الأصلى لالتزامه[1]. وقد سبق أن بينا كل ذلك[2].

٢ – ثبوت خيار البدل للمدين ومصدر هذا الخيار

١٠٩ – ثبوت خيار البدل للمدين: خيار البدل يكون دائماً للمدين كما قدمنا، وهذا بخلاف خيار التعيين فى الالتزام التخييرى فقد رأينا أنه قد يكون للمدين أو للدائن أو لأجنبى. وثبوت خيار البدل للمدين مستفاد من تعريف الالتزام البدلى، فهو التزام يستطيع فيه المدين أن يبرئ ذمته بوفاء شئ بديل عن المحل الأصلى. فهو وحده – لا الدائن – الذى يختار محل الوفاء، إذ هو يفى بالمحل الأصلى ان لم يختر الشئ البديل. أما الدائن فليس له، كما رأينا، أن يطالب إلا بالمحل الأصلى، ومتى أدى له برئت ذمة المدين، ولا يستطيع الدائن أن يطالب بالبدل عوضاً عن المحل الأصلى.

١١٠ – مصدر خيار البدل: ومصدر خيار البدل، كمصدر خيار التعيين، هو الاتفاق أو نص فى القانون[3].

ففى كثير من الأحوال يكون مصدر خيار البدل هو الاتفاق، ويتحقق ذلك بنوع خاص فى العربون كما قدمنا.

وقد يكون مصدر الالتزام البدلى نصاً فى القانون، ونورد أمثلة لذلك:

(١) قضت الفقرة الأولى من المادة ١٢٩ مدنى، فى حالة استغلال أحد المتعاقدين فى المتعاقد الآخر طيشاً بيناً أو هوى جامح، بأن للقاضى، بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد. ثم تضيف الفقرة الثالثة من نفس المادة ما

---

(١) استئناف مختلط ٦ يناير سنة ١٩١٦ م٢٨ ص٩٥– وأنظر من هذا الرأى الأستاذ محمود أبو عافية: محاضرات فى الالتزامات ص١١٥– وقارن الأستاذين سليمان مرقس ومحمد على إمام فى عقد البيع ص٦١– ص٦٣.

(٢) الوسيط ١ فقرة ١٤٢ ص٢٦٣– ص٢٦٤ وص٢٦٤ هامش رقم ١ – الوسيط ٢ فقرة ٤٩٠.

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٤٧.

يأتى: «ويجوز فى عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضى كافياً لرفع الغبن».

ويؤخذ من ذلك أن المتعاقد الذى استغل صاحبه يصبح مديناً بالتزام أصلى، هو إعادة ما أخذ – بعد إبطال العقد – واسترداد ما دفع. ولكن القانون هيأ للمدين هنا بديلا إذا وفىّ به قام هذا الوفاء مقام تأدية المحل الأصلى، فللمدين أن يتوقى دعوى الإبطال إذا هو عرض ما يراه للقاضى كافيا لرفع الغبن، وهذا القدر الكافى لرفع الغبن ليس إلا البديل الذى قرره القانون ليقوم الوفاء به مقام الوفاء بالمحل الأصلى.

(٢) تنص المادة ٤٤١ مدنى على أن «يثبت حق المشترى فى الضمان (ضمان استحقاق المبيع) ولو اعترف وهو حسن النية للأجنبى بحقه أو تصالح معه على هذا الحق دون أن ينتظر فى ذلك صدور حكم قضائى، متى كان قد أخطر البائع بالدعوى فى الوقت الملائم ودعاه أن يحل محله فيها فلم يفعل. كل ذلك ما لم يثبت البائع أن الأجنبى لم يكن على حق فى دعواه». وتضيف المادة ٤٤٢ مدنى ما يأتى: «إذا توقى المشترى استحقاق المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شئ آخر، كان للبائع أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشترى المبلغ الذى دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات». فهنا للمشترى، بعد استحقاق المبيع، أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق، ويصبح البائع مديناً للمشترى بهذا الضمان، وهذا هو المحل الأصلى لالتزامه. ويستطيع أن يبرئ ذمته من هذا الدين إذا هو أدى، بدلا منه، ما دفعه المشترى للمستحق توقياً لاستحقاق المبيع كله أو بعضه، ويعتبر هذا الأداء هو الشئ البديل الذى يقوم مقام المحل الأصلى فى الوفاء.

(٣) تنص المادة ٤٦٩ فقرة أولى مدنى على أنه «إذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل إلى شخص آخر، فللمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا هو رد إلى المتنازل له الثمن الحقيقى الذى دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع». فهنا المدين بحق متنازع فيه ملتزم التزاماً أصلياً نحو المتنازل له بمحل الدين المتنازل عنه، وهذا هو المحل الأصلى. ولكنه يستطيع أن يبرئ ذمته بأداء بديل عن هذا المحل الأصلى، هو مقدار ما دفعه المتنازل له من ثمن ومصروفات مع فوائد الثمن من وقت الدفع.

(٤) تنص المادة ٨٤٥ مدنى على أنه «١– يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضى إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس، على أن تكون العبرة فى التقدير بقيمة الشئ وقت القسمة. ٢– ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة. وللمدعى عليه أن يقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعى نقداً أو عيناً ما نقص من حصته». فهنا المتقاسم الذى غبن المتقاسم معه بأكثر من الخمس ملتزم التزاماً أصلياً بأن يرد العين المقسومة إلى الشيوع بعد نقض القسمة. ولكن القانون هيأ له بديلا من هذا المحل الأصلى لالتزامه، هو أن يكمل للمتقاسم المغبون نقداً أو عيناً ما نقص من حصته،

فاذا أدى ما نقص قام الوفاء به مقام الوفاء بالمحل الأصلى.

(٥) تنص المادة ١١١٩ مدنى فقرة أولى على أنه «إذا كان الشئ المرهون مهدداً بالهلاك أو التلف أو نقص القيمة بحيث يخشى أن يصبح غير كاف لضمان حق الدائن ولم يطلب الراهن رده إليه مقابل شئ آخر يقوم بدله، جاز للدائن أو الراهن أن يطلب من القاضى الترخيص له فى بيعه بالمزاد العلنى أو بسعره فى البورصة أو السوق». فإذا اقتصرنا على التزام الراهن هنا[1]، وجدنا أن الراهن ملتزم التزاماً أصلياً ببيع العين المرهونة رهن حيازة فوراً بالمزاد أو بسعر البورصة أو السوق، بناء على ترخيص القاضى، لينتقل حق الدائن من العين المرهونة إلى ثمنها (م١١١٩ فقرة ثانية). ولكن القانون هيأ له بديلا من ذلك، هو أن يقدم بدل العين المرهونة عيناً أخرى تكون كافية لضمان حق الدائن، ومتى قدم هذه العين قام تقديمه لها مقام تنفيذ الالتزام الأصلى[2].

---

(١) إذ يلاحظ أن للراهن حقاً كما أن عليه التزاماً. فمن حقه أن يطالب هو ببيع العين المرهونة خوفاً عليها من التلف، إذا تأخر الدائن فى التقدم بهذا الطلب.

(٢) أما ما قضت به المادة ٢٧٣ مدنى من أن المدين، إذا ضعف التأمين لسبب أجنبى، يلتزم بدفع الدين فوراً أو بتقديم تأمين، فهذا التزام تخييرى الخيار فيه للمدين كما سبق القول. وما ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٣١ وص٤٧) من أنه التزام بدلى فغير صحيح، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك (أنظر آنفاً فقرة ٧٣ وفقرة ٩٢).

هذا وقد أنشأ القانون الفرنسى بعضاً من الالتزامات البدلية، والمقابل لها فى القانون المصرى التزامات تخييرية لا بدلية (أنظر المادة ١٦٨١ من التقنين المدنى الفرنسى وتقابلها المادة ٤٢٥ من التقنين المدنى المصرى، وأنظر المادة ١٢٠ من التقنين التجارى الفرنسى وتقابلها المادة ١١٩ من التقنين التجارى المصرى): أنظر بودرى وبارد٢ فقرة ١٠٤٩.

وقد يكون البدل أكثر من شئ واحد، ويكون للمدين أن يختار من هذه الأبدال البدل الذى يرتضيه عوضاً عن الوفاء بالمحل الأصلى، فالالتزام هنا يكون بدلياً من ناحية الوفاء وتخييرياً من ناحية البدل. ونجد فى المادة ١٠٧٢ مدنى مثلا لذلك، فهى تنص على أنه «إذا لم يختر الحائز أن يقضى الديون المقيدة، أو يطهر العقار من الرهن، أو يتخلى عن هذا العقار، فلا يجوز للدائن المرتهن أن يتخذ فى مواجهته إجراءات نزع الملكية وفقاً لأحكام قانون المرافعات إلا بعد إنذاره بدفع الدين المستحق أو تخلية العقار. ويكون الإنذار بعد التنبيه على المدين بنزع الملكية أو مع هذا التنبيه فى وقت واحد». ويستفاد من هذا النص أن الحائز للعقار المرهون يكون ملتزماً التزاماً أصلياً بتحمل إجراءات نزع الملكية (أنظر أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ obligation فقرة ٦١– الموجز للمؤلف فقرة ٤٩٧ ص٥٠٤ هامش رقم ٢). وله أن يفتدى ذلك ببديل، وهذا البديل أمر من أمور ثلاثة: (١) قضاء الدين المضمون بالرهن (٢) تطهير العقار المرهون (٣) التخلى عنه. فهنا البدل تخييرى، وللمدين أن يختار ما بين هذه الأمور الثلاثة، إذا لم يرغب فى الوفاء بالمحل الأصلى وهو تحمل إجراءات نزع الملكية.

الفرع الثانى
أحكام الالتزام البدلى

١١١- تعيين محل الاداء وتحمل التبعة: بالرغم من أهمية الالتزام البدلى، فان أحكامه ليست من التعقيد بالقدر الذى رأيناه فى أحكام الالتزام التخييرى. لذلك لن يطول القول فى تعيين محل الأداء وفى أحكام الهلاك فى الالتزام البدلى، كما طال فى الالتزام التخييرى.

١- تعيين محل الاداء

١١٢- ما الذى يطالب به الدائن: ليس للدائن أن يطالب فى الالتزام البدلى، كما رأينا، إلا بالمحل الأصلى. وليس له أن يطالب بالبديل، فان هذا البديل ليس محلا للالتزام حتى تجوز المطالبة به.

ومن ثم تتعين منذ البداية طبيعة الالتزام البدلى، فهو عقار أو منقول بحسب طبيعة المحل الأصلى، وهو قابل للتجزئة أو غير قابل لها بحسب طبيعة هذا المحل أيضاً، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك.

ويتعين كذلك اختصاص المحكمة منذ البداية، فالدائن يطالب بالمحل الأصلى إذا كان عقاراً أمام محكمة العقار وتبعاً لقيمة هذا الشئ، حتى لو كان البديل منقولا وأيا كانت قيمة هذا البديل.

١١٣- ما الذى يدفعه المدين: أما الذى يدفعه المدين فهو فى الأصل أيضاً المحل الأصلى الذى يطالب به الدائن. ولكنه يستطيع، كما قدمنا، أن يبرئ ذمته بدفع البديل، ومتى دفعه فقد انقضى الالتزام.

ولكن لا يجوز للمدين أن يدفع جزءاً من المحل الأصلى وجزءاً من البديل، كما لا يجوز ذلك فى الالتزام التخييرى. وللدائن أن يرفض الوفاء على هذا الوجه، فاما أن يأخذ المحل الأصلى بأكمله، وإما أن يأخذ البديل بأكمله.

وإذا مات الدائن، فليس لورثته المطالبة إلا بالمحل الأصلى كمورثهم، ولكن يجوز للمدين أن يفى لهم بالبديل كما كان يستطيع ذلك مع مورثهم. أما إذا مات المدين، فان لورثته الحق فى الوفاء بالبديل وتبرأ التركة من الدين بالوفاء به، كما كان المدين يستطيع ذلك حين حياته[1].

---

(١) وإذا كان المحل الأصلى غير قابل للتجزئة، فإن البديل لا ينقسم على ورثة المدين حتى لو كان قابلا للتجزئة. فلو التزم المدين بالإيراد أن يعطى رهناً لضمانه وإلا رد رأس المال، فإن إعطاء الرهن يكون =

وإذا كان الالتزام البدلى التزاماً زمنياً أو دورياً، فأن المدين يستطيع فى كل أداء أن يفى بالبديل عوضاً عن المحل الأصلى أو يؤدى المحل الأصلى كما يشاء. وإذا وفى بالبديل مرة، فله أن يؤدى المحل الأصلى مرة ثانية، ثم يوفى بالبديل مرة ثالثة، وهكذا. وذلك كله ما لم يتبين من إرادة الطرفين ومن الظروف والملابسات أن المدين إذا أدى المحل الأصلى أو وفى بالبديل مرة فقد تقيد بذلك فى المرات الأخرى المتعاقبة.

وإذا أعلن المدين إرادته أنه يريد الوفاء بالبديل دون أن يدفعه بالفعل، فان ذلك لا يمنعه عند الوفاء من أن يؤدى المحل الأصلى، ذلك أنه لا يتحدد محل الوفاء إلا عند الوفاء الفعلى. كذلك إذا أعلن قبل الوفاء أنه يؤدى المحل الأصلى، فلا يمنعه ذلك من أن يوفى بالبديل عند الوفاء.

ولا يمكن القول، إذا وفى المدين بالبديل، أن محل الالتزام قد تبدل فأصبح هو الشئ البديل عوضاً عن المحل الأصلى. بل إن الالتزام، يبقى على محله الأصلى، ويعتبر الوفاء بالبديل بمثابة الوفاء بمقابل، ولا يقوم البديل مقام المحل الأصلى فى المحلية، وإنما يقوم مقامه فى الوفاء وحده. ونرى من ذلك أنه لا محل لبحث الاستناد فى حالة الالتزام البدلى، ولا يمكن القول إن الوفاء بالبديل يقلب الالتزام البدلى إلى التزام بسيط محله البديل منذ البداية، بل إن الالتزام البدلى يبقى بالرغم من الوفاء بالبدل التزاماً بدلياً، وليس البدل إلا مقابلا للوفاء فيه.

٢ - أحكام الهلاك

١١٤ - هلاك المحل الاصلى: إذا هلك المحل الأصلى بسبب أجنبى، فقد انقضى الالتزام وبرئت ذمة المدين. ولا تتركز المحلية فى البديل، كما تركزت، فيما يتعلق بالالتزام التخييرى فى الشئ الباقى على ما أسلفنا.

أما إذا هلك المحل الأصلى بخطأ المدين، فان الدائن لا يطالب المدين إلا بالتعويض عن هذا المحل، دون أن يستطيع المطالبة بالبدل، فليس البديل كما قدمنا محلا للالتزام. وإنما يجوز للمدين أن يتوقى دفع التعويض بأن يوفى بالبديل، فيبرئ هذا الوفاء ذمته من الدين، وقد كان قادرا على أن يفعل ذلك قبل هلاك المحل الأصلى، فهو على فعله بعد الهلاك أقدر.

= هو المحل الأصلى ورد رأس المال هو البديل. ولما كان الرهن لا يتجزأ، فإن البديل وهو رد رأس المال لا يتجزأ أيضاً وإن كان قابلا للتجزئة. ومن ثم فإن ورثة المدين إذا اختاروا الوفاء بالبديل عوضاً عن المحل الأصلى، فأرادوا رد رأس المال بدلا من إعطاء الرهن وجب أن يردوا رأسى المال كاملا دون أن يتجزأ عليهم (أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Obligation فقرة ٦٣).

وإذا هلك البديل بعد هلاك المحل الأصلى، سواء كان هلاك البديل بخطأ المدين أو بغير خطأه، فأن الواجب على المدين هو التعويض عن المحل الأصلى لا التعويض عن البديل، فان المحل الأصلى هو وحده محل الالتزام، والبديل لا يقوم مقامه فى الوفاء إلا إذا كان موجوداً.

وإذا هلك المحل الأصلى بخطأ الدائن، فان الدائن يكون بمثابة من استوفى حقه. ولكن يجوز للمدين فى هذه الحالة أن يوفى بالبديل، ثم يطالب الدائن بقيمة المحل الأصلى الذى هلك بخطأه.

١١٥- هلاك البديل: أما إذا هلك البديل بسبب أجنبى أو بخطأ المدين، فان الالتزام لا ينقضى كما قدمنا، بل يبقى قائماً على محله الأصلى. فان المحل الأصلى وحده هو محل الالتزام، وهو باق فيبقى معه الالتزام. ولكن الالتزام البدلى ينقلب بهلاك البديل التزاماً بسيطاً، ليس لمحله بديل عند الوفاء.

وإذا هلك المحل الأصلى بعد هلاك البديل، فان كان هلاك المحل الأصلى بسبب أجنبى فقد انقضى الالتزام، وإن كان بخطأ المدين فان الدائن يتقاضى قيمة المحل الأصلى لا قيمة البديل على النحو الذى بيناه فيما تقدم.

وإذا هلك البديل بخطأ الدائن، بقى الالتزام قائماً، على محله الأصلى، فيطالب الدائن المدين بهذا المحل، ويرجع المدين على الدائن بقيمة البديل الذى هلك بخطأه. ولكن لما كان المدين يستطيع أن يوفى بالبديل عوضاً عن المحل الأصلى، فانه فى هذه الحالة يستطيع أن يمتنع عن الوفاء بالمحل الأصلى وأن يعتبر نفسه قد وفى الدين بالبديل، إذ أن الدائن بعد أن أهلك البديل بخطأه يكون بمثابة من استوفاه.

الباب الثالث

تعدد طرفى الالتزام

١١٦ – صور التعدد – الالتزام متعدد الاطراف والالتزام التضامنى والالتزام غير القابل للانقسام: قد يلحق الالتزام وصف التعدد فى طرفيه، أحدهما أو كليهما. ولهذا التعدد صور ثلاث:

(١) فاما أن يتعدد طرفا الالتزام أو أحدهما فى غير تضامن ما بين الأطراف المتعددين، فيتعدد الدائن، أو يتعدد المدين، أو يتعدد كل من الدائن والمدين، دون أن تربط الأطراف المتعددين رابطة خاصة تجعلهم متضامنين فى الحق أو فى الدين. ويسمى الالتزام فى هذه الحالة بالالتزام متعدد الأطراف (obligation conjointe).

(٢) وإما أن يتعدد طرفا الالتزام أو أحدهما فى تضامن ما بين الأطراف المتعددين. ويسمى الالتزام فى هذه الحالة بالالتزام التضامنى (obligation solidaire). فإذا كان المتعدد هو الدائن، كان هناك تضامن ما بين الدائنين وهو تضامن إيجابى (solidarité active). أما إذا كان المتعدد هو المدين، وهذا هو الغالب، كان هناك تضامن ما بين المدينين وهو تضامن سلبى (solidarité passive).

(٣) وإما أن يتعدد طرفا الالتزام أو أحدهما فى التزام لا يتجزأ تنفيذه. ويسمى الالتزام فى هذه الحالة بالالتزام غير القابل للانقسام (obligation indivisible)[1].

والصورتان الثانية والثالثة – التضامن وعدم القابلية للانقسام – لا يتحققان بمجرد تعدد الأطراف، بل لابد من توافر شروط خاصة لتحقق كل منهما. أما الصورة الأولى فتتحقق

---

(١) وهناك التزام تتعدد أطرافه لا على سبيل الجمع بل على سبيل التخيير، فيكون الدائن متعدداً على أن يكون أحد هؤلاء المتعددين دون الباقى هو الدائن وحده، أو يكون المدين متعدداً على أن يكون أحد هؤلاء المتعددين دون الباقى هو المدين وحده – ويسمى الالتزام الذى تتعدد أطرافه على سبيل التخيير بالالتزام التخييرى الطرف، ويدعى فى فرنسا بعبارة (obligation disjointe). فكما يتعدد المحل فى الالتزام التخييرى المحل على أن يكون أحد المحال المتعددة هو وحده محل الالتزام، كذلك تتعدد الأطراف فى الالتزام التخييرى الطرف على أن يكون أحد الأطراف المتعددة هو وحده الدائن أو المدين. ويتحقق ذلك أكثر ما يتحقق فى الوصية، فيوصى الشخص لفلان ثم لفلان إن مات الأول قبله. على أنه نادر الوقوع فى العمل، ولم يبحثه فى فرنسا إلا بعض فقهاء القرن التاسع عشر (أنظر ديمولومب ٢٦ فقرة ١٠١ – فقرة ١٠٤ – وأنظر فى المعنى الذى قدمناه بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٠٧ ص٢٤٤ هامش رقم ١).

هذا ولا يوجد ما يمنع من أن يجمع الالتزام أوصافاً عدة، فيكون التزاماً شرطياً ويكون فى الوقت ذاته تخييرياً من حيث المحل وتضامنياً من حيث الأطراف (دى باج٣ فقرة ٢٨٧).

بمجرد تعدد طرفى الالتزام الناشئ من مصدر واحد. ومن ثم كان الأصل فى الالتزام الذى تتعدد أطرافه أن يكون التزاماً متعدد الأطراف، لا التزاماً تضامنياً ولا التزاماً غير قابل للانقسام. فالتضامن وعدم القابلية للانقسام لا يفترضان، بل لابد لهما من شروط خاصة كما قدمنا. على أن الغالب الذى يكثر وقوعه فى العمل هو الالتزام التضامنى ثم الالتزام غير القابل للانقسام.

ونبحث فى فصول ثلاثة متعاقبة الالتزام متعدد الأطراف والالتزام التضامنى والالتزام غير القابل للانقسام.

الفصل الأول

الالتزام متعدد الأطراف

(Obligation conjointe)

١١٧ – وحدة المصدر وتعدد الأثر: إذا تعدد في الالتزام طرفه ولم تتحقق فيه شروط التضامن أو شروط عدم القابلية للإنقسام، كان التزاماً متعدد الأطراف كما قدمنا. والالتزام متعدد الأطراف هو التزام واحد من حيث المصدر، متعدد من حيث الأثر فينقسم على أطرافه. وهذا بخلاف الالتزام التخييرى، فهو واحد من حيث المصدر وواحد أيضاً من حيث الأثر فيتوحد بالنسبة إلى محله(١).

فنتكلم إذن فى الالتزام متعدد الأطراف من حيث مصدر التعدد ومن حيث الأثر الذى يترتب على هذا التعدد.

١ – مصدر التعدد فى الالتزام متعدد الأطراف

١١٨ – القانون والارادة: أكثر ما يكون مصدراً لتعدد الأطراف فى الالتزام هو القانون، سواء فى ذلك تعدد الدائنين أو تعدد المدينين. ولكن قد لا يكون القانون هو مصدر التعدد، بل يكون المصدر هو إرادة طرفى الالتزام.

١١٩ – القانون مصدر التعدد: ويقع ذلك أكثر ما يقع فى الميراث. فان الدائن إذا مات آل الحق الذى له فى ذمة مدينه إلى ورثته، ويكونون فى أكثر الأحوال متعددين. فيصبح الحق، بعد أن كان له دائن واحد، له دائنون متعددون هم الورثة، وسنرى أن الحق فى هذه الحالة ينقسم على الورثة كل بقدر نصيبه فى الميراث(٢). كذلك إذا مات المدين وترك ورثة متعددين، فان الدين – فى القانون الفرنسى لا فى الشريعة الإسلامية(٣) – ينتقل إلى ورثته، فيصبح ذا مدينين متعددين ينقسم عليهم الدين كل بقدر نصيبه فى الميراث.

---

(١) أنظر فى هذا المعنى دى باج ٣ ص٢٨٠ هامش رقم ٢.

(٢) وهذه حالة من حالات الدين المشترك فى الفقه الإسلامى، ونظام الدين المشترك أخذ به التقنين المدنى العراقى دون التقنين المدنى المصرى كما سنرى.

(٣) ومع ذلك يصور الأستاذ إسماعيل غانم انتقال الديون إلى ورثة المدين فى الشريعة الإسلامية على النحو الآتى: «إن أموال المورث وديونه تنتقل جميعاً إلى الوارث بمجرد الوفاة فيصبح مالكاً لتلك الأموال ومديناً بالديون. غير أن مسئوليته عن هذه الديون ليست مسئولية شخصية تمتد إلى كافة =

وقد ينص القانون، في غير الميراث، على تعدد أطراف الالتزام. من ذلك ما تقضي به الفقرة الأولى من المادة ٥٢٣ مدني، فهي تنص على ما يأتي: «إذا لم تف أموال الشركة بديونها، كان الشركاء مسئولين عن هذه الديون في أموالهم الخاصة، كل منهم بنسبة نصيبه في خسائر الشركة، ما لم يوجد اتفاق على نسبة أخرى. ويكون باطلا كل اتفاق يعفي الشريك من المسئولية عن ديون الشركة».

فهذا نص يجعل لالتزام الشركة المدينة – إلى جانب المدين الأصلي وهو الشركة – مدينين متعددين هم الشركاء، وقد جعلهم النص مسئولين، عندما لا تفي أموال الشركة بوفاء الالتزام، في أموالهم الخاصة كل بقدر نصيبه في الخسارة. وكان الأصل ألا يكون هؤلاء الشركاء مسئولين عن ديون الشركة في أموالهم الخاصة، لأن الشركة شخص معنوي وهو وحده المسئول عن ديونه، لولا النص الذي أوردناه. وما دام القانون قد أوجد هؤلاء المدينين المتعددين، فالأصل ألا يكون بينهم تضامن وأن ينقسم الالتزام عليهم. وهذا حكم يستمد من المبادئ العامة، دون حاجة إلى أن ينص عليه القانون. غير أن المادة التالية، وهي المادة ٥٢٤ مدني، أكدت هذا الحكم مع تحوير فيه إذ قضت بما يأتي: «١– لا تضامن بين الشركاء

=أمواله الموروث منها وغير الموروث، وإنما هي مسئولية عينية محددة تنحصر فيما تلقاه عن مورثه من أموال، فتنتقل إليه هذه الأموال محملة بحق عيني تبعي لمصلحة الدائنين يخول لهم استيفاء ديونهم منها بالأفضلية على دائني الوارث الشخصيين، كما يخول لهم تتبع تلك الأموال إذا تصرف فيها الوارث قبل سداد ديونهم» (أحكام الالتزام فقرة ١٩ ص٣١– ورسالته في الذمة المالية فقرة ٢٦– فقرة ٣٢). ثم يقول في موضع آخر: «تطبق القاعدة ذاتها (قاعدة انقسام الدين) في القانون الفرنسي إذا توفي المدين عن عدة ورثة، فينقسم الدين بينهم كل بقدر حصته في التركة. أما في القانون المصري، فلا يخضع الدين لقاعدة الانقسام. ويفسر ذلك عادة بأن الديون لا تنتقل إلى الورثة أصلا، بل تكون التركة هي المدينة على أساس بقاء الديون متعلقة بذمة المورث، فيفترض استمرار ذمته بعد وفاته إلى أن تسوى ديونه من أمواله. وقد سبقت الإشارة إلى أن التفسير الصحيح لمركز الوارث في القانون المصري يقتضي التسليم بأن أموال المتوفى وديونه تنتقل إلى الورثة بمجرد الوفاة، ولكن ذلك لا يعني أن الالتزام ينقسم بين الورثة في علاقتهم بالدائن، فمن المسلم أن الورثة، ومسئوليتهم عن ديون المورث مسئولية عينية محددة بالأموال التي تركها، لا يتلقون تلك الأموال خالصة، بل محملة بحق عيني تبعي يكفل للدائنين تتبع أعيان التركة والأولوية في استيفاء حقوقهم منها. والقاعدة أن الحق العيني التبعي لا يقبل التجزئة، وعلى ذلك فللدائن أن يرجع بحقه كاملا على أي مال من أمال التركة. فإذا اقتسم الورثة أموال التركة، فاختص أحدهم بعين معينة تعادل حصته في الميراث، فللدائن رغم ذلك أن يستوفي حقه كاملا من تلك العين بوصفها محملة بحق عيني تبعي يكفل له ضمانا لا يقبل التجزئة. وليس للوارث، إذا وفى الدين كاملا أو استوفى الدين جبرا عليه من العين التي اختص بها في القسمة، إلا أن يرجع على الورثة الآخرين بما زاد على حصته في الدين» (أحكام الالتزام ص٢٧٢ هامش رقم ١). ويبدو أن الأستاذ إسماعيل غانم يذهب إلى أن الدين في الشريعة الإسلامية ينتقل إلى الوارث بعنصريه من مديونية ومسئولية، ولكن المسئولية محدودة بما أصابه الوارث من مال التركة، أما عدم انقسام الدين على ورثة المدين فيرجع إلى هذا الحق العيني التبعي الذي يثقل كل أموال التركة وهو حق غير قابل للانقسام.

فيما يلزم كل منهم من ديون الشركة، ما لم يتفق على خلاف ذلك. ٢ – غير أنه إذا أعسر أحد الشركاء، وزعت حصته فى الدين على الباقين كل بقدر نصيبه فى الخسارة». فهنا نص القانون صراحة على عدم التضامن بين المدينين المتعددين، ولكنه استبعد نتيجة هامة من نتائج عدم التضامن. ذلك أن عدم التضامن من المدينين يؤدى إلى انقسام الدين عليهم، فإذا أعسر أحدهم لم يتحمل الباقى هذا الإعسار، ويتحمله الدائن. ولكن النص يقضى صراحة بأن المدينين يكونون مسئولين عن إعسار أى منهم، بالرغم من انقسام الالتزام عليهم. فإذا أعسر أحدهم وزعت حصته على الباقين، كل بقدر نصيبه فى تحمل الخسارة.

ويلاحظ فى الأمثلة المتقدمة أن الدين نشأ ابتداء لصالح دائن واحد أو فى ذمة مدين واحد، ثم خلفه عليه الورثة أو الشركاء فتعدد الدائنون أو المدينون. ويصح أن ينشأ الدين منذ البداية لصالح دائنين متعددين أو فى ذمة مدينين متعددين. فإذا قبض أحد الورثة غلة التركة، كان مديناً لسائر الورثة بأنصبتهم فى هذه الغلة، فينشأ الدين ابتداء لصالح دائنين متعددين. وإذا أوصى شخص بمبلغ من النقود لآخر يأخذه من تركته، فان الورثة وهم يمثلون التركة يكونون مدينين متعددين منذ البداية فى هذا الالتزام الموصى به.

١٢٠ – الارادة مصدر التعدد: وقد تكون الإرادة هى مصدر تعدد الدائنين أو المدينين. فإذا باع الشركاء فى الشيوع الدار التى بينهم، أو باعت الورثة عيناً من أعيان التركة، فالأصل أن يكون للالتزام بالثمن الذى نشأ فى ذمة المشترى دائنون متعددون، هم الشركاء فى الشيوع أو الورثة، وما لم يشترط هؤلاء الدائنون التضامن فيما بينهم انقسم الحق عليهم كل بنسبة نصيبه فى المبيع. وسنرى أن هذه هى إحدى حالات الدين المشترك فى الفقه الإسلامى، ولكن التقنين المدنى المصرى بخلاف التقنين المدنى العراقى لم يأخذ بنظام الدين المشترك، فينقسم الدين على الدائنين كما قدمنا. وإذا اشترى عدة أشخاص داراً واحدة على الشيوع صفقة واحدة، فان الالتزام بالثمن يكون له مدينون متعددون هم هؤلاء المشترون، وينقسم الالتزام عليهم كل بقدر نصيبه فى الدار، ولا يكون هناك تضامن بينهم إلا إذا اشترطه البائع عليهم.

ويلاحظ فى الأمثلة المتقدمة – حيث كان مصدر تعدد الدائنين أو المدينين هى الإرادة – أن الدين قد نشأ وله أطراف متعددون منذ البداية.

٢ – الأثر الذى يترتب على التعدد فى الالتزام متعدد الأطراف

١٢١ – انقسام الالتزام على أطرافه: الأثر الذى يترتب على التعدد، إذا كان الالتزام متعدد الدائنين أو متعدد المدينين دون تضامن فيما بينهم، أن الالتزام ينقسم بحكم القانون على الدائنين المتعددين أو على المدينين المتعددين، كل بالقدر المتفق عليه أو بالقدر الذى

يعينه القانون. فالاتفاق يعين نصيب كل مشتر من المشترين المتعددين للدار إذا اشتروها صفقة واحدة دون تضامن فيما بينهم، فيلتزم كل منهم بحصة من الثمن تساوى مقدار نصيبه فى الدار حسب الاتفاق الذى يتم بينهم. والقانون يعين نصيب كل وارث، إذا ورث الجميع ديناً لصالح التركة(١). فإذا لم يعين الاتفاق أو القانون نصيب كل من الدائنين أو المدينين المتعددين، لم يبق إلا أن ينقسم الالتزام عليهم بحسب الرؤوس أى بأنصبة متساوية(٢).

ومتى انقسم الالتزام على الدائنين أو المدينين المتعددين، أصبح بموجب هذا الانقسام التزامات متعددة لصالح الدائنين المتعددين أو فى ذمة المدينين المتعددين، ويكون كل التزام من هذه الالتزامات المتعددة مستقلا عن الالتزامات الأخرى(٣).

١٢٢- النتائج التى تترتب على انقسام الالتزام: وتترتب على انقسام الالتزام وصيرورته التزامات متعددة مستقلة على النحو الذى بسطناه نتائج هامة، نذكر منها:

أولا- إذا انقسم الالتزام على دائنين متعددين:

(١) كل دائن لا يستطيع أن يطالب المدين إلا بنصيبه، ولا يستطيع المدين أن يدفع له أكثر من نصيبه.

(٢) قطع التقادم أو وقفه أو الإعذار أو المطالبة القضائية، إذا تم من جانب أحد الدائنين، يسرى أثره بالنسبة إليه وحده دون غيره من الدائنين الآخرين، فينقطع التقادم أو يقف لصالحه وحده، ويعتبر المدين معذراً بالنسبة إليه وحده، وتسرى فوائد التأخير المترتبة على المطالبة القضائية له وحده.

(٣) إذا أبطل الدين أو فسخ أو انقضى بالنسبة إلى أحد الدائنين، لم يؤثر ذلك فى

---

(١) أما بالنسبة إلى ورثة المدين، فالدين فى الشريعة الإسلامية لا ينقسم على هؤلاء الورثة، وقد تقدم ذكر ذلك.

(٢) ويلاحظ أن الدين ينقسم بحسب نصيب كل من الأطراف أو بأنصبة متساوية، لا فحسب فى علاقة الدائنين بالمدين أو علاقة المدينين بالدائن، بل أيضاً فيما بين الدائنين أو فيما بين المدينين بعضهم مع بعض، أى أن نصيب كل منهم فى الالتزام بالدين (obligation à la dette) معادل لنصيبه فى المساهمة فيه (contribution à la dette) وسنرى فى الالتزام التضامنى وفى الالتزام غير القابل للانقسام أن النصيب فى الالتزام بالدين قد يختلف عن النصيب فى المساهمة فيه (دى باج٣ فقرة ٢٩١). على أنه يجوز، فى الالتزام متعدد الأطراف، الاتفاق على أن يكون النصيب فى الالتزام بالدين غير النصيب فى المساهمة فيه (دى باج ٣ فقرة ٢٨٩ ص٢٨٢).

ويجوز أن ينشأ من العقد الواحد التزامات عدة، بعضها قابل للانقسام وبعضها غير قابل له، فإذا اشترى شخصان داراً صفقة واحدة، فإن الالتزام بالثمن يكون قابلا للانقسام، أما الالتزام بتسليم الدار فإنه يكون غير قابل له (دى باج٣ فقرة ٢٨٩ ص٢٨٢).

(٣) على أن هذا الاستقلال لا يكون كاملا من بعض الوجوه التفصيلية (أنظر فى ذلك بودرى وبارد٢ فقرة ١١١١- ديمولومب ٢٦ فقرة ١١٣- فقرة ١١٤).

حقوق الباقين، بل يبقى كل منهم دائناً بقدر نصيبه، ولا ينتقل إليهم نصيب الدائن الذى أبطل دينه أو فسخ.

(٤) إذا وفى المدين أحد الدائنين ثم أعسر، لم يرجع باقى الدائنين الذين لم يستوفوا أنصبتهم على الدائن الذى استوفى نصيبه، إذ كل حق مستقل عن الحقوق الأخرى كما قدمنا.

ثانياً- إذا انقسم الالتزام على مدينين متعددين:

(١) كل مدين لا يكون ملتزماً إلا بنصيبه، ولا يستطيع الدائن أن يطالبه بأكثر من ذلك.

(٢) قطع التقادم أو وقفه أو الإعذار أو المطالبة القضائية، إذا تم ضد أحد المدينين، يقتصر أثره على هذا المدين ولا يتعداه إلى المدينين الآخرين.

(٣) إذا أبطل دين أحد المدينين أو فسخ أو انقضى أو ارتكب أحد المدينين خطأ، فان أثر ذلك يقتصر على هذا المدين، فلا يكون المدينون الآخرون مسئولين عن نصيب من أبطل دينه أو فسخ أو يكونون مسئولين عن خطأه. وإذا كان هناك شرط جزائى يتناول جميع الدين، فالمسئول من المدينين بموجب هذا الشرط الجزائى هو وحده الذى يطالب به وبمقدار نصيبه منه فقط.

(٤) إذا أعسر أحد المدينين، لم يتحمل إعساره الباقون، والدائن هو الذى يتحمل هذا الإعسار(١).

وانقسام الدين، بما يجر من النتائج على النحو المتقدم، يجعل الدين ضعيف الأثر. ومن ثم يؤثر الناس عند التعامل توقى هذه النتائج، باشتراط أن يكون الالتزام تضامنياً أو غير قابل للانقسام(٢).

---

(١) أنظر فى كل هذه النتائج أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٩٨ ص٢٣- بودرى وبارد٢ فقرة ١١١٢- فقرة ١١١٣- بلانيول وريبير وجابولد٧ فقرة ١٠٥٧- دى باج٣ فقرة ٢٩٠.

وقد ورد فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى من النصوص فى هذا الصدد ما يأتى:

م٩: يجوز أن يختص الموجب الواحد بعدة أشخاص موجب لهم أو موجب عليهم. وتقسم الموجبات من هذا القبيل إلى موجبات متقارنة وموجبات متضامنة.

م١٠: إن توزيع المنافع والتكاليف فى الموجبات المتقارنة يتم حتما على قاعدة المساواة بين الدائنين والمديونين، ما لم يكن العقد يقضى بخلاف ذلك. فيكون فى الحقيقة عدد الديون بقدر عدد الدائنين أو المديونين، وهو الأمر الذى يجب الاعتداد به، ولا سيما فى: ١- ما يتعلق بحق المداعاة، إذ لا يمكن أحد الدائنين أن يستعمل هذا الحق، كما لا يمكن استعماله على أحد المديونين، إلا بقدر النصيب الذى يكون للدائن أو النصيب الذى يكون على المديون من ذلك الموجب. ٢- ما يختص بإنذار كل من المديونين أو بنسبة الخطأ إليه، فإن الإنذار ونسبة الخطأ يتمان فى شأن كل مديون على حدة. ٣- ما يتعلق بتقدير أحوال البطلان التى يمكن أن تكون شخصية لكل ذى شأن فى الموجب. ٤- ما يختص بالأعمال التى تقطع حكم مرور الزمن بالأسباب التى توقف سريانه.

(٢) دى باج٣ فقرة ٢٩٠.

الفصل الثانى

الالتزام التضامنى(*)

(obligation solidaire)

١٢٣ – التضامن بين الدائنين والتضامن بين المدينين: قدمنا أن الطرف المتعدد فى الالتزام التضامنى قد يكون هو الدائن فيكون هناك تضامن بين الدائنين، وقد يكون هو المدين فيكون هناك تضامن بين المدينين. والتضامن بين المدينين هو الأكثر وقوعاً فى العمل.

وسواء كان التضامن بين الدائنين أو بين المدينين، فهو أحد طرق الضمان للدين، بل هو أبلغ فى الضمان من الكفالة. ذلك أن الدائن فى الكفالة – إذا لم يكن الكفيل متضامناً مع المدين – لا يستطيع أن يرجع إلا على المدين الأصلى أولا، فإذا لم يستوف حقه منه رجع على الكفيل. أما فى التضامن فالدائن يستطيع أن يرجع على أى مدين متضامن بكل الدين، هذا إذا كان التضامن بين المدينين. فإذا كان التضامن بين الدائنين فأى دائن متضامن يستطيع أن يطالب المدين بكل الدين، ومن جهة أخرى فان وفاء المدين لأى دائن متضامن بكل الدين مبرئ لذمته بالنسبة إلى سائر الدائنين(١)، وهذا ما يجعل التضامن ما بين الدائنين أقرب إلى أن يكون ضماناً للمدين منه ضماناً للدائن كما سنرى.

(*) مراجع: بيلون (Pilon) فى النظرية العامة فى النيابة فى الالتزامات رسالة من كان سنة ١٨٩٧ – يوانيد (Ioanid) فى التضامن الناقص رسالة من باريس سنة ١٩٠٢ – ديتسون (Duchon) فى النيابة فى التضامن رسالة من باريس سنة ١٩٠٧ – هامل (Hamel) رسالة من پواتييه سنة ١٩٠٨ – أودينو (Oudinot) فى النيابة الناقصة فى القانون الفرنسى رسالة من باريس سنة ١٩٠٩ – هوانج هاى (Huang- Hai) فى التضامن السلبى رسالة من باريس سنة ١٩٣٤ – فرانسوا (I.François) فى التمييز بين الالتزام التضامنى والالتزام التضامى (in solidum) رسالة من باريس سنة ١٩٣٦ – دراكيديس (Drakidis) فى المبدأ القاضى بأن التضامن لا يفترض رسالة من باريس سنة ١٩٣٩. هرفيه (Hervé) فى التضامن وعدم القابلية للانقسام والكفالة رسالة من بوردو سنة ١٩٤٠ – كايزر (Kayser) رساتل فى التضامن فى المستولية عن العمل غير المشروع المجلة الانتقادية سنة ١٩٣١ ص١٩٧ – فانسان (Vincent) توسع القضاء فى فكرة التضامن السلبى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٣٩ ص١-٦٠.

أوبرى ورو٤ فقرة ٣٩٨ وما بعدها – بودرى وبارد٢ فقرة ١١٠٧ وما بعدها– بنكاز٢ فقرة ٧٨٤ وما بعدها – بلانيول وريبير وجابولد٧ فقرة ١٠٥٩ وما بعدها – بيدان ولاجارد ٨ فقرة ١١٠٧ وما بعدها – دى پاج٣ فقرة ٣١١ وما بعدها – بلانيول وريبير وبولانجيه٢ فقرة ١٨٤١ وما بعدها – كولان وكاپيتان٢ فقرة ٤١١ وما بعدها – چوسران٢ فقرة ٧٥٤ وما بعدها.

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٥٩ ص٤١٤.

والتضامن بنوعيه يقتضى بوجه عام أن تكون هناك شركة أو فى القليل اشتراك فى المصلحة (communauté d'intérêts) بين الأطراف المتضامنين، وهذه المصلحة المشتركة هى التى تبرر أحكام التضامن[1].

ويصح أن يجتمع فى التزام واحد تضامن الدائنين وتضامن المدينين، فيكون الالتزام متعدد الدائنين مع تضامنهم ومتعدد المدينين مع تضامنهم أيضاً. ويجوز فى هذه الحالة لأى دائن أن يطالب أى مدين بكل الدين، كما يجوز لأى مدين أن يفى لأى دائن بكل الدين، فالوفاء من أى مدين لأى دائن يقضى الدين بالنسبة إلى سائر المدينين وإلى سائر الدائنين[2].

الفرع الأول

التضامن بين الدائنين

(Solidarité entre créanciers - Solidarité active)

١٢٤ – مباحث ثلاثة: نبحث فى التضامن بين الدائنين:

(أولا) مصدر هذا التضامن.

(ثانيا) والآثار التى تترتب عليه.

(ثالثا) ثم نعرض لصورة خاصة لدين يقوم فيه ضرب من التضامن بين الدائنين، وهى الصورة المعروفة فى الفقه الإسلامى بالدين المشترك، وقد نقلها عنه التقنين المدنى العراقى دون التقنين المدنى المصرى[3].

---

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١١١٩.

(٢) بودرى وبارد٢ فقرة ١١١٦.

(٣) وقد عنى التقنين المدنى الجديد بالتضامن فلم يورده مقتضباً كما فعل التقنين المدنى السابق، وعنى بالتضامن بين المدينين بوجه خاص لأهميته العملية. على أن أكثر الأحكام التى نص عليها فيه يسهل تصور نظائرها فى التضامن بين الدائنين، وهذا ما سنفعله فيما يلى. وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى: «التزم التقنين الراهن (السابق) ما عهد فيه من الاقلال والاقتضاب فيما يتعلق بأحكام التضامن، مع مالها من عظيم الخطر. فلم يكن بد من أن يعمد المشروع إلى تنظيم صورتى التضامن تنظيماً أشمل، وأن يعنى بوجه خاص بالتضامن السلبى وهو أهم هاتين الصورتين فى نطاق العمل. على أن أكثر الأحكام التى عنى المشروع بوضعها فيما يتعلق بالتضامن بين المدينين من الميسور تصور نظيرها بصدد التضامن بين الدائنين. بيد أنه رؤى إغفال هذه الأحكام فى معرض إيراد القواعد المتعلقة بهذا الضرب من التضامن، حتى لا ينوء المشروع بنصوص حظها من التطبيق العملى جد يسير» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٤٩).

المبحث الأول

مصدر التضامن بين الدائنين

١٢٥ – النصوص القانونية: تنص المادة ٢٧٩ من التقنين المدنى المصرى على ما يأتى:

«التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص فى قانون»(١).

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادتين ١٦١/١٠٧ و١٦٢/١٠٨(٢).

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٧٩، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٦٦، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣١٥، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ١٢(٣).

---

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ٤٠٣ من المشروع التمهيدى على وجه مقارب لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، ثم حور تحويراً طفيفاً فى لجنة المراجعة فأصبح مطابقاً لما استقر عليه، وأصبحت المادة رقمها ٢٩١ من المشروع النهائى. ووافق عليها مجلس النواب، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٥١ – ص٥٢).

(٢) **التقنين المدنى السابق م١٦١/١٠٧:** إذا تضمن التعهد التفويض من كل من المتعهد لهم للباقى فى استيفاء الشئ المتعهد به، يكون كل منهم قائماً مقام الباقى فى ذلك. وفى هذه الحالة تتبع القواعد المتعلقة بأحوال التوكيل.

م١٦٢/١٠٨: لا يلزم كل واحد من المتعهدين بوفاء جميع المتعهد به إلا إذا اشترط تضامنهم لبعضهم فى العقد أو أوجبه القانون، وفى هذه الحالة يعتبر المتعهدون كفلاء لبعضهم بعضا ووكلاء عن بعضهم بعضاً فى وفاء المتعهد به، وتتبع القواعد العامة المتعلقة بأحكام الكفالة والتوكيل. (والتقنين المدنى الجديد لم يغير من مصدر التضامن الايجابى فهو الاتفاق، ولا من مصدر التضامن السلبى فهو الاتفاق أو نص فى القانون). أما ما عرض له التقنين المدنى السابق من أن أحكام الوكالة تنطبق على التضامن الايجابى وأن أحكام الوكالة والكفالة تنطبق على التضامن السلبى، فقد تجنب ذكره التقنين المدنى الجديد، مقتصراً على التطبيقات التشريعية التى أتى بها وهى تخرج فى بعض الأحوال على هذه الأحكام).

(٣) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى م٢٧٩ (مطابقة للمادة ٢٧٩ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى الليبى م٢٦٦ (مطابقة للمادة ٢٧٩ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى العراقى م٣١٥: لا يكون الدائنون متضامنين إلا إذا كان هناك اتفاق على ذلك أو كان القانون ينص على تضامنهم. (ونجد هنا التقنين المدنى العراقى يصرح بأن القانون قد يكون مصدراً لتضامن الدائنين، وليس يوجد تطبيق لذلك: راجع الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١٩٣ وهو لا يشير إلى أى تطبيق فى هذا الصدد).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م١٢: إن التضامن بين الدائنين لا يؤخذ بالاستنتاج، بل يجب أن ينشأ عن عقد قانونى أو عن القانون أو عن ماهية العمل. =

١٢٦ – التضامن بين الدائنين مصدره الاتفاق أو الارادة بوجه عام: بالرغم من أن نص المادة ٢٧٩ سالفة الذكر قد شمل التضامن بين الدائنين والتضامن بين المدينين وقضى بأن مصدر التضامن يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون، فلا يتوهم من ذلك أن التضامن بين الدائنين هو كالتضامن بين المدينين يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون. فالتضامن بين الدائنين لا يكون مصدره إلا الاتفاق أو الوصية، أى الإرادة بوجه عام، ولا يكون مصدره القانون(١).

والتضامن بين الدائنين نادر الوقوع فى العمل. وأكثر ما يقع عندما يكون هناك مدينون متضامنون ثم ينقلبون إلى دائنين متضامنين. مثل ذلك أن يبيع ثلاثة ستين قنطاراً من القطن ويتضامنون فى الالتزام بالتسليم، ثم لا يدفع المشترى الثمن، فيكونون دائنين بالتضامن فى المطالبة بفسخ البيع. وكذلك لو كان العقد هبة وأراد الواهبون المتضامنون الرجوع فى الهبة، فانهم يكونون دائنين متضامنين فى هذا الرجوع. ويصح أن يكون مصدر تضامن الدائنين الوصية، فيوصى شخص لأشخاص متعددين بمبلغ من النقود يستوفونه من تركته ويجعلهم متضامنين فى المطالبة بهذا المبلغ(٢)، وهنا نشأ التضامن الإيجابى منذ البداية ولم ينعكس عن تضامن سلبى(٣).

= (وهنا أيضاً نجد التقنين اللبنانى يشير إلى القانون مصدراً لتضامن الدائنين دون أن يورد مثلا لذلك).

(١) أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٩٨ مكررة ص٢٤ – بودرى وبارد٢ فقرة ١١٢٢ ص٢٥٢ وفقرة ١١٢٦ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٠ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٨٤٦ – جوسران ٢ فقرة ٧٥٧ ص٤١٢ – ويقول بيدان ولاجارد أنه لا توجد أية حالة للتضامن الإيجابى يكون مصدرها القانون، وإذا كان يذكر فى بعض الأحيان حالة الشركاء فى شركة التضامن، فهؤلاء مدينون بالتضامن، وليسوا دائنين بالتضامن، والدائن هى الشركة دون غيرها (بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨١١ ص٩٨٦ – ص٨٩٧). أنظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى حيث تقول: «قد يكون مصدر التضامن السلبى والإيجابى تعبيراً عن الإرادة». ثم تقول: «هذا وقد يكون نص القانون مصدراً للتضامن السلبى» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٥١) – قارن مع ذلك التقنين المدنى العراقى المادة ٣١٥ وتقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ١٢.

(٢) ديمولومب ٢٦ فقرة ١٣٣ وفقرة ٢١٩ – فقرة ٢٢٠ – لوران ١٧ فقرة ٢٥٤ وفقرة ٢٧٦ – بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٢٣ وفقرة ١١٢٦.

(٣) وعند الفرنسيين صورة عملية للتضامن بين الدائنين، ألفوها مدة من الزمن للتهرب من ضريبة التركات. وذلك بأن يودع المورث والوارث المحتمل – زوج وزوجته أو ابن وابنه أو نحو ذلك – النقود باسميهما فى أحد المصارف على أن يكونا دائنين متضامنين لهذا الحساب المشترك (compte joint)، فيتمكن بذلك أى منهما أن يسحب من المصرف كل المبلغ بمفرده، فإذا مات أحدهما وورثه الآخر سحب الوارث المبلغ كله، فيفلت بذلك من ضريبة التركات. غير أن قانونين صدرا فى ٣١ مارس سنة ١٩٠٣ و٣١ ديسمبر سنة ١٩٠٣ اعتبرا هذا الحساب المشترك ملكاً مشتركاً للدائنين، فإذا مات أحدهما اعتبر نصيبه تركة تستحق عليها الضريبة. على أن باب التحايل لا يزال مفتوحاً عن طريق إخفاء العنوان الحقيقى، وعن طريق إيداع الحساب المشترك أحد المصارف الأجنبية حيث لا =

والسبب فى ندرة التضامن بين الدائنين أن مضار هذا التضامن تربى على فوائده. فان الدائنين إذا اشترطوا التضامن بينهم لا يكسبون من وراء ذلك إلا أن أى دائن منهم يستطيع المطالبة بكل الدين، كما يستطيع المدين أن يوفيه إياه كله. وهذا الكسب لا يعد شيئاً مذكوراً إلى جانب ما يتعرض له الدائنون من الخطر، فان أى دائن منهم يستطيع أن يقبض الدين كله، فتبرأ ذمة المدين بهذا الوفاء، وليس لسائر الدائنين إلا الرجوع كل بنصيبه على الدائن الذى استوفى الدين، فإذا هو أعسر تحملوا تبعة إعساره، وفى هذا من الخطر ما فيه. أما ما أفادوه من التضامن فيستطيعون الوصول إليه من غير هذا الطريق، فانهم يملكون عند حلول الدين أن يعطوا أياً منهم توكيلا بقبض كل الدين[1]. على أنه يلاحظ أن التقنين المدنى الجديد قد تخفف بعض الشئ من مضار التضامن بين الدائنين، بأن نص فى الفقرة الأولى من المادة ٢٨٠ على جواز ممانعة الدائنين فى أن يوفى المدين الدين لأحدهم، كما لو كان التضامن ينطوى على وكالة يجوز الرجوع فيها، وسيأتى بيان ذلك.

=يسرى عليه التشريع الفرنسى (أنظر فى ذلك بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦١ – بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨١١ ص٥٩٧ – ص٥٩٨ – دى باج ٣ فقرة ٣٣٧) – أما فى مصر ففتح الحساب الجارى المشترك نادر الوقوع، وترفضه المصارف عادة خشية النزاع الذى يقع بين ورثة من يموت من أصحاب الحساب ومن بقى من هؤلاء حياً (الأستاذ محسن شفيق فى القانون التجارى ٢ ص٣٤٩ – الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام ص٢٧٥ هامش رقم ٢).

كذلك صدر فى فرنسا قانون فى ١٦ يوليه سنة ١٩٣٤ وقانون آخر فى ٨ أغسطس سنة ١٩٣٥ يجعلان حملة سندات القرض الواحد فى موقف قريب من موقف الدائنين المتضامنين، فحامل السند إذا قطع التقادم بالنسبة إلى الأرباح أفاد من ذلك حملة السندات الآخرون: وكذلك إذا هو حصل على حكم أفاد منه الآخرون ولو لم يكونوا طرفاً فيه. وهذا الضرب من التضامن الإيجابى الخاص يصح أن يقال بأن مصدره القانون (أنظر فى ذلك بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦١ – ص٤١٦ – ص٤١٧).

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٢٩ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٠ – بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨١١ ص٥٩٦ – دى باج٣ فقرة ٣٣٦ – هذا ويبدو الفرق واضحاً ما بين تضامن الدائنين والوكالة. فقد يوكل الدائن عنه شخصاً فى قبض الدين، فلا يكون هذا الوكيل دائناً متضامناً مع موكله، فإن للدائن أن يعزله عن الوكالة، وإذا قبض الوكيل الدين وجب عليه دفعه للموكل إذ لا نصيب له فيه (بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٢٨).

والتضامن بين الدائنين إذا كان نافعاً فهو أنفع للمدين منه للدائنين المتضامنين، إذ يتمكن لمدين أن يوفى الدين كله لأى من هؤلاء الدائنين فيبرأ ذمته نحو الباقين، فيهيئ التضامن له بذلك طريقاً ميسراً للوفاء بالدين، ولا حاجة به أن يقسم الدين على الدائنين فيعطى لكل نصيبه، وفى هذا من الكلفة والمشقة ما فيه. وقد كان التضامن بين الدائنين نافعاً فى القانون الرومانى من ناحية خاصة بهذا القانون، إذ كان يفتح الطريق لحوالة الحق بأن يضم الدائن من يريد أن يحول له الحق دائناً متضامناً معه، فيجيز بذلك للمدين أن يوفى الدين كله لهذا الدائن المتضامن (بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٢٩ ص٢٥٦ – ص٢٥٧).

١٢٧ - التضامن بين الدائنين لا يفترض: ولما كان التضامن بين الدائنين مصدره الإرادة أو الاتفاق، فانه لا يجوز افتراض وجوده، وما لم توجد إرادة واضحة لاخفاء فيها بانشاء هذا التضامن فانه لا يقوم. فإذا باع مثلا ثلاثة أشخاص داراً لهم فى الشيوع، ولم يشترطوا على المشترى التضامن بينهم فى وضوح، فلا يستخلص من شيوع الدار بين البائعين أنهم متضامنون فى تقاضى الثمن، بل ينقسم الثمن عليهم كل بقدر نصيبه فى الدار المبيعة. كذلك إذا كان المشترى قد اشترط على البائعين التضامن فى التزاماتهم نحوه، فان ذلك لا يؤخذ منه ضرورة أنهم متضامنون فى حقوقهم عليه، بل لابد من اشتراط التضامن فى الحقوق كما اشترط فى الالتزامات(١).

على أنه لا يفهم من ذلك أن التضامن لابد أن يرد فيه شرط صريح، فقد يستخلص ضمناً من الظروف والملابسات(٢)(1)، ولكن يجب ألا يكون هناك شك فى أنه مشترط.

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى ما يأتى: «ومن الأصول المقررة أن التضامن بنوعيه لا يفترض. وليس يقصد بذلك إلى وجوب اشتراطه بصريح العبارة، فقد تنصرف إليه الإرادة ضمناً، ولكن ينبغى أن تكون دلالة الاقتضاء فى مثل هذه الحالة واضحة لاخفاء فيها. فإذا اكتنف الشك هذه الدلالة، وجب أن يؤول لنفى التضامن لا لإثباته»(٣). وليس من الضرورى، فى الشرط الصريح، أن يستعمل لفظ «التضامن»، فأى لفظ يؤدى هذا المعنى يكفى، كأن يشترط الدائنون أن يكون لأى دائن منهم أن

---

(١) لاروميير ٣ م١١٩٧ فقرة ١٨ - ديمولومب ٢٦ فقرة ١٣٨ - لوران ١٧ فقرة ٢٥٦ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٢١. على أنه يصح أن يستخلص ضمناً من الظروف والملابسات أن التضامن فى الالتزامات يستتبع التضامن فى الحقوق (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٠).

(٢) على أنه يجب استخلاصه حتما من الظروف والملابسات، فإذا قام فى شأنه شك أو لم يتيسر إثباته، فإنه لا يفترض، ويتعين استبعاده فى هاتين الحالتين (دى باج٣ فقرة ٤١٤ ص٢٩٩).

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٥١.

(1) أ- من المقرر عملا بالمادة ٢٧٩ من القانون المدنى أن التضامن لا يفترض ولكن ينبغى أن يرد إلى نص فى القانون أو اتفاق صريح أو ضمنى وعلى قاضى الموضوع إذا استخلصه من عبارات العقد وظروفه أن يبين كيف افادته هذه العبارات والظروف.

(جلسة ١٩٦٣/٦/١٩ مجموعة أحكام النقض السنة ١٤ ص٨٣٤)

(الطعون ١٤٩٨، ١٤٧٤، ١٥٢١ سنة ٥٢ق جلسة ٨٥/٣/٢٥ س٣٦ ص٤٨٤)

ب- لا يفترض التضامن ولا يؤخذ فيه بالظن ولكن ينبغى أن يرد إلى نص فى القانون أو إلى اتفاق صريح أو ضمنى وعلى قاضى الموضوع إذا استخلصه من عبارات العقد وظروفه أن يبين كيفية افادته هذه العبارات والظروف.

(جلسة ١٩٦٨/١٢/٢٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ لسنة ١٥٦٥)

(جلسة ١٩٦٣/٦/١٩ مجموعة أحكام النقض السنة ١٤ ص٨٣٤)

يطالب المدين بكل الدين، أو يشترط المدين أنه يستطيع الوفاء بكل الدين لأى من الدائنين.

ولا يفترض التضامن بين الدائنين حتى فى المسائل التجارية، بل يجب اشتراطه فى وضوح[1]. وحتى فى شركة التضامن، إذا كان كل الشركاء يديرون الشركة، وأمكن لكل منهم أن يستوفى من مدينى الشركة ما عليهم من ديون لها، فان ذلك لا يعنى أن الشركاء دائنون بالتضامن، بل إن كل شريك إنما يعمل باسم الشركة، والشركة وحدها هى التى تستوفى ديونها عن طريق وكيل عنها هو أحد الشركاء[2].

١٢٨- وحدة المحل وتعدد الروابط: والتضامن بين الدائنين على النحو الذى سبق ذكره يجعل الالتزام متعدد الروابط ولكنه موحد المحل. أما أن الالتزام يكون متعدد الروابط، فذلك بأن كل دائن متضامن تربطه بالمدين رابطة مستقلة عن الروابط التى تربط المدين بالدائنين المتضامنين الآخرين، فتعدد الدائنين المتضامنين يستتبع تعدد الروابط. وأما أن الالتزام يكون موحد المحل، فذلك هو الذى يحفظ للالتزام وحدته بالرغم من تعدد الدائنين، ولو أن الدائنين المتعددين لم يكونوا متضامنين لما احتفظ الالتزام بوحدته ولكان التزاماً متعدد الأطراف ينقسم على الدائنين المتعددين التزامات مستقلة بعضها عن بعض كما بينا فيما تقدم[3].

وبحسبنا هنا أن نبين أهم المظاهر لتعدد الروابط بالرغم من وحدة المحل[4]:

(١) يجوز أن تكون الرابطة التى تربط أحد الدائنين المتضامنين بالمدين موصوفة وتكون الروابط الأخرى بسيطة. فيجوز أن يكون أحد الدائنين المتضامنين دائناً تحت شرط أو إلى أجل، ويكون سائر الدائنين المتضامنين حقوقهم منجزة. كما يجوز أن تكون إحدى

---

(١) ليون كان ورينو ٣ فقرة ٣٨- بودرى وبارد٢ فقرة ١١٢٧- دريدافى أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ (solidarité) فقرة ٨.

(٢) ليون كان ورينو ٢ فقرة ٢٩٥- بودرى وبارد٢ فقرة ١١٢٧.

وإذا كان للدائن مدينون متضامنون، ونزل عن حقه قبل أحدهم إلى محال له، واستبقى المدينين الباقين، فهل يصبح هو والمحال له، بالنسبة إلى هؤلاء المدينين الباقين، دائنين بالتضامن ويستخلص التضامن فى هذه الحالة من الظروف؟ الظاهر أنه لا تقوم علاقة التضامن بينهما ولا يمكن استخلاصها من هذه الظروف، ولكن يصح اعتبارهما دائنين بالتضامن (in solidum) على غرار المدينين بالتضامن (انظر بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٣ ص٤١٨).

أما إذا نزل الدائن عن حقه لمحال له دون أن يستبقى المدينين الآخرين، فان المحال له وحده هو الذى يصبح الدائن مكان الدائن الأصلى، وتنتفى علاقة الدائن الأصلى بالمدينين المتضامنين.

(٣) انظر فى الدفاع عن فكرة تعدد الروابط ووحدة المحل فيما يتعلق بالتضامن السلبى بوتييه فى الالتزامات فقرة ٣/٢٦٣.

(٤) ديمولومب ٢٦ فقرة ٢٤- بودرى وبارد٢ فقرة ١١١٧.

الروابط معلقة على شرط، ورابطة أخرى مقترنة بأجل. وإلى هذا تشير الفقرة الأولى من المادة ٢٨١ مدنى إذ تنص على أنه «يجوز للدائنين المتضامنين، مجتمعين أو منفردين، مطالبة المدين بالوفاء، ويراعى فى ذلك ما يلحق رابطة كل دائن من وصف يعدل أثر الدين».

(٢) يجوز أن تكون إحدى الروابط قد شابها عيب والروابط الأخرى غير معيبة. فيجوز أن يكون أحد الدائنين المتضامنين قاصراً فتكون رابطته قابلة للإبطال لنقص الأهلية، أو يجوز أن تكون إرادته قد شابها غلط أو تدليس أو إكراه فتكون رابطته قابلة للإبطال لهذا العيب دون الروابط الأخرى، أو يجوز أخيراً أن تكون إحدى الروابط دون غيرها قابلة للفسخ.

(٣) يجوز أن تنقضى إحدى الروابط وتبقى مع ذلك الروابط الأخرى، وسيأتى تفصيل ذلك فيما يلى.

المبحث الثانى

الآثار التى تترتب على تضامن الدائنين

١٢٩- العلاقة ما بين الدائنين والمدين والعلاقة فيما بين الدائنين بعضهم ببعض: يجب، فى بيان الآثار التى تترتب على تضامن الدائنين، التمييز بين أمرين: (١) العلاقة بين الدائنين المتضامنين والمدين. (٢) وعلاقة الدائنين المتضامنين بعضهم ببعض.

المطلب الأول

العلاقة بين الدائنين المتضامنين والمدين

-١٣٠- النصوص القانونية: تنص المادة ٢٨٠ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«١- إذا كان التضامن بين الدائنين، جاز للمدين أن يوفى الدين لأى منهم، إلا إذا مانع أحدهم فى ذلك».

«٢- ومع ذلك لا يحول التضامن دون انقسام الدين بين ورثة أحد الدائنين المتضامنين إلا إذا كان الدين غير قابل للانقسام».

وتنص المادة ٢٨١ على ما يأتى:

«١- يجوز للدائنين المتضامنين، مجتمعين أو منفردين، مطالبة المدين بالوفاء، ويراعى فى ذلك ما يلحق رابطة كل دائن من وصف يعدل أثر الدين».

«٢- ولا يجوز للمدين إذا طالبه أحد الدائنين المتضامنين بالوفاء أن يحتج على هذا

الدائن بأوجه الدفع الخاصة بغيره من الدائنين، ولكن يجوز له أن يحتج على الدائن المطالب بأوجه الدفع الخاصة بهذا الدائن بأوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعاً».

وتنص المادة ٢٨٢ على ما يأتي:

«١- إذا برئت ذمة المدين قبل أحد الدائنين المتضامنين بسبب غير الوفاء، فلا تبرأ ذمته قبل باقي الدائنين إلا بقدر حصة الدائن الذي برئت ذمة المدين قبله».

«٢- ولا يجوز لأحد الدائنين المتضامنين أن يأتي عملا من شأنه الإضرار بالدائنين الآخرين»(١).

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ١٠٧/١٦١(٢).

---

(١) **تاريخ النصوص:**

م٢٨٠: ورد هذا النص في المادة ٤٠٤ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد فيما يتعلق بالفقرة الثانية. أما الفقرة الأولى فقد كان نصها في المشروع التمهيدي على الوجه الآتي «إذا كان التضامن بين الدائنين، جاز لكل منهم أن يطالب المدين بأداء كل الدين، وجاز للمدين أن يوفي الدين وفاء صحيحاً لأي من الدائنين المتضامنين، إلا إذا قام دائن آخر بإجراءات تمنع المدين من ذلك»..، وفي لجنة المراجعة حذف الحكم الخاص بمطالبة كل من الدائنين بأداء كل الدين لأن هذا الحكم منصوص عليه في المادة التالية، وحذفت عبارة «وفاء صحيحاً» إذ لا ضرورة لها، وأصبحت المادة رقمها ٢٩٢ في المشروع النهائي. ووافق عليها مجلس النواب. وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة «إلا إذا مانع أحدهم في ذلك» بعبارة «إلا إذا قام دائن آخر بإجراءات تمنع المدين من الوفاء»، لأن المقصود هو الاكتفاء بمجرد اعتراض أحد الدائنين المتضامنين على وفاء المدين لدائن آخر، وفي حين أن عبارة «إلا إذا قام دائن آخر بإجراءات إلخ» قد توحي بأن الأمر يتطلب اتخاذ إجراءات رسمية معينة، مع أن المسألة لا تعدو مجرد الاعتراض، ومن المفهوم أن الاعتراض يثبت وفقاً للقواعد العامة في الإثبات. ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته، وأصبح رقمها ٢٨٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٥٣- ص٥٥).

م٢٨١: ورد هذا النص في المادة ٤٠٥ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٩٣ من المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٨١ (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٥٥- ص٥٦).

م٢٨٢: ورد هذا النص في المادة ٤٠٦ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٩٤ من المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٨٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٥٧- ص٥٩).

(٢) **التقنين المدني السابق م١٠٧/١٦١**: «إذا تضمن التعهد التفويض من كل من المتعهد لهم للباقي في استيفاء الشئ المتعهد به، يكون كل منهم قائماً مقام الباقي في ذلك. وفي هذه الحالة تتبع القواعد المتعلقة بأحوال التوكيل». وقد سبق إيراد هذا النص. ولا فرق في الأحكام ما بين التقنين الجديد والتقنين السابق، وإن كان التقنين السابق قد أحال على أحكام الوكالة جملة واحدة دون التفصيل الذي أتى به التقنين الجديد. هذا وقد أشار بودري وبارد (جزء ٢ فقرة ١١٦٨)، وهو يعرض لبعض القوانين الأجنبية، إلى أن التقنين المدني المختلط السابق يقيم التضامن بين الدائنين على فكرة الوكالة، فلا يجوز لأي دائن أن يقضي الدين بتجديد أو إبراء وإلا جاوز حدود الوكالة.

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المواد ٢٨٠ – ٢٨٢ ، وفى التقنين المدنى الليبى المواد ٢٦٧– ٢٦٩ ، وفى التقنين المدنى العراقى المواد ٣١٦ – ٣١٨ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ١١ و١٣– ١٩[١] .

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى م٢٨٠ – ٢٨٢ (مطابقة للمواد ٢٨٠ – ٢٨٢ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م٢٦٧– ٢٦٩ (مطابقة للمواد ٢٨٠ – ٢٨٢ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م٣١٦ – ٣١٨ (متفقة فى مجموعها مع أحكام التقنين المدنى المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م١١ : يوجد التضامن بين الدائنين حين يكون شخصان أو عدة أشخاص أصحاباً لدين واحد يحق لكل منهم أن يطلب دفع هذا الدين بجملته، كما يحق من جهة أخرى للمديون أن يدفع الدين إلى أى كان منهم، وهذا ما يسمونه تضامن الدائنين. على أن الدائن المتضامن لا يحق له أن يتصرف فى مجموع الدين، بل يعد مفوضاً من قبل سائر الدائنين فى المحافظة على القسم الذى يتجاوز مبلغ حصته وفى استيفائه من المديونين.

م١٣ : إن موجب التضامن يسقط تجاه كل الدائنين بالإيفاء أو بأداء العوض أو بأداء الشئ المستحق أو بالمقاصة أو بتحديد التعاقد تجاه أحد الدائنين. إن المديون الذى يوفى أحد الدائنين المتضامنين حصته فى الموجب يبرئ ذمته تجاه الآخرين على قدر هذه الحصة.

م١٤ : إن إسقاط أحد الدائنين المتضامنين الدين لا يسرى على الآخرين ولا يبرئ المديون إلا من حصة هذا الدائن. وإن اجتماع صفتى الدائن والمديون فى شخص أحد الدائنين المتضامنين وفى شخص المديون لا يسقط الموجب إلا بالنظر إلى هذا الدائن.

م١٥ : إن مرور الزمن الذى تم على حق أحد الدائنين المتضامنين لا يسرى على الآخرين. وخطأ أحد الدائنين المتضامنين أو تأخره لا يضر ببقية الدائنين.

م١٦ : إذا أنذر أحد الدائنين المديون أو أجرى حكم الفائدة على المدين، فسائر الدائنين يستفيدون من نتيجة عمله.

م١٧ : إن الأعمال التى تقطع مرور الزمن بالنظر إلى أحد الدائنين المتضامنين يستفيد منها الآخرون. أما الأسباب التى تقف سريان مرور الزمن فتبقى شخصية ومختصة بكل من الدائنين.

م١٨ : إن الصلح الذى يعقد بين أحد الدائنين والمديون يستفيد منه الدائنون الآخرون حينما يكون متضامناً الاعتراف بالحق أو بالدين. ولا يسرى عليهم هذا الصلح حين يتضمن إسقاط الدين أو إحراج موقفهم إلا إذا رضوا به.

م١٩ : إذا منح أحد الدائنين المتضامنين المديون مهلة، فلا يسرى ذلك على الآخرين، ما لم يستنتج العكس من صك إنشاء الموجب أو من القانون أو من ماهية القضية.

وهذه الأحكام التفصيلية الواردة فى التقنين اللبنانى تتفق مع ما أجمله التقنين المصرى فى نصوصه الثلاثة، إلا فى أن التجديد والمقاصة بين أحد الدائنين المتضامنين والمدين يبرئان ذمة المدين نحو سائر الدائنين فى التقنين اللبنانى، ولا يبرئانه إلا بقدر حصة الدائن الذى وقع منه التجديد أو المقاصة فى التقنين المصرى. وهذا وقد أجمل التقنين المصرى أحكام التضامن بين الدائنين لأن هذا التضامن نادر فى العمل، واحتفظ بتفصيل الأحكام للتضامن بين المدينين الذى هو أكثر وقوعاً. على أن أكثر =

١٣١- استخلاص المبادئ الاساسية: ويستخلص من هذه النصوص المبادئ الأساسية الثلاثة الآتية:

أولا- لأى دائن متضامن مطالبة المدين بكل الدين، وللمدين أن يفى بكل الدين لأى دائن متضامن، والوفاء بكل الدين لأى دائن متضامن يبرئ ذمة المدين من الدين نحو سائر الدائنين (م٢٨٠- ٢٨١ مدنى).

ثانياً- أما أسباب انقضاء الالتزام الأخرى، من تجديد ومقاصة واتحاد ذمة وإبراء وتقادم، فانها إذا تحققت بالنسبة إلى أحد الدائنين المتضامنين، اقتصر أثرها على حصة هذا الدائن، ولا يحتج المدين بأيها على سائر الدائنين إلا بمقدار هذه الحصة (م٢٨٢/١ مدنى).

ثالثاً- ولا يجوز لأى من الدائنين المتضامنين أن يأتى عملا من شأنه أن يضر بسائرهم، ولكن إذا أتى عملا من شأنه أن يفيدهم أفادوا منه (م٢٨٢/ ٢ مدنى).

والأصل فى ذلك أن كل دائن متضامن يعتبر، فى استيفاء الدين من المدين، أصيلا عن نفسه فى حصته ونائباً عن سائر الدائنين فى حصصهم، فيكون استيفاؤه للدين مبرئاً لذمة المدين نحو سائر الدائنين. أما فى أسباب الانقضاء الأخرى، فليس الدائن نائباً عن الدائنين الآخرين، بل هو أصيل عن نفسه فحسب، وما يقع من هذه الأسباب يقتصر عليه وحده ولا يتعداه إلى سائر الدائنين. ثم إن نيابة كل دائن عن سائر الدائنين تقوم أيضاً فى كل عمل من شأنه أن يفيد هؤلاء الدائنين، دون الأعمال التى يكون من شأنها أن تضر بهم(١).

=الأحكام التى عنى التقنين المصرى بوضعها فيما يتعلق بالتضامن بين المدينين - كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى - من الميسور تصور نظيرها بصدد التضامن بين الدائنين. بيد أنه رؤى إغفال هذه الأحكام فى معرض إيراد القواعد المتعلقة بهذا الضرب من التضامن حتى لا ينوء التقنين بنصوص حظها من التطبيق العملى جد يسير (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٤٩).

(١) يبين بودرى وبارد كيف تطورت هذه المبادئ من القانون الرومانى حتى وصلت إلى التقنين المدنى الفرنسى. ففى القانون الرومانى كان كل دائن متضامن يستطيع أن يتصرف فى الدين كما لو كان هو الدائن الوحيد، فيستوفيه ويقضيه بأى سبب من أسباب الانقضاء كالتجديد والمقاصة واتحاد الذمة والإبراء والتقادم، فتبرأ ذمة المدين نحو سائر الدائنين. ولا يرجع الدائنون على الدائن الذى قام من جهته سبب الانقضاء إلا إذا أثبتوا أن هناك مصلحة مشتركة بين جميع الدائنين، فيرجع كل دائن بنصيبه فى هذه المصلحة المشتركة. أما فى القانون الفرنسى القديم فقد كان الحكم هو أيضاً كالحكم فى القانون الرومانى، إلا أن المصلحة المشتركة بين الدائنين كانت مفترضة، فكان كل دائن يرجع بنصيبه بحكم القانون. وتغير هذا الحكم فى التقنين المدنى الفرنسى، فأصبح الدائن المتضامن لا يملك إلا استيفاء الدين، فإذا استوفاه أو وفاه المدين له برئت ذمة المدين نحو سائر الدائنين. أما ما عدا الوفاء من أسباب انقضاء الدين فلا يسرى فى حق الدائنين الآخرين إلا بقدر نصيب الدائن الذى قام من جهته سبب الانقضاء. ويكون كل دائن متضامن ممثلا لسائر الدائنين لا فى الوفاء فحسب، بل أيضاً فى كل عمل من شأنه تثبيت الدين وتقويته، دون الأعمال التى يكون من شأنها إسقاط الدين أو إضعافه (بودرى وبارد٢ فقرة ١١٣٢).

فعندنا إذن مسائل ثلاث نتناولها بالبحث على التعاقب: (١) انقضاء الدين بالوفاء (٢) انقضاء الدين بأسباب أخرى غير الوفاء (٣) أعمال الدائن التى من شأنها أن تفيد سائر الدائنين أو أن تضر بهم.

١ – انقضاء الدين بالوفاء

١٣٢ – للمدين أن يوفى أى دائن كل الدين: وهذا ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة ٢٨٠ مدنى كما رأينا، إذ تقول: «إذا كان التضامن بين الدائنين، جاز للمدين أن يوفى الدين لأى منهم». فللمدين إذن أن يختار أى دائن من الدائنين المتضامنين فيوفيه كل الدين، وليس لمن اختاره المدين من الدائنين أن يرفض استيفاء الدين كله، بل ليس له أن يقتصر على قبض نصيبه من هذا الدين ويرفض قبض الباقى، وإنما عليه أن يقبض كل الدين. وهذه هى الميزة الجوهرية للتضامن بين الدائنين، فان هذا التضامن كما قدمنا أقرب أن يكون ضماناً للمدين منه ضماناً للدائنين المتضامنين، إذ يستطيع المدين أن يوفى أحد هؤلاء الدائنين الدين كله دون أن يضطر إلى تجزئة الدين وإعطاء كل دائن نصيبه. وإذا رفض الدائن الذى اختاره المدين قبض الدين، جاز للمدين أن يعرضه عليه عرضاً حقيقياً طبقاً للإجراءات المقررة للعرض الحقيقى. ومتى قبض الدائن الدين أو تمت إجراءات العرض، برئت ذمة المدين من الدين، لا فحسب قبل الدائن الذى قبض الدين وحده، بل قبله وقبل سائر الدائنين.

وكما أن الدائن لا يستطيع أن يفرض على المدين وفاء جزئياً بحصته من الدين فقط، كذلك لا يستطيع المدين أن يفرض على الدائن أى وفاء جزئى ولو بقدر حصة هذا الدائن، بل إنه إذا أراد إجباره على قبول الوفاء وجب عليه أن يعرض الدين كاملا غير منقوص.

وهذا لا يمنع بداهة من أن يتفق المدين مع الدائن على أن يفى له بنصيبه وحده فى الدين، ومتى قبل الدائن منه هذا الوفاء، برئت ذمة المدين بقدر هذا النصيب، وصار لأى دائن آخر من الدائنين المتضامنين أن يطالب المدين بالدين بعد أن يستنزل منه نصيب الدائن الذى استوفى حصته[1]. فإذا ما استوفاه على هذا النحو، كان لكل دائن آخر – عدا الدائن الذى استوفى نصيبه طبعاً – أن يرجع بنصيبه على من قبض الدين[2].

---

(١) ديمولومب ٢٦ فقرة ١٥٥ – بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٣٥.

(٢) أنظر فى هذا المعنى المادة ١٣ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى. ومع ذلك يذهب بعض الفقهاء إلى أنه إذا استوفى أحد الدائنين المتضامنين جزءاً من الدين، حتى لو كان هذا الجزء هو نصيبه وحده، جاز لسائر الدائنين أن يرجعوا على هذا الدائن كل بنسبة نصيبه فى الدين (لاروميير ٣ م ١١٩٧ فقرة ٢٠ – ديمولومب ٢٦ فقرة ١٥٦ . فقرة ١٥٨ – بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٣٦).

١٣٣- ما لم يمانع أحد الدائنين: وتقضى الفقرة الأولى من المادة ٢٨٠ مدنى، كما رأينا، بأنه يجوز للمدين أن يفى بكل الدين لأى من الدائنين «إلا إذا مانع أحدهم فى ذلك». وقد كانت هذه العبارة الأخيرة الواردة فى النص نتيجة تحوير غريب فى لجنة مجلس الشيوخ، كان من شأنه أن يقلب المعنى الذى كان المشروع التمهيدى قد قصد إليه. فقد كان نص هذا المشروع على الوجه الآتى: «... جاز للمدين أن يوفى الدين وفاء صحيحاً لأى من الدائنين المتضامنين، إلا إذا قام دائن آخر باجراءات تمنع المدين من ذلك». وكان المقصود من هذه العبارة هو عين ما ذهب إليه التقنين المدنى الفرنسى فى الفقرة الأولى من المادة ١١٩٨، وهى تنص على أنه «يكون للمدين الخيار فى أن يوفى الدين لواحد أو لآخر من الدائنين المتضامنين، ما دام لم يمنعه من ذلك مطالبة أحد الدائنين له بالوفاء[١]». فيكون المعنى المقصود فى المشروع التمهيدى أن للمدين أن يوفى كل الدين لأى دائن يختاره من الدائنين المتضامنين، إلا إذا طالبه بالدين دائن آخر، واتخذ هذا الدائن إجراءات للمطالبة تمنع المدين من الوفاء لغيره[٢]. ويؤكد ذلك ما ورد فى هذا الشأن فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى، فهى تقول: «وليس يقتصر الأمر على تخويل كل من الدائنين المتضامنين حق اقتضاء الدين بأسره من المدين، بل للمدين كذلك أن يبرئ ذمته بالوفاء لأيهم، ما لم يقم أحدهم بما يحول دون ذلك. فإذا اتخذ أحد الدائنين قبل المدين إجراءات المطالبة، تعين عليه أن يقوم بالوفاء لمن باشر هذه الإجراءات وغيره من الدائنين الذين أصبحوا طرفاً فيها»[٣].

ولكن لجنة مجلس الشيوخ لم تلتفت إلى المعنى المقصود، وظنت أن عبارة «إلا إذا قام دائن آخر باجراءات تمنع المدين من الوفاء» يقصد بها مجرد الممانعة من دائن آخر أن يفى المدين للدائن الذى اختاره وذلك عن طريق إجراءات يتخذها الدائن الممانع، فحورت العبارة

---

(١) وهذا هو النص فى أصله الفرنسى: Art. 1198: Il est au choix du débiteur de payer à l'un ou à l'autre des créanciers solidaires, tant qu'il n'a pas été prévenu par les poursuites de l'un d'eux.

(٢) أنظر أيضاً فى هذا المعنى م١١٩٦ من التقنين المدنى الإيطالى الجديد (والمادة ١١٨٥ من التقنين المدنى الإيطالى القديم) والمادة ١١٤٢ من التقنين المدنى الأسبانى والمادة ٧٥٠ من التقنين المدنى البرتغالى والمادة ١٤٩ من المشروع الفرنسى الإيطالى والمادة ٨٩٢ من التقنين المدنى النمساوى والمادة ١٤٦ من تقنين الالتزامات السويسرى والمادة ٩ من تقنين الالتزامات البولونى والمادة ٨٩٩ من التقنين المدنى البرازيلى. وانظر عكس ذلك المادة ٤٢٨ من التقنين المدنى الألمانى وانظر فى هذه النصوص المذكرة الإيضاحية لمشروع تنقيح القانون المدنى جزء ٢ ص٤٥٠- ص٤٥٣). وانظر شرح هذا الحكم فى القانون الفرنسى وانتقاده والرد على هذا الانتقاد فى شكل المطالبة بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٣٨- فقرة ١١٤٤.

(٣) المذكرة الإيضاحية لمشروع تنقيح القانون المدنى جزء ٢ ص٤٥٣ - مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٥٩.

بحيث أصبحت: «إلا إذا مانع أحدهم فى ذلك»، «لأن المقصود كما تقول اللجنة، هو الاكتفاء بمجرد اعتراض أحد الدائنين المتضامنين على وفاء الدين لدائن آخر، فى حين أن عبارة: إلا إذا قام دائن آخر باجراءات تمنع المدين من ذلك، قد توحى بأن الأمر يتطلب اتخاذ إجراءات رسمية معينة، على أن المسألة لا تعدو مجرد الاعتراض، ومن المفهوم أن الاعتراض يثبت وفقاً للقواعد العامة فى الإثبات»(١).

وواضح أن لجنة مجلس الشيوخ قلبت بهذا التحوير المعنى المقصود، فلم يعد الأمر فى التقنين المدنى المصرى، كما هو فى التقنين المدنى الفرنسى وغيره من التقنينات، أن يطالب دائن متضامن آخر المدين بالوفاء فيتعين عندئذ على المدين أن يوفى الدين لهذا الدائن دون الدائن الذى اختاره هو. بل صار الأمر على الوجه الآتى: إذا اختار المدين دائناً متضامناً ليوفى الدين له، جاز لأى دائن آخر أن يعترض على هذا الوفاء فيمنعه. ولكن ذلك لا يعنى أن المدين يتعين عليه أن يوفى الدين له للدائن المعترض، فليس هذا الدائن أولى بالوفاء له من الدائن الذى اختاره المدين. ونرى فى هذه الحالة أن الدائن الذى يعترض على الوفاء لغيره يكون قد نقض الوكالة المستخلصة من التضامن، والتى بموجبها كان للدائن الذى اختاره المدين أن يقبض نصيب الدائن المعترض، فيتعين على المدين أن يعطى لهذا الدائن نصيبه، وألا يوفى للدائن الذى اختاره إلا نصيبه وأنصبة الدائنين الآخرين الذين لم يعترضوا، ولهؤلاء أن يرجعوا على هذا الدائن كل بنصيبه. فنوفق بذلك بين حق الدائن المعترض من جهة وحق الدائن الذى اختاره المدين من جهة أخرى(٢). وقد زال بهذا التحوير غير المقصود عيب من عيوب التضامن بين الدائنين، وأصبح لأى دائن متضامن أن يتوقى نتيجة تضامنه مع الدائنين الآخرين إذا اختار المدين غيره للوفاء، فما عليه إلا أن يعترض فيستوفى نصيبه رأساً من المدين، دون أن يعرض نفسه لإعسار الدائن الذى اختاره المدين. وقد وقف التقنين المدنى المصرى بهذا الحكم – عندما تتعارض رغبة المدين فى الوفاء لدائن معين مع رغبة دائن آخر فى أن يستوفى هو الدين – موقفاً وسطاً بين التقنين المدنى الفرنسى الذى يقدم رغبة الدائن على رغبة المدين والتقنين المدنى الألمانى الذى يقدم رغبة المدين على رغبة الدائن، فأن هذا التقنين

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٥٤– ص٥٥. وانظر آنفاً فقرة ١٣٠ فى الهامش.

(٢) ويرى الأستاذ إسماعيل غانم أنه «إذا اعترض أحد الدائنين، كان المدين ملزماً بأداء الالتزام للدائنين مجتمعين أو إيداع الشئ محل الالتزام» قياساً على المادة ٢/٣٠٢ مدنى فى عدم قابلية الالتزام للانقسام (أحكام الالتزام فقرة ٢١٣ ص٣٠٠ هامش رقم ١). ونرى أن القياس هنا غير سائغ، فإن الالتزام غير القابل للانقسام لا يتجزأ حتى يعطى للدائن المعترض نصيبه منه ويعطى للدائن الذى اختاره المدين. ولما كان هذا الحل مستحيلا فى الالتزام غير القابل للانقسام وممكناً فى الالتزام التضامنى، فقد استبعده المشرع فى الأول ولم يستبعده فى الثانى. هذا إلى أن الحل الذى نقول به يجعل التضامن الإيجابى أقرب إلى ضمان المدين منه إلى ضمان الدائن، وهى النزعة التى يحسن تغليبها فى هذا النوع من التضامن.

الأخير في المادة ٤٢٨ منه لا يمنع المدين من أن يوفى الدين كله للدائن الذى اختاره بالرغم من مطالبة دائن آخر باستيفاء الدين[١].

والاعتراض الذى يصدر من الدائن الممانع لا يشترط فيه شكل خاص، كما تذكر لجنة مجلس الشيوخ، فيصح أن يكون بانذار رسمى على يد محضر، ويصح أن يكون مجرد إخطار كتابى أو شفوى، على أن يكلف الدائن الممانع باثباته، ويكون الإثبات خاضعاً للقواعد العامة التى تتطلب الكتابة فيما إذا كان نصيب الدائن الممانع يزيد على خمسمائة جنيه. ويوجه الاعتراض إلى المدين، حتى يمتنع من وقت وصول الاعتراض إليه من دفع نصيب الدائن المعترض إلى أى دائن آخر من الدائنين المتضامنين. وعلى الدائن المعترض أن يبين فى اعتراضه مقدار هذا النصيب، تحت مسئوليته، حتى يحتجزه المدين له.

١٣٤ – لا يحول التضامن دون انقسام الدين بين ورثة الدائن المتضامن: وتنص الفقرة الثانية من المادة ٢٨٠ مدنى، كما رأينا، على ما يأتى: «ومع ذلك لا يحول التضامن دون انقسام الدين بين ورثة أحد الدائنين المتضامنين، إلا إذا كان الدين غير قابل للانقسام». ومقتضى هذا الحكم أنه إذا مات أحد الدائنين المتضامنين عن ورثة متعددين، فان الدين ينقسم عليهم كل بقدر نصيبه فى الميراث، وذلك فيما يختص بالعلاقة بينهم وبين المدين. وقد كان المدين يستطيع أن يوفى الدين كله لمورثهم قبل موته على النحو الذى سبق بيانه، وكان المورث يستطيع أن يطالب المدين بالدين كله على النحو الذى سيأتى بيانه. ولكن بعد موت المورث لا يستطيع المدين أن يفى لأحد الورثة من الدين كله إلا بنسبة نصيبه فى الميراث، ولا يستطيع هذا الوارث أن يطالب المدين بالوفاء إلا بنسبة هذا النصيب. فلو أن

---

(١) ولعل هذا يحدد نزعة كل من التقنينات الثلاثة: فالتقنين الفرنسى – إذا تعارض ما فى التضامن الايجابى من ضمان للدائن مع ما فيه من ضمان للمدين – يضحى بضمان المدين. والتقنين الألمانى يضحى بضمان الدائن. والتقنين المصرى يوفق بين الأمرين، بأن يستبقى ضمان المدين، مع إعطاء الدائن نصيبه فى الدين رعاية لمصلحته المشروعة.

وفى ضوء هذا الاعتبار، نرى أنه إذا طالب أحد الدائنين المتضامنين المدين بالوفاء، فى التقنين المصرى، ويكون المدين قد اختار أن يوفى الدين لغيره من الدائنين، تعين على المدين أن يوفى أولا الدائن المطالب نصيبه فى الدين، ثم يوفى للدائن الذى اختاره بقية الدين بعد استنزال نصيب الدائن المطالب. فيتعادل على هذا النحو الدائن الذى يطالب بوفاء الدين له مع الدائن الذى يمانع فى وفاء الدين لغيره. وقد رأينا أن التقنين الفرنسى والتقنين الألمانى يقفان فى هذه المسألة موقفين متعارضين: فالتقنين الفرنسى يحتم على المدين أن يوفى الدين كله للدائن المطالب، والتقنين الألمانى يجيز للمدين أن يوفى بالدين كله للدائن الذى اختاره.

ولكن يجب أن يلاحظ أنه إذا رجع أحد الدائنين المتضامنين على المدين يطالبه بكل الدين فى التقنين المصرى، لم يجز أن يقتصر المدين على إعطاء هذا الدائن نصيبه، مكتفياً بالقول إنه اختار دائناً آخر للوفاء له ببياقى الدين. بل يجب على المدين فى هذه الحالة أن يوفى كل الدين للدائن المطالب، ما لم يكن قد دفع فعلا – ولو بعد هذه المطالبة – باقى الدين إلى دائن آخر، وقدم ما يثبت ذلك.

الدائنين المتضامنين كانوا أربعة، وكان الدين ستمائة، ومات أحد الدائنين المتضامنين عن ورثة ثلاثة بأنصبة متساوية فى الميراث، فان كل وارد منهم يستوفى من الدين مائتين فقط. فإذا ما استوفاها رجع عليه كل من الدائنين المتضامنين الثلاثة الآخرين بخمسين، ويستبقى الوارث خمسين هى نصيبه فى الإرث من حصة مورثه فى الدين، وقد بلغت هذه الحصة مائة وخمسين [1].

هذا إذا كان الدين قابلا للانقسام. أما إذا كان غير قابل له، فانه لا ينقسم على الورثة، بل يجوز للمدين أن يوفى الدين كله لأى وارث من ورثة الدائن المتضامن الذى مات، كما يجوز لأى وارث أن يطالب المدين بكل الدين. فإذا استوفى أحد الورثة الدين كله، أعطى منه لكل دائن متضامن الحصة التى له فى الدين، ثم أعطى لكل وارث نصيبه فى الأرث من حصة المورث. ففى المثل المتقدم، إذا قبض أحد الورثة الدين كله وهو ستمائة، أعطى لكل من الدائنين المتضامنين الثلاثة الآخرين مائة وخمسين، فيبقى معه مائة وخمسون هى حصة مورثه، يعطى منها خمسين لكل من الوارثين الآخرين، ويستبقى لنفسه خمسين هى نصيبه فى الأرث من حصة مورثه.

وكثيراً ما يشترط فى التضامن بين الدائنين أن يكون الدين قابل للانقسام[2]، توقياً من انقسامه على ورثة الدائنين، وتيسيراً على المدين أن يوفى الدين كله لأى من الدائنين المتضامنين ولأى من ورثة هؤلاء[3].

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «وتظل وحدة الدين مكفولة ما بقى الدائن المتضامن حياً. فإذا مات انقسم الدين بين ورثته، ما لم يكن غير قابل للانقسام. فلو فرض مثلا أن ثلاثة من الدائنين تضامنوا فى استيفاء دين مقداره ٣٠٠ جنيه، وقد توفى أحدهم عن وارثين متكافئ الفرض، فلا يجوز لأيهما أن يطالب المدين إلا بمبلغ ١٥٠ جنيهاً» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٥٩).

هذا ويلاحظ أن أحد الورثة، إذا طالب المدين بنصيبه مطالبة قضائية، فقطع التقادم وجعل الفوائد تسرى، فانما يقطع التقادم ويجعل الفوائد تسرى، لا لصالح الورثة الباقين فقد انقسم الدين عليهم، بل لصالح الدائنين المتضامنين الآخرين وفى حدود نصيب الوارث فقط، أى أن التقادم ينقطع والفوائد تسرى بالنسبة إلى الدائنين المتضامنين الآخرين، فى المثل المذكور فى المذكرة الإيضاحية، فى حدود مائة وخمسين فقط لا فى الدين كله وهو ثلثمائة (بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨١٦ ص٦٠٢- ص٦٠٣ وص٦٠٢ هامش رقم ١).

(٢) أما مجرد اشتراط التضامن فلا يفيد وحده اشتراط أن الدين غير قابل للانقسام (استئناف مختلط ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٢ م٢٥ ص٩٨).

(٣) انظر فى هذا المعنى الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢١٧ ص٣٠٥- وكثيراً ما يشترط فى الأسهم والسندات أنها لا تقبل التجزئة، فإذا مات صاحبها عن عدة ورثة لم ينقسم الحق عليهم، ويجوز للشركة أن توفى أياً من الورثة كل الأرباح وكل الفوائد (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٢).

١٣٥- ولأى دائن مطالبة المدين بكل الدين: وكما يجوز للمدين أن يوفى الدين كله لأى دائن متضامن على النحو الذى سبق بيانه وهذه هى فائدة التضامن بالنسبة إلى المدين، كذلك يجوز لأى دائن متضامن أن يطالب المدين بالدين كله وهذه هى فائدة التضامن بالنسبة إلى الدائنين المتضامنين. وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٨١ مدنى، كما رأينا صراحة على هذا الحكم إذ تقول: «يجوز للدائنين المتضامنين، مجتمعين أو منفردين، مطالبة المدين بالوفاء[1]، ويراعى فى ذلك ما يلحق رابطة كل دائن من وصف يعدل من أثر الدين».

---

(1) أ- التضامن فى القانون معناه أن يكون كل من المطالبين به ملزما للطالب - واحدا أو أكثر - بكل المبلغ المطالب به.

(جلسة ١٩٩٤/٣/٣٠ الطعن رقم ٣٦٣٥ لسنة ٥٩ق)

(جلسة ١٩٥٩/١/٢٧ جنائى مجموعة أحكام النقض السنة ١٠ ص١٩٩١)

ب- مفاد نص الفقرة الأولى من المادة ٢٨١ من القانون المدنى أنه يجوز للدائنين المتضامنين مجتمعين أو منفردين مطالبة المدين بالوفاء.

(الطعن رقم ١٥٧٩ سنة ٥٤ق جلسة ١٩٨٧/١١/٢٢)

جـ- متى كان الحكم قد اعتبر الطاعنة بمقتضى الاقرار الموقع منها والتى تعهدت فيه بسداد جميع دين البنك قبل زوجها، مدينه منضمة إلى زوجها المدين الأصلى ورتب على ذلك جواز مطالبة البنك الدائن لأى منهما بكل الدين، فان هذا الذى قرره الحكم لا خطأ فيه إذ ليس فى القانون ما يمنع من مسئولية مدينين متعددين عن دين واحد فيكون هؤلاء المدينون متضامنين فى هذا الدين دون أن يكون هناك تضامن بينهم ويكون كل منهما مسئولا عن كل الدين ويستطيع الدائن التنفيذ به قبل أيهما.

(جلسة ١٩٦٨/٣/٢١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ص٥٦٩).

د- التضامن بين المدينين لا يجوز افتراضه ويجب ألا يكون محل شك فى العبارة التى تضمنته فإذا لم يكن واضحا بجلاء فسرت العبارة لمصلحة المدينين لأن الأصل هو عدم تضامنهم، ومؤدى ذلك مرتبطا بنص الفقرة الأولى من المادة ٢٦ من القانون ٥٦ لسنة ١٩٥٤ بشأن الضريبة على العقارات المبينة أن يكون مالك الأرض التى أقيم عليها البناء المطالب بضريبته كفيلا متضامنا مع مالك البناء فى أداء هذه الضريبة باعتبار التزام مالك الأرض التزاما تابعا لالتزام مالك البناء المدين أصلا بالضريبة.

(جلسة ١٩٦٩/١/٩ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ص٢٠)

هـ- الحكم الذى يصدر على الكفيل المتضامن لا يعتبر حجة على المدين إذا لم يكن مختصاً فى الدعوى وذلك سواء فى القانون المدنى الملغى أو فى القانون القائم فقد استقر قضاء محكمة النقض فى ظل القانون الملغى على أن حكم المادة ١١٠ منه الذى يقضى بأن مطالبة أحد المدينين المتضامنين مطالبة رسمية وأقامة الدعوى عليه بالدين يسريان على باقى المدينين، هذا الحكم لا يسرى إلا فيما بين المدينين المتضامنين بعضهم وبعض ولا يجوز أن يسرى فى حكمه عن طريق القياس بين الكفيل المتضامن والمدين المتضامن لان تضامن الكفيل مع المدين لا يصيره مدينا أصليا بل يبقى التزامه تبعيا، أما القانون القائم فقد نصت المادة ٢٩٦ منه على أنه إذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين =

فإذا طالب أحد الدائنين المتضامنين المدين بالوفاء، وجب على المدين أن يفى له بالدين كله، ويجوز لهذا الدائن إجبار المدين على ذلك. ومتى استوفى الدائن الدين، فان ذمة المدين تبرأ منه بالنسبة إلى الدائن الذى استوفى الدين وبالنسبة إلى سائر الدائنين. ذلك أن التضامن، كما قدمنا، يجعل لكل دائن صفة فى استيفاء الدين كله، بالأصالة عن نفسه وبالوكالة عن غيره من الدائنين المتضامنين. والمخالصة التى يعطيها من استوفى الدين من الدائنين تنفذ فى حقهم جميعاً، ولو لم تكن ثابتة التاريخ.

وللدائنين المتضامنين أن يطالبوا مجتمعين المدين بالوفاء، وفى هذه الحالة يتعين على المدين أن يوفى كلا منهم نصيبه فى الدين.

وعندما يطالب الدائن المتضامن المدين بكل الدين، يجب عليه، كما تقول الفقرة الأولى من المادة ٢٨١ مدنى، أن يراعى ما يلحق رابطته بالمدين من وصف يعدل من أثر الدين. فإذا كانت هذه الرابطة معلقة على شرط واقف أو مقترنة بأجل، وجب على الدائن إلا يطالب المدين إلا عند تحقق الشرط وإلا عند حلول الأجل. وقد تكون رابطة أحد الدائنين معلقة على شرط، ورابطة مدين ثان مقترنة بأجل، ورابطة مدين ثالث منجزة، فالأول لا يطالب بالدين إلا عند تحقق الشرط، والثانى لا يطالب به إلا عند حلول الأجل، وللثالث أن يطالب به فوراً(١).

١٣٦ - أوجه الدفع التى يحتج بها على الدائن المطالب: تنص الفقرة الثانية من المادة ٢٨١ مدنى، كما رأينا، على ما يأتى: «ولا يجوز للمدين إذا طالبه أحد الدائنين المتضامنين بالوفاء أن يحتج على هذا الدائن بأوجه الدفع الخاصة بغيره من الدائنين، ولكن يجوز له أن يحتج على الدائن المطالب بأوجه الدفع الخاصة بهذا الدائن وبأوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعاً». فإذا طالب أحد الدائنين المتضامنين المدين بالوفاء، على الوجه الذى بيناه

=فلا يحتج بهذا الحكم على الباقين ومقتضى ذلك أنه حتى فيما بين المدينين المتضامنين أنفسهم لا يعتبر الحكم الصادر ضد أحدهم حجة على باقيهم ومن باب أولى لا يكون الحكم الصادر على الكفيل المتضامن حجة على المدين.

(جلسة ١٩٦٨/٢/٢٢ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ص٣٢٧)

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «وقد تلحق رابطة بعض الدائنين المتضامنين بالمدين وصف يختلف عن الوصف الذى تتسم به رابطة البعض الآخر، كأن يكون الدين معلقاً على شرط بالنسبة لفريق منهم، ومضافاً إلى أجل بالنسبة للباقين. وفى هذه الحالة يتعين على كل منهم أن يعتد بالوصف اللاصق برابطته عند مطالبة المدين بالوفاء. وقد يطرأ هذا الوصف على الرابطة بعد تمام التعاقد، فقد يرتضى بعض الدائنين مثلا أن يولى المدين أجلا للوفاء بالدين، وفى هذه الحالة لا يجوز أن يحتج على الدائنين الآخرين بهذا الأجل، ما لم يتضح نقيض ذلك من مشارطة ترتيب الالتزام أو من طبيعة التعامل أو من نص فى القانون: انظر م١٩ من التقنين اللبنانى» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٥٨).

فيما تقدم، كان للمدين أن يدفع هذه المطالبة بأوجه الدفع الخاصة بالدائن المطالب وبأوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعاً، وليس له أن يدفع المطالبة بأوجه الدفع الخاصة بغير الدائن المطالب من الدائنين.

أما أوجه الدفع الخاصة بالدائن المطالب، فمثلها أن تكون الرابطة التى تربط المدين بهذا الدائن مشوبة بعيب فى رضاء المدين لغلط أو تدليس أو إكراه، أو تكون هذه الرابطة قابلة للفسخ، أو تكون قد انقضت لمقاصة وقعت بين المدين وهذا الدائن أو بتجديد أو إبراء أو تقادم أو نحو ذلك، وهذه جميعاً يحتج بها المدين على الدائن، وسنرى تفصيلها فيما يلى.

وأما أوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعاً، فمثلها أن يكون العقد الذى أنشأ الالتزام التضامنى باطلا فى الأصل أو قابلا للإبطال لنقص فى أهلية المدين أو لعيب فى رضاه من شأنه أن يحتج به على جميع الدائنين، أو أن يكون العقد قابلا للفسخ بالنسبة إلى هؤلاء جميعاً، أو أن يكون المدين قد وفى الدين جميعه لدائن آخر غير الدائن المطالب فبرئت ذمته نحو الجميع على الوجه الذى قدمناه. فهذه الأوجه كلها يحتج بها المدين، ويدفع بها مطالبة الدائن.

ولا يحتج المدين بأوجه الدفع الخاصة بدائن غير الدائن المطالب، كما سبق القول. مثل ذلك تدليس أو إكراه صدر من دائن آخر، أو سبب للفسخ قائم فى جانب دائن آخر، أو مقاصة أو إبراء أو تجديد أو تقادم وقع بالنسبة إلى دائن آخر إلا فيما يتعلق بحصة هذا الدائن[1].

٢ - انقضاء الدين بأسباب أخرى غير الوفاء

١٣٧ - المبدأ العام (تذكرة): رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٢٨٢ مدنى تنص على أنه «إذا برئت ذمة المدين قبل أحد الدائنين المتضامنين بسبب غير الوفاء، فلا تبرأ ذمته قبل باقى الدائنين إلا بقدر حصة الدائن الذى برئت ذمة المدين قبله». وقد قدمنا أن الأصل فى ذلك أنه إذا كان كل دائن متضامن وكيلا عن سائر الدائنين فى استيفاء الدين إذ أن هذا الاستيفاء فى مصلحتهم جميعاً فيرجعون على الدائن كل بحصته فى الدين، فانه بالنسبة إلى أسباب الانقضاء الأخرى لا يعتبر الدائن المتضامن وكيلا عن سائر الدائنين، بل يكون أصيلا عن

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «أما فيما يتعلق بالوفاء، فلكل دائن من الدائنين المتضامنين أن يستأدى المدين كل الدين. ولهم، مجتمعين أو منفردين، مطالبة المدين بالوفاء أمام القضاء. ولا يجوز له إذا عمد أحدهم إلى مطالبته على هذا الوجه أن يحتج إلا بأوجه الدفع الخاصة بهذا الدائن أو بالأوجه المشتركة بين الدائنين جميعاً. أما أوجه الدفع الخاصة بغيره من الدائنين، كالغش أو الإكراه الصادر منهم، فيمتنع عليه الاحتجاج بها» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٥٨).

(١) فالوفاء يجعل فى حيازة الدائن مبلغ الدين، ومن ثم يستطيع الدائنون الآخرون أن يحجزوا عليه لاستيفاء

نفسه فحسب. فإذا انقضى الالتزام بسبب من أسباب الانقضاء غير الوفاء. وقام هذا السبب بأحد الدائنين المتضامنين، برئت ذمة المدين بالنسبة إلى سائر الدائنين من حصة هذا الدائن وحده، وبقيت مشغولة بباقي الدين. وذلك لأن أسباب الانقضاء الأخرى غير الوفاء لا تفيد سائر الدائنين كالوفاء، فلا يجوز أن يضاروا بها[1].

ونستعرض الآن أسباب الانقضاء المختلفة لنطبق فى شأنها هذا المبدأ. وقد طبقه التقنين المدنى الجديد تطبيقاً تشريعياً فى التضامن بين المدينين لكثرة وقوعه، واقتصر فى التضامن بين الدائنين على إيراد المبدأ لندرة هذا التضامن فى العمل كما قدمنا[2].

١٣٨ - التجديد: فإذا جدد أحد الدائنين المتضامنين الدين مع المدين، إما بتغيير محل الدين أو مصدره أو بتغيير المدين أو بتغيير الدائن نفسه، فان التجديد يقضى حصة الدائن فى الدين بالنسبة إلى سائر الدائنين. ولأى دائن آخر أن يرجع على المدين ببقية الدين بعد أن يستنزل حصة الدائن الذى وقع منه التجديد، فلا تبرأ ذمة المدين إذن نحو سائر الدائنين إلا بقدر حصة هذا الدائن[3]. فإذا ما رجع دائن آخر على المدين بالدين على الوجه المذكور، فان المدين يكون قد دفع كل الدين أولا عن طريق التجديد ثم دفعه مرة أخرى منقوصاً منه حصة الدائن الذى وقع منه التجديد، فيرجع على هذا الدائن بما دفعه فى المرة الأخرى فان هذا هو القدر الذى دفعه زائداً على ما فى ذمته.

وهذا الحكم يختلف قليلا عن الحكم المقابل لـه فى التضامن السلبى، حيـث تنص

حقوقهم، ويأمنون بذلك إلى حد كبير خطر إعساره إذا هم لم يتهاونوا فى رجوعهم عليه. أما أسباب الانقضاء الأخرى فبعضها لا يجعل فى حيازة الدائن مبلغ الدين إلا حكماً كما فى التجديد واتحاد الذمة والمقاصة، وبعضها لا يجعل فى حيازة الدائن أى شئ على الإطلاق كما فى الأبراء والتقادم (انظر فى هذا المعنى لوران ١٧ فقرة ٢٦٨ ص٢٧٤ وقارن بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٤٥).

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «لعل تعيين صلة الدائنين المتضامنين بالمدين أسبق ما يعرض من المسائل بصدد التضامن الإيجابى. وقد عنيت المادتان ٤٠٤ و٤٠٥ ببيان حكم هذه الصلة بصدد الوفاء فحسب باعتباره أهم سبب من أسباب انقضاء الالتزامات. أما ما عداه من الأسباب، أو ما عدا ذلك من آثار هذا التضامن فى صلة الدائنين بالمدين بعبارة أعم، فسيشار عند تفصيل الأحكام الخاصة بالتضامن السلبى، وهو أوفر حظاً من الأهمية فى نطاق العمل، إلى تطبيقات تلك الأحكام فى نطاق التضامن الإيجابى. ومع ذلك فمن المستطاع بادئ ذى بدء تقرير قاعدة عامة أفرغت فى المادة ٤٠٦ من المشروع فى العبارة الآتية: إذا برئت ذمة المدين قبل أحد الدائنين المتضامنين بسبب غير الوفاء، فلا تبرأ ذمته قبل باقى الدائنين إلا بقدر حصة الدائن الذى برئت ذمة المدين قبله، ولا يجوز لأحد الدائنين المتضامنين أن يأتى عملا من شأنه الأضرار بالدائنين الآخرين (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص ٥٧- ص٥٨).

(٣) ديرانتون ١١ فقرة ١٧٦ - ماركاديه ٤ فقرة ٥٩٨ - لاروميير٣ م١١٩٨ فقرة ١٣ - ديمولومب ٢٦ فقرة ١٨٣ - لوران ١٧ فقرة ٢٦٩ - هيك ٧ فقرة ٣٠٤ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٥٦ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٣ ص٤١٨.

المادة ٢٨٦ مدنى على أنه «يترتب على تجديد الدين بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين أن تبرأ ذمة باقى المدينين، إلا إذا احتفظ الدائن بحقه قبلهم»[١]. وسيأتى تفصيل ذلك فيما يلى.

١٣٩ – المقاصة: وإذا وقعت مقاصة ما بين أحد الدائنين المتضامنين والمدين، فان هذه المقاصة لا تقضى الدين بالنسبة إلى سائر الدائنين المتضامنين إلا بقدر حصة الدائن الذى وقعت معه المقاصة. فلا يجوز إذن للمدين أن يتمسك قبل الدائنين بالمقاصة التى وقعت مع واحد منهم إلا بقدر حصة هذا الدائن[٢]، ثم يرجع المدين على الدائن الذى وقعت معه المقاصة بما دفعه للدائنين الآخرين زائداً عما فى ذمته. وهذا هو أيضاً حكم المقاصة فى التضامن السلبى (انظر م٢٨٧ مدنى).

١٤٠ – اتحاد الذمة: وإذا اتحدت ذمة أحد الدائنين المتضامنين بذمة المدين، بأن ورث المدين أحد هؤلاء الدائنين، فان اتحاد الذمة لا يقضى الدين بالنسبة إلى سائر الدائنين المتضامنين إلا بقدر حصة الدائن الذى وقع معه اتحاد الذمة، فلا يتمسك المدين باتحاد الذمة إلا بقدر حصة هذا الدائن[٣].

---

(١) ويتفق حكم تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فى التضامن الايجابى مع حكمه فى التضامن السلبى من حيث التجديد، فالتجديد كقاعدة عامة مبرئ لذمة الجميع فى الحالتين كالوفاء. وتنص المادة ١/١٣ من هذا التقنين على «أن موجب التضامن يسقط تجاه كل الدائنين بالإيفاء أو بأداء العوض أو بايداع الشئ المستحق أو بالمقاصة أو بتجديد التعاقد تجاه أحد الدائنين». ثم تنص المادة ٣١ من نفس التقنين على «أن تجديد الموجب بين الدائن وأحد الموجب عليهم يبرئ ذمة الآخرين، إلا إذا رضى هؤلاء بالتزام الموجب الجديد. أما إذا اشترط الدائن قبول المديونين وامتنع هؤلاء، فالموجب السابق لا يسقط».

(٢) ماركاديه ٤ فقرة ٤٩٨ – لوران ١٧ فقرة ٢٦٨. ولكن أنظر عكس ذلك: دايرنتون ١١ فقرة ١٧٨ – لارومبييير ٣ م١١٩٨ فقرة ٨ – ديمولومب ٢٦ فقرة ١٩٢ – هيك ٧ فقرة ٣٠٥. وانظر أيضاً عكس ذلك المادة ١٣ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى.

ولا مجال فى مصر لهذا الخلاف فى الرأى لأن نص الفقرة الأولى من المادة ٢٨٢ مدنى صريح فى تقرير الحكم (مع ذلك انظر العكس: الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص٢١٩). وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «وتسرى القاعدة نفسها على التضامن الإيجابى، فليس للمدين أن يحتج على الدائنين المتضامنين بالمقاصة التى تقع بينه وبين دائن آخر إلا بقدر حصة هذا الدائن: المادة ١٥٢ من المشروع الفرنسى الإيطالى. وليس لمن انقضى دينه من الدائنين المتضامنين بطريق المقاصة أن يرجع على المدين، وللدائنين الآخرين أن يرجعوا على هذا الدائن كل بقدر حصته» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٧٠).

هذا ويحتج المدين بالمقاصة فى حدود حصة من وقعت معه حتى لو كانت المقاصة جزئية، ولا يعترض على ذلك بعدم جواز الوفاء الجزئى، فإن الوفاء الجزئى جائز فى المقاصة (ديمولومب ٢٦ فقرة ١٩٤ – بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٤٦).

(٣) ومن ثم يجبر على دفع الباقى من الدين لأى دائن آخر، وتبقى التأمينات الأصلية التى كانت تضمن الدين كله ضامنة للباقى منه (بودرى وبارد٢ فقرة ١١٦٣ ص٢٨٣).

وهذا هو أيضاً حكم اتحاد الذمة فى التضامن السلبى (انظر م٢٨٨ مدنى[١]).

١٤١ – الابراء: وإذا أبرأ أحد الدائنين المتضامنين المدين، لم تبرأ ذمة المدين نحو سائر الدائنين المتضامنين إلا بقدر حصة الدائن الذى صدر منه الإبراء. ويرجع أى دائن آخر على المدين ببقية الدين بعد أن يستنزل نصيب هذا الدين. وهذا هو أيضاً حكم الإبراء فى التضامن السلبى (انظر المادة ١/٢٨٩ مدنى[٢]).

١٤٢ – التقادم: وإذا تقادم الدين بالنسبة إلى أحد الدائنين المتضامنين ولم يتقادم

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «وكذلك يكون الحكم فى حالة التضامن الإيجابى، فلا يترتب على اتحاد الذمة بين أحد الدائنين المتضامنين والمدين انقضاء الدين إلا بقدر حصة هذا الدائن: انظر المادة ٥/١٤ من التقنين اللبنانى والمادة ١٥٣ من المشروع الفرنسى الإيطالى والمادة ١٥٣ من المشروع الفرنسى الإيطالى والمادة ٢/٤٢٩ من التقنين الألمانى. فإذا خلف الدائن المدين، فلكل من الدائنين الآخرين أن يرجع عليه، إما بوصفه دائناً قد استوفى الدين من طريق اتحاد الذمة، وفى هذه الصورة، لا يكون لمن يستعمل حق الرجوع إلا المطالبة بحصته، وإما بوصفه وارثا للمدين، وفى هذه الصورة يكون لمن يستعمل حق الرجوع أن يطالب بجملة الدين بعد استنزال حصة الدائن الذى خلف المدين. وإن خلف المدين الدائن، فلكل من الدائنين الآخرين أن يرجع عليه بجملة الدين بعد استنزال حصة هذا الدائن. ويراعى أن الصورة الأولى يمتنع تحققها فى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، فإذا توفى المدين وورثه دائن من الدائنين المتضامنين فيظل لهذا الدائن حقه فى الرجوع بجملة الدين على التركة شأنه فى ذلك شأن أى دائن آخر» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٧٢).

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «ولا يجوز أن يحتج فى التضامن الإيجابى بالإبراء الصادر من أحد الدائنين المتضامنين على الباقين، فلكل من هؤلاء أن يرجع على المدين بجملة الدين بعد استنزال حصة من صدر الإبراء منه: انظر المادة ١/١٤ من التقنين اللبنانى والمادة ١٥٤ من المشروع الفرنسى الإيطالى والمادة ٢/١١٨٨ من التقنين الفرنسى والمادة ٣/٤٢٩ من التقنين الألمانى والمادة ٢٠ من التقنين البولونى» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٨٠).

وتضيف المذكرة الإيضاحية، فى شأن جواز الإبراء من التضامن الإيجابى على غرار الإبراء من التضامن السلبى، ما يأتى: «ومن الميسور أن يتصور الإبراء من التضامن بصدد التضامن الإيجابى أيضاً، فإذا ارتضى أحد الدائنين المتضامنين أن يستوفى نصيبه من الدين، برئت ذمة المدين بقدر هذه الحصة بالنسبة للدائنين الآخرين: المادة ٢/١٣ من التقنين اللبنانى. ويجوز أيضاً أن يصدر الإبراء من التضامن من أحد الدائنين المتضامنين دون أن يستوفى حصته من الدين فعلا، وفى هذه الحالة يكون لسائر الدائنين الذين لم يرتضوا هذا الابراء حق الرجوع على المدين بكل الدين. فلو فرض أن دائنين أربعة تضامنوا فى استيفاء دين مقداره ١٢٠٠ جنيه، وأبرأ أحدهم المدين من الدين، فلكل من الثلاثة الباقين أن يرجع على المدين بمبلغ ٩٠٠ جنيه. فإذا أعسر هذا المدين إعساراً جزئياً، ولم يستطيع إلا أداء ٦٠٠ جنيه، وجب أن يتحمل جميع الدائنين، حتى من صدر الإبراء منه، تبعة الخسارة الناشئة من هذا الإعسار وقدرها ٣٠٠ جنيه» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٨٠– ص٨١).

بالنسبة إلى الآخرين – بأن كان الآخرون مثلا قد علق حقهم على شرط واقف أو أضيف إلى أجل، فلم يسر التقادم بالنسبة إليهم إلا بعد سريانه بالنسبة إلى الدائن الأول ذى الحق المنجز، فانقضى حق هذا بالتقادم دون أن تنقضى حقوق أولئك – فان المدين لا يحتج على سائر الدائنين الذين لم ينقص حقهم بالتقادم إلا بقدر حصة الدائن الذى قضى التقادم حقه(١). وهذا هو أيضاً حكم التقادم فى التضامن السلبى (انظر المادة ١/٢٩٢ مدنى)(٢).

٣– أعمال الدائن التى من شأنها نفع سائر الدائنين أو الاضرار بهم

١٤٣– المبدأ العام (تذكرة): رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٢٨٢ مدنى تنص على ما يأتى: «ولا يجوز لأحد الدائنين المتضامنين أن يأتى عملا من شأنه الإضرار بالدائنين الآخرين». وقد قدمنا أن الأصل فى ذلك أن وكالة كل دائن متضامن عن سائر الدائنين المتضامنين إنما تقوم فى كل عمل من شأنه أن ينفعهم، وهى لا تقوم فى أى عمل من شأنه أن يضر بهم. وهذا جد معقول، فان الدائنين المتضامنين إذا وكل كل منهم الآخر فانما يوكله فيما ينفعه لا فيما يضره. والمبدأ ذاته متبع أيضاً فى التضامن السلبى كما سنرى.

ونطبقه الآن – كما طبقه المشرع فى صدد التضامن السلبى – على نوعين من الأعمال: (١) أعمال من شأنها نفع الدائنين الآخرين فيسرى أثرها فى حقهم، ونستعرض منها قطع التقادم ووقفه وإعذار المدين ومطالبته مطالبة قضائية والصلح معه صلحاً يفيد الدائنين وإقراره بالدين والحكم الذى يصدر لصالح أحد الدائنين. (٢) وأعمال من شأنها الأضرار بالدائنين الآخرين فلا يسرى أثرها فى حقهم، ونستعرض منها إعذار الدائن والخطأ الذى يصدر منه والصلح مع المدين صلحاً يضر الدائنين ونكول الدائن عن اليمين وتوجيه اليمين للمدين والحكم الذى يصدر لصالح المدين.

١٤٤– الاعمال النافعة: إذا قطع أحد الدائنين المتضامنين التقادم ينقطع لصالح سائر

---

(١) الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢١٤ ص٣٠٢– انظر عكس ذلك الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص١٢١– ص٢٢٢ – ص٢٢٢ هامش رقم ١).

(٢) هذا ويبقى من أسباب انقضاء الالتزام الوفاء بمقابل واستحالة الوفاء. ففى الوفاء بمقابل، إذا وفى المدين أحد الدائنين المتضامنين الدين بمقابل، لم يجز له أن يتمسك بذلك ضد الدائنين المتضامنين الآخرين إلا بمقدار حصة الدائن الذى وفاه المقابل، وذلك قياساً على سائر أسباب الانقضاء غير الوفاء، ولأن الدائنين الآخرين لا يتقيدون بمقابل الوفاء إلا إذا قبلوه وهم لم يفعلوا (انظر الأستاذ عبد الحى حجازى١ ص٢٢٠). أما استحالة الوفاء إذا وقعت على محل الدين وكانت بسبب أجنبى فإنها تقضى الدين بالنسبة إلى الدائنين جميعاً. فإذا كانت الاستحالة بخطأ المدين، كان مسئولا عن التعويض لجميع الدائنين بالتضامن فيما بينهم (بودرى وبارد٢ فقرة ١١٣٣ ص٢٦٢ هامش رقم ١).

الدائنين المتضامنين، لأن الدائن الذى قطع التقادم يعتبر وكيلا عنهم فى هذا العمل الذى يفيدهم جميعاً[1]. وعكس ذلك هو حكم قطع التقادم فى التضامن السلبى، إذا قطع الدائن التقادم ضد أحد المدينين المتضامنين، فان قطع التقادم ضده لا يضر بالمدينين الآخرين (انظر المادة ٢/٢٩٢ مدنى). وإذا كان سريان التقادم موقوفاً بالنسبة إلى أحد الدائنين المتضامنين، بأن كان مثلا ناقص الأهلية وليس له ولى، فانه لا يوقف بالنسبة إلى باقى الدائنين ممن لا يقوم بهم سبب لوقف التقادم[2].

وإذا أعذر أحد الدائنين المتضامنين المدين، اعتبر المدين معذراً لصالح سائر الدائنين المتضامنين، لأن الإعذار عمل يفيدهم جميعاً. وكذلك إذا طالب الدائن المدين مطالبة قضائية بالفوائد، فان الفوائد تسرى أيضاً لصالح سائر الدائنين. والحكم عكس ذلك فى التضامن السلبى، فان ما يعتبر مفيداً للدائن يكون ضاراً بالمدين (انظر المادة ٢/٢٩٣ مدنى).

وإذا صالح أحد الدائنين المتضامنين المدين، وتضمن الصلح إقرار المدين بالدين أو رتب فى ذمته التزاماً أو زاد فى التزامه، فان هذا الصلح يفيد منه باقى الدائنين[3]. (انظر فى التضامن السلبى المادة ٢٩٤ مدنى).

وإذا أقر المدين لأحد الدائنين المتضامنين بالدين، أفاد سائر الدائنين من هذا الإقرار، بخلاف ما إذا أقر أحد الدائنين للمدين فان هذا الإقرار لا يسرى فى حق الباقين (انظر فى التضامن السلبى المادة ١/٢٩٥ مدنى).

وإذا صدر حكم على المدين لصالح أحد الدائنين المتضامنين، جاز للدائنين المتضامنين الباقين أن يتمسكوا بهذا الحكم لصالحهم، إلا إذا كان الحكم مبنياً على

---

(١) وإذا انقسم الدين على ورثة أحد الدائنين المتضامنين، على الوجه الذى بيناه فيما تقدم، فإن قطع أحد الورثة للتقادم لا يفيد بقية الورثة لأنه غير متضامن معهم بل إن الدين قد انقسم عليهم، ولكنه يفيد بقية الدائنين المتضامنين في حدود نصيب الوارث الذى قطع التقادم لأنه متضامن مع هؤلاء الدائنين، وقد سبق ذكر ذلك (انظر آنفاً فقرة ١٣٤ فى الهامش - وانظر ديانتون ١١ فقرة ١٨٠ - لاروميير٣ م١١٩٩ فقرة ٤ - لوران ١٧ فقرة ٢٦٣ - بودرى وبارد٢ فقرة ١١٤٨ - بيدان ولاجارد٨ فقرة ٨١٦ ص٦٠٢ - ص٦٠٣ وص٦٠٢ هامش رقم ١).

(٢) ماركاديه ٤ فقرة ٥٩٩ - لوران ١٧ فقرة ٢٦٤ - هيك ٦ فقرة ٣٠٧ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٤٩ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٣ ص٤١٨ عكس - ذلك: ديرانتون١١ فقرة ١٨٠ - لاروميير٣ م١١٩٩ فقرة ٣ - ديمولومب ٢٦ فقرة ١٧١.

(٣) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «إذا تصالح أحد الدائنين المتضامنين مع المدين، أفاد من هذا الصلح باقى الدائنين، متى كان صلحه هذا يتضمن إقراراً بالحق أو بالدين. أما إذا كان ينطوى على إبراء من الدين أو يسئ إلى مركزهم، فلا ينفذ فى حقهم ما لم يرتضوا ذلك: انظر المادتين ١٨ و١٩ من التقنين اللبنانى» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٨٩).

سبب خاص بالدائن الذى صدر الحكم لصالحه (انظر فى التضامن السلبى المادة ٢/٢٩٦ مدنى)(١).

١٤٥ – الاعمال الضارة: أما إذا أعذر المدين أحد الدائنين المتضامنين، فان هذا الإعذار لا يسرى فى حق الباقين، لأن هذا عمل من شأنه الأضرار بهم وهم لم يوكلوا الدائن المعذر فى عمل يضرهم (انظر فى التضامن السلبى المادة ٢/٢٩٣ مدنى).

وإذا ارتكب أحد الدائنين المتضامنين خطأ استوجب مسئوليته قبل المدين، فان هذا الخطأ لا يتعدى أثره إلى سائر الدائنين المتضامنين ولا يكونوا مسئولين عنه، ولا يكون أى دائن متضامن مسئولا إلا عن فعله (انظر فى التضامن السلبى المادة ١/٢٩٣ مدنى).

وإذا صالح أحد المتضامنين المدين وكان الصلح ينطوى على نزول من الدائن عن بعض حقه، فان هذا الصلح لا يسرى فى حق الدائنين المتضامنين الآخرين، ولا يعد هؤلاء نازلين عن بعض حقهم إلا إذا قبلوا هذا الصلح (انظر فى التضامن السلبى المادة ٢٩٤ مدنى)(٢).

وفى توجيه اليمين، إما أن يوجه المدين اليمين لأحد الدائنين المتضامنين أو يوجه أحد الدائنين المتضامنين اليمين للمدين. ففى الحالة الأولى، إذا حلف الدائن المتضامن أفاد من حلفه الباقون، وإذا نكل لم يضار الباقون بنكوله. وفى الحالة الثانية، إذا حلف المدين لم يضار الدائنون الآخرون بحلفه، وإذا نكل أفاد من نكوله الدائنون الآخرون (انظر فى التضامن السلبى المادة ٢٥٩/ ٢و٣ مدنى).

وإذا صدر حكم ضد أحد الدائنين المتضامنين لصالح المدين، فان هذا الحكم لا يحتج به ضد سائر الدائنين المتضامنين (انظر فى التضامن السلبى المادة ١/٢٩٦ مدنى)(٣).

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «وتسرى القاعدة أيضاً على التضامن الإيجابى، فإذا حكم لصالح أحد الدائنين المتضامنين على المدين، أفاد من هذا الحكم باقى الدائنين، أما إذا قضى لصالح المدين فلا يضار الباقون بهذا الحكم. وإذا ألغى الحكم الصادر لصالح أحد الدائنين، زال أثره بالنسبة لباقى الدائنين، ولكن إذا كان جميع الدائنين قد اختصموا فى الدعوى ثم قضى بإلغاء الحكم بالنسبة لأحدهم فلا يضار بذلك الباقون. ولا يترتب على إعلان الحكم لأحدهم سريان المواعيد المقررة للطعن فى الأحكام بالنسبة للباقين» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٩٤).
هذا وإذا ارتكب المدين خطأ يستوجب مسئوليته، فإنه يكون مسئولا قبل جميع الدائنين المتضامنين.

(٢) انظر ما سبق ذكره من المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٨٩ (آنفاً فقرة ١٤٤ فى الهامش).

(٣) انظر ما سبق ذكره فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٩٤ (آنفا فقرة ١٤٤ فى الهامش). وانظر لوران ١٧ فقرة ٢٧١. وانظر عكس ذلك فى القانون الفرنسى لارومبيير٣ م١١٩٨ فقرة ١٥– ديمولومب ٢٦ فقرة ١٩١– بودرى وبارد٢ فقرة ١١٥٩. =

وهكذا يضطرد المبدأ الذى قدمناه: ما كان من عمل يفيد سائر الدائنين فانهم يفيدون منه، وما كان من عمل يضرهم فانهم لا يضارون به.

المطلب الثانى

علاقة الدائنين المتضامنين بعضهم ببعض

١٤٦ – النصوص القانونية: تنص المادة ٢٨٣ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«١ – كل ما يستوفيه أحد الدائنين المتضامنين من المدين يصير من حق الدائنين جميعاً ويتحاصون فيه».

«٢ – وتكون القسمة بينهم بالتساوى، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك»(١).

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ١٦١/١٠٧(٢).

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٨٣، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٧٠، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣١٩، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٢٠ – ٢٢(٣).

١٤٧ – انقسام الدين فى علاقة الدائنين بعضهم ببعض: إذا كان الدين لا ينقسم فى علاقة الدائنين المتضامنين بالمدين، بل يجوز لأى دائن استيفاء كل الدين من المدين ويجوز

=ولكن يسلم الفقهاء الفرنسيون بأن الحكم الصادر ضد الدائن لسبب خاص به، كنكوله عن اليمين أو إقراره أو توجيهه اليمين للمدين فيحلفها، لا يسرى فى حق الدائنين الآخرين (بودرى وبارد٢ فقرة ١١٦٠ – ديمولومب ٢٦ فقرة ١٩١).

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ٤٠٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة، وأصبحت المادة رقمها ٣٩٢ فى المشروع النهائى. ثم وافق عليها مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٨٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٦٠ – ص٦٢).

(٢) **التقنين المدنى السابق** م١٦١/١٠٧ (ونعيد ذكرها): إذا تضمن التعهد التفويض من كل من المتعهد لهم للباقى فى استيفاء الشئ المتعهد به، يكون كل منهم قائماً مقام الباقى فى ذلك. وفى هذه الحالة تتبع القواعد المتعلقة بأحوال التوكيل.

(وما دامت قواعد الوكالة هى التى تطبق، فهى تسرى أيضاً فى علاقة الدائنين بعضهم ببعض، ويعتبر من استوفى الدين من الدائنين وكيلا عن كل من الآخرين فى قبض نصيبه، فعليه أن يسلمه إياه. وهذا هو نفس الحكم الذى قرره التقنين المدنى الجديد).

(٣) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى م٢٨٣ (مطابقة للمادة ٢٨٣ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى الليبى م٢٧٠ (مطابقة للمادة ٢٨٣ من التقنين المدنى المصرى). =

للمدين دفع الدين كله لأى دائن، فان الدين فى علاقة الداتنين بعضهم ببعض ينقسم. وما يستوفيه أحد الداتنين المتضامنين من الدين يصير من حق الداتنين جميعاً، منقسما بينهم لكل منهم حصته (م١/٢٨٣ مدنى).

وهذه القاعدة تسرى أيا كانت طريقة الداتن فى استيفاء الدين. فيجوز أن يستوفيه رأساً من المدين، كما يجوز أن يستوفيه من كفيل للمدين، أو من محال عليه إذا حول المدين الداتن بحق للمدين على الغير وهذه هى حوالة الحق، أو حوله بالدين على مدين آخر وهذه هى حوالة الدين(١).

وتسرى القاعدة أيضاً أياً كان المقدار الذى استوفاه الدائن: كل الدين أو بعضه. فإذا كان قد استوفى بعض الدين، جاز لكل داتن آخر أن يرجع عليه رجوعاً جزئياً بقدر حصته فى هذا البعض. أما إذا اتفق الدائن مع المدين على أن يفى له بحصته وحده فى الدين، فقد قدمنا أن هذا الاتفاق يصح، وتبرأ ذمة المدين بقدر هذه الحصة، ويكون لأى دائن آخر أن يطالب المدين ببقية الدين بعد أن يستنزل حصة الداتن الذى استوفى حصته(٢)، وإن كان هناك رأى يذهب إلى أن الداتنين الآخرين لهم حتى فى هذه الحالة الرجوع على المدين الذى قبض حصته كل بنسبة حصته فى الدين(٣)، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك(٤).

= **التقنين المدنى العراقى** م٣١٩ (متفقة فى الحكم مع المادة ٢٨٣ من التقنين المدنى المصرى).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٢٠: ما يأخذه كل واحد من الداتنين المتضامنين، سواء أكان بالاستيفاء أم بالصلح، يصبح مشتركاً بينه وبين الداتنين الآخرين، فيشتركون فيه على نسبة حصصهم. وإذا حصل أحد الدائنين على كفالة أو حوالة لحصته، فيحق للدائنين الآخرين الاشتراك فيما يوفيه الوكيل أو المحال عليه، هذا كله ما لم يستنتج العكس من العقد أو القانون أو ماهية القضية.

م٢١: بعد الايفاء يقسم مجموع الدين حصصاً متساوية إذا لم يشترط العكس.

م٢٢: إن الدائن المتضامن الذى لا يتمكن بعد الاستيفاء من تقديم المال المستوفى لسبب يسند إلى خطأه هو مسئول تجاه الداتنين الآخرين على قدر حصصهم.

(والأحكام واحدة فى التقنينين اللبنانى والمصرى، سواء من حيث المبدأ أو من حيث التفصيلات التى أوردها التقنين اللبنانى ويمكن استخلاصها من تطبيق القواعد العامة فى مصر دون حاجة إلى نص).

(١) انظر المادة ٢٠ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى. أما الاستيفاء بطريق الصلح الذى يشير إليه التقنين اللبنانى فيجب فيه التمييز بين ما إذا كان الصلح سارياً فى حق سائر الداتنين طبقاً للقواعد التى قدمناها فيكون للدائنين أن يرجعوا بحصصهم فى مقابل الصلح على الداتن الذى وقع منه الصلح، وبين ما إذا كان الصلح غير سار فى حق سائر الدائنين فيكون لأى دائن منهم الرجوع على المدين ببقية الدين بعد أن يستنزل حصة الدائن الذى وقع منه الصلح.

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٣٢.

(٣) لاروميير٣ م١١٩٧ فقرة ٢٩ – ديمولومب ٢٦ فقرة ١٥٦ – فقرة ١٥٨ – بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٣٦ وفقرة ١١٦٦.

(٤) انظر آنفاً فقرة ١٣٢ فى الهامش – هذا وتنص المادة ٢٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على =

١٤٨ - الاساس القانونى لرجوع كل دائن بحصته: ويجب أن نلتمس الأساس القانونى لرجوع كل دائن بحصته فى العلاقة التى قام التضامن على أساسها بين الدائنين المتضامنين. فهم ولاشك شركاء فى مصلحة واحدة. فقد يكونون ملاكاً على الشيوع لدار باعوها معاً متضامنين فى استيفاء الثمن من المشترى. فعقد البيع الذى أنشأ الالتزام بالثمن وأنشأ فى الوقت ذاته علاقة التضامن ما بين البائعين يمكن أن تستخلص منه، فى هذه الحالة، وكالة ضمنية صادرة من كل بائع للبائعين الآخرين فى استيفاء الثمن نيابة عنه وبتوكيله. فإذا أمكن استخلاص ذلك - وهو ممكن فى أكثر الأحوال - كان أساس الرجوع هو عقد الوكالة الضمنى المستخلص من رابطة التضامن(١).

وإذا لم يمكن استخلاص وكالة ضمنية، فان قبض أحد الدائنين لجميع الدين إنما يكون أصالة فى حصته، وفضالة فى حصص سائر الدائنين. فيرجع هؤلاء على الدائن الذى استوفى الدين، كل بقدر حصته، على مقتضى قواعد الفضالة.

وسنرى فى التضامن السلبى أن المدين المتضامن، إذا وفى كل الدين، رجع على المدينين المتضامنين كل بقدر حصته، إما بدعوى شخصية تقوم على الوكالة أو الفضالة كما فى التضامن الإيجابى، وإما بدعوى الحلول فيحل المدين الذى وفى الدين محل الدائن فى الدين الذى وفاه. ولا تتصور دعوى الحلول فى التضامن الإيجابى، فان هذه الدعوى لا تكون إلا لمدين دفع الدين ويريد الرجوع على المدينين الآخرين فيحل محله الدائن فى هذا الرجوع، ولا شئ من ذلك فيما نحن فيه.

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى بيان الأساس الذى يقوم عليه حق الرجوع ما يأتى: «وليس يبقى بعد ذلك سوى بيان الأساس الفقهى الذى يقوم عليه رجوع الدائنين المتضامنين فيما بينهم. وغنى عن البيان أن دعوى الحلول، لا يتصور أن تتخذ أساساً فى هذا الشأن. فالأمر سينحصر إذن فى الدعوى الشخصية، وهى تؤسس على ما يكون بين هؤلاء الدائنين من علاقات سابقة، قد يكون مصدرها وكالة أو فضالة(٢).

١٤٩ - كيف تتعين حصة كل دائن متضامن: يغلب أن يكون هناك اتفاق سابق بين

=«أن الدائن المتضامن الذى لا يتمكن بعد الاستيفاء من تقديم المال المستوفى لسبب يسند إلى خطأه هو مسئول تجاه الدائنين الآخرين على قدر حصصهم». وهذا الحكم هو مجرد تطبيق للقواعد العامة، فيمكن الأخذ به فى مصر دون نص. ومن ثم إذا ارتكب الدائن الذى استوفى الدين خطأ، كان مسئولا عنه - مسئولية الوكيل أو مسئولية الفضولى - قبل الدائنين الآخرين. فإذا كان الدين مثلا عيناً قبضها من المدين ثم هلكت بخطأه، كان مسئولا عن تعويض كل دائن آخر بقدر حصته فى العين المقبوضة.

(١) وعلى هذا الأساس كان التقنين المدنى السابق (م١٦١/١٠٧)، كما رأينا، يبنى التضامن.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٦١.

الدائنين المتضامنين يعين لكل دائن حصته فى الدين. وقد يتولى القانون هذا التعيين إذا لم يكن هناك اتفاق. فإذا أغفل البائعون فى الشيوع مثلا تعيين نصيب كل منهم فى الثمن، فان القواعد القانونية تقضى بأن الثمن ينقسم بينهم كل بنسبة حصته فى الدار الشائعة المبيعة.

بل إن القواعد القانونية قد تقضى بأن يكون أحد الدائنين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة فى الدين، وذلك إذا كان الدائنون الآخرون ليسو إلا وكلاء سخرهم للعمل بالنيابة عنه، وجعلهم دائنين متضامنين معه. ففى مثل هذه الحالة إذا كان الذى استوفى الدين من المدين هو الدائن صاحب المصلحة فيه، فليس لأحد من الآخرين حق الرجوع عليه بشئ. أما إذا كان الذى استوفى الدين هو دائن آخر، فان صاحب المصلحة فى الدين يرجع عليه بكل ما قبض، لأنه هو وحده صاحب الدين(١).

فإذا لم يوجد اتفاق بين الدائنين أو نص فى القانون، لم يبق إلا اعتبار الدائنين المتضامنين متساوين جميعاً فى حصصهم، وقسم الدين بينهم بحسب الرؤوس (parts virriles)، وهذا ما تقضى به الفقرة الثانية من المادة ٢٨٣ مدنى(٢). «فلو فرض - كما تقول فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى - أن أحد دائنين ثلاثة استوفى كل الدين، وكان مقداره ٣٠٠ جنيه، تعين انقسام المبلغ بينهم بالتساوى، فيكون لكل من الدائنين الآخرين أن يرجع على الدائن الأول بمبلغ مائه جنيه. ولو فرض أن هذا الدائن أعسر إعساراً جزئياً لا يتاح معه إلا أداء نصف ديونه، تحمل الدائنان الآخران تبعة هذا الإعسار كل بنسبة نصف نصيبه (فيحصل كل منهما على خمسين جنيهاً بدلا من مائة، ولا يتحمل المدين تبعة إعسار الدائن وهذه هى فائدة التضامن بالنسبة إليه). وكذلك يكون الحكم لو أن المدين نفسه هو الذى أعسر ولم يتيسر لمن طالبه من الدائنين المتضامنين إلا استيفاء نصف الدين أى مبلغ ١٥٠ جنيه، فلا يكون لكل من الدائنين الآخرين فى هذه الحالة أن يستوفى إلا مبلغ

---

(١) وفى هذا المعنى تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «يعتبر الدين وحدة لا تقبل التجزئة فى صلة الدائنين بالمدين، ولكنه على نقيض ذلك ينقسم فى صلة الدائنين بعضهم ببعض. ويتفرع على ذلك أن كل ما يستوفى أحد الدائنين من الدين يصير من حق هؤلاء الدائنين جميعاً، ويتحاصون فيه بنسبة أنصبائهم، وفقاً لما اتفقوا عليه صراحة أو ضمناً. فإذا كان أحدهم هو صاحب المصلحة فى الدين وحده، وكان الباقون مجرد وكلاء سخروا فى الواقع من الأمر، استقل هذا الدائن وحده بالدين بأسره إن كان قد استوفاه، وله أن يرجع به كله على من يستأديه من سائر الدائنين» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٦٠- ص٦١).

(٢) والأصل أن الحصص تكون متساوية، ما لم يثبت أن هناك اتفاقاً أو نصاً يقضى بغير ذلك، ومن يدعى من الدائنين عدم التساوى هو الذى يحمل عبء إثبات ذلك وفقاً للقواعد العامة فى الإثبات، فلا يجوز إثبات الاتفاق إذا كانت قيمة الحصة تزيد على خمسمائة جنيه إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها (انظر فى هذا المعنى بودرى وبارد٢ فقرة ١١٦٥ ص٢٨٥).

خمسين جنيها، وعلى هذا النحو يتحمل الدائنون الثلاثة تبعة هذا الإعسار كل بنسبة النصف في نصيبه»(١).

المبحث الثالث

صورة خاصة من التضامن بين الدائنين

(الدين المشترك)

١٥٠ – الدين المشترك صورة خاصة من التضامن بين الدائنين يعرفها الفقه الإسلامي والتقنين المدني العراقي دون التقنين المدني المصري وسائر التقنينات المدنية العربية: وهناك صورة خاصة من التضامن بين الدائنين لا تصل إلى المدى الذي رسمناه فيما تقدم، بل تقصر عنه في بعض النواحي، وهذه الصورة الخاصة هي ما يعرفه الفقه الإسلامي تحت اسم «الدين المشترك(٢)». وقد نقلها الفقه الإسلامي – وعن المجلة بنوع خاص – التقنين المدني

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٦١– وانظر في بعض التشريعات الأجنبية في التضامن من ما بين الدائنين بودري وبارد ٢ فقرة ١١٦٧ – فقرة ١١٦٩.

(٢) يعرف الفقه الإسلامي، إلى جانب نظام الدين المشترك، نظام التضامن سواء بين الدائنين أو بين المدينين.

فالتضامن بين الدائنين يقوم في شركة المفاوضة، سواء كانت شركة أموال أو شركة أعمال أو شركة وجوه، متى كان الدين ناشئاً عن أعمال التجارة. فيعتبر الشركاء دائنين متضامنين بالثمن إذا باع أحدهم مالا للشركة، ويعتبرون كذلك دائنين متضامنين بالتعويض إذا اغتصب شخص مالا للشركة. كذلك يقوم التضامن بين الدائنين في شركة العنان إذا كانت شركة أعمال، فالشركاء دائنون متضامنون بالأجر المستحق. وأثر التضامن بين الدائنين يجعل لكل دائن أن يطالب المدين بكل الدين، وإذا وفى المدين أحد الدائنين كل الدين برئت ذمته نحو الجميع. ويرجع الدائنون على شريكهم الذي قبض الدين، كل منهم بحصته، وحصصهم دائما متساوية في شركة المفاوضة. والتضامن بين الدائنين في شركة المفاوضة يقوم على فكرة الوكالة، فكل شريك وكيل عن الآخر في القبض والتقاضي وفي جميع حقوق العقد. ويقوم التضامن بين الدائنين في شركة العنان على تضامنهم كمدينين، فالشركاء مدينون متضامنون في التزامهم بالعمل فيكونون دائنين متضامنين في حقهم في الأجر.

والتضامن بين المدينين يقوم بين الشركاء في شركة المفاوضة، ولو نشأ الدين عن غير أعمال التجارة، ما دام ذا صبغة مالية. ويقوم كذلك في شركة العنان إذا كانت شركة أعمال، فيكون الشركاء متضامنين في التزامهم بالعمل كما قدمنا. وهم أيضاً مدينون متضامنون بالتعويض المستحق في حالة هلاك الشئ المسلم لهم، ولو كان الهلاك منسوباً لخطأ أحدهم دون الآخرين. وهناك أيضاً تضامن اتفاقي بين المدينين: فإذا نشأ الالتزام عن مصدر واحد وكان محله واحداً وتعدد المدينون وكفل بعضهم بعضاً كانوا جميعاً مدينين متضامنين. والتضامن بين المدينين، سواء كان اتفاقياً أو قانونياً (في شركتي المفاوضة والعنان)، يقوم على فكرة الكفالة المتبادلة بين المدينين. ومن ثم فأحكام الكفالة هي التي =

العراقى، ولم ينقلها التقنين المدنى المصرى ولا التقنينات المدنية العربية الأخرى. ومن ثم يكون هذا البحث مقصوراً، من ناحية التطبيق، على التقنين المدنى العراقى دون غيره من التقنينات المدنية العربية.

ونبحث الدين المشترك كما بحثنا التضامن بين الدائنين، فنستعرض : (أولا) مصدر الدين المشترك (ثانيا) الآثار التى تترتب على الاشتراك فى الدين.

المطلب الأول

مصدر الدين المشترك

١٥١ – نص فى التقنين المدنى العراقى: تنص المادة ٣٠٣ من التقنين المدنى العراقى على ما يأتى:

«١ – يكون الدين مشتركاً بين عدة دائنين إذا نشأ من سبب واحد، وكان غير متجزئ إما لوحدة الصفقة أو لسبق الاشتراك فى المال الذى نشأ عنه الدين».

=تسرى، ويجوز للدائن أن يرجع على أى مدين بكل الدين بصفته أصيلا عن نفسه وكفيلا للمدينين الآخرين، وكذلك يجوز لأى مدين أن يفى الدائن الدين كله بصفته أصيلا وكفيلا. وإذا وفى أحد المدينين الدين كله للدائن، رجع على المدينين الآخرين ككفيل إذا كانت الكفالة بأمرهم، وله أن يرجع على كل منهم بحصته، كما له أن يرجع على أى منهم بحصته وبنصيبه فى حصص الآخرين ثم يرجعان معاً بالباقى على سائر المدينين. فلو كان الدين ثلثمائة، وكان المدينون المتضامنون ثلاثة حصصهم متساوية، ووفى أحدهم الدين كله للدائن، فإنه إما أن يرجع على كل من المدينين الآخرين بمائة، وإما أن يرجع على أحدهما بمائة وهى حصته فى الدين وبخمسين وهذا هو نصيبه فى حصة المدين الثالث ثم يرجع كل منهما على المدين الثالث بخمسين. انظر فى التضامن بين الدائنين وبين المدينين فى الفقه الإسلامى الأستاذ شفيق شحاته فى النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية ص٣٠٣– ٣٧٨.

ويتبين مما قدمناه أن الكفالة هى التى جعلت أساساً للتضامن السلبى فى الفقه الإسلامى، وساعد على ذلك أن الكفيل لا يملك حق التجديد فى الفقه الإسلامى، فللدائن أن يطالب بالدين كله أياً شاء المدين الأصلى أو الكفيل، فتمشت أحكام الكفالة على هذا النحو مع أحكام التضامن إلى مدى بعيد. أما تاريخ الكفالة فى الفقه الغربى فهو على العكس من ذلك، إذ التضامن هو الذى وجد أولا وكان أساساً للكفالة، ثم تميز الكفيل بعد ذلك عن المدين المتضامن حتى كسب فى النهاية حق التجديد.

ونظام المدين المشترك، كما سنرى، يحتل مكاناً بارزاً فى الفقه الإسلامى، وهو أكثر بروزاً من نظام التضامن، فقد أفاض الفقه الإسلامى فى تفصيل قواعده، وجعله نظاماً أصيلا تقوم مبادئه مستقلة على فكرة الاشتراك.

«٢- فيعتبر ديناً مشتركاً ثمن المبيع المشترك بين اثنين أو أكثر، وثمن الشيئين ولو كانا غير مشتركين، ما دام البيع فى الحالتين قد صدر صفقة واحدة من غير تعيين ثمن حصة كل واحد. ويعتبر ديناً مشتركاً كذلك الدين الآيل بالإرث إلى عدة ورثة، وقيمة المال المشترك إذا استهلك، وبدل القرض المستقرض من مال مشترك».

ويتبين من هذا النص أن الدين المشترك بين عدة دائنين له مصدر واحد لا يتعدد. ويجب إلى جانب ذلك أن يكون هناك اشتراك فى الدين بين الدائنين، فما لم يوجد هذا الاشتراك انقسم الدين على الدائنين المتعددين وأصبح ديناً متعدد الأطراف (obligation conjointe) على النحو الذى قدمناه.

والاشتراك فى الدين إما أن يرجع إلى طبيعة الأشياء بأن يكون المال الذى نشأ عنه الدين مالاً مشتركاً (أى شائعاً) بين الدائنين فينشأ الاشتراك فى الدين من سبق الاشتراك فى المال الذى نشأ عنه الدين، وإما أن يرجع إلى اتفاق المتعاقدين إذا تعدد الدائنون واتفقوا مع المدين على أن يكون الدين مشتركاً بينهم وذلك بأن يجعلوا الصفقة واحدة.

فهناك إذن مصدران للاشتراك فى الدين: (١) سبق الاشتراك فى المال الذى نشأ عنه الدين (٢) ووحدة الصفقة. فنتناولها متعاقبين بالبحث.

١٥٢- سبق الاشتراك فى المال الذى نشأ عنه الدين: فى هذه الصورة يكون هناك مال شائع بين اثنين أو أكثر ويكون هذا المال هو مصدر الدين المشترك.

ويصح فى هذه الحالة أن ينشأ الدين مشتركاً منذ البداية، ويتحقق ذلك إذا آل دين للتركة إلى ورثة متعددين. فإذا كان للتركة دين فى ذمة مدين لها، وكان الورثة ثلاثة مثلا - زوجاً وابناً وبنتاً - فكان للزوج الربع وللابن النصف وللبنت الربع، كان هذا الدين الذى للتركة ديناً مشتركاً منذ البداية بين الورثة الثلاثة بالحصص المتقدمة الذكر(١).

وقد يكون الموجود فى البداية هو المال الشائع لا الدين المشترك، ثم ينشأ الدين المشترك بعد ذلك عن المال الشائع. مثل ذلك أن يرث ورثة متعددون عيناً من أعيان التركة على الشيوع ويبيع الورثة العين صفقة واحدة، فالدين بالثمن الذى نشأ عن هذا المال الشائع يكون ديناً مشتركاً بين الورثة المتعددين. وقد يكون سبب الشيوع فى العين سبباً آخر غير الميراث ويبيع الملاك فى الشيوع العين صفقة واحدة، فيكون الدين بالثمن هنا أيضاً ديناً مشتركاً بين البائعين المتعددين. وإذا كانت العين الشائعة بين الملاك المتعددين قد أتلفها شخص فوجب عليه التعويض لملاك العين، فالدين بالتعويض الذى نشأ عن هذا المال الشائع يكون ديناً مشتركا بين الملاك المتعددين. وإذا أقرض الملاك المتعددون شخصاً مالاً شائعاً بينهم، فالدين

---

(١) وكذا إذا أوصى المتوفى لرجلين بالدين الذى له على آخر، فالدين أيضاً مشترك بينهما لاتحاد سببه وهو ... الوصية (شرح المجلة لسليم باز م١٠٩٢ ص٦١١).

برد القرض وقد نشأ عن مال شائع يكون ديناً مشتركاً بين المقرضين المتعددين[1].

ونرى من الأمثلة المتقدمة أن الدين المشترك فى الصورة التى نحن بصددها هو دين قابل للتجزئة، ولكن طبيعة الأشياء – أى سبق الاشتراك فى المال – اقتضت أن يبقى الدين مشتركاً بين الدائنين المتعددين.

١٥٣– وحدة الصفقة: وقد لا يرجع الاشتراك فى الدين إلى طبيعة الأشياء، أى إلى سبق الاشتراك فى المال الذى نشأ عنه الدين على النحو الذى قدمناه، بل يرجع إلى الاتفاق. مثل ذلك أن يبيع شخصان، أحدهما يملك أرضاً زراعية والآخر يملك المواشى اللازمة لزراعة هذه الأرض، كلا من الأرض والمواشى لمشتر واحد صفقة واحدة بثمن واحد من غير تعيين ثمن حصة كل واحد منهما[2]. فهنا اتفاق ضمنى بين البائعين والمشترى على أن يكون الدين بالثمن ديناً مشتركاً بين البائعين، يدل على هذا الاتفاق أن البيع صدر صفقة

---

(١) وقد ذكرنا فى بيع المال الشائع – سواء صدر البيع من الورثة أو من الملاك فى الشيوع – أن البيع يجب أن يصدر صفقة واحدة، ولم نذكر ذلك فى دين التعويض عن إتلاف مثل مشترك ولا فى التزام المقترض برد المال المشترك الذى اقترضه. ذلك أن التعويض فى حالة الإتلاف، والمال الذى يرده المقترض فى حالة القرض، إنما هو بديل عن المال المشترك الذى كان سبباً فى نشوء الدين، فيتخذ صفته ويكون مالا مشتركاً مثله. أما الثمن، فى حالة بيع المال المشترك، فلا يتخذ صفة المال المشترك إلا إذا كان المبيع قد بيع على أنه مال مشترك أى بيع صفقة واحدة، لاحتمال أن يبيع كل مالك على الشيوع نصيبه فى المال الشائع على حدة فتتعدد الصفقة وينقسم الثمن على البائعين فلا يكون ديناً مشتركاً.

ويقول الأستاذ شفيق شحاته فى مناسبه القرض والعمل غير المشروع ما يأتى: «ويلاحظ مع ذلك أن دين المقرضين يعتبر ديناً واحداً إذا كان المبلغ المقرض من مال مشترك ولو أن عقد القرض لا يعتبر صفقة واحدة عند تعدد المقرضين، ذلك أن الاشتراك هنا قد فرضته طبيعة الأشياء فهو نتيجة حتمية لكون المبلغ المقترض مشتركا – إن المقترض يرد مثل ما اقترض تماما، فكان من الطبيعى أن يبقى المردود مشتركاً كما كان المأخوذ، ولذلك لا يكون المردود مشتركاً إذا لم يكن المأخوذ كذلك، أى لا يكون الدين واحداً إذا لم يكن القرض من مال مشترك. وهذا هو كذلك حكم رجوع الدافعين بأمر المدين، فإن دينهم يكون مشتركاً إذا دفعوا من مال مشترك، ذلك أن الدفع هنا هو فى الواقع عبارة عن إقراض فيأخذ حكمه. وفى جميع ما تقدم نشأ الدين عن تعاقد. وقد ينشأ كذلك عن ضرر ويكون لمتعدد، وهو يعتبر ديناً واحداً فى الحالة الأخيرة إذا كان الضرر قد لحق مالا مشتركاً بين اثنين أو وقع على نفس مورثهما المشترك. أما إذا لحق الضرر أموالا مختلفة مملوكة لجملة أشخاص، فلا يكون الدين واحدا. وقد فسروا ذلك بصريح العبارة أن السبب وهو الجريمة لا يعتبر واحداً فى الحالة الأخيرة، ويعتبر كذلك فى الحالة الأولى» (النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية فقرة ٢٩٩– فقرة ٣٠٠ والنصوص الفقهية المشار إليها).

(٢) فلا يكون الدين مشتركاً إذا تعين لكل من الباقين حصة من الثمن، أو كان الثمن المستحق لأحدهما يختلف عن الثمن المستحق للآخر فى ماهيته أو فى صفته، وذلك على اعتبار أن الثمن فى الفقه الإسلامى قد لا يكون نقوداً (الأستاذ شفيق شحاته فى النظرية العامة فى الالتزامات فى الشريعة الإسلامية فقرة ٢٩٦ والنصوص الفقهية المشار إليها). وهذا على رأى أبى يوسف ومحمد =

واحدة بثمن واحد من غير تعيين ثمن حصة كل من البائعين. وهذا لا يمنع من قيام اتفاق بين البائعين فى علاقة أحدهما بالآخر يحدد حصة كل واحد منهما فى الثمن[1]. ومن هذا نرى أن إرادة المتعاقدين، لا طبيعة الأشياء، هى التى اقتضت فى هذه الصورة أن يبقى الدين مشتركاً بين الدائنين المتعددين.

١٥٤- مقارنة بين الاشتراك فى الدين والتضامن بين الدائنين من حيث المصدر: ونرى مما تقدم ان مصدر الاشتراك فى الدين أما أن يكون سبق الاشتراك فى المال وهذا وضع قانونى، وإما أن يكون وحدة الصفقة وهذا وضع اتفاقى، أى أن مصدر الدين المشترك هو القانون أو الاتفاق. أما التضامن بين الدائنين فقد رأينا أن مصدره يكون دائماً الاتفاق الصريح أو الضمنى ولا يكون القانون أبداً. ثم إن الاتفاق على التضامن غير الاتفاق على الاشتراك فى الدين، فالدائنون إذا اتفقوا على التضامن فيما بينهم يكونون قد وثقوا علاقاتهم بعضهم ببعض أكثر مما وثقوها فيما إذا اتفقوا على الاشتراك في الدين. وسنرى أن الآثار التى تترتب على الاشتراك فى الدين أقل مدى من تلك التى رأيناها تترتب على التضامن بين الدائنين.

المطلب الثانى

الآثار التى تترتب على الاشتراك فى الدين

١٥٥- المبادئ الرئيسية: يترتب على الاشتراك فى الدين ضرب من التضامن بين الدائنين هو فى جملته أقل توثقاً من التضامن العادى الذى سبق بيانه. ويجب التمييز فى هذا الصدد بين علاقة الدائنين بالمدين وعلاقة الدائنين بعضهم ببعض.

(أولا) فمن حيث علاقة الدائنين بالمدين: ينقسم الدين على الدائنين، ولا يستطيع أى دائن منهم أن يرجع على المدين إلا بحصته فى الدين، يستوفيها بأى طريق من طرق الاستيفاء، أى يقتضيها بأى سبب من أسباب الانقضاء. وفى هذا يختلف الاشتراك فى الدين عن التضامن بين الدائنين اختلافا بينا، فقد رأينا أن الدائن المتضامن يستطيع الرجوع على المدين بكل الدين، بحصته وبحصص شركائه، وهؤلاء يرجعون عليه بعد ذلك كل منهم بحصته. وبينا أن هذا هو موضع الضعف فى التضامن، فهو ضمان للمدين أكثر منه ضمانا

= وهو الرأى الراجح فى المذهب الحنفى، ويذهب أبو حنيفة إلى جواز أن تكون الصفقة واحدة مع تعيين حصة من الثمن لكل من البائعين.

(١) والمراد ألا يذكر حين البيع حصة كل شريك من الثمن لا من المبيع... وقولهم مال مشترك قيد اتفاقى، إذ لو كان لكل منهما عين على حدة، فباعاها صفقة واحدة من غير تفصيل ثمن نصيب كل واحد منهما، كان الثمن أيضاً مشتركاً بينهما (شرح المجلة لسليم باز م١٠٩٥ ص٦١١).

للدائن، إذ المدين تبرأ ذمته بدفع الدين كله لأحد الدائنين، فإذا ما استوفى هذا كل الدين تعرض شركاؤه لخطر إعساره عند رجوعهم عليه بحصصهم.

وينبنى على أن الدائن فى الدين المشترك لا يرجع على المدين إلا بحصته أن كثيراً من مسائل التضامن فى الحالات التى ينقضى فيها الالتزام التضامنى بسبب غير الوفاء، كالمقاصة والتجديد واتحاد الذمة والإبراء والتقادم، لا تعرض فى الدين المشترك، إذ الدائن فى هذا الدين لا يستوفى إلا حصته، فلا محل للتساؤل عما إذا كان الدائنون الآخرون يحتج عليهم بانقضاء الدين كله أو بمقدار حصة شريكهم فحسب. ثم إن النيابة التبادلية لا محل لها فى الدين المشترك، فالدائن فى هذا الدين لا يقبض إلا حصته، فلا محل للقول بأنه يمثل شركاءه فى قبض حصصهم. ونرى من ذلك أن كثيراً من الصعوبات التى تقوم فى نظام التضامن لا وجود لها فى نظام الدين المشترك، وأن هذا النظام يفضل نظام التضامن من حيث علاقة الدائنين بالمدين.

(ثانيا) أما من حيث علاقة الدائنين بعضهم ببعض، فهنا تتجلى ذاتية نظام الدين المشترك. وإذا كان هذا النظام لا يخرج كثيراً على القواعد العامة فى ناحية علاقة الدائنين بالمدين، فانه فى علاقة الدائنين بعضهم ببعض ينحرف كثيراً عن هذه القواعد وتبرز مقوماته الرئيسية، بل هو يقرب فى هذه الناحية من نظام تضامن الدائنين.

فالدائن إذا قبض حصته فى الدين من المدين، كان للدائنين الآخرين أن يشاركوه فيما قبض كل بنسبة حصته فى الدين[1]. ثم يرجعون، وهو معهم، على المدين بما بقى لهم فى

---

(١) ويتساءل الأستاذ شفيق شحاته، عند بحثه فى الأساس القانونى لرجوع الدائنين الآخرين على الدائن الذى قبض حصته: «كيف يفسر أن القابض يقبض حصته دون غيرها من الحصص، ويكون مع ذلك عرضة لرجوع باقى الدائنين عليه؟ هل يقال إن القابض لم يقبض نصيبه حقيقة بل نصيباً شائعاً مملوكاً له ولشركائه؟ لا يمكن قبول هذا التعليل، لأن المقبوض لو كان مملوكاً للجميع لما أمكن القابض التصرف فيه كما رأينا. يضاف إلى ذلك أن القابض لا صفة له فى حيازة المقبوض عن الغير، فهو ليس بوكيل ولا بمستودع. المقبوض هو إذن ملك القابض خاصة، على أن للدائن الشريك حقاً ثابتاً فى الشئ المقبوض، وبموجب هذا الحق يستحق هذا الدائن الشريك بعضاً مما قبض القابض، ولو أنه لا يستطيع تتبع المقبوض بين يدى الغير فقد رأينا أنه لا يستطيع فى حالة انتقال الملكية سوى المطالبة بتعويض. هذا الحق هو إذن حق شبه عينى، فصاحبه ليس له حق ملكية، بل حق فى أن يتملك: ولهذا الحق نظائر فى الشرع» (النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية فقرة ٣٢١- فقرة ٣٢٢ والنصوص الفقهية المشار إليها فى الهوامش).

ويبدو لنا أنه يمكن القول إن حصة كل دائن فى الدين المشترك هى ملك الدائن خاصة فى العلاقة بينه وبين المدين، وهى مال مشترك - لأنها جزء من الدين المشترك - فى علاقة الدائن بباقى الدائنين. ومن ثم يجوز لباقى الدائنين إن يطالبوا الدائن الذى قبض حصته بأنصبتهم فى هذه الحصة إذ هى مال مشترك بينهم، ولهم أن يرجعوا على المدين. فإذا ما استولى كل من الدائنين على حصته اختص بها، حتى فى علاقة هؤلاء الدائنين بعضهم ببعض. وإذا تصرف الدائن فى حصته التى =

ذمته. وللدائنين الآخرين أن يتركوا الدائن الذى قبض حصته ويتبعوا المدين بحصصهم، فإذا كان المدين معسراً عند مطالبتهم إياه كان من حقهم أن يرجعوا على الدائن الذى قبض حصته ليحملوه نصيبه من التبعة عن إعسار المدين. وفى هذه القواعد يتمثل الضمان الذى ينطوى عليه نظام الدين المشترك. فكل دائن إذا قبض حصته لم تخلص له، بل يبقى ضامناً للدائنين الآخرين حصصهم ويتحمل معهم تبعة إعسار المدين(١). وللدائنين الآخرين فى هذا

=قبضها من المدين لم يكن لباقى الدائنين تتبع هذه الحصة فى يد الغير، لأن الحصة إنما تعتبر مالاً مشتركاً فى علاقة الدائنين بعضهم ببعض، لا فى علاقتهم بالغير. على أن أثر الاشتراك يعود، حتى فى هذه الحالة، إذا أعسر المدين، ويتجلى دائماً فى علاقة الدائنين بعضهم ببعض، فيرجع الدائنون الآخرون على الدائن الذى قبض حصته وتصرف فيها ليحملوه نصيبه من تبعة إعسار المدين.

(١) ويستخلص الأستاذ شفيق شحاته الطبيعة القانونية للدين المشترك على الوجه الآتى: «الدين المشترك قد ورد ذكره فى النصوص على أنه ملك مشترك، فهو إذن فى نظر الفقهاء عبارة عن شئ مملوك للدائنين على الشيوع. ولكن قد لاحظ الفقهاء أنفسهم أن الدين ليس بشئ حسى بل هو مجرد معنى فى الذهن، ولما كان كذلك كان من المتعذر تصور انقسامه. لذلك قالوا بأنه لا ينقسم، ونشأ عن ذلك حق الرجوع. إلا أنهم قد لاحظوا من ناحية أخرى أنه إذا كان الدين لا يقبل الانقسام على أنه دين، فهو يقبله على أنه مطالبة، ونشأ عن ذلك جواز انفراد كل من الدائنين بالمطالبة بحصته منه. ولكننا قد رأينا عند الكلام على الأساس القانونى لحق الرجوع أن تصوير الدين المشترك على هذا الشكل لا يتفق والحلول الثابتة. أما الفكرة التى تستمد من الحلول فهى الدين المشترك ينقسم فيما بين الدائنين فى الواقع. إلا أن انقسامه لا يكون مطلقاً فهو ينقسم انقساماً مقيداً بما شرعوه من حق الرجوع، ذلك أن حق الرجوع يوجد بين الدائنين رابطة ذات طبيعة خاصة كما بينا. وإذا نظرنا إلى الدين المشترك نظرة عملية، وجدنا أن هذه الرابطة التى أوجدها حق الرجوع لا تبقى على الشئ الكثير من اعتبار الالتزام منقسما، فهى تؤدى بالفعل إلى ضرورة اجتماع جميع الدائنين عند المطالبة، ذلك أنه ما دام لم يجتمع هؤلاء الدائنون لا تكون المطالبة أبداً مجدية» (النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية فقرة ٣٢٣- فقرة ٣٢٤).

ونعود إلى القول بأن الدين المشترك هو دين منقسم على الدائنين فى علاقتهم مع المدين، وغير منقسم عليهم فى علاقتهم بعضهم ببعض. وانقسامه على الدائنين فى علاقتهم بالمدين هو الذى يجنب نظام الدين المشترك عيوب نظام التضامن بين الدائنين، أما عدم انقسامه على الدائنين فى علاقتهم بعضهم ببعض فهو الذى يحقق للنظام هدفه الأول وهو أن يكون ضماناً للدائنين.

ويقول الأستاذ منير القاضى فى محاضراته فى القانون المدنى العراقى فى معهد الدراسات العربية العالية (سنة ١٩٥٣ ص٦١- ص٦٢): «والفكرة فى هذا النوع من الدين مبنية عند فقهاء الشريعة على عدم قبول الدين للانقسام، لأن الديون عندهم أوصاف فى ذمم المدينين والأوصاف لا تقبل الانقسام، فما يقبضه كل واحد من الدائنين أنما يقبضه مالا مشتركا. وهى مبنية فى رأى من يعد الدين ما لا يقبل القسمة.. على أن أحد الدائنين له حق المطالبة بحصته بناء على قبول الدين القسمة فهو يطالب بقسمه، فإذا قبض حصته كان لشركائه الرجوع عليه بأنصبائهم مما قبض لأن قسمة المشترك لا تتم إلا برضاء الشركاء أو بحكم القضاء بالقسمة، فإذا لم يرض الشركاء بهذه القسمة التى تولاها القابض =

وسيلتان: فاما أن يشاركوه فى حصته التى قبضها، وإما أن يرجعوا عليه بالضمان إذا طالبوا المدين بحصصهم فوجدوه معسراً. وهذا ما يسبغ على نظام الدين المشترك قوته من حيث هو ضمان للدائنين. وهذا فى الوقت ذاته موطن الضعف فى هذا النظام، فالدائن الذى يقبض حصته لا تخلص له الحصة كما قدمنا، ولا يستطيع أن يطمئن إلى أنه قد استولى على حصته إلا بعد أن يستولى الدائنون الآخرون أيضاً على حصصهم.

ونظام تضامن الدائنين لا يبعد كثيراً عن هذا النظام. فقد رأينا أن الدائن المتضامن إذا قبض من المدين جزءاً من الدين، حتى لو كان هذا الجزء معادلا لحصته على خلاف فى الرأى، جاز للدائنين الآخرين أن يشاركوه فيما قبض كل بنسبة حصته. ورأينا كذلك أن المدين إذا أعسر تحمل كل الدائنين تبعة هذا الإعسار. ففى هذه الأحكام يتلاقى نظام الدين المشترك مع نظام تضامن الدائنين.

١٥٦ – جواز الاتفاق على استبعاد الاشتراك فى الدين: ومهما يكن من أمر الدين المشترك، أو ما ينطوى عليه نظامه من مزايا وعيوب، فانه يجوز أن يتفق ذوو الشأن على استبعاد هذا النظام. وقد نصت المادة ٣١٤ من التقنين المدنى العراقى على أنه «١ – فى الدين المشترك يجوز الاتفاق فيما بين الشركاء على أن يكون لكل منهم الحق فى قبض حصته من الدين، من غير أن يكون لسائر الشركاء الرجوع عليه حتى لو توت حصصهم. ٢ – وفى هذه الحالة ينقسم الدين المشترك على الدائنين قسمة تامة، ويختص كل منهم بحصته فى الدين من غير أن يشاركه فيها غيره بوجه من الوجوه».

ونظام الدين المشترك، فى حالة وحدة الصفقة، ليس فى حاجة إلى الاستبعاد، لأن ذوى الشأن فى هذه الحالة هم الذين أرادوا هذا النظام وعبروا عن هذه الإرادة من طريق وحدة الصفقة، فإذا كانوا لا يريدونه فليس أيسر عليهم من أن يتجنبوا طريقه. ولكن نظام الدين المشترك فى حالة سبق الاشتراك فى المال الذى نشأ عنه الدين هو الذى يكون فى حاجة إلا الاستبعاد، فان النظام فى هذه الحالة يكون مفروضاً على ذوى الشأن إلا إذا اتفقوا على استبعاده، كما تقضى المادة ٣١٤ من التقنين المدنى العراقى سالفة الذكر.

والاستبعاد يكون باتفاق الدائنين فيما بينهم على أن يستقل كل دائن بحصته فى الدين، فإذا قبضها لم يشاركه فيها الدائنون الآخرون، وتخلص له الحصة حتى لو أعسر المدين بعد ذلك، فلا يكون للدائنين حق الرجوع عليه لتحميله نصيبه فى هذا الإعسار. ومن ثم ينقسم الدين المشترك قسمة تامة على الدائنين، ويصبح ديناً متعدد الأطراف (obligation conjointe) كل دائن له جزء من الدين يستقل به ولا يشاركه فيه الدائنون الآخرون بوجه

=وحده بقى ما قبضه مشتركاً بينهم، وظل الباقى فى ذمة المدين مشتركاً بينهم أيضاً، وإذا رضوا بهذه القسمة سلمت له حصته التى قبضها».

من الوجوه. وقد لجأ التقنين المدنى العراقى إلى هذه الوسيلة حتى يفتح الطريق أمام ذوى الشأن لتجنب عيوب نظام الدين المشترك إذا شاءوا ذلك(١).

ونبحث الآن آثار الاشتراك فى الدين: (١) من حيث علاقة الدائنين بالمدين (٢) ومن حيث علاقة الدائنين بعضهم ببعض وهى الناحية التى تبرز فيها مقومات الدين المشترك كما قدمنا.

---

(١) والاتفاق مقدماً على استبعاد الاشتراك فى الدين لا يقول به فى الفقه الإسلامى إلا عدد قليل من الفقهاء، ولكن التقنين المدنى العراقى اختار هذا القول لما فيه من مزية واضحة. ويقول الأستاذ منير القاضى فى هذا الصدد: «لم يجوز الفقه الحنفى قسمة الدين ولا تمليكه لغير من عليه الدين، لأن الديون فى نظريته أوصاف فى ذمة المدين لا أموال، والأوصاف لا تقبل القسمة ولا الانتقال من محالها، فلا تقسم إذن ولا تملك، وإنما تقسم أو تملك بعد تمثلها فى الأعيان المقبوضة منها. وهى نظرية لها دقتها وقيمتها. وإنما جوزوا تمليكها لمن عليه الدين لأن هذا التمليك إبراء معنى، والإبراء يتضمن الإسقاط، والأوصاف تقبل الإسقاط... ولكن القانون العراقى، وان اقتبس الدين المشترك وأحكامه من هذا الفقه، قد تجافى تلك النظرية ومال إلى رأى من المذاهب الإسلامية الأخرى وغيرها أن الديون أموال لا أوصاف فى الذمة فهى إذن تقبل القسمة، فقرر فى مادته الـ٣١٤ أن الدين المشترك يجوز الاتفاق فيما بين الشركاء فيه على أن يكون لكل منهم الحق فى قبض حصته من الدين من غير أن يكون لسائر الشركاء الرجوع عليه حتى لو توت حصصهم. وفى هذه الحالة ينقسم الدين المشترك على الدائنين قسمة تامة، ويختص كل منهم بحصته فى الدين من غير أن يشاركه فيه غيره بوجه من الوجوه، فيخرج الدين عن كونه مشتركاً (محاضرات فى القانون المدنى العراقى فى معهد الدراسات العربية العالية ص٦٤- ص٦٥).

ومن أعلام الفقهاء الذين يقولون بجواز الاتفاق على استبعاد الاشتراك فى الدين ابن القيم، ويقول فى هذا الصدد: «تجوز قسمة الدين المشترك بميراث أو عقد أو إتلاف، فينفرد كل من الشريكين بحصته ويختص بما قبضه، سواء كان فى ذمة واحدة أو فى ذمم متعددة. فإن الحق لهما، فيجوز أن يتفقا على قسمته أو بقائه مشتركاً ولا محذور فى ذلك. بل هذا أولى بالجواز من قسمة المنافع بالمهايأة بالزمان أو بالمكان، ولا سيما فإن المهايأة بالزمان تقتضى تقدم أحدهما على الآخر وقد تسلم المنفعة إلى نوبة الشريك وقد تتوى. والدين فى الذمة يقوم مقام العين، ولهذا تصح المعاوضة عليه من الغريم وغيره، وتجب على صاحبه زكاته إذا تمكن من قبضه، ويجب عليه الانفاق على أهله وولده ورقيقه منه، ولا يعد فقيراً معدماً، فاقتسامه يجرى مجرى اقتسام الأعيان والمنافع. فإذا رضى كل من الشريكين أن يختص بما يخصه من الدين، فينفرد هذا برجل يطالبه وهذا برجل يطالبه، أو ينفرد هذا بالمطالبة بحصته وهذا بالمطالبة بحصته، لم يهدما بذلك قاعدة من قواعد الشريعة ولا استحلا ما حرم الله ولا خالفا نص كتاب الله ولا سنة رسوله ولا قول صاحب ولا قياساً شهد له الشرع بالاعتبار. وغاية ما يقدر عدم تكافؤ الذمم ووقوع التفاوت فيها، وأن ما فى الذمة لم يتعين فلا تمكن قسمته، وهذا لا يمنع تراضيهما بالقسمة مع التفاوت فإن الحق لا يعدوهما، وعدم تعين ما فى الذمة لا يمنع القسمة فإنه يتعين تقديراً، ويكفى فى إمكان القسمة التعين بوجه فهو معين تقديراً ويتعين بالقبض تحقيقاً. وأما قول أبى الوفاء بن عقيل لا تختلف الرواية عن أحمد فى عدم جواز قسمة الدين فى الذمة الواحدة واختلفت الرواية عنه فى جواز قسمته إذا كان فى الذمتين فعنه فيه روايتان، فليس كذلك، بل عنه فى كل من الصورتين روايتان،وليس فى أصوله ما يمنع جواز القسمة كما ليس فى أصول الشريعة =

١ – العلاقة ما بين الدائنين والمدين فى الدين المشترك

١٥٧ – المسائل الرئيسية: قدمنا أن كل دائن فى علاقته بالمدين يطالبه بحصته فى الدين وحدها، فيستوفيها بطريق من طرق الوفاء، ومن ثم ينقسم الدين على الدائنين فى علاقتهم بالمدين حقاً خلافاً للدين التضامنى. ثم إن علاقة كل دائن بالمدين قد تنقضى بسبب من أسباب انقضاء الالتزام غير الوفاء. ولا تقوم بين الدائنين المشتركين فى الدين أية نيابة تبادلية، لا فيما يضر ولا فيما ينفع. هذه هى المسائل الرئيسية الثلاث التى نتناولها بالبحث مسألة مسألة(١).

١٥٨ – الوفاء: لأى دائن أن يطالب المدين بحصته فى المدين كما قدمنا، ولا يستطيع أن يطالبه بأكثر من حصته ولو كان الدين كله مضموناً بتأمين شخصى أو عينى. كذلك يستطيع المدين أن يفى لأى دائن بحصته فى الدين دون زيادة(٢)، فتبرأ ذمته من هذه

=ما يمنعها، وعلى هذا فلا يحتاج إلى حيلةعلى الجواز. وأما من منع القسمة، فقد تشتد الحاجة إليها، فيحتاج إلى التحيل عليها. فالحيلة أن يأذن لشريكه أن يقبض من الغريم ما يخصه، فإذا فعل لم يكن لشريكه أن يخاصمه فيه بعد الإذن على الصحيح من المذهب كما صرح به الأصحاب. وكذلك لو قبض حصته ثم استهلكها قبل المحاصة، لم يضمن لشريكه شيئاً، وكان المقبوض من ضمانة خاصة، وذلك أنه لما أذن لشريكه فى قبض ما يخصه، فقد أسقط حقه من المحاصة، فيختص الشريك بالمقبوض. وأما إذا استهلك الشريك ما قبضه، فإنه لا يضمن لشريكه حصته منه قبل المحاصة لأنه لم يدخل فى ملكه ولم يتعين له بمجرد قبض الشريك له، ولهذا لو وفى شريكه نظيره لم يقل انتقل إلى القابض الأول ما كان ملكاً للشريك، فدل على أنه إنما يصير ملكاً له بالمحاصة لا بمجرد قبض الشريك. ومن الأصحاب من فرق بين كون الدين بعقد وبين كونه بإتلاف أو إرث، ووجه الفرق أنه إذا كان بعقد فكأنه عقد مع الشريكين فلكل منهما أن يطالب بما يخصه، بخلاف دين الإرث والإتلاف والله أعلم» (إعلام الموقعين جزء ٤ ص١ – ص٢). وانظر أيضاً الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١٨٣ ص١٧٥ – ص١٧٦.

(١) وقد تكون حصة أحد الدائنين مؤجلة، وحصة ثان حالة، وحصة ثالث معلقة على شرط. ولكن إذا نشأ الدين حالا فى جميع حصصه، فقد اختلف فيما إذا كان يجوز لدائن دون غيره أن يمنح حصته أجلا: فعند أبى يوسف ومحمد يجوز، وعند أبى حنيفة لا يجوز لأن منح الأجل بالنسبة إلى حصة دائن يتعدى أثره حتما إلى حصص الآخرين (انظر فى هذه المسألة الأستاذ شفيق شحاته فى النظرية العامة فى الشريعة الإسلامية فقرة ٣٠٥).

(٢) فلا يجوز للمدين أن يفى أحد الدائنين كل الدين، ولا تبرأ ذمته من حصص باقى الدائنين بهذا الوفاء، بل لهؤلاء أن يطالبوا المدين كل بحصته، ويرجع المدين على القابض بما قبضه زيادة على حصته. جاء فى البدائع (جزء ٦ ص٧٠): «من استوفى كل الدين المشترك بغير إذن شريكه، كان لشريكه أن يرجع على الغريم بحصته، ويرجع الغريم على القابض بما قبضه، لأنه إنما سلم إليه ليملك ما فى ذمته بما سلم، ولم يملك، فكان له أن يرجع». على أنه يجوز إذا قبض أحد الدائنين كل الدين أن يرجع عليه شركاؤه كل بحصته، فتبرأ ذمة المدين من الدين كله. جاء فى البدائع (جزء ٦ ص٧٠): «إن أحد الشريكين إذا استوفى الدين المشترك كله كان للشريك الآخر أن يرجع عليه بنصيبه.

الحصة، إلا إذا شارك فيها الدائنون الآخرون فعند ذلك يعود الدائن الذى قبض حصته فيطالب المدين بما نقص منها بعد هذه المشاركة. وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٣٠٤ من التقنين المدنى العراقى على أنه «إذا كان الدين مشتركا، فلكل واحد من الشركاء أن يطلب حصته منه»(١). وحصة كل دائن فى الدين تتحدد باتفاق بين الدائنين، وقد يكون القانون هو الذى يحددها كما لو كان الدائنون ورثة فى مال شائع وباعوه صفقة واحدة فيكون الثمن ديناً مشتركاً بينهم كل له فيه بنسبة حصته فى الأرث على الوجه الذى يحدده قانون الميراث». فإذا لم يوجد اتفاق أو نص فى القانون يحدد مقدار حصة كل دائن، فالمفروض أن حصصهم متساوية.

---

(١) ومن كانت حصته مؤجلة من الدائنين لا يستطيع أن يطالب بها إلا عند حلول الأجل، بل ولا يستطيع أن يرجع على من قبض من الدائنين حصته الحالة إلا إذا انقضى أجل حصته. جاء فى المبسوط للرضى (جزء ٢١ ص٣٨): «والدليل على أن تأجيله يصادف بعض نصيب شريكه أن الآخر إذا قبض نصيبه ثم حل الأجل، كان للمؤخر أن يشاركه فى المقبوض، ويكون ما بقى مشتركا بينهما، والباقى هو ما كان مؤجلا». وإذا كان الدين كله مؤجلا، فعجل المدين لأحد الدائنين حصته، رجع الشركاء فى الدين على هذا الدائن دون أن ينتظروا حلول الأجل، لأن الأجل قد سقط فى الحصة المعجلة بالنسبة إلى الدائنين جميعاً. وقد جاء فى البدائع (جزء ٧ ص١٩٦): «لو كان الدين فى الأصل منهما جميعاً مؤجلا، فأخذ أحدهما شيئا قبل حلول الأجل شاركه فيه صاحبه، لأنه لما أخذ شيئاً قبل حلول الأجل فقد سقط الأجل على قدر المقبوض وصار حالا فصار المقبوض من النصيبين جميعاً، فيشاركه فيه صاحبه كما فى الدين الحال».

وإذا نشأ الدين المشترك حالا، ثم أراد أحد الدائنين أن يؤجل، فلا يجوز على رأى أبى حنيفة، كما قدمنا، وقد نصت المادة ١١١٢ من المجلة على أنه «ليس لأحد الدائنين أن يؤجل الدين المشترك بلا إذن الآخر». وقد جاء فى شرح سليم باز للمجلة (ص٦١٧): «لأنه إذا صح التأجيل فى الحصتين لصار تصرفاً فى حق شريكه بدون إذنه. وإن صح فى حصة المؤجل، لأدى إلى قسمة الدين قبل قبضه، وذا لا يجوز. ومفاده أنه لو أجل الشريك حصته من الدين، فلا يصح أيضاً لما فيه من قسمة الدين قبل قبضه. فبناء عليه لو أجل أحد الدائنين الدين المشترك كلا أو بعضاً، ثم قبض الشريك الآخر بعض الدين من المديون، فللشريك الذى أجل أن يشاركه فيما قبض وإن لم يحل الأجل، لأن الأجل باطل». أما الصاحبان فقد رأينا أنهما يجيزان أن يؤجل الدائن حصته دون حصة شريكه. وقد أخذ مرشد الحيران برأى الصاحبين، ولكن قصره دون مبرر على الميراث، فنصت المادة ١٨٧ على أنه «إذا كان الدين المشترك موروثاً، فلا يجوز لأحد الشريكين أن يؤجل حصة شريكه بلا إذن، وله أن يؤجل حصته». ثم نصت المادة ١٨٨ على أنه «إذا كان الدين المشترك واجباً بإدانة أحد الشريكين فى شركة عنان، فإن أجل الذى باشر الإدانة صح تأجيله فى جميع الدين، وإن أجله الذى لم يباشر الإدانة فلا يصح تأجيله فى حصته ولا فى حصة شريكه بالأولوية. فإن كان الشريكان متفاوضين، فأيهما أجل الدين المشترك بينهما صح تأجيله». ونصت المادة ١٨٩ على أنه «إذا كان الدين المشترك واجباً بعقد قرض، فلا يجوز للشريك الذى باشر العقد ولا للشريك الآخر أن يؤجله، وإن أجله أحدهما فلا يلزم تأجيله ولكل منهما اقتضاؤه حالا». والمادتان الأخيرتان إنما تعرضان لأحكام خاصة بالشركة وبالقرض لا بالدين المشترك فى ذاته (أنظر الأستاذ شفيق شحاته فى النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية ص٢٩٩).

وقد يستوفى الدائن حصته من كفيل أو محال عليه، بأن يكون للمدين كفيل فيرجع عليه الدائن بحصته، أو يحيل المدين الدائن بحصته على مدين آخر. وتنص المادة ٣٠٦ من التقنين المدنى العراقى فى هذا الصدد على أنه «إذا أخذ أحد الشركاء من المدين كفيلا بحصته فى الدين المشترك، أو أحاله المدين على آخر، فللشركاء أن يشاركوه فى المبلغ الذى يأخذه من الكفيل أو المحال عليه». بل يجوز أن يستوفى الدائن حصته بأن يحيل هو شخصاً آخر بهذه الحصة على المدين، والحوالة هنا تكون حوالة حق لا حوالة دين.

وللدائن كذلك أن يستوفى حصته فى الدين عن طريق الوفاء بمقابل، فيأخذ من المدين مالا آخر بحصته، يشتريه أو يستأجره. وهذا ما تنص عليه المادتان ٣٠٧ و٣٠٨ من التقنين المدنى العراقى. فتنص المادة ٣٠٧ على أنه «إذا اشترى أحد الشركاء بحصته من الدين المشترك مالا من المدين، فشركاؤه مخيرون إن شاءوا ضمنوه ما أصاب حصصهم من ثمن ما اشتراه، وإن شاءوا رجعوا بحصصهم على المدين». وتنص المادة ٣٠٨ على أنه «إذا استأجر أحد الشركاء بحصته من المدين المشترك شيئاً، صار قابضاً لحصته، ولشركائه الخيار فى تضمينه ما أصاب حصصهم وفى اتباع المدين».

١٥٩ - انقضاء الدين بأسباب أخرى غير الوفاء: وقد ينقضى التزام المدين بحصة الدائن بسبب آخر غير الوفاء. فينقضى الالتزام بالتجديد، بأن يتفق الدائن مع المدين على تجديد هذه الحصة فى الدين بتغيير المحل أو السبب أو الدائن أو المدين. وينقضى الالتزام بالمقاصة بأن يثبت للمدين فى ذمة الدائن، قبل وجوب الدين المشترك أو بعده (م٣١١ من التقنين المدنى العراقى)، دين مقابل نشأ عن عقد كأن يكفل الدائن للمدين مديناً للمدين ويرجع المدين عليه باعتباره كفيلا (م٣١٢/عراقى)، أو نشأ عن عمل غير مشروع كأن يتلف الدائن للمدين مالا فيجب عليه التعويض (م٣١٢/١ عراقى)، أو نشأ عن أى مصدر آخر، وتوافرت شروط المقاصة القانونية، فان الدينين يتلاقيان قصاصاً فينقضيان. وينقضى الالتزام باتحاد الذمة، بأن يموت الدائن ويرثه المدين. وينقضى الالتزام بالإبراء أو بالهبة، بأن يبرئ الدائن المدين من حصته فى الدين أو يهبه إياها (م٣١٣ عراقى)، فينقضى الدين بالإبراء أو بالهبة. وينقضى الالتزام بالتقادم، وقد تتقادم حصة أحد الدائنين دون أن تتقادم حصص الآخرين بأن يقطع الدائنون الآخرون التقادم، دون أن يقطعه الدائن الأول، فتنقضى حصة هذا الدائن بالتقادم دون أن تنقضى حصص الآخرين.

ويلاحظ أنه فى أسباب الانقضاء المتقدمة الذكر لا ينقضى الدين كله كما قدمنا، وإنما تنقضى حصة أحد الدائنين، فلا يعرض فى هذه الحالات ما كان يعرض فى صدد تضامن الدائنين من أن للمدين أن يحتج بمقدار حصة من قام به سبب الانقضاء. ذلك لأن أى دائن فى الدين المشترك لا يطالب المدين إلا بحصته فى الدين، وليس بكل الدين كما فى تضامن الدائنين، فلا محل لأن يحتج المدين عليه بانقضاء حصة دائن آخر ما دام الدائن الأول لا يطالب إلا بحصته هو.

وسنرى، عند الكلام فى علاقة الدائنين بعضهم ببعض، كيف يرجع الدائنون الآخرون على الدائن الذى انقضت حصته بسبب غير الوفاء.

١٦٠ - عدم قيام النيابة التبادلية بين الدائنين: ثم إن الدائنين فى الدين المشترك لا تقوم بينهم نيابة تبادلية كما تقوم فى التضامن على ما قدمنا، وذلك لا فيما يضر ولا فيما ينفع.

فإذا قطع أحد الدائنين التقادم على المدين، فانما يقطعه فى حصته، ولا ينقطع التقادم بالنسبة إلى حصص الآخرين. وكذلك إذا وقف التقادم بالنسبة إلى أحد الدائنين، فانه لا يقف تبعا لذلك بالنسبة إلى الآخرين.

وكل دائن مسئول وحده عن خطأه، ولا يسأل عن خطأ الآخرين.

وإذا أعذر أحد الدائنين المدين أو قاضاه، فانما يعذره أو يقاضيه فى حصته وحدها، ولا يتعدى أثر ذلك إلى حصص الدائنين الآخرين. وإذا أعذر المدين أحد الدائنين، فلا يكون هذا إعذاراً للباقين.

وإذا صالح أحد الدائنين المدين فانما يصالحه على حصته وحدها، ولا يضر هذا الصلح الدائنين الآخرين ولا ينفعهم.

وإذا أقر أحد الدائنين للمدين، أو أقر المدين لأحد الدائنين، فان الإقرار يقتصر أثره على المقر، ولا يفيد الدائنين الآخرين ولا يضرهم[١].

واليمين إذا وجهت من أحد الدائنين إلى المدين، أو وجهت من المدين إلى أحد الدائنين، فحلف من وجهت إليه اليمين أو نكل، فان أثر ذلك كله لا يتعدى إلى الدائنين الآخرين.

والحكم الصادر لمصلحة أحد الدائنين أو ضده لا يسرى فى حق الدائنين الآخرين، إلا إذا كان الدائنون ورثة فكل منهم يعتبر ممثلا للآخرين[٢].

٢ - علاقة الدائنين بعضهم ببعض فى الدين المشترك

١٦١ - المسائل الرئيسية: قدمنا أن أيا من الدائنين إذا قبض حصته من الدين المشترك أو استوفاها بأى سبب آخر، كان للدائنين الآخرين أن يشاركوه فيها عينا، أو أن يتبعوا المدين فان

---

(١) وقد نقل الأستاذ شفيق شحاته عن محمد فى المبسوط (ص١/٣٨٥): «قال أبو حنيفة إن أقر أحد الشريكين فى هذا أن الدين كان إلى سنة وقال الآخر كان حالا، فإن حصة الذى أقر بالأجل إلى ذلك الأجل، وحصة الآخر حالة» (النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية ص٢٣٧ هامش رقم ٦٧).

(٢) قارن الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١٨٢ ص١٧٤.

(١) وقد رأينا أنه إذا قبض أحد الدائنين كل الدين، جاز لشركائه أن يرجعوا عليه كل بحصته، فتبرأ ذمة

كان معسراً رجعوا على الدائن الذى قبض حصته فحملوه نصيبه فى أعسار المدين. فنتكلم فى حالة ما إذا شارك الدائنون الآخرون الدائن، ثم فى حالة ما إذا رجعوا عليه بنصيبه فى إعسار المدين.

١٦٢- مشاركة الدائنين الآخرين للدائن فى حصته: تنص الفقرة الثانية من المادة ٣٠٤ من التقنين المدنى العراقى على ما يأتى: «فإذا قبض أحد الشركاء شيئا من الدين المشترك، فالشركاء الآخرون بالخيار، إن شاءوا شاركوه فيما قبض عينا ويتبعون هم والقابض المدين بما بقى لكل منهم فى ذمته، وإن شاءوا تركوا للقابض ما قبضه واتبعوا المدين بحصتهم». ويتبين من هذا النص أنه إذا قبض أحد الدائنين من المدين شيئا من الدين المشترك، سواء كان ذلك بمقدار حصته أو بأقل أو بأكثر[١]، كان للدائنين الآخرين أن يشاركوه فيما قبضه عينا كل بنسبة حصته فى الدين، فلو فرضنا أن الدين المشترك تسعمائة وأن الدائنين ثلاثة بحصص متساوية، وقبض أحدهم من المدين حصته وهى ثلثمائة، كان لكل من الدائنين الآخرين أن يشارك الدائن الأول فيما قبض فيأخذ منه مائة. وعند ذلك يكون كل من الثلاثة الدائنين قد استوفى من حصته مائة، ويبقى له مائتان. فإذا فرض أن دائناً منهم استوفى بعد ذلك من المدين مائة وخمسين، جاز لكل من الدائنين الآخرين أن يشارك هذا الدائن فيما قبض فيأخذ منه خمسين. وعند ذلك يكون كل من الثلاثة الدائنين قد استوفى من حصته مائة وخمسين، ويبقى له مائة وخمسون. فإذا قبض أحدهم من المدين بعد ذلك مائة وخمسين، جاز لكل من الآخرين أن يشاركه فيما قبض فيأخذ منه خمسين. وعند ذلك يكون كل من الثلاثة الدائنين قد استوفى من حصته مائتين، ويبقى له مائة. وهكذا كلما قبض أحد الدائنين من المدين ما بقى من حصته أو جزءا من ذلك، جاز للدائنين الآخرين أن يشاركاه فيما قبض على النحو المتقدم الذكر، حتى يستوفى كل من الثلاثة حصته بأكملها[٢].

المدين من الدين كله (انظر آنفاً فقرة ١٥٨ فى الهامش).

(٢) وإلى هذا العيب فى نظام الدين المشترك يشير الأستاذ شفيق شحاته فيقول: «هذا على أن لنظرية الدين المشترك عيوباً، إذ لا يستطيع الدائن طبقاً لهذه النظرية أن يحصل على حصته فى الدين بصورة جدية فى حال من الأحوال. فهو دائماً يظل مهدداً بحق الرجوع ولو قبض دون حقه» (النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية فقرة ٣٢٥ ص٢٧٥). ثم يقول فى آخر هامش رقم ١٤٧ من ص٢٧٥: «ويلاحظ خصوصاً أن حق الرجوع من شأنه تكثير الدعاوى، على أن تعاقب الدعاوى من الدائن الواحد لن يغنى أبدا عن المطالبة المشتركة، إذ يبقى دائماً رصيد لا تصل إليه إلا المطالبة المشتركة».

على أن هذا العيب لم يخل منه نظام تضامن الدائنين، فقد قدمنا أن أحد الدائنين المتضامنين إذا قبض جزءاً من الدين شاركه الآخرون فيما قبض، ثم إذا قبض جزءاً آخر شورك فيه، وهكذا. ومهما=

وقد يقبض أحد الدائنين شيئاً من الدين المشترك ويتصرف فيه بالبيع أو الهبة أو غير ذلك من التصرفات أو يستهلكه، فعند ذلك يكون للدائنين الآخرين – إذا اختاروا مشاركته – أن يرجعوا عليه بالضمان بنسبة حصة كل منهم على الوجه المتقدم الذكر. أما إذا كان المقبوض عيناً وتلفت في يد القابض بسبب أجنبي، فان القابض يعتبر مستوفياً لما قبضه ويحسب عليه من حصته، ولا يكون للدائنين الآخرين رجوع عليه، وإنما يطالبون المدين بحصصهم في الدين[1]. وتنص المادة ٣٠٥ من التقنين المدني العراقي في هذا الصدد على ما يأتي: «١– إذا قبض أحد الشركاء حصته من الدين المشترك، وأخرجها من يده بوجه من الوجوه أو استهلكها، فللشركاء الآخرين أن يضمنوه نصيبهم منها. ٢– أما إذا تلفت في يده بلا تقصير منه، فلا يضمن نصيب شركائه في المقبوض ويكون مستوفياً حقه. وما بقي من الدين بذمة المدين يكون للشركاء الآخرين».

وما قدمناه من رجوع الدائنين على الدائن الذي قبض شيئاً من الدين المشترك يسري أياً كانت كيفية استيفاء الدائن لما قبض، فقد يقبض عن طريق وفاء المدين له للجزء الذي قبضه، وقد يقبض عن طريق رجوعه على كفيل المدين أو من أحال عليه المدين الدين (م٣٠٦ عراقي).

أما إذا قبض أحد الدائنين مقابلا لحصته، فليس للدائنين الآخرين أن يشاركوه عيناً فيما قبض من المقابل، بل كان ما لهم هو أن يرجعوا عليه بالضمان بنسبة حصة كل منهم. فإذا اشترى أحد الشركاء بحصته من الدين المشترك مالا من المدين، فشركاؤه مخيرون، إن شاءوا ضمنوه ما أصاب حصصهم من ثمن ما اشتراه، وإن شاءوا رجعوا بحصصهم على المدين، وليس لهم أن يشاركوه في المال المشترى إلا إذا تراضوا على ذلك (م٣٠٧ عراقي). وإذا استأجر أحد الشركاء بحصته من الدين المشترك شيئا، صار قابضاً لحصته، ولشركائه الخيار في تضمينه ما أصاب حصصهم أو اتباع المدين (م٣٠٨ عراقي).

=يكن من أمر فإنه من الممكن في نظام الدين المشترك، من الناحية العملية، توقي هذا العيب بأن ينزل الدائنون الآخرون عن حقهم في الرجوع على الدائن الذي قبض حصته، مع استبقاء حقهم في تحميله نصيبه من إعسار المدين.

(١) ويقول الأستاذ منير القاضي: «وإذا استهلك الشريك حصته من الدين بعد قبضها، لا يسقط خيار بقية الشركاء بالرجوع عليه. ولكن لو هلكت في يده فليس لهم خيار الرجوع عليه، بل يعتبر المقبوض الهالك من نصيب القابض وحده. وكان القياس أن يثبت لهم حق خيار الرجوع لأنه قبض مالا مشتركاً بينهم، ولكن الاستحسان يميل إلى عدم الرجوع. وجه الاستحسان أنه لو صح لهم اختيار الرجوع عليه فاختاروا الرجوع يكونون قد أجازوا قبضه، فتكون حصصهم أمانة في يده، فلا يستحقون عليه ضماناً بهلاك ما قبض لأن الأمين لا يضمن بلا تعد، فكان الأوجه اعتبار المقبوض بعد هلاكه من حصة القابض» (محاضرات في القانون المدني العراقي لمعهد الدراسات العربية العالية ص٦٣).

وإذا صالح أحد الدائنين المدين عن حصته من الدين المشترك، فان كان بدل الصلح من جنس الدين، فشركاؤه إن شاءوا شاركوه فى المقبوض وإن شاءوا اتبعوا المدين. وإن كان بدل الصلح من خلاف جنس الدين، فالشركاء بالخيار أيضاً فى اتباع المدين أو الشريك المصالح، وللشريك المصالح فى حالة الرجوع عليه الخيار إن شاء سلم إليهم نصيبهم فى المقبوض[1] وإن شاء دفع إليهم نصيبهم فى الدين (م٣٠٩ عراقى).

وإذا مات المدين وورثه أحد الدائنين[2]، فالدائنون الآخرون يطالبون تركة المدين كل منهم بمقدار حصته فى الدين. فان لم تف التركة بحصصهم، قسمت على الدائنين جميعاً وفيهم الدائن الذى ورث المدين، بنسبة حصة كل منهم (م٣١٠ عراقى)[3]. وبذلك يتحمل كل من الدائنين نصيبه فى إعسار المدين كما سنرى.

وإذا استوفى أحد الدائنين حصته فى الدين المشترك عن طريق المقاصة، فإذا كان الدين المشترك قد ثبت فى ذمة المدين قبل أن يثبت حقه فى ذمة الدائن، فان الدائن يكون قد استوفى حصته من الدين عن طريق الحق الذى ثبت فى ذمته للمدين، وللدائنين الآخرين أن يشاركوه فى هذا الحق الذى استوفى به دينه. ويستوى فى ذلك أن يكون الحق الذى ثبت فى ذمة الدائن للمدين مصدره عقد أو عمل غير مشروع أو أى مصدر آخر، حتى إذا أتلف أحد الشركاء فى دين مشترك مالا للمدين وتقاصا بحصته ضماناً فلشركائه أخذ نصيبهم منه[1].

---

(١) وقد جاء فى المبسوط للسرخسى (جزء ٢١ ص٤١): «إن مبنى الصلح على الإغماط والتجوز بدون الحق، فمن حجة المصالح.. أن يقول إنما توصلت إلى نصيبى لأنى تجوزت بدون حق، فإن أردت أن تشاركنى بما تجوزت به لأدفع إليك نصف ما قبضت».

(٢) أما إذا مات أحد الدائنين وورثة المدين فالأمر واضح. ذلك بأن حصة الدائن المتوفى فى الدين المشترك تكون قد انقضت باتحاد الذمة، ويرجع الدائنون الآخرون كل بحصته على المدين، ولا محل لمشاركتهم فى الحصة التى انقضت فإن ذلك لا يكون إلا برجوعهم على المدين على اعتبار أنه وارث للدائن، ويستوى من الناحية العملية أن يرجعوا عليه بهذا الاعتبار أو يرجعوا عليه باعتباره مديناً.

(٣) ولا تنقضى حصة الدائن الوارث باتحاد الذمة لأنه غير مسئول شخصياً عن ديون التركة (الأستاذ شفيق شحاته فى النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية ص٢٣٤ هامش رقم ٦١ – الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١٨٨). وجاء فى البدائع (جزء ٦ ص٦٧): «وذكر على ابن الجعد عن أبى يوسف أنه لو مات المطلوب وأحد الشريكين وارثه، وترك مالا ليس فيه وفاء، اشتركا بالحصص، لأن الدين يمنع انتقال الملك إلى الورثة لقوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين، رتب الميراث على الدين فلم ينتقل الملك إلى الوارث، فلا يسقط دينه، وكان دين الوارث والأجنبى سواء».

هذا هو نص المادة ٣١٠ عراقى: «إذا مات المدين فى دين مشترك، وترك مالا ليس فيه وفاء للدين، وكان أحد الشركاء وارثاً له، فجميع الشركاء يشتركون فى المال الذى تركه المدين على حسب حصة كل منهم».

أما إذا كان الدين المشترك قد ثبت في ذمة المدين بعد أن ثبت حقه فى ذمة الدائن، فيكون المدين هو الذى استوفى حقه من الدائن بحصة هذا الدائن فى الدين المشترك، وليس للدائنين الآخرين أن يرجعوا بحصصهم على شريكهم(٢). كذلك إذا كان الدين المشترك قد ثبت فى ذمة المدين قبل أن يثبت حقه فى ذمة الدائن، ولكن هذا الحق الذى ثبت فى ذمة الدائن لم يكن له مقابل أخذه الدائن من المدين، كأن كفل الدائن للمدين ديناً واجباً له على شخص آخر وصارت حصته قصاصاً بالدين الذى كفله، فلا رجوع للدائنين الآخرين على شريكهم، وإذا رجع الدائن على المكفول عنه وقبض منه مبلغ الضمان لم يكن لشركائه أن يشاركوه فيه(٣). ومثل ذلك أيضاً ما إذا كان الدائن قد وهب حصته فى الدين المشترك للمدين أو أبرأ

---

(١) ويوجد فى الفقه الإسلامى خلاف فى جواز رجوع الشركاء على الشريك الذى سقطت حصته بالمقاصة فى مقابلة دين وجب عليه بسبب عمل غير مشروع (انظر فى هذه المسألة الأستاذ شفيق شحاته فى النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية ص٢٥٠- ٢٥١ والنصوص الفقهية المشار إليها فى الهامش). ولا نرى، فى التقنين المدنى العراقى، التمييز فى العمل غير المشروع بين الضرر الواقع على المال والضرر الواقع على النفس، فإذا ثبت فى ذمة الدائن للمدين دين عن ضرر أوقعه الدائن على مال المدين أو نفسه، فإن حصة الدائن فى الدين المشترك تسقط قصاصاً بهذا الدين، ويكون للدائنين الآخرين الرجوع على هذا الدائن. ويذهب الأستاذ حسن الذنون إلى غير هذا الرأى إذ يقول: « الرأى عندى أن النص العراقى للمادة ٣١٢ يشعر بالتفرقة بين الضرر الواقع على النفس وفى هذه الحالة لا يجوز للدائن الثانى أن يرجع على الدائن الأول بشئ، وبين الضرر الواقع على المال وفى هذه الحالة يجوز له الرجوع عليه. ذلك أن الفقرة الأولى من المادة السالفة تقضى بأنه إذا أتلف أحد الشركاء فى دين مشترك مالا للمدين وتقاصا بحصته ضمانا فلشركائه أخذ نصيبهم منه. فالنص قاصر على جواز الرجوع فى حالة ما إذا أتلف الدائن مالا للمدين. أما فى حالة إتلاف النفس أو ما هو دون النفس، فالنص ساكت عن بيان حكمه، وإذن فلا مندوحة من الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامى وهى المصدر التى اقتبست عنه هذه النصوص. وبالرجوع إلى أحكام هذا الفقه نجد أن الفقهاء لا يجيزون الرجوع في هذه الحالة، أى فى حالة إتلاف النفس أو ما هو دون النفس. وعندى أن هذه التفرقة منتقدة، وكان الأجدر بالمشرع العراقى أن يجيز الرجوع سواء أوقع الضرر على المال أم على النفس - انظر المبسوط ٢١ ص٤٠- فتح القدير ٧ ص٤٠٦ - الزيلعى٥ ص٤٢. (أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١٩٠ص١٨٠)- ونرى أن ذكر النص لاتلاف الشريك مالا للمدين لم يقصد به الاقتصار على حالة إتلاف المال دون إتلاف النفس، بل إن النص بإشارته إلى إتلاف المال قد ذكر ما يقع غالبا فى العمل، فيقاس على إتلاف المال إتلاف النفس.

(٢) وقد جاء فى البدائع (جزء ٦ ص٦٧): «ولو كان وجب للمطلوب على أحد الطالبين دين بسبب قبل أن يجب لهما عليه الدين، فصار ما عليه قصاصاً بما لأحد الطالبين، فلا ضمان على الذى سقط عنه الدين لشريكه، لأنه ما استوفى الدين بل قضى ديناً كان عليه، إذ الأصل فى الدينين إذا التقيا قصاصاً أن يصير الأول مقضياً بالثانى لأنه كان واجب القضاء قبل الثانى، وإذا لم يكن مستوفيا للدين لم يكن له المشاركة إذ المشاركة تثبت فى القدر المستوفى».

(٣) جاء فى الفتاوى الهندية (جزء ٢ ص٣٤٠): «وفى المنتقى عن أبى يوسف لو ضمن أحد الطالبين للمطلوب مالا عن رجل، صارت حصته قصاصاً به، ولا شئ لشريكه عليه. فان اقتضى من المكفول عنه ذلك المال، لم يكن لشريكه أن يرجع عليه أيضاً فيشاركه فى ذلك، كذا فى المحيط».

ذمته منها، فانه لا يكون قد قبض شيئاً من المدين، فلا رجوع لشركائه عليه. وهذه الأحكام نصت عليها المواد ٣١١- ٣١٣ من التقنين المدنى العراقى. فنصت المادة ٣١١ على أنه: «١- إذا كان للمدين فى دين مشترك على أحد الشركاء دين خاص به ثابت له قبل وجوب الدين المشترك عليه حتى صار دينه قصاصاً به، فليس للشركاء أن يرجعوا بشئ من حصصهم على هذا الشريك. ٢- أما إذا حدث للمدين دين على أحد الشركاء وثبت له ذلك بعد وجوب الدين المشترك عليه وصار دينه قصاصاً به، فلشركائه الحق فى الرجوع عليه بحصصهم منه». ونصت المادة ٣١٢ على أنه «١- إذا أتلف أحد الشركاء فى دين مشترك مالا للمدين وتقاصا بحصته ضماناً، فلشركائه أخذ نصيبهم منه. ٢- أما إذا ضمن للمدين ديناً واجباً له على شخص آخر، وصارت حصته قصاصاً بالدين الذى ضمنه، فلا شئ لشركائه عليه. وإذا رجع على المكفول عنه وقبض منه مبلغ الضمان، لم يكن لشركائه أن يشاركوه فيه». ونصت المادة ٣١٣ على أنه «إذا وهب أحد الشركاء حصته من الدين المشترك للمدين أو أبرأ ذمته منها، فهبته وإبراؤه صحيحان، ولا يضمن نصيب شركائه فيما وهب أو أبرأ».

ويتبين من النصوص المتقدمة الذكر أن الدائن إما أن يقبض حقه من جنس الدين، أو يقبض مقابلا لحصته، أو تبرأ ذمة المدين من حصته دون أن يقبض شيئاً. فإذا قبض حصته من جنس الدين، سواء قبضها من المدين نفسه أو من كفيل أو من محال عليه أو صالح المدين عن حصته وكان بدل الصلح من جنس الدين، فللدائنين أن يشاركوه عيناً فيما قبض. وإذا قبض الدائن مقابلا لحصته، كأن اشترى أو استأجر بحصته مالا للمدين أو صالح عن حصته وكان بدل الصلح من خلاف جنس الدين، ومثل ذلك أيضاً ما إذا قبض حصته من جنس الدين ولكنه تصرف فيها أو استهلكها؛ فإن الدائنين الآخرين يرجعون عليه بضمان حصصهم إذ ليس فى يده شئ من جنس الدين حتى يشاركوه فيه عيناً. وإذا برئت ذمة المدين من حصة الدائن دون أن يقبض هذا شيئاً، كأن وفى الدائن ديناً عليه للمدين بحصته فى الدين المشترك فانقضى الدينان قصاصاً أو انقضت حصته فى الدين المشترك قصاصاً بدين مثله للمدين أو وهب حصته للمدين أو أبرأ ذمته منها، ومثل ذلك أيضاً أن يقبض الدائن حصته فتتلف فى يده بسبب أجنبى فيكون فى حكم من لم يقبض شيئاً، لم يرجع الدائنون الآخرون عليه بشئ، فهم لا يشاركونه عيناً إذ لا شئ فى يده من جنس الدين حتى تمكن المشاركة فيه، ولا يرجعون عليه ضماناً إذ هو لم يقبض شيئاً يضمنه لشركائه، ويعتبر الدائن قد استوفى حصته هو، ولا يبقى لشركائه إلا أن يتبعوا المدين بحصصهم[1].

---

(١) وننقل هنا ما جاء فى البدائع (جزء ٦ ص٦٧- ص٦٨) تأكيداً لما استخلصناه من هذه المبادئ: «ولو كان الدين بين شريكين على امرأة، فتزوجها أحدهما على نصيبه من الدين، فقد روى بشر عن أبى يوسف أن لشريكه أن يرجع عليه بنصف حقه من ذلك. وروى بشر عنه أيضاً أنه لا يرجع وهو =

ويمكن أن نستخلص من المبادئ المتقدمة حلولا لمسائل لم يرد فيها نص. من ذلك أن التقنين المدنى العراقى قد أغفل النص على حالتى التجديد والتقادم. ويمكن القول بأنه إذا

= رواية محمد عن أبى يوسف. وجه الرواية الأولى أن النكاح أوجب المهر فى ذمته، وله فى ذمتها مثله، فصار قصاصاً بدينه، فصار كأنه قبض نصف الدين، فكان له أن يرجع بنصف حقه، كما لو اشترى منها ثوباً بنصيبه من الدين. وجه الرواية الأخرى أن من شرط وجوب الضمان عليه لشريكه أن يسلم له ما يحتمل المشاركة، ولم يوجد، فلا يضمن لشريكه، كما لو أبرأها عن نصيبه. ولو استأجر أحد الشريكين الغريم بنصيبه، فإن شريكه يرجع عليه فى قولهم جميعاً، لأن الأجرة فى مقابلتها بدل مضمون بالعقد، فأشبه البيع، وكذا الذى سلم له وهو المنفعة قابل للشركة، فكان له أن يضمنه. وروى بشر عن أبى يوسف أن أحد الطالبين إذا شج المطلوب موضحة عمداً، فصالحه على حصته، لا يلزمه شئ لشريكه، لأنه لم يسلم له ما تمكن المشاركة فيه، لأن الصلح عن جناية عمد ليس فى مقابلته بدل مضمون، فلم يسلم ما تصح المشاركة فيه، فلا يلزمه شئ. وأما إذا استهلك أحد الطالبين على المطلوب مالا، فصارت قيمته قصاصاً بدينه، أو اقترض منه شيئاً بقدر نصيبه من الدين، فلشريكه أن يرجع عليه، لأن قدر القرض وقيمة المستهلك صار قصاصاً بدينه والاقتصاص استيفاء الدين من حيث المعنى، فصار كأنه استوفى حقه. ولو كان وجب للمطلوب على أحد الطالبين دين بسبب قبل أن يجب لهما عليه الدين، فصار ما عليه قصاصاً بما لأحد الطالبين، فلا ضمان على الذى سقط عنه الدين لشريكه، لأنه ما استوفى دينه بل قضى ديناً كان عليه، إذ الأصل فى الدينين إذا التقيا قصاصاً أن يصير الأول مقتضيا بالثانى لأنه كان واجب القضاء قبل الثانى، وإذا لم يكن مستوفيا للدين لم يكن له المشاركة إذ المشاركة تثبت فى القدر المستوفى. وذكر ابن سماعة فى نوادره عن محمد لو أن أحد الغريمين اللذين لهما المال قتل عبد المطلوب فوجب عليه القصاص، فصالحه المطلوب على خمسمائة درهم، كان ذلك جائزاً، وبرئ من حصة القاتل من الدين، وكان لشريك القاتل أن يشركه فيأخذ منه نصف الخمسمائة، وكذلك لو تزوج المرأة الغريمة على خمسمائة مرسلة، أو استأجر الغريم بخمسمائة مرسلة. فرق بين هذا وبين ما إذا صالح على نفس الدين أو تزوج به، ووجه الفرق أن العقد هنا، وهو الصلح والنكاح، وقع على ما فى الذمة، وإنه يوجب المقاصة، فكان استيفاء الدين معنى بمنزلة الاستيفاء حقيقة. بخلاف الصلح على نفس الدين والتزوج به، فإن العقد هناك ما وقع على ما فى الذمة مطلقاً، ألا ترى أن العقد هناك أضيف إلى نفس الدين، فلم تقع المقاصة، ولم يسلم له أيضاً ما يحتمل الاشتراك فيه، فلا يرجع. وذكر على بن الجعد عن أبى يوسف أنه لو مات المطلوب وأحد الشريكين وارثه، وترك مالا ليس فيه وفاء، اشتركا بالحصص، لأن الدين يمنع انتقال الملك إلى الورثة لقوله تعالى «من بعد وصية يوصى بها أو دين»، رتب الميراث على الدين فلم ينتقل الملك إلى الوارث، فلا يسقط دينه، وكان دين الوارث والأجنبى سواء. ولو أعطى المطلوب لأحدهما رهناً بحصته فهلك الرهن عنده، فلشريكه أن يضمنه، لأن قبض الرهن قبض استيفاء، وبهلاك الرهن يصير مستوفياً للدين حكماً، فكان كالاستيفاء حقيقة. ولو غصب أحد الشريكين المطلوب عبداً فمات عنده، فلشريكه أن يضمنه، لأنه صار ضامناً لقيمة العبد من وقت الغصب فملك المغصوب من ذلك الوقت بطريق الظهور والاستناد. ولو ذهبت إحدى عينى العبد بآفة سماوية فى ضمان الغاصب فرده، لم يرجع شريكه عليه بشئ، لأنه لم يسلم له ما تمكن المشاركة فيه فيضمن لشريكه. وكذلك العبد المرهون إذا ذهبت إحدى عينيه بآفة سماوية. وكذا لو اشترى أحد الشريكين من الغريم عبداً بيعاً فاسداً وقبضه، فمات فى يده أو باعه أو أعتقه، إنه يضمن لشريكه كما يضمن فى الغصب. ولو ذهبت عينة بآفة سماوية فرده، لم يضمن لشريكه شيئاً، ويجب عليه من حصته من الدين خاصة».

انقضت حصة أحد الدائنين فى الدين المشترك عن طريق التجديد، فان الدائن يكون قد قبض حصته ولكن من غير جنس الدين، فيرجع عليه شركاؤه بالضمان، ويكون له الخيار إن شاء سلم إليهم أنصبتهم فى الدين الجديد الذى حل محل حصته وإن شاء دفع إليهم نصيبهم فى الدين المشترك، وهذا قياساً على الصلح إذا كان بدله من خلاف جنس الدين (انظر المادة ٣٠٩ عراقى). وإذا انقضت حصة أحد الدائنين بالتقادم دون أن تنقضى حصص الدائنين الآخرين، فان الدائن لا يكون قد قبض شيئاً، ومن ثم لا يرجع عليه شركاؤه بشئ، ويتبعون المدين بحصصهم.

١٦٣- رجوع الدائنين الآخرين على الدائن بنصيبه فى اعسار المدين: وقد يختار الدائنون الآخرون ألا يشاركوا الدائن فى حصته التى قبضها من الدين المشترك، فيتركوها له ويتبعوا المدين بحصصهم. «فان اختاروا متابعة المدين - كما تقول الفقرة الثالثة من المادة ٣٠٤ من التقنين المدنى العراقى - فلا يرجعون على القابض بشئ، إلا إذا توى نصيبهم، فيرجعون عندئذ على القابض بحصتهم فيما قبضه، ويأخذون منه مثل المقبوض لا عينه». فاذا كان الدين، كما ذكرنا فى مثل سابق، تسعمائة، وكان الدائنون ثلاثة بحصص متساوية، وقبض أحدهم حصته من الدين وهى ثلثمائة، ولم يختر الدائنان الآخران أن يشاركا الدائن الأول فى هذه الحصة وتركاها له، طالب كل منهما المدين بحصته فى الدين وهى ثلثمائة. فان استوفى كل منهما حصته انقضى الدين جميعاً، وبرئت ذمة المدين نحو الدائنين الثلاثة، وخلص للدائن الأول حصته التى قبضها كما خلص لكل من الدائنين الآخرين حصته. أما إذا كان المدين قد أعسر عند مطالبة الدائنين الآخرين له بحصتيهما فى الدين المشترك، تحمل الدائنون الثلاثة إعسار المدين كل بنسبة حصته، ومن ثم يرجع الدائنان الآخران بالضمان على الدائن الأول الذى قبض ثلاثمائة، فيأخذ كل منهما مائة من هذا الدائن - مثلا لا عيناً لأنهما يرجعان بالضمان لا بالمشاركة فى عين المقبوض - ويبقى للدائن مائة مثلهما. وإذا كان إعسار المدين إعساراً جزئياً بحيث أن الدائنين الآخرين لم يخلص لكل منهما إلا نصف حصته أى مائة وخمسون، فان الدائنين الثلاثة يتحملون هنا أيضاً إعسار المدين كل بنسبة حصته، فيرجع الدائنان الآخران بالضمان على الدائن الأول الذى قبض ثلثمائة، فيأخذ كل منهما خمسين من هذا الدائن، ويكون كل من الدائنين الثلاثة قد خلص له من حصته فى الدين مائتان بدلا من ثلثمائة بسبب إعسار المدين هذا الاعسار الجزئى.

ويستوى أن تنقضى حصة أحد الدائنين فى الدين المشترك بطريق الوفاء أو بأى طريق آخر يستوفى به الدائن مقابلا لحصته كالوفاء بمقابل والمقاصة والتجديد، ففى جميع هذه الأحوال يرجع الدائنون الآخرون على هذا الدائن الذى استوفى حصته كاملة بنصيبه فى إعسار المدين[1].

---

(١) أما إذا انقضت حصة الدائن فى الدين المشترك دون أن يقبض شيئاً، كما إذا أبرأ المدين من حصته =

وقد يقع أن شركاء الدائن الذى قبض حصته أو أخذ ما يقابلها، عند رجوعهم عليه لتحميله نصيبه فى إعسار المدين، يجدونه هو أيضاً معسراً، فلا مناص فى هذه الحالة من أن يستقلوا هم دونه بتحمل إعسار المدين. ومثل ذلك ما إذا وجد الشركاء شريكهم معسراً عندما أرادوا مشاركته فى حصته التى قبضها، ثم لما طالبوا المدين بحصصهم وجدوه هو أيضاً معسراً، فلا مناص من أن يتحملوا وحدهم، هنا أيضاً، إعسار المدين.

الفرع الثانى
التضامن بين المدينين
(Solidarité entre débiteurs - Solidarité passive)

١٦٤- أهمية الموضوع لكثرة وقوعه فى العمل: التضامن بين المدينين يقع كثيراً فى الحياة العملية. وهو، وإن كان يعتبر من الناحية النظرية وضعاً استثنائياً إذا الأصل كما قدمنا اذا تعدد المدينون إلا يكونوا متضامنين إلا أن الاستثناء من الناحية العملية قد طغى على الإصل من الناحية العملية قد طغى على الأصل، وقلّ أن نجد دائناً له مدينون متعددون فى التزام واحد ولا يشترط تضامنهم، بل إن كثيراً ما تتولى نصوص القانون نفسه مهمة إنشاء هذا التضامن.

والواقع من الأمر أن التضامن بين المدينين يعتبر أقوى ضرب من ضروب الكفالة الشخصية. فالدائن إذا أخذ كفيلا بحقه، وكان الكفيل غير متضامن مع المدين، كانت هذه هى المرتبة الدنيا من الكفالة الشخصية، لأن الدائن لا يستطيع الرجوع على الكفيل إذا طلب الكفيل التجريد إلا بعد الرجوع على المدين. فإذا اشترط الدائن تضامن الكفيل مع المدين، وصل إلى مرتبة أعلى من الكفالة الشخصية، لأنه يستطيع أن يرجع ابتداء على الكفيل، ولكن لا يزال التزام الكفيل تابعاً لالتزام المدين الأصلى، وهذا يجر إلى نتائج تنزل بالكفيل فى درجة المديونية عن الأصيل. فإذا جعل الدائن الاثنين مدينين أصليين واشترط تضامنهما، وصل بذلك إلى المرتبة العليا من الكفالة الشخصية، إذ يستطيع أن يرجع ابتداء على أيهما شاء مع تعادلهما فى مرتبة المديونية، فيصبح للدائن مدينان بدلا من مدين واحد، كل منهما ملتزم نحوه بالدين جميعه.

فبقدر ما رأينا لتضامن الدائنين من مضار نرى مزايا لتضامن المدينين، وندرة التضامن بين الدائنين فى العمل لا يعدلها إلا كثرة وقوع التضامن بين المدينين. على أن كلا من

=أو انقضت هذه الحصة بالتقادم، فيبدو أن الدائن فى هذه الحالة لا يحمل نصيباً فى إعسار المدين، فهو لم يأخذ مقابلا فى حصته حتى يشارك فى تبعة الإعسار.

هذين النوعين من التضامن يقوم على أسس واحدة: وحدة الالتزام مع تعدد الروابط، وكفالة متبادلة مصحوبة بمصلحة مشتركة، تسوغ قيام وكالة هى أيضاً متبادلة ولكن فيما ينفع لا فيما يضر[1]. ومن ثم سنتوخى فى بحث التضامن بين المدينين نفس الخطة التى اتبعناها فى بحث التضامن بين الدائنين، فنتكلم: (١) فى مصدر التضامن بين المدينين (٢) ثم فى الآثار التى تترتب على هذا التضامن. ولكننا هنا سنكون أكثر إسهاباً وتفصيلا، لأهمية الموضوع وكثرة وقوعه فى العمل كما قدمنا.

المبحث الأول

مصدر التضامن بين المدينين

١٦٥- التضامن بين المدينين مصدره الاتفاق أو نص فى القانون: رأينا أن مصدر التضامن بين الدائنين هو الاتفاق، ولا توجد حالة من هذا النوع من التضامن يكون مصدرها القانون. أما التضامن بين المدينين، فمصدره إما الاتفاق وإما نص فى القانون. وهناك كثير من حالات التضامن السلبى القانون هو الذى تولى بنفسه إنشاء التضامن فيها بين المدينين المتعددين فى التزام واحد، دون أن يكون لإرادة طرفى الالتزام دخل فى ذلك.

ولذلك تكون المادة ٢٧٩ من التقنين المدنى – وهى التى تقضى بأن «التضامن بين الدائنين أو المدينين لا يفترض، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون»[2]– أكثر انطباقاً على التضامن السلبى منها على التضامن الإيجابى، ففى التضامن السلبى نجد أن

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٤٩– ص٥٠.

(٢) سبق أن أوردنا تاريخ هذا النص عند الكلام فى التضامن بين الدائنين، وذكرنا ما يقابله فى التقنين المدنى السابق وما يقابله فى التقنينات المدنية العربية الأخرى، (انظر آنفاً فقرة ١٢٥ فى الهامش). ولم يبق إلا أن نذكر هنا نصوص التقنين المدنى العراقى وتقنين الموجبات والعقود اللبنانى الخاصة بالتضامن السلبى:

التقنين المدنى العراقى م٣٢٠: التضامن بين المدينين لا يفترض، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون. (وهذا النص مطابق لنص المادة ٢٧٩ من التقنين المدنى المصرى فيما يخص التضامن السلبى).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٢٤: إن التضامن بين المديونين لا يؤخذ بالاستنتاج، بل يجب أن يستفاد صراحة من عقد إنشاء الموجب أو من القانون أو من ماهية القضية. على أن التضامن يكون حتما فى الموجبات المعقودة بين التجار فى شئون تجارية، إذا لم يتحصل العكس من عقد إنشاء الموجب أو القانون.

(والتقنين اللبنانى يتفق فى أحكامه مع التقنين المصرى، ويزيد أن نص على التضامن فى المسائل التجارية، فالتقنين اللبنانى أكثر توسعاً فى التضامن السلبى من سائر التقنينات المدنية العربية).

المصدر حقاً هو الاتفاق أو نص القانون، أما التضامن الإيجابى فلا مصدر له إلا الاتفاق، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك(1).

---

(1) أ- النص فى المادة ٢٧٩ من التقنين المدنى على أن «التضامن بين الدائنين والمدينين لا يفترض، وانما يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون» والنص فى الفقرة الأولى من المادة ٢٨٥ من ذات القانون على أن «يجوز للدائن مطالبة المدينين المتضامنين بالدين مجتمعين أو منفردين...» يدل على أن التضامن لا يفترض ويكون مصدره الاتفاق أو نص القانون وان كلا من المدينين المتضامنين ملتزم فى مواجهة الدائن بالدين كاملا غير منقسم وللدائن أن يوجه مطالبته إلى من يختاره منهم على انفراد أو إليهم مجتمعين.

(الطعن رقم ٦٤٨ لسنة ٤٨ق جلسة ٨٢/٤/١٢ س٣٣ ص٣٩٠)

ب- التضامن لا يفترض ولا يؤخذ بالظن ولكن ينبغى أن يرد إلى نص فى القانون أو اتفاق صريح أو ضمنى، ويتعين على الحكم الذى يرتب المسئولية التضامنية ان يبين فى غير غموض الاساس الذى استند إليه فى ذلك، فالحكم الذى يلزم جميع المحكوم عليهم بالتضامن دون أن يبين سنده فى ذلك يكون خاطئا لقصور اسبابه.

(الطعنان ٦٦٨/٦٤١ سنة ٦٠ق جلسة ١٩٩١/٤/٢٨)

جـ- المقرر أنه إذا عين العقد المنشئ للالتزام المتعدد فى طرفيه نصيب كل من الدائنين أو المدينين ولم ينص على التضامن بين هؤلاء أو أولئك فإن الالتزام يكون قابلا للانقسام عليهم بحسب انصبتهم التى عينها العقد وكان الواقع فى الدعوى حسبما افصحت عنه الأوراق وسجله الحكم المطعون فيه ان عقد البيع محل النزاع صدر من الطاعن الأول والمرحوم ... وورد فيه اسم المرحومة .... ضمن فريق البائعين دون أن توقع عليه وتضمن بيع قطعة أرض شائعة تبين أن حقيقة مساحتها ١ فدان و١٩ قيراط و٤ سهم إلى المطعون ضدهم كل بقدر حصته المذكورة فى العقد وكذلك المرحوم الذى اشترى بصفته وليا طبيعيا على ابنتيه القاصرتين.... و .... من هذه المساحة حصة مقدارها ١٠ قراريط و١٨ سهم وإذ كان العقد قد خلا من النص على التضامن فى الالتزام بالبيع فان الالتزام يكون قابلا للانقسام على البائعين والمشترين كل بقدر حصته المعينة فى العقد. متى كان ذلك وكان الثابت من تقرير الخبير المنتدب ان عقد البيع انصب على مساحة تملكها الخصمة المتدخلة فى الدعوى من الأرض المبيعة مقدارها ٥ قراريط و١٠ أسهم وثلاثة أرباع سهم وكانت هذه الخصمة لم يصدر منها بيع فإنه يتعين استبعاد هذا المقدار من حصص المشترين جميعاً دون إلزام البائعين اللذين وافقا على البيع بتعويض المطعون ضدهم من المقدار المستبعد عيناء طالما كان الالتزام بالبيع قابلا للانقسام، ولا يغير من هذا النظر القول باتساع ملكية البائعين بما يفى بالمساحة التى انصب عليها كاملة، لما فى الأخذ به من خروج على أحكام قابلية الالتزام المتعدد طرفيه للانقسام وافتراض قيام تضامن بين البائعين فى التزامهم بالبيع وتنفيذه تنفيذاً عينياً خلافا لما هو مقرر من أن التضامن لا يفترض ولا يؤخذ فيه بالظن ولكن ينبغى ان يرد إلى نص فى القانون أو إلى الاتفاق لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر بعدم استبعاده المساحة التى تمتلكها الخصمة المتدخلة فى البيع من الحصص المشتراه من ارض النزاع جميعها رغم تمسك الطاعنين بذلك فى دفاعهم وقضى بصحة ونفاذ عقد البيع عن حصص المطعون ضدهم كاملة قولا منه بأن ملكية البائعين تتسع لها. مما لا يصلح ردا، فانه يكون معيبا بمخالفة القانون والقصور فى التسبيب.

(الطعن رقم١٥٢٠ سنة ٥٧ق جلسة ١٩٩٠/٢/٨)

المطلب الأول

الاتفاق كمصدر للتضامن بين المدينين

١٦٦- الاتفاق على تضامن المدينين لا يفترض: أكثر مما يقوم تضامن المدينين على اتفاق بينهم وبين الدائن، عندما يكونون جميعاً ملتزمين بدين واحد، فيشترط عليهم الدائن تضامنهم جميعاً فى هذا الدين. ويصح أن يكون ذلك فى العقد ذاته الذى أنشأ الدين، أو بعد ذلك. فإذا باع شخص داره إلى ثلاثة، جاز له أن يشترط فى عقد البيع ذاته تضامن المشترين الثلاثة فى الوفاء بالثمن، كما يجوز له أن يتفق معهم على هذا التضامن فى عقد منفصل تال لعقد البيع[١].

وسواء كان الاتفاق على التضامن واقعاً فى العقد الذى أنشأ الدين أو كان تالياً له، فانه لا يجوز افتراض وجود التضامن دون الاتفاق على ذلك اتفاقاً واضحاً لا شك فيه[٢](1)، كما هى الحال فى التضامن بين الدائنين فيما قدمنا. فلو أن البائع فى المثل المتقدم باع الدار فى الشيوع للثلاثة على السواء صفقة واحدة، دون أن يعين حصة كل واحد منهم فى الدار أو فى الثمن، لم يجز أن يستخلص من ذلك أن الثلاثة متضامنون فى الوفاء بالثمن، لأن التضامن لا يفترض، ولوجب القول عند عدم تعيين حصة كل منهم أن الثلاثة متساوون فى الحصص، فلكل منهم ثلث الدار فى الشيوع، وعلى كل منهم ثلث الثمن بعد انقسام الدين عليهم. فإذا أراد البائع أن يكونوا متضامنين، وجب عليه أن يشترط التضامن بينهم فى وضوح لاخفاء فيه، فان التضامن أمر خطير، فإذا لم يشترطه الدائن فى جلاء تام، فسر العقد لمصلحة المدينين وكان الأصل هو عدم تضامنهم[٣].

---

(١) ويصح أن يكون مصدر التضامن هو الوصية - وهى إرادة منفردة لا اتفاق - فيوصى المورث بمبلغ من النقود لشخص، ويجعل الورثة متضامنين فى أدائه للموصى له. وهذا ظاهر فى القانون الفرنسى (بودرى وباردا فقرة ١١٧٢ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٥). أما فى مصر فالتركة، طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، مسئولة عن الوصية، إذ الوصية مقدمة على الميراث، فسواء اشترط الموصى تضامن الورثة فى أداء الوصية أو لم يشترط، فإن الموصى له يأخذ الوصية كاملة من التركة قبل الورثة ما دامت لا تخرج عن الثلث.

(٢) مصر الوطنية ٢١ إبريل سنة ١٨٩١ الحقوق ٦ ص٧٦- استئناف مختلط ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ م٤٤ ص٦٦- ١٥ يونيه سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص٣٦٧ - ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م٤٦ ص٦٧.

(٣) استئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م١٣ ص٤١- ٢٢ فبراير سنة ١٩١١م ٢٣ ص١٨٦- ٦ أبريل ١٩١٦ م٢٨ ص٢٣٧- بودرى وباردا فقرة ١١٩٤ مكررة (٢) - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٥ ص٤٢١- ص٤٢٢.

(1) لا يفترض التضامن ولا يؤخذ فيه بالظن ولكن ينبغى أن يرد إلى نص فى القانون أو إلى اتفاق صريح أو ضمنى وعلى قاضى الموضوع إذا استخلصه من عبارات العقد وظروفه ان يبين إفادته هذه العبارات والظروف. (الطعن رقم ١٨ سنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٨/١٢/٢٦ س١٩ ص١٥٦٥)

ولا يفهم هنا فى التضامن بين المدينين، كما لا يفهم هناك فى التضامن بين الدائنين على الوجه الذى سبق بيانه، أن التضامن لابد أن يرد فيه شرط صريح، بل يصح أن يكون الشرط ضمنياً[١]، ولكن يجب أن يكون هذا الشرط الضمنى موجوداً فعلا فلا يجوز افتراضه[٢].

والشرط إذا كان صريحاً ليس من الضرورى أن يرد بلفظ «التضامن»، بل يكفى أن تستعمل عبارة تفيد هذا المعنى، كأن يشترط الدائن على المدينين أن يكون كل واحد منهم مسئولاً أمامه عن كل الدين، أو أن له الرجوع على أى منهم بكل الدين، أو أن جميع المدينين متكافلون فى الدين جميعه على وجه التساوى، أو نحو ذلك من العبارات التى لا تدع شكا فى أنه قصد الاتفاق معهم على التضامن[٣].

وقد يكون شرط التضامن ضمنياً كما قدمنا. والشرط الضمنى غير الشرط المفترض، فالتضامن لا يجوز أن يقوم على شرط مفترض، ولكن يجوز أن يقوم على شرط ضمنى. وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا استخلصت محكمة الموضوع من اتفاق أربعة شركاء فى إجارة على أن يكون الإيجار من الباطن بمعرفتهم جميعاً وتحصيل الأجرة بواسطة فلان وكيل اثنين منهم هما أخوان وباشراف الشريكين الآخرين، وأن ترسل المبالغ المحصلة للمؤجر الأصلى خصما من الأجرة، وأن تحفظ جميع المستندات تحت يد واحد منهم (أحد الأخوين)، وأن يكون لباقى الشركاء أن يأخذوا بياناً بما يهمهم على أن يقدم الحساب فى نهاية كل سنة، إذا هى استخلصت من عبارات هذا الاتفاق على ضوء ما ذكرته من الاعتبارات والظروف القائمة فى الدعوى أن فلانا المذكور لم يكن وكيلا عن الشريكين الآخرين، وأن الأخوين يجب لذلك اعتبارهما مسئولين قبلهما عن المبالغ التى حصلها هذا الوكيل ولو لم يكونا قد قبضاها منه، فانها إنما تكون قد فصلت فى مسألة موضوعية لا شأن لمحكمة النقض بها. ثم إذا هى استخلصت من عبارات الاتفاق ومن ظروف الدعوى أيضاً أن الأخوين إنما قصدا تطمين باقى الشركاء بأن يتحمل كل منهما المسئولية المترتبة على ما يقع من هذا الوكيل، فان هذا الاستخلاص يكون سائغا والحكم عليهما بالتضامن يكون فى محله[٤]. وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا تعهد شخصان بدين واحد لدائن واحد وكان تعهد كل

---

(١) استئناف وطنى ٧ أغسطس سنة ١٨٩٣ الحقوق ٧ ص٢٠٣.

(٢) استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص١٣٠.

(٣) استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩٠٦ م١٨ ص٩٧ - ٣مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص١٧٩ - ٥ فبراير سنة ١٩١٨ م٣٠ ص٢٠٢ - ٦ مارس سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٣٣٥ - بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٠٩ ص٥٩٥ وهامش رقم ٢.

(٤) نقض مدنى ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر٣ رقم ١٨٢ ص٤٨٨.

منهما بعقد على حدة، كانا ملزمين بذلك الدين بالتضامن[1]. على أنه لا يكفي لاستخلاص الشرط الضمني للتضامن أن تكون الظروف مرجحة له، بل يجب أن تكون مؤكدة له لا تدع سبيلا للشك فيه كما قدمنا. فقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الثابت من جميع ظروف الدعوى ووقائعها أن زيداً قد أدار الأطيان التي اشتراها بكر باذن شفوي صدر منه في حضرة أحد أبنائه (عمرو) مقابل أجر معين، وأنه لما توفي بكر عند منتصف السنة الزراعية استمر زيد بتكليف من عمرو وحده في إدارتها لنهاية السنة، ولم يقل عمرو إنه كان وكيلا عن أختيه الوارثتين الأخريين حين كلف زيداً بالاستمرار في إدارة الأطيان، ولم تدع هاتان الأختان أنهما وكلتا أخاهما عنهما، فلا يجوز اعتبار زيد وعمرو مسئولين بالتضامن عن نتيجة حساب إدارة الأطيان، بل يسأل زيد وحده عن هذا الحساب قبل كل من الورثة[2].

---

(١) استئناف وطني٣ ديسمبر سنة ١٨٩٦ الحقوق ١٢ ص١١. وقضى أيضاً بأن تعهد كل مدين بنفس الدين في التزام مستقل يستخلص منه التضامن (المجلة ٢١ فبراير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٦٥٨ ص١٣١٣).

(٢) نقض مدني ٣١ مارس سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٠٦ ص٣١٥. وقضى أيضا بأنه إذا استدان شخصان مبلغا بعقد واحد، ورهن كل منهما عقاراً من ممتلكاته لسداد هذا الدين، وخلا العقد من بيان حصة كل منهما وكيفية الدفع، فلا تضامن بينهما، بل يكون على كل أداء نصف الدين إلا إذا اعترف أحدهما بأن نصيبه أكثر من النصف (بني سويف ٢٠ يناير سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١٠ ص٢٣٩). ولا يكون هناك تضامن بين الطرفين دون اتفاق في الالتزام نحو السمسار في صفقة عقدها الطرفان بوساطته (استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٩٣٨ م٥٠ ص١٦٨ – مصر الوطنية ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٠٧ الحقوق ٢٣ ص٣٦).

وانظر في قيام التضامن: استئناف مختلط ١٣ مارس سنة ١٩٠٢ م١٤ ص١٨٥ – ٢٢ أبريل سنة ١٩١٤ م٢٦ ص٣٤٢ – ٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٢٥٥ – ٢٧ مايو سنة ١٩٣٦ م٤٨ ص٢٩٠.

وانظر في عدم قيام التضامن: استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٨٨٩ م١ ص١٨١ – ٢٩ ديسمبر سنة ١٨٩٨ م١١ ص٧٤ – ١٤ فبراير سنة ١٩٠٠ م١٢ ص١٣٠ – ٢٢ مارس سنة ١٩٠٠ م١٢ ص١٧٣ – ٤ فبراير سنة ١٩١٤ م٢٦ ص٢٠٠ – ٥ يونيه سنة ١٩١٩ جازيت ١٠ – ٩ – ١ – ١١ يونيه سنة ١٩٢١ جازيت ١٢ – ٢٤ – ٤٠ – ١٣ يونيه سنة ١٩٢٣ م٣٥ ص٥٠٦ – ١١ مارس سنة ١٩٢٤ م٣٦ ص٢٥٧ – ١٠ يونيه سنة ١٩٢٤ م٣٦ ص٤٢٦ – ٣١ يناير سنة ١٩٣٤ م٤٦ ص١٤٦ – ٢٧ فبراير سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص١٦٩ – مصر الوطنية ١٦ مايو سنة ١٩١١ الحقوق ٢٧ ص٤٥.

وقد سبق أن ذكرنا أن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي تقول في هذا الصدد: «ومن الأصول المقررة أن التضامن بنوعيه لا يفترض، وليس يقصد بذلك إلى وجوب اشتراطه بصريح العبارة، فقد تنصرف إليه الإرادة ضمنا، ولكن ينبغي أن تكون دلالة الاقتضاء في مثل هذه الحالة واضحة لاخفاء فيها. فإذا اكتنف الشك هذه الدلالة، وجب أن يؤول لنفي التضامن لا لإثباته» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٥١ وانظر آنفا فقرة ١٢٧).

ويصح أن يستخلص من الظروف وقائع الدعوى أن الطرفين إنما أرادا من ذكر التضامن أن يكون =

ويترتب على عدم جواز افتراض التضامن ما يأتي: (١) على من يدعى قيام التضامن أن يثبت وجوده. (٢) عند الشك في قيام التضامن، يعتبر التضامن غير قائم. (٣) الحكم الذى يقضى بتضامن المدينين، دون أن يبين مصدر هذا التضامن، وهل هو اتفاق أو نص فى القانون، وإذا كان اتفاقا هل هو اتفاق صريح أو اتفاق ضمنى، وإذا كان اتفاقاً ضمنياً كيف استخلص قاضى الموضوع من عبارات التعاقد وظروف وجوده الذى لا شك فيه، يكون حكماً قاصراً يتعين نقضه(١).

١٦٧- اثبات الاتفاق مصدر التضامن: وشرط التضامن، صريحاً كان أو ضمنياً، يجب إثباته، وعلى الدائن الذى يدعى تضامن مدينه عبء هذا الإثبات(٢)(1).

= الملتزم كفيلا لمدين أصلى لا مدينا متضامنا معه، كما يصح أن يستخلص أنه كفيل متضامن لا مدين متضامن (بودرى وبارد٢ فقرة ١١٧٧- فقرة ١١٧٨).

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٥- نقض فرنسى أول ديسمبر سنة ١٩٠٨ داللوز ١٩٠٩ -١-٤٢٠- أول فبراير سنة ١٩٢١ داللوز ١٩٢٤-١-١٣٣- أول يونيه سنة ١٩٣٨ سيريه ١٩٣٨ -١-٢٥٣.

(٢) وقد يقع عبء إثبات التضامن على أحد المدينين المتضامنين إذا وقع الدين كله للدائن وأرادا الرجوع على المدينين الآخرين كل بنصيبه، فأنكر عليه أحدهم حق الرجوع ونفى وجود التضامن.

(1) أ- لا يجوز للمحكمة أن تقضى بالتضامن على المدعى عليهم إلا إذا طلب المدعى الحكم بذلك، ولا يغنى عن وجوب ابداء هذا الطلب مجرد الاشارة فى صحيفة افتتاح الدعوى إلى أن مسئولية المدعى عليهم تضامنية.

(جلسة ١٩٧٤/٢/٢١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٥ ص٣٨٩)

ب- لئن كان طلب الحكم بالتضامن يعتبر طلبا جديدا لا يجوز ابداؤه لأول مرة أمام محكمة الاستئناف تطبيقا لنص المادة ٢٣٥ من قانون المرافعات، إلا أن النعى بشأنه غير منتج ولا يحقق للطاعنين سوى مصلحة نظرية صرفه لأن الحكم المطعون فيه انتهى إلى رفض هذا الطلب ولا تعود عليهما أية فائدة من نقض الحكم فى هذا الخصوص.

(جلسة ١٩٧٧/٥/١٠ الطعن رقم ٧٢٤ لسنة ٤٢ق السنة ٢٨ ص١١٥٨)

(جلسة ١٩٦١/٤/٦ مجموعة احكام النقض السنة ١٢ ص٣٥٣)

جـ- المقرر أن العقوبة الجنائية تمر بمرحلتين الأولى مرحلة القضاء بالعقوبة والثانية مرحلة تنفيذها وبالنسبة للمرحلة الأولى فأنه يحكمها مبدأ شخصية العقوبة وبالنسبة للمرحلة الثانية فأنه وان كان الأصل هنا أيضاً هو سريان مبدأ شخصية العقوبة بحيث لا تنفذ إلا على من صدر عليه فى نطاق مسئوليته ولا تصيب غيره، إلا أن المشرع نص فى حالات محدودة على سبيل الحصر- وبالنسبة لعقوبة الغرامة وحدها - على التضامن فى المسئولية بين المحكوم عليهم أى أنه إذا حكم على أكثر من شخص فى جريمة واحدة كل بعقوبة الغرامة فللدولة اقتضاء مبالغ الغرامات المحكوم بها عليهم جميعا من واحد منهم فقط، ويكون لهذا الأخير أن يرجع على شركائه المتضامنين معه - تطبيقا للقواعد العامة للمسئولية التضامنية فى القانون المدنى - كل بما أداه عنه مما قضى عليه به من غرامة، والتضامن فى هذا المقام لا يقصد به توقيع جزاء عقابى ولكن مجرد تحقيق مصلحة مالية بحتة =

ويثبت شرط التضامن طبقاً للقواعد العامة فى الإثبات. فان كان الالتزام المدعى التضامن فيه بين المدينين يزيد على خمسمائة جنيه، لم يجز إثباته إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها. فان وجد مبدأ ثبوت بالكتابة مثلا، جازت تكملته بالبينة أو بالقرائن. وإذا كان الالتزام لا يزيد على خمسمائة جنيه، جاز الإثبات فى هذه الحالة بالبينة أو بالقرائن.

ونرى من ذلك أن التضامن يجوز إثباته فى بعض الأحوال بالقرائن. ولا يتعارض هذا مع القاعدة التى قدمناها من أن التضامن لا يفترض. فافتراض التضامن معناه أن وجود التضامن مجرد افتراض، أما إثبات التضامن بالقرائن فمعناه أن شرط التضامن موجود فعلا وأن وجوده ثابت بالقرائن[1].

١٦٨ - التضامن بين المدينين فى المسائل التجارية: والتضامن بين المدينين لا يفترض فى المسائل التجارية كما هو لا يفترض فى المسائل المدنية، وهذا على خلاف ما جرى عليه الفقه والقضاء فى فرنسا من أن التضامن يفترض فى المسائل التجارية دون المسائل المدنية.

هناك من الفقهاء الفرنسيين من يذهب إلى أن التضامن فى القانون الفرنسى لا يفترض فى المسائل التجارية، فهى والمسائل المدنية سواء فى ذلك، وأبرز من قال بهذا الرأى لوران[2]. ولكن الكثرة الغالبة من فقهاء فرنسا[3]، والقضاء الفرنسى معهم[4]، يذهبون

=للخزانة العامة بما يتيحه لها من يسر فى تحصيل الغرامات المقضى بها فى خصوص انواع معينة من الجرائم تستلزم طبيعتها الخاصة اتخاذ مثل هذا الاجراء الوقائى وخروجا على المبادئ العامة، ومن قبيل ذلك ما نصت عليه المادة ٨٧ من قانون العمل رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ من أنه يكون أصحاب العمل مسئولين بالتضامن فيما بينهم عن أية مخالفة لاحكام هذا الفصل، لما كان ذلك وكانت المادة ٢٢١ من القانون المذكور تنص على أنه «يعاقب كل من يخالف احكام الفصل الثانى من الباب الثانى فى شأن عقد العمل الفردى والقرارات الصادرة تنفيذا له بغرامة لا تقل عن مائتى قرش ولا تجاوز ألفى قرش» ومفاد نص المادتين ١/٨٧، ٢٢١ سالفتى الذكر، أنه إذا حكم بالغرامة على أكثر من شخص لمخالفته أحكام الفصل الثانى من الباب الثانى من قانون العمل فأنهم يكونوا متضامنين فى أداء هذه العقوبة، اى يكون للدولة اقتضاء مجموع مبلغ الغرامات المحكوم بها من أى واحد منهم، دون أن يفيد ذلك بحال من الأحوال الحكم بتقسيم مبلغ الغرامة المحكوم بها على مرتكبى الجريمة بحسب عددهم.

(جلسة ١٩٧٢/٥/١٤ جنائى مجموعة احكام النقض الجنائية السنة ٢٣ ص٦٩٦)

(١) هيك ٧ فقرة ٣٠٩- بودرى وبارد ٢ فقرة١١٧٩- بلانيول وريبير وجابولد٧ فقرة ١٠٦٦.

(٢) لوران ١٧ فقرة ٢٨٥.

(٣) بارتان على أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٩٨ مكررة ثالثا هامش ٩ مكرر بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٧٥- بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٧٥- بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٤٧- كولان وكاپيتان٢ ص٢٠٠- ليون كان ورينو ٣فقرة ٣٨- تالير فقرة ١٠٥٤- أسكارا فقرة٥- ريبير فى القانون التجارى فقرة ٣٢٨.

(٤) كان القضاء الفرنسى فى مبدأ الأمر يقيم التضامن فى المسائل التجارية على أساس افتراض قيام =

جميعاً إلى أن التضامن يفترض فى المسائل التجارية على خلاف المسائل المدنية. فإذا اشترى تاجران صفقة تجارية واحدة دون أن يشترط عليهما البائع أن يكونا متضامنين، فانهما مع ذلك يكونان متضامنين فى أداء الثمن للبائع، إلا إذا استبعدا التضامن بشرط خاص. فالأصل إذن فى فرنسا قيام التضامن فى المسائل التجارية ما لم ينص المتعاقدان على استبعاده، ويبررون ذلك بأن التقاليد منذ عهد القانون الفرنسى القديم قد استقرت على افتراض التضامن فى المسائل التجارية، نزولا على مقتضيات الائتمان التجارى وما يستتبع ذلك من توفير أسباب الثقة بالتجار، فيحصلون من وراء هذه الثقة على الضمان الكافى[1].

ولا يزال هناك خلاف بين الفقهاء الفرنسيين[2] هل التضامن فى العقود التجارية مصدره العرف التجارى القديم فيقوم التضامن لمجرد أن العقد تجارى[3]، أو أن هذا التضامن

=شركة تجارية بين المدينين المتضامنين، فكان يقضى بقيام التضامن بين تجار اشتروا شيئا مشتركا، أو بين موكل ووكيله عن أعمال تجارية قام بها الوكيل مع الغير، أو بين شركاء فى شركة محاصة تعاملوا مع الغير، أو لوجود شركة واقعية بين شركتين أو وجود مال مشترك فى الظاهر بين هاتين الشركتين (أنظر الأحكام المشار إليها فى هذا الصدد فى بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٧٥ ص٤٣٩ الهوامش رقم ٣ إلى رقم ٨). وكان يقيم التضامن فى الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع على أساس الخطأ المشترك. أما فى الالتزامات الناشئة عن الإثراء بلا سبب فكان لا يقضى بالتضامن فيها، بل كان لا يقضى بافتراض تضامن الكفيل مع المدين الأصلى فى المسائل التجارية إذ كان يعطى للكفيل حق التجريد – ولكن محكمة النقض الفرنسية أزالت كل هذه القيود، وأصبحت تقضى فى عبارة عامة بقيام التضامن فى المسائل التجارية، لأن هذا ما تقتضيه مصلحة الدائن والمدين معاً تقوية للائتمان التجارى، وذلك ما لم يستبعد التضامن باتفاق صريح أو ضمنى يستظهره قاضى الموضوع (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٧٥ ص٤٣٩ – ص٤٤١).

(١) بودرى وبارد٢ فقرة ١١٧٥ ص٢٩٢ – ويتابع بودرى وبارد (ص٢٩٢ – ص٢٩٤) إيراد أقوال فقهاء القانون الفرنسى القديم التى تثبت أن العرف التجارى كان يقضى بقيام التضامن بين التجار فى المسائل التجارية، ويوردان كذلك الأعمال التحضيرية للتقنين المدنى الفرنسى التى تؤيد هذا المعنى.

وتنص المادة ٢٤ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى صراحة على قيام التضامن فى المسائل التجارية، فتقول: «على أن التضامن يكون حتما فى الموجبات المعقودة بين التجار فى شؤون تجارية إذا لم يتحصل العكس من عقد إنشاء الموجب أو من القانون».

أما التقنين المدنى الألمانى فيذهب إلى مدى أبعد من ذلك، فهو يفترض قيام التضامن حتى فى الالتزامات المدنية التى يكون مصدرها العقد (م٤٢٧ من هذا التقنين)، فعمم بهذا النص الحكم الذى كان وارداً فى المادة ٢٨٠ من التقنين التجارى الألمانى القديم. على أن التقنين المدنى الألمانى يضيق من جهة أخرى من الآثار التى تترتب على التضامن، ولا يتوسع فيها توسع التقنينات اللاتينية (بودرى وبارد٢ فقرة ١١٧٦).

(٢) انظر بلانيول وريبير وجابولد٧ فقرة ١٠٧٥ ص٤٤١.

(٣) هامل (Hamel) فى تعليقه على حكم محكمة النقض الفرنسية فى ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٢٠ سيريه ١٩٢٢ – ١ – ٢٠٣ – داركيدس (Drakidès) ص٥٥ وما بعدها.

إنما هو تفسير لنية المتعاقدين، فإذا اتضح من الظروف وجوب استبعاد هذه النية لم يكن هناك محل لقيام التضامن، كما إذا أمنت شركتان للتأمين شيئاً واحداً وتعهدت كل منهما أن تؤمن نصفه فلا محل لافتراض أن نيتهما انصرفت إلى قيام التضامن بينهما(١).

ولا يقتصر الأمر في فرنسا على افتراض التضامن في العقود التجارية، بل هناك من الفقهاء من يتوسع فيه فيمده إلى كل التزام تجارى، أياً كان مصدره، عقد أو عمل غير مشروع أو إثراء بلا سبب، فان هذا التوسع هو الذى تقتضيه حاجات الائتمان التجارى(٢). على أن التضامن عن العمل غير المشروع مقرر في فرنسا كقاعدة تقليدية لا في المسائل التجارية فحسب، بل أيضاً في المسائل المدنية. وقد ساير القضاء الفرنسى هذه النزعة في التوسع(٣)، وظهر ذلك بنوع خاص في توسعه في تقرير التضامن بين أعضاء مجالس إدارة الشركات(٤).

أما في مصر فقد كان الرأى الغالب في الفقه والقضاء في عهد التقنين المدنى السابق هو أن التضامن لا يفترض حتى في المسائل التجارية(٥). ولا نرى أن التقنين المدنى الجديد قد

---

(١) ريبير في القانون التجارى فقرة ٣٢٨ وفي القانون البحرى فقرة ٢٤١٢ – بلانيول وريبير وبولانجيه٢ فقرة ١٨٥٣.

(٢) هامل (Hamel) في المرجع السابق الإشارة إليه في سيريه ١٩٢٢-١-٢٠١ – قارن دى باج ٣ فقرة ٣٢٨.

(٣) انظر أمثلة لتوسع القضاء الفرنسى في بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٧٥ ص٤٤٢ – أما التضامن بين الدائنين فأنه لا يفترض، لا في مصر ولا في فرنسا، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (انظر آنفاً فقرة ١٢٧).

(٤) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٧٥ ص٤٤٣ – ص٤٤٤. على أن محكمة النقض الفرنسية قضت حديثاً بأن الشركاء في خطأ مشترك، وإن كان يجوز الحكم على كل منهم بتعويض كل الضرر الناجم عن هذا الخطأ، إلا أنهم لا يكونون متضامنين (نقض فرنسى ١٠ مايو سنة ١٩٤٨ J.S. ١٩٥٠ ص٩٢).

(٥) وقد كتبنا في الموجز في هذا الصدد ما يأتى: «والقاعدة التى تقضى بأن التضامن لا يفترض صحيحة في المسائل التجارية صحتها في المسائل المدنية، وإن كان كثير من الفقهاء في فرنسا يذهبون إلى أن التضامن يفترض في المسائل التجارية بحكم العرف والعادات، وجارتهم في ذلك أخيراً محكمة النقض الفرنسية. أما في مصر فنزعة القضاء تتجه إلى عدم افتراض التضامن حتى في المسائل التجارية» (الموجز للمؤلف فقرة ٥٠٤ ص٥١١). انظر أيضاً في هذا المعنى الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٣-٧. وانظر: استئناف مختلط ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣م ١٥ ص١٠٦ – ١١ يناير سنة ١٩٢٢ م٣٤ ص١٠٩ – وقضت محكمة المنشية الوطنية بأن التضامن لا يفترض، ولابد من نص صريح في القانون أو الاتفاق، ولم يرد في القانون التجارى ما يخالف ذلك، ولذا اختلف فيما إذا كانت المسائل التجارية تخرج على هذا الحكم، فذهب رأى إلى أنها والمسائل المدنية سواء، وذهب آخرون إلى خلاف ذلك. على أن الرأى القائل بعدم سريان المادة ١٠٨ مدنى على المسائل التجارية لا يفيد أكثر من =

استحدث جديداً فى هذا الصدد، فلا تزال القاعدة التى تقضى بأن التضامن لا يفترض دون تمييز بين المسائل المدنية والمسائل التجارية موجودة فى التقنين الجديد كما كانت موجودة فى التقنين القديم، ولا يزال التقنين التجارى قائماً كما هو ينص فى حالات خاصة على التضامن، مما يستخلص منه بمفهوم المخالفة أن التضامن لا يقوم فى غير هذه الحالات المنصوص عليها، وإلا لما عنى التقنين التجارى بالنص على حالات معينة يقوم فيها التضامن إذا كان من شأن التضامن أن يقوم فى جميع المسائل التجارية من غير استثناء(١).

ومن ثم لا يفترض فى مصر قيام التضامن بين التجار، لا فى العقود التجارية ولا فى الالتزامات التجارية ما بين التجار التى يكون مصدرها الإثراء بلا سبب. وإنما يقوم التضامن بين التجار فى الحالات التى ورد فيها نص فى القانون، وقد وردت نصوص مختلفة بهذا المعنى فى التقنين التجارى سنذكر أهمها فيما يلى. كذلك يقوم التضامن فى الالتزامات المدنية والتجارية على السواء التى يكون مصدرها عملا غير مشروع، وتقضى بذلك المادة ١٦٩ مدنى كما سيأتى، ويسرى هذا الحكم بوجه خاص على المسئولية التقصيرية لأعضاء مجالس إدارة الشركات(٢).

وفيما عدا الحالات التى ورد فيها نص فى القانون يقضى بالتضامن، لا يقوم التضامن بين التجار فى مصر، كما قدمنا، دون شرط يقضى به. على أن هذا الشرط الذى يقضى

= التسامح فى استنباط الدليل على قيام رابطة التضامن أو تقرير قرينة مبدئية لمصلحة الدائن، وهو دليل يحتمل الجدل وقرينة يصح نقضها بظروف الحال كافة (٩ إبريل سنة ١٩٣١ الجريدة القضائية ١١٤ ص١٧).

ومع ذلك قارن ألبير فاهل والدكتور كامل أمين ملش فى القانون التجارى المصرى فقرة ١٢٠ ص٦٨ وفقرة ٦٦٢ ص٣٥٢ – استئناف مختلط ١١ نوفمبر سنة ١٩١٤ م٢٧ ص١٨ – ١٤ مارس سنة ١٩٢٣ م٣٥ ص٢٩٣.

(١) ويذهب الأستاذ إسماعيل غانم إلى عكس هذا الرأى فيقول بافتراض التضامن فى المسائل التجارية، ويعلل اقتصار التقنين التجارى على حالات معينة نص فيها على قيام التضامن بأنها حالات عنى بها المشرع عناية خاصة لأهميتها (أحكام الالتزام فقرة ١٩٥ ص٢٧٦). وانظر من هذا الرأى العكسى الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٢٠١ – وقارن الأستاذ عبد الحى حجازى١ ص٢٢٧.

(٢) ذلك أن وكالة مجلس إدارة الشركة المساهمة هى وكالة قانونية لا اتفاقية، ومن ثم تكون مسئولية أعضاء مجلس الإدارة أمام الشركة والمساهمين والغير مسئولية تقصيرية، فيكون جميع أعضاء مجلس الإدارة متضامنين فى هذه المسئولية (م١٦٩ مدنى). على أن المسئولية تكون فردية إذا قام أحد الأعضاء بمفرده بعمل ضار بالشركة أو بالغير، دون أن يشترك معه الآخرون فى هذا الخطأ، ودون أن يقصروا فى واجبهم من الرقابة (انظر رسالة الدكتور مصطفى كمال وصفى فى المسئولية المدنية لأعضاء مجالس الإدارة فى شركات المساهمة – القاهرة سنة ١٩٥١ ص٣٦– ص٤٠).

بالتضامن يمكن استخلاصه فى المسائل التجارية بأيسر مما يستخلص فى المسائل المدنية، وذلك لسببين: (أولا) إذا أراد الدائن إثبات شرط التضامن فى المسائل التجارية، فان جميع طرق الإثبات تكون مفتوحة أمامه، فيستطيع أن يثبته بالبينة، بل بالقرائن وحدها، ولو زادت قيمة الالتزام على خمسمائة جنيه، وذلك وفقاً للقواعد العامة للاثبات فى المواد التجارية. (ثانيا) وعندما يريد الدائن أن يثبت شرط التضامن عن طريق القرائن، فمن أهم هذه القرائن أن يكون الالتزام قائما بين التجار فى مسألة تجارية، فان هذا وحده يمكن اعتباره قرينة هامة، إذا عززتها قرائن أخرى أمكن قاضى الموضوع أن يستخلص قيام التضامن فى المسائل التجارية فى كثير من اليسر.

المطلب الثانى

نص القانون كمصدر للتضامن بين المدينين

١٦٩- نصوص متناثرة فى التقنينات والتشريعات المختلفة: وليس الاتفاق وحده هو مصدر التضامن السلبى، بل كثيراً ما يقوم التضامن بين المدينين بموجب نص فى القانون كما قدمنا. وإذا قام التضامن على نص فى القانون لم يجز أن يقاس عليه غيره، فان أحوال التضامن القانونى مذكورة على سبيل الحصر(١).

والنصوص التى تقيم التضامن السلبى كثيرة متناثرة فى نواحى التقنينات والتشريعات المختلفة. وأهم هذه النصوص نجدها فى التقنين المدنى والتقنين التجارى والتقنين الجنائى وتقنين المرافعات. ونورد طائفة منها على سبيل التمثيل.

ففى التقنين المدنى نجد المادة ١٦٩ الخاصة بالتضامن فى المسئولية عن العمل غير المشروع، والمادة ١٩٢ الخاصة بتضامن الفضوليين إذا تعددوا، والمادة ٦٥١ الخاصة بتضامن المهندس والمقاول فى مسئوليتهما عن تهدم البناء، والمادة ٧٠٧ الخاصة بتضامن الوكلاء إذا تعددوا، والمادة ٧٠٨ الخاصة بتضامن الوكيل مع نائبه، والمادة ٧١٢ الخاصة بتضامن الموكلين إذا تعددوا، والمادة ٧٩٥ الخاصة بتضامن الكفلاء فى الكفالة القضائية وفى الكفالة القانونية.

وفى التقنين التجارى القديم نجد المواد ٢٢، ٢٣، ٢٩، ٣٠- وقد أبقى عليها قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، وهى خاصة بتضامن الشركاء فى شركات التضامن، والمادة ١٤ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ باصدار قانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالاسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة وهى خاصة برجوع المكتتب على

---

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٥٠٥ ص٥١١.

المؤسسين فى الشركة المساهمة، على سبيل التضامن، بالتعويض عند الاقتضاء إذا مضت مدة سنة على تاريخ الاكتتاب دون البدء فى اتخاذ اجراءات تأسيس الشركة، والمواد ٣٩٠، ٣٩٥، ٤١٨، ٤٤٢ من قانون التجارة الجديد وهى خاصة بضمان الساحب للكمبيالة والمظهر لها والضاعن الاحتياطى وكافة الأشخاص الملتزمين بها، والمادة ٥٧٤ من ذات القانون وهى خاصة بتضامن أمناء التفليسة عند التعدد، وفى قانون التجارة البحرية الجديد رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ نجد المادة ٢٢ وهى خاصة بالمسئولية التضامنية عن الديون الناشئة عن الشيوع فى استغلال السفينة فى حالة تعدد المديرون المالكون المشتاعون وحالة المالكون غير المديرين ما لم يتفق على خلاف ذلك، ونجد المادة ٣/٢٩٧ من ذات القانون وهى خاصة بتضامن السفن المخطئة، إذا نشأ التصادم عن الخطأ المشترك بينهما فى المسئولية قبل الغير إذا ترتب على الخطأ وفاة شخص أو إصابته بجروح.

وفى تقنين المرافعات نجد المادة ١٨٤ وهى خاصة بالتضامن فى مصروفات الدعوى، إذا كانوا متضامنين فى أصل التزامهم المقضى فيه.

وفى التقنين الجنائى نجد المادة ٤٤ وهى خاصة بالتضامن فى الغرامات النسبية.

ونكتفى بهذا القدر من النصوص. ويمكن تقسيم الالتزامات التضامنية التى تشتمل عليها إلى التزامات مدنية والتزامات تجارية، ثم ترتيب الالتزامات المدنية بحسب مصدرها فمنها ما هو مصدره العقد، ومنها ما هو مصدره العمل غير المشروع، ومنها ما هو مصدره الإثراء بلا سبب، ومنها ما هو مصدره القانون(١). ونقول كلمة عن كل منها بهذا الترتيب، ونقتصر فى هذه الكلمة على إبراز فكرة التضامن، أما النص من ناحية موضوعه فيشرح فى مكانه.

١٧٠ – التزامات مدنية مصدرها العقد: هذه هى الالتزامات الناشئة من عقد المقاولة ومن عقد الوكالة.

ففى عقد المقاولة تنص المادة ١/٦٥١و٢ على ما يأتى: «(١) يضمن المهندس المعمارى والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلى أو جزئى فيما شيدوه من مبان أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى، وذلك ولو كان التهدم ناشئاً عن عيب فى الأرض ذاتها أو كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة، ما لم يكن المتعاقدان فى هذه الحالة قد أرادا أن تبقى هذه المنشآت مدة أقل من عشر سنوات. (٢) ويشمل الضمان

---

(١) هذا ويلاحظ أن الالتزامات المدنية التى يقيم فيها القانون التضامن بنص فى التقنين المدنى لا يقتصر التضامن فيها على ما كان مدنياً منها، بل يشمل أيضاً – ومن باب أولى – ما كان منها تجارياً وأياً كان مصدره: العقد أو العمل غير المشروع أو الإثراء بلا سبب أو القانون.

المنصوص عليه فى الفقرة السابقة ما يوجد فى المبانى والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته». وظاهر أن مسئولية كل من المهندس المعمارى والمقاول نحو رب العمل عن سلامة البناء إنما هى مسئولية تعاقدية نشأت من عقد المقاولة ذاته. ولما كان التضامن فى الالتزامات التعاقدية – ومنها المسئولية التعاقدية ذاتها – لا يفترض كما سبق القول، فكان لابد من شرط فى عقد المقاولة أو نص فى القانون ليقيم التضامن بين المهندس المعمارى والمقاول فى هذه المسئولية، فوجد النص المتقدم الذكر وهو يغنى عن الشرط. ومن ثم يكون المهندس المعمارى والمقاول متضامنين فى المسئولية نحو رب العمل عن سلامة البناء حتى لو لم يوجد شرط يقضى بالتضامن فى عقد المقاولة، فنص القانون هو الذى يقيم هذا التضامن.

وفى عقد الوكالة تنص المادة ١/٧٠٧ مدنى على أنه «إذا تعدد الوكلاء كانو مسئولين بالتضامن متى كانت الوكالة غير قابلة للانقسام، أو كان الضرر الذى أصاب الموكل نتيجة خطأ مشترك(1). على أن الوكلاء، ولو كانوا متضامنين؛ لا يسألون عما فعله أحدهم مجاوزاً حدود الوكالة أو متعسفاً فى تنفيذها». وهنا التزامات الوكيل ومسئوليته عن تنفيذ هذه الالتزامات منشؤها جميعاً عقد الوكالة، فإذا تعدد الوكلاء بقيت التزامات كل منهم ناشئة من هذا العقد. فلا يقوم التضامن بينهم إذن، من غير شرط، إلا بنص فى القانون، وهو النص المتقدم الذكر. وقد اشترط النص وحدة العمل الذى تنشأ عنه المسئولية، بأن يكون تنفيذ الوكالة غير قابل للانقسام فيكون الوكلاء وقد اشتركوا فى التنفيذ قد قاموا بعمل واحد لا يقبل التجزئة، أو بأن يكون التنفيذ متكوناً من أعمال متفرقة ولكن الوكلاء قد اشتركوا فى عمل واحد من هذه الأعمال فارتكبوا خطأ مشتركاً. وغنى عن البيان أنه لو انفرد أحد الوكلاء بمجاوزة حدود الوكالة أو انفرد بالتعسف فى تنفيذها، استقل وحده بالمسئولية، لأن الوكلاء الآخرين لم يشتركوا معه فى العمل الذى أوجب مسئوليته فلا يكونون متضامنين معه، بل لا يكونون مسئولين أصلا. ثم تنص المادة ١/٧٠٨ مدنى على أنه «إذا أناب الوكيل عنه غيره فى تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصاً له فى ذلك، كان مسئولا عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو، ويكون الوكيل ونائبه فى هذه الحالة متضامنين فى المسئولية». وإذا كانت مسئولية الوكيل قد نشأت من عقد الوكالة، فان مسئولية النائب نحو الموكل لم تنشأ من هذا العقد لأن الوكالة لا ترخص فى

---

(1) مفاد نص المادة ١/٧٠٧ من القانون المدنى أن الوكلاء لا يكونون متضامنين فى التزاماتهم قبل الموكل الا إذا كانت الوكالة غير قابلة للانقسام أو كان الضرر الذى أصاب الموكل وقع نتيجة خطأ مشترك بين الوكلاء جميعا.

(جلسة ١٩٧٧/٥/٣ مجموعة احكام النقض السنة ٢٨ ص١١١٨)

تعيين نائب فلا يربط النائب بالموكل عقد ما، وتكون مسئوليته نحو الموكل مسئولية تقصيرية. وكان مقتضى أن تكون مسئولية الوكيل تعاقدية ومسئولية النائب تقصيرية ألا يقوم بينهما تضامن (solidarité) بل يقوم تضام (obligation in solidum) على ما سنرى، ولكن النص صريح فى إنشاء التضامن بين الوكيل ونائبه بما يستتبع التضامن من نتائج أصلية ونتائج ثانوية[1]. وتنص أخيراً المادة ٧١٢ مدنى على أنه «إذا وكل أشخاص متعددون وكيلا واحدا فى عمل مشترك، كان جميع الموكلين متضامنين قبل الوكيل فى تنفيذ الوكالة، ما لم يتفق على غير ذلك». وهنا نرى أن الالتزام بتنفيذ الوكالة والقيام بهذا العمل المشترك مصدره عقد الوكالة، فالتضامن دون شرط فى العقد لا يقوم إلا بنص فى القانون، وهو النص المتقدم الذكر[2].

١٧١ – التزامات مدنية مصدرها العمل غير المشروع: تنص المادة ١٦٩ مدنى على أنه «إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين فى التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوى، إلا إذا عين القاضى نصيب كل منهم فى التعويض». وهذا نص من النصوص الجوهرية فى التضامن، له أهمية بالغة ومدى واسع فى التطبيق، فهو يقضى بالتضامن فى المسئولية عن أى عمل غير مشروع. وواضح أن العمل غير المشروع قد أصبح فى العصر الحاضر مصدراً هاماً من مصادر الالتزام، وهو يكاد يدانى العقد فى أهميته. فوضع النص مبدأ عاما هو التضامن فى المسئولية التقصيرية، بخلاف المسئولية التعاقدية وجميع الالتزامات الناشئة عن العقد فقد رأينا أن التضامن فيما لا

---

(١) وتقضى الفقرة الثالثة من المادة ٧٠٨ مدنى بوجود دعوى مباشرة للموكل قبل نائب الوكيل، وهذا أدعى لتقرير التضام دون التضامن، فإن الموكل يستطيع أن يطالب كلا من الوكيل ونائبه بدعوى مباشرة بنفس الدين، وهذا هو التضام كما سنرى.

ثم إن الفقرة الثانية من المادة ٧٠٨ مدنى تقضى، إذا رخص للوكيل فى إقامة نائب عنه، بألا يكون مسئولا إلا عن خطأه فى اختيار نائبه أو عن خطأه فيما أصدر له من تعليمات. فهل يكون، إذا تحققت مسئوليته على هذا النحو، متضامنا مع نائبه؟ لم يصرح النص بالتضامن هنا كما صرح به فى الفقرة الثانية، وليست المسئولية فى هذا الفرض ناشئة عن خطأ مشترك يوجب التضامن، ومن ثم نرى أن المسئولية هنا تكون بالتضام لا بالتضامن.

(٢) استئناف مختلط ٢٢ مارس سنة ١٨٩٣ م٥ ص١٨١ – ٤ أبريل سنة ١٨٩٤ م٦ ص٢١٨ – ١٧ يونيه سنة ١٩١٤ م٢٦ ص٤٤٢ – ٧ مايو سنة ١٩٢٥ م٣٧ ص٤١٤ – ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٦ م٣٨ ص٣٨٠ – ٣٠ يناير سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٢٤٥.

ويترتب على ذلك أنه إذا وكل عدة أشخاص أحد المحامين فى قضية مشتركة، كانوا جميعاً متضامنين فى التزامهم بدفع الأتعاب للمحامى (بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٨٧ – فقرة ١١٩٠ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٧ ص٤٢٣ – هذا والموكلون متضامنون نحو الوكيل، حتى لو كانت الوكالة بغير أجر (بودرى وبارد٢ فقرة ١١٨٦).

يفترض، بل يجب لقيامه شرط أو نص فى القانون(١)(1)، بل إن افتراض التضامن فى المسئولية التقصيرية بموجب النص المتقدم الذكر أقوى من افتراضه فى خصوص العقد إذا قام

---

(١) أما فى فرنسا فلا يوجد نص عام يقابل نص المادة ١٦٩ مدنى مصرى، ولكن يوجد نص فى التقنين الجنائى الفرنسى (م٥٥) يقضى بالتضامن فى الغرامة والرد والتعويض والمصروفات المحكوم بها على عدة أشخاص أدينوا فى جناية أو جنحة مشتركة. ولابد من أن يكون المحكوم عليهم قد اشتركوا جميعاً فى الجناية أو الجنحة التى حكم من أجلها، ويقوم التضامن بينهم بحكم القانون دون حاجة لذكره فى الحكم بالإدانة (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٨ ص٤٢٧ – ٤٢٩). يضاف إلى ذلك أن هناك قاعدة تقليدية قديمة فى القضاء الفرنسى تقضى بقيام التضامن بين الأشخاص الذين يشتركون فى ارتكاب عمل غير مشروع، سواء كان هذا العمل جريمة جنائية أو مجرد خطأ مدنى. وتهبط جذور هذه القاعدة التقليدية إلى أغوار بعيدة من الماضى السحيق، إذ يرجع عهدها إلى القانون الرومانى فى مبادئه الخاصة بالغش والإكراه. فقد كانت هذه المبادئ تقضى بأنه إذا اشترك عدة أشخاص فى ارتكاب إحدى هاتين الجريمتين، كان كل منهم مسئولا عن تعويض كل الضرر الناجم عن هذا العمل، إذ لا يخفف من مسئولية الشخص عن خطأه أن غيره أخطأ معه. ولكن إذا قام أحد الشركاء بتعويض الضرر برئت ذمة الآخرين من الالتزام بالتعويض، إذ لم يعد هناك ضرر يستوجب أن يعوض عنه. وانتقلت هذه القاعدة من القانون الرومانى إلى القانون الفرنسى القديم، وبقيت قاعدة من قواعده الثابتة (بوتييه فى الالتزامات فقرة ٢٦٨). وبالرغم من أن المادة ٥٥ من التقنين الجنائى الفرنسى لم تقم التضامن إلا فى حالة الحكم على شركاء فى جناية أو جنحة، فخرج من نطاقها الاشتراك فى خطأ مدنى بل والاشتراك فى جناية أو جنحة إذا لم يصدر حكم جنائى بالإدانة، فإن القضاء الفرنسى بقى مع ذلك يعمم القاعدة التى انتقلت إليه من القانون الفرنسى القديم، فيقضى بالتضامن فى جميع الأحوال التى يشترك فيها عدة أشخاص فى ارتكاب خطأ، سواء كان هذا الخطأ جنائيا أو كان خطأ مدنياً تقصيرياً. ويقصر القاعدة التى تقضى بأن التضامن لا يفترض على نطاق الالتزامات التعاقدية، ويتلمس النص القانونى الذى يعوزه لإقامة التضامن فى المادة ٥٥ من التقنين الجنائى عن طريق القياس. وتنقل القضاء الفرنسى فى تأصيل قاعدته – وهى تقضى بمسئولية أى من الشركاء فى العمل غير المشروع عن تعويض كل الضرر – من فكرة الالتزام غير القابل للانقسام إلى فكرة التضامن، ثم من فكرة التضامن إلى فكرة التضامم (انظر بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٩ – فقرة ١٠٧٠) – وانظر فى انقسام الفقه الفرنسى فى هذه المسألة بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٠١ – فقرة ١٣٠٢.

(1) أ– مفاد نص المادة ٢٩٦ من القانون المدنى ان التضامن – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – لا ينال من استقلال كل من المتضامنين عن الآخر فى الخصومة وفى الطعن فى الحكم الصادر فيها ولا مجال فى هذا الوضع للقول بنيابة المسئولين بالتزام تضامنى عن بعضهم البعض فى إجراءات الخصومة واعتبار الاستئناف المرفوع من احدهم بمثابة استئناف مرفوع من الآخر.

(الطعن رقم ٨٠٢ لسنة ٥٠ق جلسة ٨٣/١٢/٨ س٣٤ ص١٧٧٩)

ب– متى تنازل المدعى أمام محكمة أول درجة عن طلب التضامن فأنه لا يملك العودة إلى طلب التضامن فى الاستئناف إذ يعد هذا الطلب طلبا جديدا لا يجوز ابداؤه لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ذلك وفقا للمادة ١/٤١١ مرافعات (قديم).

(جلسة ١٩٦١/٤/٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٢ ص٣٥٣). =

التضامن فيه على نص فى القانون، ذلك أن افتراضه فى العقد بموجب نص لا يمنع من جواز الاتفاق على استبعاده، إذ لا يعتبر التضامن هنا من النظام العام. فيجوز إذن أن يشترط فى عقد المقاولة إلا يكون المهندس المعمارى والمقاول متضامنين فى المسئولية، وفى عقد الوكالة إلا يكون الوكلاء المتعددون أو الوكيل ونائبه أو الموكلون المتعددون متضامنين فى المسئولية أما التضامن فى المسئولية التقصيرية فهو من النظام العام، ولا يجوز الاتفاق على ما يخالفه(١).

وقد سبق أن عالجنا التضامن فى المسئولية التقصيرية(٢)، فنجتزئ هنا بالإشارة إلى أنه حتى يقوم التضامن بين المسئولين المتعددين عن عمل غير مشروع يجب أن تتوافر شروط ثلاثة: (١) أن يكون كل واحد منهم قد ارتكب خطأ (٢) وأن يكون الخطأ الذى ارتكبه كل منهم سبباً فى إحداث الضرر (٣) وأن يكون الضرر الذى أحدثه كل منهم بخطأه هو ذات الضرر الذى أحدثه الآخرون، أى أن يكون الضرر الذى وقع منهم هو ضرر واحد(٣). ولا يلزم بعد ذلك أن يكون هناك تواطؤ ما بين المسئولين، أو أن ترتكب الأخطاء فى وقت واحد(٤). ولا ضرورة لأن تكون الأخطاء عملا واحداً أو جريمة واحدة(٥)، فقد تكون أحدهما عمداً والآخر غير عمد، وقد تختلف جسامة الأخطاء فيقترن خطأ جسيم بخطأ يسير،

=جـ- مفاد ٤٨ من المرسوم بقانون رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٢، أن الشارع وضع التزاما على رب العمل الجديد والذى آلت إليه المنشأة بمسئوليته بالتضامن مع رب العمل السابق قبل العمال - ومن مقتضى الالتزام التضامنى أنه لا يتعين توجيه الطلب الخاص به ابتداء إلى رب العمل السابق.
(جلسة ١٩٦٢/٥/٣٠ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ ص٧١٦)

(١) ديمولومب ٢٦ فقرة ٢٤٧- فقرة ٢٤٨ - لوران ١٧ فقرة ٢٩٢- بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٨٠- بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٨ ص٤٣٠.

(٢) انظر الوسيط جزء أول فقرة ٦٢٠: وقد ذكرنا بنوع خاص أن التضامن فى المسئولية التقصيرية كان مقرراً أيضاً بنص فى التقنين المدنى السابق، وأنه يقوم دون حاجة إلى ذكره فى الحكم (الوسيط جزء أول ص٩٢٩ هامش رقم ٣)، وأن المسئولية تضامنية فى القانون المصرى بخلاف القانون الفرنسى مسئولية تضامنية (الوسيط جزء أول ص٩٢٠ هامش رقم١).

(٣) فإذا سرق أحد اللصوص عجلة السيارة، ثم جاء لص آخر فسرق بعض الآلات، لم يكن اللصان متضامنين، لأن كلا منهما أحدث بخطأه ضرراً غير الضرر الذى أحدثه الآخر (الوسيط جزء أول ص٩٢٦).

(٤) فإذا حاول لص سرقة منزل فنقب فيه نقباً ثم ذهب ليستحضر ما يستعين به على السرقة، فأتى لص آخر على غير اتفاق مع اللص الأول ودخل من النقب وسرق المنزل، فإن اللصين يكونان مسئولين بالتضامن (الوسيط جزء أول ص٩٢٦).

(٥) فقد يكون أحد الخطأين سرقة والخطأ الآخر إخفاء لأشياء مسروقة، أو يكون الخطأ الأول جناية قتل والخطأ الآخر جنحة ضرب (انظر فى قضاء محكمة النقض فى هذه المسائل الوسيط جزء أول ص٩٢٦ هامش رقم ٣).

وقد تختلف طبيعة الأخطاء فيكون أحد الخطأين جنائياً ويكون الثانى مدنياً، أو يكون أحدهما عملا ويكون الآخر امتناعا عن عمل[1]. وقد تكون الأخطاء كلها ثابتة أو مفترضة، أو يكون بعضها ثابتاً وبعضها مفترضاً.

ومتى تعدد المسئولون عن عمل غير مشروع على هذا النحو، كانوا جميعاً متضامنين فى المسئولية، فيستطيع المضرور أن يطالبهم جميعاً بالتعويض، كما يستطيع أن يختار منهم من يشاء ويطالبه بالتعويض كاملا(1). ويرجع من دفع التعويض على الباقى، كل بقدر نصيبه حسب جسامة الخطأ الصادر منه[2]. فان تعادلت الأخطاء فى الجسامة، أو لم يمكن تعيين

---

(١) مثل ذلك أن يهمل الخادم فيترك باب المنزل مفتوحاً، فيدخل اللص ويسرق المنزل. ففى هذه الحالة يكون اللص والخادم متضامنين على اختلاف ما بين الخطأين، فأحدهما عمد والآخر غير عمد، وأحدهما جنائى والآخر مدنى، وأحدهما عمل والآخر امتناع عن عمل (الوسيط جزء أول ص٩٢٧).

(٢) وقد يكون أحد المسئولين هو الذى يتحمل التعويض كله فى النهاية، كما إذا اختل أساس منزل الجار من جراء هدم جاره لمنزله وإعادة بنائه، فللجار المضرور فى هذه الحالة الرجوع على جاره والمقاول متضامنين بسبب العمل غير المشروع، ثم يرجع الجار على المقاول إذا كان بينهما اتفاق على أن يتحمل المقاول المسئولية وحده (استئناف مختلط ٣١ أكتوبر سنة ١٩٢٩ م٤٢ ص٩).

(1) التضامن لا يفترض ولا يؤخذ فيه بالظن ولكن ينبغى أن يرد إلى نص فى القانون أو إلى إتفاق صريح أو ضمنى وإذا كانت المادة ١٦٩ من التقنين المدنى تقضى بتضامن المسئولين عن العمل الضار فى التزامهم بتعويض الضرر إلا ان ذلك مشروط بأن يكون الضرر المطلوب التعويض عنه هو ذات الضرر الذى أسهم خطأ المسئولين فى إحداثه دون أن يكون فى الوسع تعيين من احدث الضرر حقيقة من بينهم أو تحديد نسبة مساهمة كل منهم فى إحداثه.

(الطعنان ٦٧٢/٥٩٨ لسنة ٤٠ق جلسة ٨٢/٦/١٥ س٣٣ ص٧٥٧)

ب- إذا كان الغصب فى ذاته فعلا ضارا، وكان الريع - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - يعتبر بمثابة تعويض لصاحب العقار المغتصب مقابل ما حرم من ثمار، وكان من المقرر طبقاً لنص المادة ١٦٩ من القانون المدنى أنه إذا تعدد المسئولون عن فعل ضار كانوا متضامنين فى التزامهم بتعويض الضرر، فإن الحكم إذ أيد الحكم المستأنف فيما قضى به من إلزام الطاعنين متضامنين بالريع يكون قد التزم صحيح القانون.

(الطعن رقم ٩٤٤ سنة ٤٥ق جلسة ٨٠/٣/٤ س٣١ ص٧٠١)

جـ- إذا كان الحكم قد اعتبر الشركة الطاعنة (شركة التأمين) ملتزمة بالتعويض بموجب عقد التأمين بين الشركة المطعون ضدها الثانية ملزمة به نتيجة «الفعل الضار» فإنهما يكونان ملتزمين بدين واحد له مصدران مختلفان ومن ثم تتضامم ذمتهما فى هذا الدين دون أن تتضامن إذ أن الالتزام التضامنى يقتضى وحدة المصدر.

(الطعن رقم ٣٠٦ سنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/٢/١٧ س١٧ ص٣٢٩)

د- لم يقرر القانون التضامن فى الالتزام بتعويض الضرر إذا تعدد المسئولون عنه الا عندما تكون مسئوليتهم عن عمل غير مشروع. واذن فمتى كان الحكم المطعون فيه قد اقام قضاءه بمساءلة الطاعنين «التابعين» عن الضرر الذى لحق المضرور على ان الوزارة التى يتبعها الطاعنان مسئولية عن =

مقدار الجسامة فى كل خطأ، كان نصيب كل منهم فى التعويض مساوياً لنصيب الآخر وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوى(١)(1).

ويلحق بالتضامن فى المسئولية عن العمل غير المشروع تضامن المحكوم عليهم فى الغرامات النسبية التى حكم عليهم بها، وإن كانت الغرامة تختلف عن التعويض فى أنها عقوبة، ولكنها عقوبة مالية، وفى هذه الصفة المالية وفى أنها جزاء على عمل غير مشروع تتلاقى مع التعويض. وقد نصت المادة ٤٤ من تقنين العقوبات على أنه «إذا حكم على جملة متهمين بحكم واحد بجريمة واحدة، فاعلين كانوا أو شركاء، فالغرامات يحكم بها على كل منهم على انفراده، خلافا للغرامات النسبية فانهم يكونون متضامنين فى الإلزام بها. ما لم ينص الحكم على خلاف ذلك». والأصل فى العقوبات أن تكون شخصية لا تضامن فيها، والغرامة عقوبة وكان ينبغى أن تكون شخصية، ولكن المشرع هنا خرج على هذا المبدأ العام فقارب بين الغرامة والتعويض، وأجاز التضامن فى الغرامة فى حالة معينة هى أن تكون هذه الغرامة نسبية. والغرامة النسبية غرامة لا يعين المشرع مقداراً محدداً لها، بل يجعلها تناسب ما حصل عليه الجانى من الجريمة التى ارتكبها، وأكثر ما تكون عقوبة تكميلية. نصت المادة ١٠٣ من قانون العقوبات على أن «كل موظف عمومى طلب لنفسه أو لغيره أو قبل أو أخذ وعدا أو عطية لأداء عمل من أعمال وظيفته يعد مرتشيا. ويعاقب بالاشغال الشاقة المؤبدة وبغرامة لا تقل عن ألف جنيه ولا تزيد على ما أعطى أو وعد به. ونصت المادة ١٠٣ مكررا المعدلة بالقانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٦٢ «يعتبر مرتشيا ويعاقب بنفس العقوبة المنصوص عليها فى المادة السابقة كل موظف عمومى طلب لنفسه أو لغيره أو قبل أو

=الضرر مسئولية تعاقدية كما أنها مسئولة عن اعمالهما بوصفهما تابعين لها مسئولية وصفها الحكم بانها مسئولية التابع للمتبوع وان من شأن هذه المسئولية ان تلتزم الوزارة والطاعنان بالتضامن بتعويض ذلك الضرر فان الحكم المطعون فيه إذ رتب مسئولية الطاعنين على مجرد وجود تعاقد بين متبوعها – وزارة التربية والتعليم – وبين المضرور وولى امره يجعل الوزارة ملتزمة بتعويض الضرر الذى اصاب المضرور ولم يكن الطاعنان طرفا فى هذا التعاقد، وعلى قيام التضامن بين الطاعنين وبين الوزارة دون ان يسجل عليهما وقوع أى خطأ شخصى من جانبهما وبين ماهيته ونوعه فان هذا الحكم يكون قد بنى قضاءه بمسئولية الطاعنين على أساس فاسد.

(الطعن رقم ٥١٦ سنة ٢٩ق جلسة ١٩٦٤/١١/١٢ س١٥ ص١٠٢٢)

(١) استئناف مختلط ٢٢ إبريل سنة ١٩٤٢ م٥٤ ص١٧٢– على أن محكمة الاستئناف المختلطة قد قضت فى بعض أحكامها بأن المتبوع مسئول مع التابع مسئولية تضامنية لا مسئولية تضامنية (استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م٥١ ص٧٥).

(1) الاصل فى المسئولية التضامنية عن العمل الضار ان تقسم على المسئولين فى إحداث الضرر إلى حصص متساوية بين الجميع أو بنسبة خطأ كل منهم.

(الطعن رقم ١٥٢ سنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٨/٤/٢ س١٩ ص٧١٩)

أخذ وعدا أو عطية لأداء عمل يعتقد خطأ أو يزعم أنه من أعمال وظيفته أو للامتناع عنه. وقضت المادة ١٠٤ بان كل موظف عمومى طلب لنفسه أو لغيره أو قبل أو أخذ وعداً أو عطية للامتناع عن عمل من أعمال وظيفته أو للإخلال بواجباتها أو لمكافأته على ما وقع منه من ذلك يعاقب بالاشغال الشاقة المؤبدة وضعف الغرامة المذكورة فى المادة ١٠٣ من هذا القانون.

ونصت المادة ١٠٤ مكررا المعدلة بالقانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٦٢ على أن «كل موظف عمومى طلب لنفسه أو لغيره أو قبل أو أخذ وعدا أو عطية لأداء عمل من أعمال وظيفته أو يعتقد خطأ أو يزعم أنه من أعمال وظيفته أو للامتناع عنه أو للإخلال بواجبات الوظيفة يعاقب بعقوبة الرشوة المنصوص عليها فى المواد الثلاثة السابقة حسب الأحوال حتى ولو كان يقصد عدم القيام بذلك العمل أو عدم الامتناع عنه أو عدم الإخلال بواجبات الوظيفة. ومع ذلك قد تكون الغرامة النسبية عقوبة أصلية فقد نصت المادة ٢٠٤ مكررا ثالثاً المضافة بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢ «كل من حبس عن التداول أى عملة من العملات المعدنية المتداولة قانونا أو صهرها أو باعها أو عرضها للبيع بسعر أعلى من قيمتها الاسمية أو أجرى أى عمل فيها ينزع عنها صفة النقد المقررة، يعاقب بالحبس مع الشغل وبغرامة تساوى عشرة أمثال قيمة العمل محل الجريمة وبمصادرة العملة أو المعادن المضبوطة. فإذا تعدد المحكوم عليهم فى إحدى الجرائم المتقدمة الذكر، كانوا جميعا متضامنين فى الغرامة المحكوم بها، إلا إذا نص فى حكم الإدانة على تقسيم الغرامة فيما بينهم دون تضامن. والنص على التقسيم جوازى للقاضى، فان لم ينص عليه كان التضامن قائماً بين المحكوم عليهم بحكم القانون. إلا أنه يلاحظ فى جريمة الرشوة أنه يتعين على القاضى أن يحكم على كل من المرتشى والراشى والوسيط بغرامة تساوى قيمة الرشوة، فهنا التضامن إجبارى من جهة، ومن جهة أخرى لا تنقسم الغرامة الواحدة المحكوم عليهم بل كل منهم يدفع الغرامة كاملة ولا يرجع بشئ منها على أحد من شركائه.

١٧٢ – التزامات مدنية مصدرها الاثراء بلا سبب: وتنص الفقرة الثالثة من المادة ١٩٢ مدنى على ما يأتى: «وإذا تعدد الفضوليون فى القيام بعمل واحد، كانوا متضامنين فى المسئولية». وهذا التضامن نظير للتضامن الذى قررته المادة ١/٧٠٧ إذا تعدد الوكلاء فيما مر، والفضولى أقرب ما يكون إلى الوكيل. وعلى الفضولى التزامات أربعة: المضى فى العمل الذى بدأ به، وإخطار رب العمل بتدخله بمجرد أن يستطيع ذلك، وبذل عناية الشخص المعتاد فى القيام بالعمل، وتقديم حساب رب العمل مع رد ما استولى عليه بسبب الفضالة. وأغلب هذه الالتزامات مصدرها القانون، بناها على عمل مادى صدر من الفضولى[1]. ولكن يوجد بين

---

(١) انظر الوسيط جزء أول فقرة ٨٧٧.

هذه الالتزامات التزام – هو رد الفضولي لما استولى عليه بسبب الفضالة – يمكن القول بأن مصدره هو الإثراء بلا سبب. ففي هذا الالتزام لو تعدد الفضولي يقوم التضامن بين الفضوليين المتعددين بموجب النص المتقدم الذكر. وفي الالتزامات الأخرى التي مصدرها القانون يقوم التضامن بين الفضوليين المتعددين بموجب النص نفسه[1]، وهذه أمثلة على الالتزامات المدنية التي مصدرها القانون تضاف إلى أمثلة أخرى سنوردها فيما يلي.

وتنص المادة ٧٩٥ مدني على أنه «في الكفالة القضائية أو القانونية يكون الكفلاء دائماً متضامنين». والكفالة القانونية هي ما ينص القانون على وجوب تقديمها، ومن ذلك ما نصت عليه المادة ٢٨٩ من تقنين المرافعات من أن «النفاذ المعجل واجب بقوة القانون للأحكام الصادرة في المواد التجارية، سواء قابلة للمعارضة أم للاستئناف أم طعن فيها بهاتين الطريقتين، وذلك بشرط تقديم كفالة». والكفالة القضائية هي ما يجعل القانون للقاضي جواز أن يحكم بها، ومن ذلك ما نصت عليه المادة ٢٩٠ من قانون المرافعات من أنه «يجوز الأمر بالنفاذ المعجل بكفالة أو بغير كفالة في الأحوال الآتية: (١) الأحكام الصادرة بأداء النفقات والأجور والمرتبات. (٢) إذا كان الحكم قد صدر تنفيذا لحكم سابق حائز لقوة الأمر المقضي أو مشمول بالنفاذ المعجل بغير كفالة أو كان مبنيا على سند رسمي لم يطعن فيه بالتزوير وذلك متى كان المحكوم عليه خصما في الحكم السابق أو طرفا في السند. (٣) إذا كان المحكوم عليه قد أقر بنشأة الالتزام. (٤) إذا كان الحكم مبنيا على سند عرفي لم يجحده المحكوم عليه. (٥) إذا كان الحكم صادرا لمصلحة طالب التنفيذ في منازعة متعلقة به. (٦) إذا كان يترتب على تأخير التنفيذ ضرر جسيم بمصلحة المحكوم له. فالمادة ٧٩٥ مدني سالفة الذكر، في كل من الكفالة القانونية والكفالة القضائية، نصت على تضامن الكفيل مع المكفول (أي طالب التنفيذ) وعلى تضامن الكفلاء فيما بينهم إذا تعددوا. وظاهر أن مصدر الالتزام بتقديم الكفيل، قانونياً كان أو قضائياً، هو القانون. أما مصدر التزام الكفيل نفسه فهو عقد كفالة بينه وبين المكفول له أي الخصم المحكوم عليه لصالح الخصم طالب التنفيذ. وأما ما تضامن فيه الكفيل مع المكفول ومع الكفلاء الآخرين إذا تعددوا فهو التزام برد ما استولى عليه المكفول عن طريق الحكم المشمول بالنفاذ المعجل فيما إذا ألغي هذا الحكم، ومصدر هذا الالتزام هو الإثراء بلا سبب.

١٧٣– التزامات مدنية مصدرها القانون: نضيف إلى التزامات الفضولي التي مصدرها القانون فيما قدمناه التزام المحكوم عليهم بمصروفات الدعوى. فقد نصت المادة ١٨٤ من

---

(١) ويلاحظ أن القانون لم ينص على تضامن أرباب العمل إذا تعددوا كما نص على تضامن الموكلين عند التعدد في المادة ٧١٢ مدني. والسبب في ذلك أن الموكلين قد جمعهم عقد واحد فالتضامن بينهم مستساغ، أما أرباب العمل فلم يجمعهم رابطة إلا عمل الفضولي نفسه فقل أن توجد بينهم رابطة تسوغ قيام التضامن (الوسيط جزء أول فقرة ٨٩٧ ص١٢٦٩).

قانون المرافعات على أنه «يجب على المحكمة عند اصدار الحكم الذى تنتهى به الخصومة أمامها أن تحكم من تلقاء نفسها فى مصاريف الدعوى ويحكم بمصاريف الدعوى على الخصم المحكوم عليه فيها ويدخل فى حساب المصاريف مقابل أتعاب المحاماة، وإذا تعدد المحكوم عليهم جاز الحكم بقسمة المصاريف بينهم بالتساوى، أو بنسبة مصلحة كل منهم فى الدعوى على حسب ما تقدره المحكمة ولا يلزمون بالتضامن فى المصاريف إلا إذا كانوا متضامنين فى أصل التزامهم المقضى فيه. فهنا التزم المحكوم عليهم بمصروفات الدعوى بموجب نص فى القانون هو النص الذى ذكرناه، وقد أوجب هذا النص ذاته تضامن المحكوم عليهم بالمصروفات إذا تعددوا فى حالة واحدة هى أن يكونوا متضامنين فى أصل التزامهم المقضى به، فمتى كانوا متضامنين في هذا الالتزام كانوا أيضاً متضامنين فى مصروفات الدعوى التى قضى فيها عليهم بوفاء التزامهم[1]. وفى غير هذه الحالة تنقسم المصروفات عليهم دون تضامن، كل بنسبة مصلحته فى الدعوى حسب تقدير المحكمة أو بالتساوى فيما بينهم[2].

١٧٤- التزامات تجارية وبحرية: وهناك التزامات نص فيها التقنين التجارى وقانون التجارة البحرية على قيام التضامن بين المدينين.

ففى الشركات نصت المادة ٢٢ من التقنين التجارى القديم والتى ابقى عليها قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أن «الشركاء في شركة التضامن متضامنون لجميع تعهداتها، ولو لم يحصل وضع الإمضاء عليها إلا من أحدهم، إنما يشترط أن يكون هذا الإمضاء بعنوان الشركة». فهنا نص القانون على أن الشركاء فى شركة التضامن

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ٢٣٣ من تقنين المرافعات الاسبق (المادتان ١٥٧، ١٥٨ من قانون الاثبات) إذ نصت على أن تقدير أجر الخبير يكون نافذاً على الخصم الذى طلب تعيين أهل الخبرة، ومن بعد صدور الحكم فى الدعوى يكون نافذاً أيضاً على من حكم عليه بالمصروفات، فإنها لا تلزم المحكوم له فى الدعوى بأتعاب الخبير بالتضامن مع المحكوم عليه بالمصروفات (نقض مدنى ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٠١ ص٢٦٥). ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الخصم الذى طلب تعيين الخبير والخصم المحكوم عليه بأتعاب الخبير يكونان متضامنين (استئناف مختلط ٦ يناير سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص١٥٩).

وفى فرنسا يقوم التضامن فى المصروفات فى الجنائية طبقاً للمادة ٥٥ من التقنين الجنائى الفرنسى، أما فى المواد المدنية فلا يقوم التضامن فى المصروفات إلا إذا حكم بها جميعاً على كل من المحكوم عليهم كجزء من التعويض (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٧٣).

(٢) ويوجد مثل آخر للتضامن فى التزام قانونى، فقد نصت المادة ٥٩ من قانون رقم ١٤ سنة ١٩٣٩ (الخاص بضريبة إيرادات رؤوس الأموال المنقولة والأرباح التجارية والصناعية وكسب العمل) على أنه «يجب عند التنازل عن كل أو بعض المنشآت تبليغ مصلحة الضرائب عن هذا التنازل فى مدى ستين يوما من تاريخ حصوله، ويكون كل من المتنازل والمتنازل له مسئولا بالتضامن عما يستحق من ضرائب على المنشأة المتنازل عنها إلى تاريخ التنازل» (انظر الأستاذ عبد الحى حجازى١ ص٢٢٨).

مسئولون بالتضامن فى أموالهم الشخصية عن جميع التزامات الشركة[٢](1). ونصت المادة ٢٣ تجارى من ذات القانون على أن «شركة التوصية هى الشركة التى تعقد بين شريك واحد أو أكثر مسئولين ومتضامنين وبين شريك واحد أو أكثر يكونون أصحاب أموال فيها وخارجين عن الإدارة ويسمون موصين». ونصت المادة ٢٩ تجارى على أنه «إذا أذن أحد الشركاء الموصين بدخول اسمه فى عنوان الشركة، خلافاً لما هو منصوص عليه فى المادة ٢٦، فيكون ملزماً على وجه التضامن بجميع ديون وتعهدات الشركة». ففى شركة التوصية إذن يوجد شركاء مسئولون بالتضامن عن جميع ديون الشركة، ويدخل فى هؤلاء الشركاء الموصون إذا أذنوا بدخول أسمائهم فى عنوان الشركة. وتضيف المادة ٣٠ تجارى حالة أخرى يكون فيها الشركاء الموصون مسئولين بالتضامن عن ديون الشركة فتقول: «وكذلك إذا عمل أى واحد من الشركاء الموصين عملا متعلقاً بادارة الشركة يكون ملزماً على وجه التضامن بديون الشركة وتعهداتها التى تنتج من العمل الذى أجراه. ويجوز أن يلزم الشريك المذكور على وجه التضامن بجميع تعهدات الشركة أو بعضها على حسب عدد وجسامة أعماله، وعلى حسب ائتمان الغير له بسبب تلك الأعمال».

ونصت المادة ١٤ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ باصدار قانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة على أن «إذا لم يتم تأسيس الشركة بسبب خطأ مؤسسها فى خلال ستة أشهر من تاريخ طلب الترخيص بانشائها، جاز لكل مكتتب أن يطلب إلى قاضى الأمور المستعجلة تعيين من يقوم برد الأموال المدفوعة وتوزيعها على المكتتبين. ويكون للمكتتب أن يرجع على المؤسسين- على سبيل التضامن - بالتعويض عند الاقتضاء، كما يجوز لكل من اكتتب أن يطلب استرداد قيمة ما اكتتب به فى رأس مال الشركة تحت التأسيس إذا مضت مدة سنة على تاريخ الاكتتاب دون البدء فى اتخاذ إجراءات تأسيس الشركة». هذا ويلاحظ أن الشركة المدنية لا تضامن بين الشركاء فيها فيما

---

(١) وهناك من يذهب إلى أن دائن الشركة يرجع بجميع حقه على الشركة أو على أى من الشركاء فى ماله الخاص، فالشركة والشركاء متضامنون جميعاً فى ديون الشركة. وهناك من يذهب إلى أن الدائن لا يرجع على أى من الشركاء فى ماله الخاص قبل أن يحصل على حكم بالدين على الشركة ذاتها، وهذا الحكم يمكن تنفيذه على أموال الشركة وعلى أموال كل من الشركاء. وهناك أخيراً من يذهب إلى أن الدائن لا يستطيع الرجوع على أحد من الشركاء قبل الرجوع على الشركة ذاتها أو فى القليل قبل إعذارها، إذ الشركاء متضامنون فيما بينهم ولكنهم غير متضامنين مع الشركة بل ويعتبرون فى حكم الكفلاء لها.

(1) الشريك المتضامن يسأل فى أمواله الخاصة عن كافة ديون الشركة فيكون مدينا متضامنا مع الشركة ولو كان الدين محل المطالبة ثابتا فى ذمة الشركة وحدها، ومن ثم يكون للدائن مطالبته على حدة بكل الدين.

(جلسة ١٩٧٣/٦/٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ ص١٢٨٥)

يلزم كلا منهم من ديون الشركة ما لم يتفق على خلاف ذلك (م٥٢٤/١ مدنى).

وفى الكمبيالات تنص المادة ١/٣٩٠ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على ما يأتى: «يضمن ساحب الكمبيالة قبولها ووفاءها. وهذه المادة تقابلها المادة ١١٧ من القانون القديم التى كانت تنص على أن ساحب الكمبيالة والمحيلون المتناقلون لها يكونون مسئولين على وجه التضامن عن القبول والدفع فى ميعاد الاستحقاق. كما تقول المادة ٣٩٥ من ذات القانون أنه: يضمن المظهر قبول الكمبيالة ووفاءها ما لم يشترط غير ذلك. وهذه المادة تقابلها المادة ١١٧ سالفة البيان والمادة ١٣٧ من القانون القديم التى كانت تنص على أن ساحب الكمبيالة وقابلها ومحيلها ملزمون لحاملها بالوفاء على وجه التضامن.

وجعلت المادة ٤١٨ من ذات القانون الجديد الضامن ضماناً احتياطياً مسئولا على وجه التضامن فنصت على أن:

١- يجوز ضمان وفاء مبلغ الكمبيالة كله أو بعضه من ضامن احتياطى.

٢- ويكون هذا الضمان من أى شخص ولو كان ممن وقعوا الكمبيالة.

وهذه المادة كان يقابلها فى قانون التجارة القديم المادتان ١٣٨، ١٣٩ ونصت المادة ١/٤٤٢ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أن: ١- الأشخاص الملتزمون بموجب كمبيالة مسئولون بالتضامن قبل حاملها.

وفى الافلاس نصت المادة ٥٧٤ من ذات القانون على أن «١- إذا تعدد أمناء التفليسة وجب أن يعملوا مجتمعين ويسألون بالتضامن عن ادارتهم.

٢- ويجوز لقاضى التفليسة أن يقسم العمل بينهم أو أن يعهد إلى أحدهم بعمل معين، وفى هذه الحالة لا يكون أمين التفليسة مسئولاً إلا عن العمل الذى يكلف به.

٣- ويجوز لأمناء التفليسة أن ينيبوا بعضهم البعض فى القيام بالأعمال المعهود بها إليهم، ولا يجوز لهم إنابة الغير إلا بإذن من قاضى التفليسة، وفى هذه الحالة يكون أمين التفليسة ونائبه مسئولين بالتضامن عن الأعمال المذكورة».

وفى المسئولية التضامنية عن الديون الناشئة عن الشيوع فى استغلال السفينة نصت المادة ٢٢ من قانون التجارة البحرية الجديد رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ على أنه «إذا كان المدير من المالكين فى الشيوع، كان مسئولاً فى جميع أمواله عن الديون الناشئة عن الشيوع، وإذا تعدد المديرون كانوا مسئولين فى جميع أموالهم بالتضامن فيما بينهم، وكل اتفاق على خلاف ذلك لا يحتج به على الغير. ويسأل المالكون غير المديرين فى جميع أموالهم وبالتضامن فيما بينهم عن الديون الناشئة عن الشيوع ما لم يتفق على غير ذلك، ولا يحتج بهذا الاتفاق فيما بينهم على الغير إلا من تاريخ شهره فى صحيفة تسجيل السفينة».

وفى المسئولية قبل الغير عن الضرر البدنى الناجم عن التصادم الناشئ عن الخطأ المشترك للسفن نصت المادة ٣/٢٩٧ من ذات القانون الجديد على أنه «وتكون المسئولية قبل الغير بالتضامن إذا ترتب على الخطأ وفاة شخص أو إصابته بجروح، ويكون للسفينة التى تدفع أكثر من حصتها الرجوع بالزيادة على السفن الأخرى».

المطلب الثالث

وحدة المحل وتعدد الروابط - الالتزام التضامنى

(Obligation in solidum)

١٧٥ - وحدة المحل وتعدد الروابط: والتضامن بين المدينين، كالتضامن بين الدائنين، يجعل الالتزام متعدد الروابط ولكنه موحد المحل، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك(١).

فتعدد المدينين من شأنه أن يجعل الروابط متعددة، فالدائن يرتبط بكل مدين بموجب رابطة مستقلة عن الروابط التى تربطه بالمدينين الآخرين. ومظاهر التعدد فى روابط المدينين بالدائن فى التضامن السلبى هى نفس مظاهرها فى روابط الدائنين بالمدين فى التضامن الإيجابى، على ما مر. ويترتب على ذلك:

(١) يجوز أن تكون إحدى هذه الروابط موصوفة والأخرى بسيطة، كما يجوز أن يلحق إحدى الروابط وصف ويلحق رابطة أخرى ووصف آخر. ومن ثم يصح أن يكون أحد المدينين المتضامن مديناً تحت شرط، والآخر التزامه منجز أو مضاف إلى أجل. فلا يطالب الدائن المدين تحت شرط إلا عند تحقق الشرط، ولا المدين المؤجل دينه إلا عند حلول الأجل، ويطالب فوراً من كان دينه منجزاً. وإلى هذا تشير الفقرة الأولى من المادة ٢٨٥ مدنى إذ تقول: «يجوز للدائن مطالبة المدينين المتضامنين بالدين مجتمعين أو منفردين، ويراعى فى ذلك ما يلحق رابطة كل مدين من وصف يعدل من أثر الدين». ويجوز أيضا، على هذا النحو، أن يكون مكان الأداء لأحد المدينين غير مكان الأداء للمدينين الآخرين(٢).

---

(١) انظر آنفا فقرة ١٢٨ - وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «ويناط تفسير القواعد الخاصة بالتضامن السلبى والإيجابى على حد سواء بفكرتين استنبطهما الفقه، هما فكرة وحدة الدين وفكرة تعدد الروابط. فلكل مدين متضامن أن يوفى الدين بأسره ويكون وفاؤه هذا مبرئاً لذمة الباقين. وعلى هذا النحو لا يكون من حق الدائن أن يطالب بالوفاء بكل الدين فحسب، بل ويكون من واجبه كذلك أن يقبل أداءه، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك فى التضامن الإيجابى» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٦٦).

(٢) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٧٦ ص٤٤٥.

(٢) ويجوز أن يشوب إحدى الروابط عيب في الإرادة أو نقص فى الأهلية وتكون الروابط الأخرى غير مشوبة بشئ من ذلك، كما يجوز أن تكون إحدى الروابط باطلة والروابط الأخرى صحيحة، أو يكون بعضها باطلا وبعضها قابلا للإبطال وبعضها صحيحاً. فكل رابطة من الروابط المتعددة تستقل بعيوبها. ثم إن بعض الروابط قد يكون قابلا للفسخ، وبعض آخر لا يقبل الفسخ.

(٣) ويجوز أخيراً أن تنقضى إحدى الروابط دون أن تنقضى الروابط الأخرى. وسنرى ذلك فى أسباب انقضاء الالتزام بغير الوفاء، فتنقضى إحدى الروابط بالمقاصة مثلا مع بقاء الروابط الأخرى قائمة.

ولكن لما كان المدينون جميعاً متضامنين فى دين واحد، فانه بالرغم من تعدد روابطهم مع الدائن يكون الالتزام موحد المحل، فالروابط متعددة والمحل واحد. ووحدة المحل هذه هى التى تحتفظ للالتزام بوحدته رغماً من تعدد المدينين، وإلا لانقسم الدين على هؤلاء المدينين ولكان التزاما متعدد الأطراف (obligation conjointe) من ناحية المدين كما سبق القول. وتعدد الروابط ووحدة المحل فى التضامن السلبى هما، كما فى التضامن الإيجابى، المحور الذى تدور عليه جميع أحكام التضامن كما سنرى.

١٧٦ - الالتزام التضامنى[١] (obligation in solidum): وإذا كان الالتزام التضامنى obligation solidaire متعدد الروابط ولكنه موحد المحل، فانه أيضا موحد المصدر. فإذا كان التضامن مصدره الاتفاق، فان الالتزام التضامنى الذى يجمع ما بين المدينين المتضامنين هو التزام محله واحد وهو الدين، ومصدره واحد وهو العقد. وإذا كان التضامن مصدره نص فى القانون، كما فى التزام الوكلاء المتعددين أو الالتزام عن عمل غير مشروع، فان مصدر لالتزام التضامنى هو عقد وكالة واحد أو عمل غير مشروع صدر من أشخاص متعددين فأحدث ضرراً واحداً[٢].

ولكن قد يتعدد مصدر الالتزام مع بقاء محله واحداً. مثل ذلك ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٧٩٢ مدنى من أنه «إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية، فان كل واحد منهم يكون مسئولا عن الدين كله، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم». فهنا وجد

---

(١) سميناه فى الجزء الأول من الوسيط «المسئولية المجتمعة»، ونؤثر الآن أن نسميه «الالتزام التضامنى» (obligation in solidum) لنقابل به «الالتزام التضامنى» (obligation solidaire).

(٢) وقد رأينا فيما يتعلق بالعمل غير المشروع أنه قد يتعدد الخطأ، ولكن ما دام الضرر يجب أن يكون واحدا، والضرر هو أحد أركان المسئولية التقصيرية، فوحدة الضرر قد تتغلب على تعدد الخطأ، فيتوحد المصدر وتكون المسئولية تضامنية إذا وجد نص فى القانون يقضى بالتضامن، كما فعل التقنين المدنى المصرى (م١٦٩). وقد يتغلب تعدد الخطأ على وحدة الضرر فيتعدد المصدر وتكون المسئولية تضامنية ما دام لا يوجد نص فى القانون يقضى بالتضامن، كما هى الحال فى القانون الفرنسى.

كفلاء متعددون، وكل منهم قد التزم فى عقد مستقل بكفالة دين واحد، فالروابط التى تربط الكفلاء المتعددين بالدائن روابط متعددة إذ كل كفيل منهم تربطه بالدائن رابطة مستقلة، ومصدر التزام كل كفيل هو أيضاً متعدد إذ التزام الكفلاء بعقود متوالية، ولكن الدين الذى التزم كل بأدائه هو دين واحد: الروابط إذن متعددة، والمصدر متعدد، والمحل واحد. فلا يكون هؤلاء الكفلاء ملتزمين بطريق التضامن، لأن التضامن يقتضى أن يكون المصدر واحداً لا متعدداً كما قدمنا. ولكن لما كان كل منهم ملزماً بنفس الدين، فقد تضامت ذممهم جميعاً فى هذا الدين الواحد دون أن تتضامن، فالالتزام يكون التزاماً تضاميا (obligation in Solidum) لا التزاما تضامنياً (obligation solidaire)[1].

---

(١) بدأ الفقه فى فرنسا بالتمييز بين التضامن الكامل (solidairté parfaite) والتضامن الناقص (solidarité imparfaite)، وانقسم الفقهاء فى تحديد فيصل التفرقة بين هذين النوعين من التضامن بين رأيين: (١) رأى قال به مورلون (Mourlon)، إذ ذهب إلى أن التضامن يكون كاملا إذا وجدت بين المدينين المتضامنين مصلحة مشتركة بحيث يمكن أن يمثل كل منهم الآخرين. أما إذا كان المدينون المتضامنون لا توجد بينهم مصلحة مشتركة ولا يعرف بعضهم بعضا ولا يمكن القول بأن كلا منهم يمثل الآخرين، فالتضامن فى هذه الحالة يكون ناقصاً (مورلون ٢ فقرة ١٢٦٠). (٢) ورأى قال به أوبرى ورو، إذ ذهبا إلى أن هناك نصوصاً تقيم التضامن مباشرة بين المدينين وهذا هو التضامن الكامل، وهناك نصوص تقتصر على أن تجعل للدائن الحق فى أن يطالب مدينين متعددين بدين واحد وهذا هو التضامن الناقص (أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٩٨ مكررة ثالثا ص٣١- ص٣٥ وتعليق بارتان فى هامش رقم ٦).

ولكن ما لبث الفقه الفرنسى أن هجر هذا التمييز بين تضامن كامل وتضامن ناقص، إذ لا يوجد إلا نوع واحد من التضامن هو التضامن الكامل. أما ما يسمى بالتضامن الناقص فليس نوعاً آخر من التضامن، بل هو نظام قانونى مستقل كل الاستقلال عن نظام التضامن (solidarité)، وتمكن تسميته بنظام التضام (in solidum). ونظام التضامن يقوم على الاتفاق أو نص القانون. أما نظام التضام فيقوم على طبيعة الأشياء، حيث يجعل القانون مدينين متعددين مسئولين عن دين واحد نحو دائن واحد، فيكون هؤلاء المدينون متضامين فى هذا الدين دون أن يكون هناك تضامن بينهم. وليس الالتزام التضامى هو فى الأصل التزام تضامنى نزل درجة بعد أن استبعدت منه فكرة النيابة التبادلية، بل إن للالتزام التضامنى منطقة خاصة به وللالتزام التضامى منطقة أخرى لا تتلاقى مع المنطقة الأولى. والنظامان مستقلان أحدهما عن الآخر، وليس الثانى مشتقاً من الأول. وإذا كانت المصلحة المشتركة بين المدينين المتعددين منعدمة فى نظام التضام، فذلك راجع إلى أنه لا توجد رابطة تربط ما بين هؤلاء المدينين، وكل ما يجمع بينهم أن كلا منهم مسئول عن نفس الدين نحو نفس الدائن (انظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٩٦ - بلانيول وريبير وجابولد٧ فقرة ١٠٨٩- بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٤٧ وما بعدها - بلانيول وريبير وبولانجيه٢ فقرة ١٨٨٤ - جوسران ٢ فقرة ٧٧١). ويثور دى باج على فكرة الالتزام التضامى ثورة عنيفة (انظر دى باج ٣ فقرة ٣٣٠)، بينما يدافع عنها دريدا (Derrida) دفاعاً قوياً (انظر أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ solidarité فقرة ١٣١ - فقرة ١٥٧).

والذى يميز الالتزام التضامنى عن الالتزام التضامنى أن المدينين المتضامنين فى الالتزام الأول لا تجمعهم وحدة المصلحة المشتركة كما تجمع المدينين المتضامنين فى الالتزام الثانى. ذلك أن التضامن يقتضى كما قدمنا وحدة المصدر، ووحدة المصدر هذه هى التى تفترض وجود المصلحة المشتركة بين المدينين المتضامنين. أما فى الالتزام التضامنى فالمصدر متعدد، فلا محل إذن لافتراض وجود مصلحة مشتركة بين المدينين المتضامنين. وفى المثل المتقدم التزم كل كفيل بعقد مستقل، فلم تكن هناك مصلحة مشتركة ما بين هؤلاء الكفلاء المتعددين، وإنما يجمعهم كلهم دين واحد، فكل منهم ملتزم بأدائه.

ولهذا التمييز أهمية كبيرة فى تعيين الآثار التى تترتب على التضام فى الالتزام وتلك التى تترتب على التضامن فيه. أما الآثار التى تترتب على التضام فتقتصر على ما تقتضيه طبيعة الموقف، إذ كل من المدينين مدين بنفس الدين وبكل الدين. فيترتب على ذلك بداهة أن الدائن يستطيع أن يطالب أى مدين منهم منهم بكل الدين، وإذا هو استوفاه من أحدهم برئت ذمة الآخرين(1). كذلك يستطيع أى مدين منهم أن يوفى الدائن كل الدين، فتبرأ

---

(1) أ- مقتضى التضام نتيجة تعدد مصدر الدين مع بقاء محله واحدا، انه يجوز للدائن ان يطالب أى مدين بكل الدين ولا يجوز للمدين الذى دفع الدين ان يرجع على مدين آخر بذات الدين لانعدام الرابطة بينهما ولانه انما دفع عن نفسه.

(الطعن رقم ٢٤٧ سنة ٣٠ق جلسة ٦٧/١١/٢١ س١٨ ص١٧١٧)

(وراجع ١٩٦٦/٢/١٧ مجموعة احكام النقض السنة ١٧ ص٣٢٩)

ب- متى كان الحكم قد اعتبر الطاعنة بمقتضى الاقرار الموقع منها والذى تعهدت بسداد جميع دين البنك قبل زوجها، مدينة منضمة إلى زوجها المدين الأصلى ورتب على ذلك جواز مطالبة البنك الدائن لأى منهما بكل الدين، فإن هذا الذى قرره الحكم لا خطأ فيه إذ ليس فى القانون ما يمنع من مسئولية مدينين متعددين عن دين واحد فيكون هؤلاء المدينون متضامنين فى هذا الدين دون ان يكون هناك تضامن بينهم ويكون كل منهما مسئولا عن كل الدين ويستطيع الدائن التنفيذ به كله قبل أيهما.

(الطعن رقم ٨٩ سنة ٣٤ق جلسة ٦٨/٣/٢١ س١٩ ص٥٦٩)

جـ- معنى التضام نتيجة تعدد مصدر الدين مع بقاء محله واحد انه يجوز للدائن ان يطالب كل مدين بكل الدين ولا يجوز للمدين الذى دفع الدين أن يرجع على مدين آخر بذات الدين لانعدام الرابطة بينهما ولأنه انما دفع عن نفسه، لما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق ان مسئولية الطاعن تستند إلى مسئوليته عن فعل الغير المقررة بنص المادة ١٧٤ من القانون المدنى ومن ثم يكون مسئولا عن تابعه السائق - عن تعويض الضرر بالتضامن معه وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بالزامهما بالتعويض بالتضام مع اختلاف الأثر القانونى المترتب على كل منهما على النحو السالف ايضاحه فانه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يستوجب نقضه جزئيا فى هذا الخصوص.

(الطعن رقم ٢٠٢٠ سنة ٥٦ق جلسة ١٩٩٠/٣/٢٥)

د- الالتزام التضامنى..... ولئن اتفق مع الالتزام التضامنى فى أنه يجوز للدائن أن يطالب أى مدين =

بذلك ذمة الآخرين. أما فيما يتعلق برجوع المدينين المتضامنين بعضهم على بعض، فهذا يتوقف على ما بينهم من علاقة. فالكفلاء الذين كفلوا مديناً واحداً بعقود متوالية، إذا وفى أحدهم الدين كله للدائن برئت ذمة الكفلاء الآخرين من هذا الدين نحو الدائن، ولكن يجوز للكفيل الذى دفع الدين أن يرجع بدعوى الحلول عليهم ليطالب كلا منهم بحصته فى الدين، كما يجوز له أن يرجع بكل الدين على المدين الأصلى. أما إذا وفى المدين الدين لدائنه فانه لا يرجع على أحد من الكفلاء، لأنه إنما دفع دين نفسه.

والآثار التى تترتب على التضامن فى الالتزام، حيث يفترض وجود المصلحة المشتركة ما بين المدينين المتضامنين، أبعد مدى من ذلك. فسنرى أن أى مدين متضامن تمكن مطالبته بكل الدين، وإذا وفاه برئت ذمة الآخرين، ويكون له فى الغالب حق الرجوع عليهم كل بقدر نصيبه. ولا يقتصر الأمر على ذلك، إذ أن هناك مصلحة مشتركة ما بين المدينين المتضامنين كما قدمنا، وهذه المصلحة هى التى تبرر مبدأ أساسياً فى التضامن يقضى بأن كل مدين متضامن يمثل الآخرين فيما ينفعهم لا فيما يضرهم، ولولا وجود هذه المصلحة المشتركة لما كان هناك محل لتمثيل المدينين الآخرين لا فيما يضر ولا فيما ينفع.

ومن أجل ذلك لا يقوم هذا التمثيل فى الالتزام التضامنى حتى فيما ينفع، إذ لا توجد مصلحة مشتركة ما بين المدينين المتضامنين. فإذا أعذر أحد الكفلاء المتوالين الدائن، لم يكن الدائن معذراً بالنسبة إلى الكفلاء الآخرين. وإذا صدر حكم لمصلحة أحد هؤلاء الكفلاء لم يستفد منه الباقون. وقل مثل ذلك فى سائر الآثار التى تدعى بالآثار الثانوية (effets secondaires) للتضامن، والتى سيأتى بيانها تفصيلا فيما يلى[1].

١٧٧ – أمثلة للالتزام التضامنى فى القانون المصرى: وقد أوردنا مثالا واحداً للالتزام التضامنى، هو التزام الكفلاء المتعددين بعقود متوالية، ونعزز هذا المثال بأمثلة أخرى:

(١) إذا كان الدائن بالنفقة الواجبة قانوناً يستطيع أن يطالب بها مدينين متعددين، بأن تكون النفقة واجبة قانوناً على كل منهم، استطاع مستحق النفقة أن يرجع بها على أيهم، ويكون الجميع مدينين متضامنين، لأنهم جميعاً مسئولون عن دين واحد. فالمحل واحد، ولكن الروابط متعددة، وكذلك المصدر متعدد إذ كل من هؤلاء المدينين تربطه بالدائن رابطة من القرابة تختلف عن رابطة القرابة التى تربط الدائن بالآخرين وهذه الرابطة هى مصدر التزامه بدين النفقة.

=بكل الدين فان الالتزام الأول يختلف عن الالتزام الثانى فى أنه لا يجوز للمدين الذى دفع الدين أن يرجع على مدين آخر بذات الدين إلا إذا سمحت بذلك طبيعة العلاقة بينهما.

(الطعن رقم ٥٠٠٨ لسنة ٦٨ ق– جلسة ٢٠٠١/٥/٣)

(١) استئناف وطنى ١٩ أكتوبر سنة ١٨٩٧ القضاء ٥ ص١٣.

(٢) قد يكون اثنان مسئولين عن دين واحد بموجب مصدرين مختلفين، بأن يكون أحدهما مسئولا بموجب عقد ويكون الآخر مسئولا بمقتضى القانون. مثل ذلك ما نصت عليه المادة ٨٠ من قانون التجارة البحرية الجديد رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ أنه «يسأل مالك السفينة أو مجهزها مدنيا عن أفعال الربان والبحارة والمرشد وأى شخص آخر فى خدمة السفينة متى وقعت منهم أثناء تأدية وظائفهم أو بسببها كما يسأل عن التزامات الربان الناشئة عن العقود التى يبرمها فى حدود سلطاته القانونية. فقد قرر هذا النص مسئولية مالك السفينة عن أعمال الربان غير المشروعة وعن التزاماته التعاقدية فيما يختص بالسفينة وتسفيرها. أما مسئولية مالك السفينة عن أعمال الربان غير المشروعة فهذه مسئولية المتبوع عن التابع فى نطاق المسئولية التقصيرية، ولذلك يكون الاثنان متضامنين فى هذه المسئولية عن العمل غير المشروع وفقاً لأحكام المادة ١٦٩ مدنى، ويكون هذا مثلا للتضامن فى الالتزام لا للتضامن فيه. ولكن مسئولية مالك السفينة عما يبرمه الربان من عقود خاصة بالسفينة وتسفيرها، فهذه مسئولية تضامنية لا تضامنية، لأن التضامن فى المسئولية العقدية لا بد فيه من نص القانون، والنص هنا مقصور على جعل مالك السفينة مسئولا عن وفاء ما التزم به الربان ولم يصرح بقيام التضامن بينهما، أى أنه اقتصر على جعل كل من المالك والربان مسئولا عن نفس الدين وهذا هو التضامن.

(٣) كذلك يقوم الالتزام التضامنى فى المسئولية العقدية عن الغير. وتتحقق هذه المسئولية إذا استخدم المدين بعقد شخصاً غيره في تنفيذ التزامه العقدى، فيكون مسئولا مسئولية عقدية عن خطأ هذا الشخص فى تنفيذ العقد[١]. فالمؤجر مسئول عن تنفيذ التزاماته العقدية الناشئة عن عقد الإيجار نحو المستأجر، وقد يعهد إلى بواب بتنفيذ بعض هذه الالتزامات. فإذا قصر البواب فى تنفيذها، بأن أهمل مثلا فتسبب عن إهماله أن سرق المستأجر، أو أضاع المراسلات الموجهة إلى هذا المستأجر، كان هذا خطأ يستوجب مسئولية البواب. ولما كان المؤجر مسئولا هو أيضاً عن هذا الخطأ مسئولية عقدية، فالالتزام بتعويض المستأجر فى هذه الحالة واجب على البواب بخطأه، ثم إن نفس الالتزام واجب أيضاً على المؤجر بمقتضى مسئوليته عن البواب. فهذا التزام واحد، له مدينان. ولا يمكن القول بأنهما متضامنان، فالتضامن مع المؤجر فى مسئوليته العقدية لابد فيه من نص. ولكن مميزات الالتزام التضامنى قد توافرت هنا: محل واحد وروابط متعددة ومصادر متعددة. فدين التعويض محله واحد بالنسبة إلى كل من المؤجر والبواب. وهناك رابطتان مختلفتان، إحداهما تربط المستأجر بالمؤجر، والأخرى تربط المستأجر بالبواب. ومصدر التزام البواب خطأه التقصيرى، أما مصدر التزام المؤجر فمسئوليته العقدية عن الغير[٢].

---

(١) انظر فى المسئولية العقدية عن الغير الوسيط الجزء الأول فقرة ٤٣١– فقرة ٤٣٣.

(٢) وقد بينا عند الكلام فى المسئولية العقدية عن الغير فى الجزء الأول من الوسيط أن هذه المسئولية قد تتحقق إذا استخدم المدين أشخاصاً غيره فى تنفيذ التزامه العقدى، فيكون مسئولا مسئولية عقدية عن=

(٤) فى المثلين المتقدمين رأينا أن شخصين يلتزمان بدين واحد بموجب مصدرين مختلفين[1]. فمالك السفينة مسئول عن تنفيذ العقد الذى أبرمه الربان، وهنا التابع – أى الربان – هو الذى أبرم العقد، فيصبح المتبوع مسئولا عن تنفيذه. والمؤجر مسئول عن خطأ البواب فى تنفيذ عقد الإيجار، وهنا – على خلاف الحالة الأولى – المتبوع هو الذى أبرم العقد والتابع هو الذى ينفذه. ويمكن أن نتصور حالة ثالثة يكون فيها الشخصان مستقلين أحدهما عن الآخر، فلا تابع ولا متبوع، ويكونان مسئولين عن دين واحد بموجب مصدرين مختلفين، وليكن هذان المصدران خطأين أحدهما عقدى والآخر تقصيرى. «فاذا تعاقد عامل فنى مع صاحب مصنع – كما كتبنا فى الجزء الأول من الوسيط – أن يعمل فى مصنعه مدة معينة، وأخل بتعهده فخرج قبل انقضاء المدة ليعمل فى مصنع آخر منافس بتحريض من صاحبه، كان العامل الفنى وصاحب المصنع المنافس مسئولين معاً نحو صاحب المصنع الأول، كل منهما عن تعويض كامل. وتفسير ذلك لا يرجع إلى تعدد المسئولين عن أخطاء تقصيرية، بل يرجع إلى أن العامل الفنى مسئول عن تعويض كامل لأنه أخل بالتزامه العقدى، وصاحب المصنع المنافس مسئول أيضاً عن تعويض كامل لأنه ارتكب خطأ جعله مسئولا. فيكون كل منهما مسئولا عن تعويض ضرر واحد تعويضاً كاملا. وهذه ليست مسئولية بالتضامن (solidarité) بل هى مسئولية مجتمعة (تضامنية in solidum)[1]. وكذلك يكون الحكم إذا كان كل من الخطأ العقدى والخطأ التقصيرى غير عمد، كما إذا ارتكب

=خطأ هؤلاء الأشخاص الذى أضر بالدائن فى الالتزام العقدى. فيوجد إذن المسئول وهو المدين فى الالتزام العقدى، والمضرور وهو الدائن فى الالتزام، والغير وهم الذين استخدمهم المدين فى تنفيذ التزامه. وتقوم المسئولية العقدية عن الغير حيث يوجد عقد صحيح بين المسئول والمضرور وحيث يكون الغير مكلفاً بتنفيذ هذا العقد. فالمؤجر مسئول عن البواب قبل المستأجر: المسئول هنا هو المؤجر، والمضرور هو المستأجر، وقد قام بينهما عقد صحيح هو عقد الإيجار، والغير المكلف بتنفيذ هذا العقد من قبل المسئول هو البواب، ويتبين من ذلك أن هناك حدين لنطاق المسئولية العقدية عن الغير: الحد الأول أن يكون هناك بين المسئول والمضرور عقد صحيح، والحد الثانى أن يكون الغير معهوداً إليه فى تنفيذ هذا العقد. ويجب أن يكون الغير قد أحدث الضرر فى حال تنفيذ العقد أو بسبب تنفيذه. فيكون الغير مسئولا عن تعويض هذا الضرر مسئولية تقصيرية إذ لا عقد يربطه بالمضرور، أما المرتبط بالعقد فمسئول نحو المضرور مسئولية عقدية عن الغير، ويكون الاثنان مسئولين عن دين واحد هو التعويض دون أن يكونا متضامنين فى هذا الدين (انظر الوسيط الجزء الأول فقرة ٤٣١ وفقرة ٤٣٣).

(1) التزام كل منهم بتعويض الضرر سواء كان خطأ ثابتا أو خطأ مفترضا. تعدد مصدر الالتزام بالتعويض بأن كان أحد الخطأين عقديا والآخر تقصيريا. مؤداه تضامم ذمتهما فى هذا الدين دون أن تتضامن.
(الطعن رقم ٢٠٢٠ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٩٠/٣/٢٥)

(١) أما فى فرنسا فيقوم بين العامل وصاحب المصنع المنافس تضامن (solidarité) لا تضامم فحسب، وذلك بموجب المادة الثالثة من قانون ٥ فبراير سنة ١٩٣٢، بل كان القضاء الفرنسى يقضى بالتضامن حتى قبل صدور هذا القانون (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٨ ص٤٢٦ وفقرة ١٠٧٢).

أمين النقل وهو ينقل بضاعة خطأ بأن سار بسرعة كبيرة، فاصطدم بسيارة أخرى ارتكب سائقها هو أيضاً خطأ بأن كان يسير من جهة الشمال، فخطأ أمين النقل هنا خطأ عقدى غير عمد وخطأ الغير (سائق السيارة الأخرى) خطأ تقصيرى غير عمد، ومع ذلك يكون أمين النقل والغير مسئولين معاً مسئولية مجتمعة (تضامنية). ويلاحظ فى المثلين المتقدمين أن مرتكب الخطأ العقدى لا يكون مسئولا إلا عن الضرر المتوقع، أما مرتكب الخطأ التقصيرى فيكون مسئولا أيضاً عن الضرر غير المتوقع ما دام ضرراً مباشراً. فالمسئولية المجتمعة (التضامنية) - إنما تقوم بينهما فيما يشتركان فى التعويض عنه وهو الضرر المتوقع، وينفرد مرتكب الخطأ التقصيرى بالمسئولية عن الضرر غير المتوقع. والفرق بين المسئولية بالتضامن (solidarité) والمسئولية المجتمعة (التضامنية in solidum) أن التضامن يختص بأحكام لا تشاركه فيها المسئولية المجتمعة (التضامنية)، فالمسئولون بالتضامن يمثل بعضهم بعضا فيما ينفع لا فيما يضر. فإذا تصالح الدائن مع أحد المسئولين بالتضامن، وتضمن الصلح الإبراء من الدين أو براءة الذمة منه بأية وسيلة أخرى استفاد منه الباقون، أما إذا كان من شأن هذا الصلح أن يرتب فى ذمتهم التزاماً أو يزيد فيما هم ملتزمون به فانه لا ينفذ فى حقهم إلا إذا قبلوه (م٢٩٤ مدنى). وإذا أقر أحد المسئولين المتضامنين بالدين فلا يسرى هذا الإقرار فى حق الباقين، وإذا نكل أحد المسئولين المتضامنين عن اليمين أو وجه إلى الدائن يمينا حلفها فلا يضار بذلك باقى المسئولين، وإذا اقتصر الدائن على توجيه اليمين إلى أحد المدينين المتضامنين فحلف فان المسئولين الآخرين يستفيدون من ذلك (م٢٩٥ مدنى). وإذا صدر حكم على أحد المسئولين المتضامنين فلا يحتج بهذا الحكم على الباقين، أما إذا صدر الحكم لصالح أحدهم فيستفيد منه الباقون إلا إذا كان الحكم مبنياً على سبب خاص بالمسئول الذى صدر الحكم لصالحه (م٢٩٦ مدنى). وإذا أعذر الدائن أحد المسئولين المتضامنين أو قاضاه فلا يكون لذلك أثر بالنسبة إلى باقى المسئولين، أما إذا أعذر أحد المسئولين المتضامنين الدائن فان باقى المسئولين يستفيدون من هذا الإعذار (م٢٩٣ فقرة ٢ مدنى) ..... هذه الأحكام هى خاصة بالمسئولية التضامنية دون المسئولية المجتمعة (التضامنية)، ومن ثم تقوم هذه الفروق بين المسئوليتين»[1].

(٥) وفى الدعاوى المباشرة (actions directes) نجد أيضاً الدائن له مدينان، يرجع

---

(١) الوسيط الجزء الأول فقرة ٦٢٠ ص٩٢٨ - ص٩٢٩ - وإذا أخل المتعاقدان فى عقد واحد بمسئوليتهما العقدية، فهما شريكان فى هذه المسئولية، ولكنها ليست مسئولية تقصيرية حتى يقوم التضامن بينهما. ولما كان مصدر المسئولية هو العقد، فلابد من شرط التضامن، وإلا انقسم الالتزام بينهما. ويذهب بلانيول وريبير وجابولد إلى اعتبار المسئولية هنا، فى القليل، مسئولية تضامنية، إن لم يمكن اعتبارها مسئولية تضامنية (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٧١). ولكن الالتزام التضامنى يشترط فيه - على ما نرى - أن يكون المصدر متعدداً، وهنا المصدر عقد واحد.

على كل منهما بنفس الدين، دون أن يكون المدينان متضامنين، فيكون الالتزام بهذا الدين الواحد التزاما تضاميا لا تضامنيا[1]. مثل ذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٥٩٦ مدنى من أن «يكون المستأجر من الباطن ملزما بأن يؤدى للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتا فى ذمته للمستأجر الأصلى وقت أن ينذره المؤجر». فهنا المؤجر يستطيع أن يرجع بالأجرة على كل من المستأجر الأصلى بموجب عقد الإيجار الأصلى والمستأجر من الباطن بموجب عقد الإيجار من الباطن وهو يعطى للمؤجر دعوى مباشرة بالأجرة. فتتوافر بذلك عناصر الالتزام التضامنى: دين واحد هو الأجرة، وروابط متعددة هى الرابطة التى تربط المؤجر بالمستأجر الأصلى وتلك التى تربط المؤجر بالمستأجر من الباطن، ومصادر متعددة هى عقد الإيجار الأصلى وعقد الإيجار من الباطن. وقل مثل ذلك فى جميع الأحوال التى يعطى النص فيها للدائن دعوى مباشرة قبل مدين المدين، كما فى دعوى الموكل قبل نائب الوكيل، ودعوى نائب الوكيل قبل الموكل، وفى دعوى رب العمل قبل نائب الفضولى، وغير ذلك من الدعاوى المباشرة، وقد سبق الكلام فى ذلك تفصيلا فى الجزء الثانى من الوسيط[2].

المبحث الثانى

الآثار التى تترتب على تضامن المدينين

١٧٨ – العلاقة بين الدائن والمدينين وعلاقة المدينين بعضهم ببعض: هنا أيضا نبحث، كما بحثنا فى تضامن الدائنين، أمرين: (١) العلاقة بين الدائن والمدينين (٢) وعلاقة المدينين بعضهم ببعض.

---

(١) انظر دريدا (Derrida) فى أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ solidarité فقرة ١٤٦ – فانسان Vincent فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٣٩ ص٣٦ – ص٣٨ وص٦٤ – وقارن كولان وكابيتان ٢ ص٤٦٧ هامش رقم١.

(٢) الوسيط الجزء الثانى فقرة ٥٥٥ فقرة ٥٦٦.

هذا ويمكن إيراد أمثلة أخرى للمسئولية التضامنية. فمسئولية المنيب والمناب فى الإنابة القاصرة هى مسئولية تضامنية (بلانيول وريبير وردوان ٧ ص٦٨٢ هامش رقم١ – كولان وكابيتان٢ فقرة ٥٥٤ – فانسان Vincent فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٣٩ ص٣٩). وفى كل حالة يكون فيها شخصان مسئولين عن دين واحد لسببين مختلفين، تكون مسئوليتهما عن هذا الدين مسئولية تضامنية. مثل ذلك أن يبيع المقترض عينا، ويشترط على المشترى أن يدفع الثمن للمقرض وفاء للقرض. فهنا يوجد شخصان مسئولان عن وفاء القرض: المقترض وسبب مسئوليته عقد القرض، والمشترى وسبب مسئوليته عقد البيع بما يشتمل عليه من اشتراط لمصلحة الغير (استئناف مختلط ٢٩ يونيه سنة ١٩١٦ م٢٨ ص٤٥٣)، فلا يقوم تضامن بين المقترض والمشترى، ولكن يكون هناك تضامن بينهما (انظر الموجز للمؤلف ص٥١٥ هامش رقم١).

المطلب الأول
العلاقة بين الدائن والمدينين

١٧٩ – المبادئ الأساسية: المبادئ الأساسية التى تقوم عليها العلاقة ما بين الدائن والمدينين فى التضامن السلبى هى نفس المبادئ التى تقوم عليها العلاقة ما بين المدين والدائنين فى التضامن الإيجابى:

(أولا) فللدائن مطالبة أى مدين متضامن بكل الدين. ولأى مدين متضامن الوفاء بكل الدين للدائن. ووفاء أحد المدينين بكل الدين يبرئ ذمة المدينين الاخرين نحو الدائن (م٢٨٤ – ٢٨٥ مدنى). ويرجع هذا المبدأ إلى فكرة وحدة المحل، فالدائن يستطيع أن يطالب بالكل، كما يستطيع أى مدين أن يفى بالكل، لأن الكل فى هذه الحالة شئ واحد.

(ثانيا) أما أسباب الانقضاء الأخرى غير الوفاء، من تجديد ومقاصة واتحاذ ذمة وإبراء وتقادم، فانها إذا تحققت بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين اقتصر أثرها عليه دون أن تتعدى إلى سائر المدينين، ولا يحتج أى من هؤلاء بها إلا بقدر حصة المدين الذى قام به سبب الانقضاء (م٢٨٦– ١/٢٩٢ مدنى). ويرجع هذا المبدأ إلى فكرة تعدد الروابط، فكل مدين تربطه بالدائن رابطة تتميز عن روابط المدينين الآخرين، فإذا انقضت هذه الرابطة بسبب غير الوفاء لم يترتب على ذلك انقضاء الروابط الأخرى.

(ثالثا) ولا يجوز لأى مدين متضامن أن يأتى عملا من شأنه أن يضر بباقى المدينين، ولكن إذا أتى عملا من شأنه أن ينفعهم أفادوا منه (م٢/٢٩٢– ٢٩٦ مدنى). ويرجع هذا المبدأ إلى فكرة النيابة التبادلية، فكل مدين يمثل الآخرين فيما ينفع لا فيما يضر. وهذا ما جرت العادة بتسميته الآثار الثانوية (effets secondaires)) للتضامن[١].

فنتكلم إذن هنا، كما تكلمنا فى التضامن الإيجابى، فى مسائل ثلاث: (١) انقضاء الدين بالوفاء (٢) انقضاء الدين بأسباب أخرى غير الوفاء (٣) الآثار الثانوية للتضامن بين المدينين.

---

(١) وقد كان التقنين المدنى السابق يقيم التضامن السلبى على فكرتى الكفالة والوكالة (م١٠٨/١٦٢). انظر فى هذا المعنى استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩٠٩ م٢١ ص١٨٣.
ويفسر بيدان ولاجارد جميع المبادئ الثلاثة بفكرة النيابة التبادلية (بيدال ولاجارد ٨ فقرة ٨١٧ وما بعدها)، ولكن هذه الفكرة وجدها لا تكفى، فهى تضيق مثلا عن تفسير القاعدة التى تقضى بأنه لا يجوز للمدين أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين، وكان من حقه أن يحتج بها بمقتضى النيابة التبادلية (دريدا Derrida أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ solidarité فقرة ٦١).

١ – انقضاء الدين بالوفاء

١٨٠–**النصوص القانونية**: تنص المادة ٢٨٤ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«إذا كان التضامن بين المدينين، فان وفاء أحدهم بالدين مبرئ لذمة الباقين».

وتنص المادة ٢٨٥ على ما يأتى:

«١– يجوز للدائن مطالبة المدينين المتضامنين بالدين مجتمعين أو منفردين، ويراعى فى ذلك ما يلحق رابطة كل مدين من وصف يعدل من أثر الدين».

«٢– ولا يجوز للمدين الذى يطالب الدائن بالوفاء أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين، ولكن يجوز له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به وبالأوجه المشتركة بين المدينين جميعاً»(١).

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المواد ١٠٨/١٦٢–١٦٤ و١٠٩/١٦٥ و١١٢/١٦٨(٢).

---

(١) **تاريخ النصوص**:

م٢٨٤: ورد هذا النص فى المادة ٤٠٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «١– إذا كان التضامن بين المدينين، كان كل منهم ملزماً بالدين جميعه، وكان وفاء أحدهم بالدين مبرئاً لذمة الباقين. ٢– ومع ذلك لا يحول التضامن دون انقسام الدين بين ورثة أحد المدينين المتضامنين، إلا إذا كان الدين غير قابل للانقسام». وفى لجنة المراجعة حذف الحكم الخاص بالتزام أى من المدينين المتضامنين بكل الدين لأنه ورد فى المادة التالية، وكذلك حذفت الفقرة الثانية لأنها لا تتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية فى الميراث، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، وأصبح رقمه ٢٩٦ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٨٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٦٣– ث ٦٤).

م٢٨٥: ورد هذا النص فى المادة ٤٠٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافق عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢٩٧ من المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢٨٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٦٥– ص٦٧).

(٢) **التقنين المدنى السابق** م١٠٨/١٦٢ – ١٦٤: لا يلزم كل واحد من المتعهدين بوفاء جميع المتعهد به إلا إذا اشترط تضامنهم لبعضهم فى العقد أو أوجبه القانون. وفى هذه الحالة يعتبر المتعهدون كفلاء لبعضهم بعضا ووكلاء عن بعضهم بعضا فى وفاء المتعهد به، وتتبع القواعد المتعلقة بأحكام الكفالة والتوكيل.

م١٠٩/١٦٥: يجوز للدائن أن يجمع مدينيه المتضامنين فى مطالبتهم بدينه أو يطالبهم به منفردين، ما لم يكن دين بعض المدينين المذكورين مؤجلا لأجل معلوم أو معلقاً على شرط.

م١١٢/٢٦٨: لكل من المدينين المذكورين الحق فى التمسك بأوجه الدفع الخاصة بشخصه وبالأوجه العامة لجميعهم. =

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادتين ٢٨٤– ٢٨٥، وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٢٧١ – ٢٧٢، وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٣٢١– ٣٢٢، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٢٣ و٢٥ – ٢٩[1].

=(وأحكام التقنينين القديم والجديد واحدة فى هذه المسائل بالرغم من اختلاف الأسلوب. وقد قدمنا أن التقنين المدنى السابق صرح بالأساس الذى تبنى عليه أحكام التضامن السلبى، فذكر أن المدينين يعتبرون كفلاء بعضهم لبعض ووكلاء بعضهم عن بعض فى وفاء الدين وأن تتبع أحكام الكفالة والوكالة. والأولى عدم ذكر هذه الأسس الفقهية فى التشريع، لا سيما أنه ليس صحيحاً أن جميع أحكام الكفالة والوكالة تنطبق فى التضامن السلبى).

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى: التقنين المدنى السورى** م٢٨٤– ٢٨٥ (مطابقتان للمادتين ٢٨٤– ٢٨٥ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى الليبى م٢٧١– ٢٧٢ (مطابقتان للمادتين ٢٨٤– ٢٨٥ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى العراقى م٣٢١: ١– إذا كان المدينون متضامنين، فللدائن أن يطالب بالدين كله من شاء منهم، وأن يطالبهم به مجتمعين، ومطالبته لأحدهم لا تمنعه من مطالبة الآخرين. ٢– ولا يجوز للمدين الذى يطالبه الدائن بالوفاء أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بمدين آخر إلا بقدر نصيب هذا المدين إذا كان قد انقضى بوجه من الوجوه، ولكن يجوز له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به هو وبأوجه الدفع المشتركة بين المدينين جميعاً.

م٣٢٢: إذا قضى أحد المدينين المتضامنين الدين بتمامه عيناً أو بمقابل أو بطريق الحوالة، برئت ذمته وبرأ منه المدينون الآخرون.

(وهذه النصوص تتفق فى أحكامها مع أحكام التقنين المدنى المصرى وإن اختلفت فى العبارة والأسلوب: انظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٢٠٤ وما بعدها).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٢٣: يكون الموجب متضامنا بين المديونين حين يكون عدة مديونين ملزمين بدين واحد وكل منهم يجب اعتباره فى علاقاته بالدائن كمديون بمجموع هذا الدين، فيقال إذ ذاك «تضامن المديونين». على أن التضامن لا يحول دون قسمة الدين بين ورثة المديون المتضامن.

م٢٥: إذا وجد موجب التضامن بين المديونين، فإن جميع هؤلاء ملزمون بالشئ ذاته ولكن بمقتضى روابط متميزة ومستقلة بعضها عن بعض، ولا سيما فيما يختص: ١– بصحة هذه الروابط. ٢– باستحقاقها. ٣– بسقوطها.

م٢٦: يحق لكل من المدينين المتضامنين أن يدلى بأسباب الدفاع المختصة به والمشتركة بين جميع المديونين.

م٢٧: إن أسباب الدفاع المختصة بكل من المديونين هى التى يمكن أن يدلى بها واحد أو عدة منهم، وأخصها: ١– الأسباب الممكنة من الإبطال (الإكراه والخداع والغلط وعدم الأهلية) سواء أكانت مختصة بأحد المديونين أم ببعضهم ٢– الشكل (الأجل أو الشرط) الذى لا يشمل ما التزمه الجميع. ٣– أسباب سقوط الموجب التى لم تحدث للجميع. =

١٨١ - لأى مدين متضامن أن يوفى الدائن كل الدين: وهذا ما تنص عليه المادة ٢٨٤ مدنى، كما رأينا، إذ تقول: إذا كان التضامن بين المدينين، فان وفاء أحدهم بالدين مبرئ لذمة الباقين». فأى مدين إذن يستطيع أن يفى الدين كله للدائن، ولا يستطيع الدائن أن يرفض الاستيفاء، كما لا يستطيع أن يفرض على المدين ألا يوفيه إلا حصته فى الدين إذا أصر المدين على الوفاء بالدين كله[1]. وهذا ما لم يتفقا على أن يدفع المدين للدائن حصته فى الدين فقط، فعند ذلك يكون للدائن أن يرجع على أى مدين آخر بالدين من استنزال حصة المدين المدفوعة[2]. وكما لا يجبر المدين على أن يوفى حصته فقط، كذلك لا يستطيع هو أن يجبر الدائن على استيفاء هذه الحصة إذا أصر الدائن على أن يستوفى الدين كله.

= م٢٨: أسباب الدفاع المشتركة هى التى يمكن أن يدلى بها جميع المدينين بالموجب المتضامن وهى على الخصوص: ١ - أسباب البطلان (كموضوع غير مباح وكفقدان الصيغ المطلوبة شرعا الخ» التى تشمل ما التزمه الجميع. ٢ - الشكل أو الأجل أو الشرط الشامل لما التزم به الجميع. ٣ - أسباب الإسقاط التى أفضت إلى سقوط الدين عن الجميع.

م٢٩: إن الإيفاء أو أداء العوض أو إيداع الشئ المستحق أو المقاصة التى جرت بين أحد المدينين والدائن كلها تبرئ ذمة سائر الموجب عليهم.

(وهذه نصوص تتفق فى أحكامها بوجه عام مع أحكام التقنين المدنى المصرى فيما عدا حكم المقاصة، فلا يحتج بالمقاصة فى التقنين المصرى إلا بمقدار نصيب من وقعت المقاصة معه. والتقنين اللبنانى يزخر، كما نرى، بالأساليب والتفصيلات الفقهية).

(١) لاروميير ٣ م١٠٢٤ فقرة ٤ - ديمولومب ٢٦ فقرة ٣١٨ - بودرى وبارد٢ فقرة ١٢٠٩.

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢١١. ويلاحظ أن المادة ٢٩٠ مدنى تقضى بأنه إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين من التضامن، بقى حقه فى الرجوع على الباقين بكل الدين، ما لم يتفق على غير ذلك. والفرق بين صورة الإبراء هذه وصورة استيفاء الدائن لحصة أحد المدينين أن المفروض فى الصورة الثانية أن الدائن قد استوفى فعلا هذه الحصة، فلم يعد له إلا باقى الدين يرجع به على أى مدين متضامن آخر. أما في الإبراء فالمفروض أن الدائن قد اقتصر على الإبراء من التضامن دون أن يستوفى حصة المدين المبرأ، ومن ثم إذا طالب مديناً آخر كان له أن يطالبه بكل الدين لأنه لم يستوف من هذا الدين شيئاً، وهذا ما لم يكن قد اتفق مع المدين المبرأ على استنزال حصته من الدين عند الرجوع على أحد من المدينين الآخرين كما يقول النص. وهناك فرق آخر من ناحية الصناعة القانونية: فاستيفاء الحصة لابد فيه من إرادتين متوافقتين، أما الإبراء فتكفى فيه إرادة الدائن وإن كان يرتد برد المدين (م٣٧١ مدنى).

وكل مبلغ يدفعه أحد المدينين المتضامنين للدائن، سواء كان هذا المبلغ مساوياً لحصة هذا المدين أو أقل أو أكثر، يستطيع المدينون الآخرون التمسك به لاستنزاله من الدين عند رجوع الدائن عليهم (استئناف مختلط ١٩ مارس سنة ١٩٣١ م٤٣ ص٣٠٢)، وهذا ما لم يكن المدين قد اتفق مع الدائن على أنه إنما يدفع له حصته فى الدين أو جزءاً منها كما سبق القول (انظر تفصيل ذلك فيما يلى فقرة ٢٠٤ فى الهامش).

وإذا وفى المدين الدين كله للدائن، برئت ذمة سائر المدينين المتضامنين. ويكون للمدين الذى وفى الدين الرجوع عليهم كل بقدر حصته، على الوجه الذى سنبينه فيما يلى. وإذا رفض الدائن أن يستوفى الدين كله من أى مدين متضامن، كان لهذا المدين أن يعرض الدين عرضاً حقيقياً وفقاً للإجراءات المقررة، ومتى تم هذا العرض برئت ذمة كل المدينين المتضامنين.

١٨٢ – وللدائن أن يستوفى الدين كله من أى مدين متضامن: وهذا ما يقرره صدر الفقرة الأولى من المادة ٢٨٥ مدنى، كما رأينا، إذ يقول «يجوز للدائن مطالبة المدينين المتضامنين بالدين مجتمعين أو منفردين»[1]. فللدائن أن يختار أى مدين متضامن – أكثرهم ملاءة أو أيسرهم وفاء أو من يشاء منهم فكلهم متضامنون فى الدين – ويطالبه بالدين جميعه لا بحصته منه فحسب[1]. وهذا يرجع كما قدمنا إلى وحدة المحل فى الالتزام التضامنى، وهذا هو أيضاً أهم أثر للتضامن السلبى، فان هذا النوع من التضامن

---

(١) مصر الوطنية ١٩ ديسمبر سنة ١٨٩٢ الحقوق ٧ ص٣٩٣– استئناف مختلط ١٦ يونيه سنة ١٨٩٧ م٩ ص٣٩٤– ٢٣ يناير سنة ١٩٠٧ م١٩ ص٩٨– ١٧ يونيه سنة ١٩١٤ م٢٦ ص٤٤٢– ١٧ يناير سنة ١٩١٧ م٢٩ ص١٥٦.

(1) أ– إذا أقام الدائن دعواه بطلب الدين على المدينين المتضامنين مجتمعين وصدر فيها الحكم لصالحه، فان الاستئناف المرفوع من المحكوم عليهم بالتضامن لا يتعدد بتعددهم، والحكم الصادر برفض هذه الاستئنافات وتأييد الحكم الابتدائى، انما هو بمثابة حكم جديد بذات حق الدائن الذى لا يتعدد بتعدد المسئولين عن الالتزام التضامنى، بل يقوم على وحدة المحل كما يقوم المدينون المتضامنون بعضهم مقام البعض فى الاحتجاج على الدائن بأوجه الدفع المشتركة بينهم جميعا، وينصب استئناف كل منهم على نفس طلبات الآخرين وهو ما يجعلها فى حكم الاستئناف الواحد.

(الطعن رقم ٤٨٣ سنة ٣٦ق جلسة ١٩٧١/٤/٢٢ س٢٢ ص٥٤٩)

ب– من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه إذا رفعت الدعوى بطلب الحكم على المدعى عليهم بالتضامن كان كل منهم مستقلا عن الآخر فى الخصومة كما أنه من المقرر فى قضائها فى ظل قانون المرافعات السابق انه لا يجب اختصام جميع المحكوم عليهم بالتضامن فى الطعن المرفوع من احدهم.

(الطعن رقم ١١٩ سنة ٣٧ق جلسة ١٩٧١/١٢/٢٨ س٢٢ ص١١٣٣)

جـ– لا ينال التضامن – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – من استقلال كل من المتضامنين عن الآخر فى الخصومة وفى الطعن الحكم الصادر فيها.

التضامن فى القانون معناه أن يكون كل من المطالبين به ملزماً للطالب – واحداً أو أكثر – بكل المبلغ المطالب به.

(الطعن رقم ٣٦٣٥ لسنة ٥٩ق – جلسة ١٩٩٤/٣/٣٠)

مقرر فى الأصل لمصلحة الدائن، بل هو يفوق فى الضمان الكفالة ولو كان الكفيل متضامنا كما سبق القول[1].

ويبقى للدائن حقه فى الرجوع بكل الدين على أى مدين يختاره حتى لو كان له تأمين عينى كرهن أو حق امتياز، فله بالرغم من وجود هذا التأمين أن يرجع على المدين الذى اختاره قبل أن يرجع على العين المرهونة أو المثقلة بحق الامتياز، وهذا حتى لو كانت هذه العين مملوكة لغير هذا المدين[2]. ذلك أن القانون لم يحتم على الدائن أن يرجع أولا على العين المحملة بالضمان العينى[3]، فقد يجد الدائن أن الدعوى الشخصية التى يطالب بها المدين المتضامن بالدين كله أيسر حملا وأقل كلفة وأبسط فى الإجراءات من الدعوى العينية التى يرجع بها بمقتضى التأمين العينى[4].

وليس للمدين إذا طالبه الدائن بالدين كله، أن يقتصر على دفع حصته فى الدين[5]، فانه بالنسبة إلى الدائن قد انشغلت ذمته بكل الدين ولا يستطيع أن يجزئ الوفاء. وقد رأينا نظيرا لهذا الحكم فى حالة ما إذا كان المدين هو الذى يتقدم من تلقاء نفسه، ومن غير مطالبة من الدائن، بدفع حصته فى الدين، فان الدائن لا يجبر على قبول الوفاء الجزئى[6].

١٨٣ – مراعاة ما يلحق رابطة كل مدين من وصف: ولما كان الالتزام التضامنى، إلى جانب أنه موحد المحل، متعدد الروابط، فان هذه الروابط المتعددة قد يكون بعضها موصوفا والبعض غير موصوف، وقد يكون الوصف الذى يلحق رابطة منها غير الوصف الذى يلحق الرابطة الأخرى، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك. فيجوز أن يكون أحد المدينين المتضامنين مدينا

---

(١) انظر آنفا فقرة ١٦٤.

(٢) ولا يخل هذا الحكم بجواز الاتفاق على أن يرجع الدائن على المدينين المتضامنين بترتيب معين، أو على أن يرجع الدائن أولا بالتأمين العينى (لاروميبيير٣ م٣-١٢ فقرة ٣– هيك ٧ فقرة ٣١٦– ديمولومب ٢٦ فقرة ٣١٥– بودرى وبارد٢ فقرة ٧-١٢).

(٣) وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً يحتم ذلك، ولكنه حذف.

(٤) بودرى وبارد٢ فقرة ٨-١٢ ، بل لا يجوز للمدين الذى يطالبه الدائن بكل الدين أن تؤخر الوفاء، بدعوى أن هناك نزاعاً لا يزال منظوراً أمام القضاء بينه وبين المدنيين الآخرين بشأن حصة كل منهم فى الدين، وأنه يخشى لو دفع الدين كله أن يتحمل إعسار أحد من هؤلاء المدينين (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٠٨).

(٥) وحق اقتصار المدين على دفع حصته فى الدين إنما أعطى للكفيل إذا تعدد الكفلاء دون تضامن بينهم، ويسمى بحق التقسيم (bénéfice de division). ولكن هذا الحق، إذا جاز للكفيل غير المتضامن، لا يجوز للكفيل المتضامن، ومن باب أولى لا يجوز للمدين المتضامن.

(٦) انظر الفقرة السابقة– ولكن إذا كان المدينان المتضامنان لا يملك كل منهما أكثر من خمسة أفدنة، وإن كان مجموع ما يملكان أكثر من خمسة أفدنة، لم يجز للدائن أن ينفذ على أى منهما بدعوى أنهما يملكان معاً نصاب الحجز (استئناف مختلط ٢٨ يناير سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص١٥٣).

تحت شرط واقف، ويكون مدين آخر دينه مضافا إلى أجل، ويكون مدين تالث دينه منجز. ففى هذه الحالة لا يستطيع الدائن أن يرجع على المدين الأول إلا إذا تحقق الشرط، ولا على المدين الثانى إلا عند حلول الأجل، ويجوز له الرجوع فورا على المدين الثالث. وإلى هذا تشير المادة ٢٨٤ مدنى إذ تقول: «ويراعى فى ذلك ما يلحق رابطة كل مدين من وصف يعدل من أثر الدين». وقد تقدم مثل ذلك فى التضامن الإيجابى.

وقد يطرأ الوصف على الرابطة بعد تمام التعاقد، فيمنح الدائن أحد المدينين المتضامنين بعد قيام الدين أجلا للوفاء، فلا يجوز للمدينين الآخرين أن يتمسكوا بهذا الأجل، كما لا يتمسك المدين فى التضامن الإيجابى بالأجل الذى يمنحه له أحد الدائنين المتضامنين فى حق الدائنين الآخرين[1]. وإذا كان الدائن، عندما يبرئ أحد المدينين المتضامنين من التضامن، يستبقى حقه فى الرجوع على الباقين بكل الدين (م-٢٩ مدنى)، فأولى أن يستبقى حقه فى الرجوع فورا على الباقين إذا هو أجل الدين لأحدهم.

١٨٤- ادخال المدينين المتضامنين الآخرين فى الدعوى ودخولهم فيها: وإذا طالب الدائن أحد المدينين المتضامنين بكل الدين على الوجه الذى أسلفناه، كان لهذا المدين أن يدخل فى الدعوى باقى المدينين المتضامنين أو بعضهم، حتى إذا حكم عليه بكل الدين حكم له على كل من الآخرين بقدر حصته[2](1). ولا يجوز للدائن أن يعارض فى ذلك، فقد نصت المادة ١١٧ من تقنين المرافعات على أن «للخصم أن يدخل فى الدعوى من كان يصح اختصامه فيها عند رفعها، ويكون ذلك بالاجراءات المعتادة لرفع الدعوى قبل يوم الجلسة مع مراعاة حكم المادة ٦٦»[3]. ويتعين على المحكمة إجابة المدين إلى طلبه وتأجيل

---

(١) انظر آنفاً فقرة ١٣٥ وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٥٨ - وانظر أيضا المادة ١٩ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى.

(٢) استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩١٠ م١٣ ص٢٠٨ - ٣ مايو سنة ١٩١٦ م٢٨ ص٢٩٥.

(٣) ديرانتون ١١ فقرة ٢١٥ - لارومبيير ٣ م٣-١٢ فقرة ٤ - ديمولومب ٢٦ فقرة ٣١٦ - هيك ٧ فقرة ٣١٦ - بودرى وبارد ٢ فقرة ٤-١٢ - بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨١٨ - الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٩٧ ص٢٧٩ - وانظر عكس هذا الرأى فلا يجوز للمدين طلب التأجيل لإدخال باقى المدينين فى الدعوى لوران ١٧ فقرة ٢٩٧ - دى باج٣ فقرة ٣٤٣ - الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦-٧.

ولكن لا يجوز أن يطالب المدين الدائن بإدخال بقية المدينين فى الدعوى، لأنه مسئول نحو الدائن عن كل الدين، فإذا أراد أن يدخل باقى المدينين فى الدعوى، فعليه هو لا على الدائن أن يدخلهم (بيدان لاجارد ٨ فقرة ٨١٨ ص٦-٦).

(1) يجوز للدائن مطالبة أحد المدينين المتضامنين بكل الدين ولا يكون لهذا الأخير طلب ادخال المدينين المتضامنين معه لاقتسام الدين إنما يجوز اختصامهم للرجوع عليهم بما يؤديه من الدين كل بقدر نصيبه.

(الطعن رقم ٨- - ٥ لسنة ٦٨ق جلسة ٣/٥/- - ٢-)

الدعوى لإدخال باقي المدينين، إذا كان المدين قد كلفهم بالحضور خلال ثمانية أيام من تاريخ رفع الدعوى عليه من الدائن، أو إذا كانت الثمانية الأيام المذكورة لم تنقض قبل الجلسة المحددة لنظر الدعوى، وفيما عدا ذلك يكون التأجيل لإدخال باقي المدينين المتضامنين جوازياً للمحكمة (م ١١٩ مرافعات). ويقضى فى الدعوى الأصلية المرفوعة من الدائن على المدين وفى طلب هذا المدين للرجوع على باقي المدينين بحكم واحد كلما أمكن ذلك، وإلا فصلت المحكمة فى الرجوع على باقي المدينين بعد الحكم فى الدعوى الأصلية إذا اقتضى الفصل فى الرجوع إجراءات طويلة للتثبت من حصة كل مدين فى الدين» (م١٢٠ مرافعات).

بل إن للمحكمة من تلقاء نفسها، دون طلب من المدين، أن تأمر بادخال باقي المدينين المتضامنين فى الدعوى، فقد نصت المادة ١١٨ من تقنين المرافعات على أن «للمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تأمر بادخال لمصلحة العدالة أو لأظهار الحقيقة. وتعين المحكمة ميعادا لا يجاوز ثلاثة أسابيع لحضور من تأمر بادخاله ومن يقوم من الخصوم بادخاله ويكون ذلك بالاجراءات المعتادة لرفع الدعوى». وهذا حكم مستحدث فى تقنين المرافعات الجديد.

وكما يجوز إدخال باقي المدينين المتضامنين فى الدعوى، يجوز كذلك أن يتدخلوا هم من تلقاء نفسهم، ليرعوا حقوقهم وليمنعوا ما قد يقع من تواطؤ بين الدائن والمدين المرفوعة عليه الدعوى. وقد نصت المادة ١٢٦ من تقنين المرافعات على أنه «يجوز لكل ذى مصلحة أن يتدخل فى الدعوى منضما لأحد الخصوم أو طالبا الحكم لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى». وتنص المادة ١٢٧ من نفس التقنين على أن «تحكم المحكمة فى كل نزاع يتعلق بقبول الطلبات العارضة أو التدخل. ولا يترتب على الطلبات العارضة أو التدخل إرجاء الحكم فى الدعوى الأصلية متى كانت صالحة للحكم فيها. وتحكم المحكمة فى موضوع الطلبات العارضة أو فى طلبات التدخل مع الدعوى الأصلية كلما أمكن ذلك، وإلا استبقت الطلب العارض أو طلب التدخل للحكم فيه بعد تحقيقه»[1].

١٨٥- مطالبة مدين بعد آخر: وإذا اختار الدائن مدينا متضامنا وطالبه بكل الدين، ثم رأى بعد ذلك أن يوجه مطالبته لمدين متضامن آخر ظهر له فيما بعد أن مطالبته أكثر جدوى أو أيسر أو بدا له أى سبب آخر لهذه المطالبة الجديدة، فان المطالبة الأولى للمدين الأول لا تمنع من مطالبة المدين الآخر. فللدائن إذن أن يدخل المدين الآخر خصما فى الدعوى الأولى ويطلب الحكم على الاثنين بالدين متضامنين فيه، وله أن

---

(١) انظر فى هذا المعنى لارومبيير٣ م١٢٠٣ فقرة ٤- ديمولومب ٢٦ فقرة ٣١٧- بودرى وبارد٢ فقرة ١٢٠٥.

يترك دعواه الأولى ويرفع دعوى جديدة على المدين الآخر يطالبه فيها وحده بكل الدين[1](1).

وإذا فرض أن الدائن استمر فى مطالبة المدين الأول ولم يستطع من وراء هذه المطالبة أن يحصل منه إلا على جزء من الدين، فانه يستطيع أن يطالب أى مدين آخر بالباقى من الدين بعد استنزال الجزء الذى استوفاه من المدين الأول. وهذا هو الحكم حتى لو كان المدين الآخر يرجع عليه الدائن مفلسا، فان الدائن لا يدخل فى التفليسة إلا بالباقى من الدين بعد استنزال ما استوفاه من المدين الأول، ثم إن ما يبقى له بعد الرجوع على التفليسة يرجع به على أى من المدينين الآخرين أو على سائرهم، حتى لو حصل الصلح مع المفلس. كذلك يدخل فى التفليسة المدين المتضامن الذى وفى الدين بقدر ما وفاه عن المفلس. وهذه الأحكام كانت تنص عليها صراحة المادة ٣٤٩ من التقنين التجارى القديم إذ كانت تقول: «إذا استوفى المداين الحامل لسند متضامن فيه المفلس وغيره بعضا من دينه قبل الحكم باشهار الإفلاس، فلا يدخل فى روكية التفليسة إلا بالباقى بعد استنزال ما استوفاه ويبقى حقه فى المطالبة بالباقى محفوظا له على الشريك أو الكفيل، ويدخل الشريك أو الكفيل المذكور فى روكية المفلس بقدر ما دفعه وفاء عنه. وللمداين مطالبة الشركاء فى الدين بتمام دينه ولو حصل الصلح مع المفلس»[2].

---

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢١٠ – بيدان وجابولد٨ فقرة ١٠٨١.

(٢) أما إذا كان كل من المدينين المتضامنين مفلسين، فان الدائن يدخل فى كل تفليسة بمقدار كل الدين. وكانت المادة ٣٤٨ من التقنين التجارى السابق تنص فى هذا الصدد على ما يأتى: «إذا كانت بيد أحد المداينين سندات دين ممضاة أو محولة أو مكفولة من المفلس وآخرين ملتزمين معه على وجه التضامن ومفلسين أيضاً، له أن يدخل فى التوزيعات التى تحصل فى جميع روكيات تفليساتهم، ويكون دخوله فيها بقدر أصل المبلغ المحرر به السند وما يتبعه إلى تمام الوفاء. ولا حق لتفليسات الملتزمين بدين واحد فى مطالبة بعضها بعضاً بالحصص المدفوعة منها، إلا فى حالة ما إذا كان مجموع تلك الحصص المدفوعة من روكيات هذه التفليسات يزيد على قدر أصل الدين وما هو تابع له، ففى هذه الحالة تقرر الزيادة لمن كان من المدينين المفلسين مكفولا من الآخرين على حسب ترتيب التزامهم بالدين». والفقرة الأولى من هذا النص تقابلها المادة ٥٤٢ من التقنين التجارى الفرنسى. انظر فى هذا النص ما يثيره من مسائل مختلف عليها وهى تدخل فى نطاق القانون التجارى بودرى وبارد٢ فقرة ١٢١١.

(1) إذا نص فى عقد القرض المضمون برهن عقارى على شرط التضامن وعدم التجزئة بين المدينين ثم نزع دائن لأحد المدينين ملكية أطيان من الداخلة فى الرهن وسكت الدائن المرتهن عن استعمال حقه فى الحصول على ثمن هذه الاطيان المنزوعة ملكيتها باعتباره متقدما فى الدرجة على نازع الملكية فان الدائن المرتهن لا يسأل عن هذا السكوت فله الحق فى اقتضاء دينه كاملا من جميع المدينين المتضامنين وهم وشأنهم فى الرجوع بعضهم على بعض.

(١٩٤٢/٣/١٩ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى الـ٢٥ – ٩٨ – ٢٧٤).

وقد صدر قانـــون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ونصت مادتـــه ٦١٠ على أنه «إذا وجد جملة ملتزمين بدين واحد وشهر إفلاس أحدهم فلا يترتب على هذا الإفلاس أثر بالنسبة إلى الملتزمين الآخرين ما لم ينص القانون على غيـــر ذلك». ٢- وإذا تم الصلح مع الملتزم الذى أفلس فلا تسرى شروطه على الملتزمين الآخرين، كما قضت المادة ٦١١ من القانون المذكور بأنه «إذا استوفى الدائن من أحد الملتزمين بدين واحـــد جزءا من الدين تم أفلس باقى الملتزمين أو أفلس أحدهم فلا يجوز للدائن أن يشتـــرط فى التفليسات إلا بالباقى من دينه ويبقى محتفظاً بحقه فى مطالبة الملتـــزم غير المفلـــس بهـــذا الباقى، ويجوز لهذا الملتزم أن يشترك فى كل تفليسة بما وفاه عنهـــا». كما نصت المادة ٦١٢ من ذات القانون على أنه «إذا أفلس جميع الملتزمين بدين واحـد دفعه واحدة، جاز للدائن أن يشترك فى كل تفليسة بكل دينه إلى أن يستوفيه، بتمامه. من أصل وعوائد ومصاريف.... ٣- وإذا كان مجموع ما حصل عليه الدائن يزيد على دينه وتوابعه عادت الزيادة إلى تفليسة من يكون مكفولا من الآخرين بحسب ترتيب التزاماتهم بالدين فإذا لم يوجد هذا الترتيب عادت الزيادة إلى التفليسات التى دفعت أكثر من حصتها فى الدين.

١٨٦- مطالبة المدينين المتضامنين مجتمعين: وإذا كـان للدائن أن يطالب أى مـدين متضامن منفرداً بكل الدين، فـمـا لا شك فيه أن له أيضاً أن يطالبهم جميعاً بكل الدين فيوجه إليهم المطالبة مجتمعين(1). وتقول المادة ٢٨٥ مدنى، كـمـا رأينا، فى هذا الصـدد:

---

(1) أ- إذا رفعت الدعوى بطلب الحكم على المدعى عليهما بالتضامن فان كلا منهما يكون مستقلا عن الآخر فى الخصومة وفى مسلكه فيها والطعن على ما يصدر فيها من أحكام. ولا مجال فى هذا الوضع للقول بنيابة المستولين بالتزام تضامنى عن بعضهم البعض فى اجراءات الخصومة واعتبار الاستئناف المرفوع من احدهما بمثابة استئناف مرفوع من الآخر.

(الطعن رقم ٣٩٩ سنة ٢٣ق جلسة ١٩٥٨/١/٢٣ س٩ ص١١١)

ب- تفسير القواعد الخاصة بالتضامن السلبى والايجابى منوط بفكرتين هما وحدة الدين، وتعدد الروابط ومن مقتضى الفكرة الأولى فى التضامن السلبى ان يكون كل من المدينين والمتضامنين ملتزما فى مواجهة الدائن بالدين كاملا غير منقسم وللدائن أن يوجه مطالبته إلى من يختاره منهم على انفراد أو اليهم مجتمعين وإذا وجهها إلى أحدهم ولم يفلح فى استيفاء الدين منه كله أو بعضه فله أن يعود لمطالبة المدينين الآخرين وأى واحد منهم يختاره بما بقى من الدين كما ان له إذا ما طالبهم مجتمعين أمام القضاء ان يتنازل عن بعضهم ويحصر مطالبته بجملة الدين فى احدهم أو فى بعضهم دون أن يسوغ لهؤلاء أن ياطلبوه باستنزال حصة من حصص التنازل عن مطالبته منهم. ومن مقتضى الفكرة الثانية ان كل مدين تربطه بالدائن رابطة مستقلة ومتميزة عن الروابط التى تربط المدينين الآخرين بهذا الدائن فإذا شابت رابطة أحد المدينين المتضامنين بالدائن عيوب خاصة بها مع بقاء الروابط الأخرى منها التى تربط هذا الدائن بالمدينين الآخرين سليمة فان عيوب رابطة منها لا تتعداها إلى رابطة أخرى وإذا زال الالتزام بالنسبة للمدين الذى اعترى رابطته الفساد فان زوال هذا الالتزام لا يمس التزام المدينين الآخرين فيظل كل واحد منهم ملتزما قبل الدائن بالدين بأسره ويكون للمـدين الذى تعيبـت رابطته وحـدة الحـق =

«يجوز للدائن مطالبة المدينين المتضامنين بالدين مجتمعين...». ويستطيع أيضاً أن يوجه المطالبة إلى فريق منهم دون فريق[1]. وقد رأينا أن أى مدين متضامن وجه إليه الدائن المطالبة وحده يستطيع أن يدخل الباقى فى الدعوى وأن الباقى يستطيعون أن يدخلوا فى الدعوى من تلقاء أنفسهم، هذا إذا لم يستعمل الدائن حقه فى مطالبتهم مجتمعين على النحو الذى بيناه.

ومتى اجتمع المدينون المتضامنون أو بعضهم فى الدعوى، فان الحكم يصدر عليهم بالدين متضامنين فيه[2]، فيستطيع الدائن بموجب هذا الحكم أن ينفذ على أى منهم بكل الدين، ويبقى لمن نفذ عليه بكل الدين حق الرجوع على الآخرين.

وإذا رفع الدائن الدعوى عليهم جميعاً، جاز له رفعها فى أى محكمة تكون مختصة بنظر الدعوى بالنسبة إلى واحد منهم أياً كان، إذ تنص الفقرة الثانية من المادة ١/٤٩ من تقنين المرافعات على أنه «إذا تعدد المدعى عليهم، كان الاختصاص للمحكمة التى يقع

= فى التمسك بالعيب الذى شاب رابطته ولا يكون له أن يطالب باستنزال حصة المدين الذى تعيبت رابطته فهذه الحصة لا تستنزل ما دام العيب قاصرا على رابطة دون غيرها – وكل هذا تطبيق لما نصت عليه المادة ٢٨٥ من القانون المدنى.

(الطعن رقم ٥٨٢ سنة ٢٥ق جلسة ١٩٦١/٣/١٦ س١٢ ص٢٣٤)

جـ– جرى قضاء محكمة النقض فى ظل القانون المدنى القديم بان مؤدى نص المادة ١١٠ منه ان مطالبة أى واحد من المدينين المتضامنين تسرى فى حق باقى المدينين كما ان مطالبة أى واحد من الكفلاء المتضامنين تسرى فى حق سائر زملائه لاتحادهم فى المركز والمصلحة اتحادا اتخذ منه القانون اساسا لافتراض نوع من الوكالة بينهم فى مقاضاة الدائن لهم ومن ثم كان حكم المادة ١١٠ سالف الذكر ساريا فيما بين المدينين المتضامنين بعضهم وبعض وفيما بين الكفلاء المتضامنين بعضهم وبعض وتكون مطالبة الدائن لبعض الكفلاء المتضامنين بالدين مطالبة منه للآخرين ويكون الحكم الصادر ضد هذا البعض حجة على باقى الكفلاء المتضامنين وقاطعا لمدة التقادم بالنسبة لهم.

(الطعن رقم ٣٩ سنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/٢/١٠ س١٧ ص٢٧٩)

(١) ديمولومب ٢٦ فقرة ٣٢١– بودرى وبارد٢ فقرة ١٢١٢.

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا لم يطلب التضامن فى صحيفة الدعوى الابتدائية ولا أثناء نظر الدعوى أمام محكمة أول درجة، فلا يقبل إبداؤه لأول مرة أمام محكمة الاستئناف (استئناف مصر ٥ يناير سنة ١٩٤١ المجموعة الرسمية ٤٢ ص١٦٩). ولكن إذا لم يقدم طلب التضامن للقضاء للفصل فيه ضمن الدعوى الأصلية، فلا مانع من رفع دعوى جديدة به (أسيوط الكلية ٢١ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٥٤٣ ص١٠٦٤).

هذا وهناك فرق بين مطالبة المدينين مجتمعين فى التزام متعدد الأطراف (obligation conjointe) ومطالبتهم مجتمعين فى التزام تضامنى (obligation solidaire). ففى الحالة الأولى يحكم على كل من المدينين بحصته فى الدين فحسب، أما فى الحالة الثانية فيحكم على كل من المدينين بكل الدين متضامنا فيه مع الآخرين.

بدائرتها موطن أحدهم». أما إذا رفع الدعوى على كل منهم فى المحكمة التى بها موطنه فتفرقت الدعاوى، جاز لكل مدين أن يطلب إحالة دعواه إلى المحكمة التى رفعت أمامها أول دعوى، فتتجمع على هذا النحو جميع الدعاوى أمام محكمة واحدة، ثم يضم بعضها إلى بعض حتى لا تتضارب الأحكام[1]. وإذا رفع الدائن دعاوى مستقلة على المدينين المتضامنين أمام محكمة واحدة، جاز للخصوم، وجاز للمحكمة من تلقاء نفسها، أن تأمر بضم هذه الدعاوى بعضها إلى بعض ليصدر فيها حكم واحد[2].

١٨٧- هل ينقسم الدين بين ورثة المدين المتضامن: رأينا فى التضامن الإيجابى أن الفقرة الثانية من المادة ٢٨٠ مدنى تنص على ما يأتى: «ومع ذلك لا يحول التضامن دون انقسام الدين بين ورثة أحد الدائنين المتضامنين، إلا إذا كان الدين غير قابل للانقسام»[3]. وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٢٨٤[4] تنص الفقرة الثانية منه، فى صدد التضامن السلبى، على ما يأتى: «ومع ذلك لا يحول التضامن دون انقسام الدين بين ورثة أحد المدينين المتضامنين، إلا إذا كان الدين غير قابل للانقسام»[5]، فكان هناك تقابل بين النصين. ولكن إذا كان هذا التقابل يصح فى القانون الفرنسى، حيث ينتقل الدين إلى ورثة المدين وينقسم عليهم كل بقدره حصته فى الميراث[6]، فانه لا يصح فى مصر حيث تقضى مبادئ الشريعة الإسلامية بأن الدين لا ينتقل إلى ورثة المدين، بل تبقى التركة مسئولة عنه جميعه إذ لا تركة إلا بعد سداد الدين. من أجل ذلك حذفت لجنة المراجعة الفقرة الثانية المشار إليها فى التضامن السلبى «لأنها لا تتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية فى الميراث»[7].

فإذا مات أحد المدينين المتضامنين، بقيت تركته مشغولة بالدين جميعه(1)، ويجوز

---

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢١٢ ص٣٢٤.

(٢) لاروميير ٣ م١٢٠٤ فقرة ٢- بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢١٢ ص٣٢٤.

(٣) انظر آنفا فقرة ١٣٤.

(٤) وهى المادة ٤٠٨ من هذا المشروع.

(٥) انظر آنفا فقرة ١٨٠ فى الهامش.

(٦) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٧٩.

(٧) مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٦٣ وانظر آنفا فقرة ١٨٠ فى الهامش. وانظر أيضا فقرة ١١٩ فى الهامش حيث نقلنا كيف يصور الأستاذ إسماعيل غانم انتقال الدين إلى ورثة المدين.

(1) مؤدى قاعدة «لا تركة إلا بعد سداد الدين» أن تركه المدين تنشغل بمجرد الوفاء بحق عينى لدائنى المتوفى يخول لهم تتبعها واستيفاء ديونهم منها تحت يد أى وارث أو من يكون الوارث قد تصرف إليهم ما دام ان الدين قائم دون أن يكون لهذا الوارث حق الدفع بانقسام الدين على الورثة.
(جلسة ١٩٦٢/٦/٧ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ ص٧٧٤)

للدائن أن يرجع عليها به كاملا[1](1)، ثم ترجع التركة على باقى المدينين المتضامنين كل بقدر حصته فى الدين كما كان يفعل المورث لو بقى حيا(2). ومن ثم يكون الدين فى التضامن السلبى، بفضل القاعدة الشرعية التي تقضى بألا تركة إلا بعد سداد الدين، غير منقسم على ورثة المدين، دون حاجة إلى أن يكون الدين نفسه غير قابل للانقسام[2].

١٨٨- أوجه الدفع التى يحتج بها المدين المتضامن: وتنص الفقرة الثانية من المادة ٢٨٥ مدنى، كما رأينا، على ما يأتى: «ولا يجوز للمدين الذى يطالبه الدائن بالوفاء أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين، ولكن يجوز له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به والأوجه المشتركة بين المدينين جميعاً». وقد رأينا نصاً مقابلا لهذا النص فى التضامن الايجابى[3].

---

(١) كما يجوز أن يرجع على كل وارث بحصته فى دين مورثه بقدر ما أفاد من تركته (استئناف مصر ١٣ يناير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ١٤٢). ولكن لا تضامن بين الورثة كما قدمنا، فإذا اتخذ الدائن اجراءات نزع الملكية ضد أحد الورثة بقدر حصته فى الميراث، كان عليه أن يتخذ نفس هذه الإجراءات ضد سائر الورثة كل بقدر حصته (استئناف مختلط ٣ يونيه سنة ١٩٤٣ م٥٥ ص١٨٠).

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى الذى احتوى النص الملغى ما يأتى: «ويترتب على موت المدين المتضامن انقسام الدين بين ورثته، ما لم يكن غير قابل للانقسام، فلو فرض أن مدينين ثلاثة التزاموا على وجه التضامن بدين مقداره ٣٠٠ جنيه، وتوفى أحدهم عن وارثين متكافئى الفرض، فليس للدائن أن يطالب كلا منهما إلا بمبلغ ١٥٠ جنيه». ثم ما لبثت المذكرة الإيضاحية أن استدركت فقالت: «وهذا الحكم لا يتبع فى الشريعة الإسلامية إذ هى لا تبيح انتقال الدين من طريق الميراث» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٦٦). وهذا ما دعا لجنة المراجعة إلى حذف النص الذى كان يقضى بانقسام الدين على ورثة المدين كما سبق القول.

(٣) انظر آنفا فقرة ١٣٦.

(1) التركة منفصلة شرعا عن أشخاص الورثة وأموالهم الخاصة وللدائنين عليها حق عينى تبعى بمعنى أنهم يتقاضون منها ديونهم قبل أن يؤول شئ منها للورثة وبصرف النظر عن نصيب كل منهم فيها.
(جلسة ١٩٦٥/٣/٢٥ مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ ص٣٨٤).

(2) للدائن أن يرجع على المدين المتضامن بالدين جميعه باعتبار أن ذمة المدين قد أنشغلت بكل الدين ولا يستطيع أن يجزئ الوفاء وتبقى تركته بعد وفاته مشغولة بهذا الدين، شأنها فى ذلك شأن المدين لو بقى حيا، فأنه يتعين استبعاد هذا الدين بأكمله من وعاء ضريبة التركات، ولا يحول دون ذلك أن يكون للوارث الذى أوفى بالدين حق الرجوع على المدينين المتضامنين كل بقدر حصته، لأن المعول عليه فى تحديد وعاء هذه الضريبة هو انشغال ذمة المتوفى بالدين قبل الدائن وليس بحصته فيه قبل باقى المدينين.
(جلسة ٧٣/٢/٢١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص٣٠٧)

فإذا طالب الدائن أحد المدينين المتضامنين بالوفاء، كان لهذا المدين أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به وبأوجه الدفع المشتركة بين المدينين جميعا[1]، ولكن ليس له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بمدين آخر.

أما أوجه الدفع الخاصة بالمدين المطالب بالوفاء فكثيرة متنوعة، ذكرنا ما يقابلها فى التضامن الإيجابى. فقد تكون الرابطة التى تربط هذا المدين بالدائن مشوبة بعيب فى الرضاء لغلط أو تدليس أو إكراه، أو بنقص فى أهلية المدين. أو تكون هذه الرابطة قابلة للفسخ، فيطالب المدين بفسخها. أو تكون قد انقضت بسبب غير الوفاء، كالمقاصة واتحاد الذمة والإبراء والتقادم، وهذه جميعها يحتج بها المدين الذى قام السبب من جهته ويدفع بها مطالبة الدائن كما سنرى.

وأما أوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعاً فكأن يكون العقد الذى أنشأ الالتزام التضامنى باطلا فى الأصل، لانعدام رضاء المدينين جميعاً أو لعدم توافر شروط المحل أو السبب أو لعيب فى الشكل. أو يكون العقد قابلا للإبطال لصالح جميع المدينين، بأن يكون قد وقع عليهم جميعاً إكراه أو تدليس أو وقعوا جميعاً فى غلط. أو يكون العقد قابلا للفسخ، بأن يكون الدائن مثلا لم يف بما تعهد به كأن كان بائعاً لم يسلم المبيع للمشترين المتضامنين فى الثمن، فيكون لكل من هؤلاء المدينين المتضامنين حق المطالبة بفسخ البيع. أو يكون أحد المدينين قد وفى الدين كله فبرئت ذمة الجميع، ويكون لكل منهم أن يحتج بهذا الوفاء على الدائن.

ولا يحتج المدين المطالب بالوفاء بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين المتضامنين[1]،

---

(١) استئناف وطنى ١٨ أبريل سنة ١٩١٦ المجموعة الرسمية ١٧ ص١٩٨- استئناف أسيوط ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٧٤ ص٥٥٠.

(1) النيابة المتبادلة التى افترضها القانون بين المتضامنين تقوم فى أحوالها الواردة بالتقنين المدنى الحالى على أن كل مدين يمثل سائر المدينين المتضامنين فيما ينفعهم لا فيما يضرهم، وانه وان كان التقنين المدنى السابق يتضمن قيام هذه النيابة فيما ينفع وفيما يضر إلا ما يزيد من عبء الالتزام اعتبارا بان ما يتخذ فى سبيل المحافظة على الالتزام واستبقائه هو من نتائجه الطبيعية التى تسرى فى حقهم ولو كانت ضارة بهم كما هو الشأن فى قطع التقادم إلا أن هذه النيابة المتبادلة على اختلاف سعتها فى القانونين لا تمتد حدودها فى كل منهما إلى ما يعتبر زيادة فى عبء الالتزام على بعض المدينين المتضامنين بفعل الآخرين منهم، كما أن المادة ٢٠٧ من القانون المدنى القديم إذ تنص على أن «ترك أحد المدينين حقا فى التمسك بمضى المدة لا يضر بالباقين» فان مؤدى هذا النص أن أقرار أحد المدينين المتضامنين بالدين بعد أن اكتملت مدة سقوطه لا يسرى فى حق الباقين.

(الطعن رقم ١٦٨ سنة ٣٢ق جلسة ١٩٦٦/١١/٢٢ س١٧ ص١٧٠٥)

كما إذا وقع تدليس أو إكراه على غيره أو وقع غيره فى غلط فلا يحتج هو بذلك[1]. وكما اذا كان غيره ناقص الأهلية فلا يحتج هو بنقص أهلية هذا المدين وكما إذا كان التزام غيره معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل، فلا يتمسك هو بهذا الدفع. وكما إذا قام سبب للفسخ بغيره، فلا يطالب هو بالفسخ. وكما إذا قام سبب غير الوفاء لانقضاء التزام غيره، فلا يحتج هو بهذا السبب إلا بقدر حصة هذا المدين على الوجه الذى سنفصله فيما يلى[2].

٢ - انقضاء الدين بأسباب أخرى غير الوفاء

١٨٩ - المبدأ العام: فى التضامن السلبى، كما فى التضامن الإيجابى، إذا برئت ذمة أحد المدينين المتضامنين قبل الدائن بسبب غير الوفاء، لم تبرأ ذمة الباقين إلا بقدر حصة المدين الذى برئت ذمته[3]. وقد وضع التقنين المدنى الجديد هذا المبدأ العام فى صدد التضامن الإيجابى، واقتصر عليه فيما يتعلق بهذا النوع من التضامن دون أن يطبقه تفصيلا على الأسباب المختلفة لانقضاء الالتزام. أما فى التضامن السلبى فقد عمد، دون أن يصرح بالمبدأ، إلى تطبيقه تطبيقاً تفصيلياً على هذه الأسباب، لما لهذا التطبيق التفصيلى من أهمية عملية.

وقد قدمنا أن الأصل فى ذلك أن روابط الدائن بالمدينين المتضامنين روابط متعددة، وقد تنقضى رابطة منها بسبب غير الوفاء ولا تنقضى الروابط الأخرى إلا بقدر حصة من انقضت

---

(١) فإذا طالب الدائن أولا من شاب رضاءه عيب فأبطل هذا التزامه، ثم رجع الدائن على مدين متضامن آخر لم يشب رضاءه عيب، فإنه يطالبه بكل الدين دون أن يستنزل حصة من شاب رضاءه العيب (لاروميير٣ م١٢٠٨ فقرة ١٠ - لوران ١٧ فقرة ٣٠٠ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٤٤).

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «للدائن فى التضامن السلبى أن يطالب كلا من المدينين المتضامنين بالدين بأسره، كما هو الشأن فى التضامن الإيجابى. وله أن يطالب هؤلاء المدينين بالوفاء أمام القضاء، مجتمعين أو منفردين. ولا يجوز لمن يطالب بالوفاء منهم، على هذا الوجه، أن يحتج إلا بأوجه الدفع الخاصة بشخصه - كالغلط أو الإكراه اللذين شابا رضاءه - والأوجه المشتركة بين المدينين جميعا - كما إذا كان الالتزام باطلا لعدم مشروعية السبب أو كما إذا كان قد انقضى بالوفاء. أما الدفوع الخاصة بغيره من المدينين - كالغلط أو الغش أو الإكراه الذى شاب رضاء هؤلاء دون أن يؤثر فى رضائه - فيمتنع عليه الاحتجاج بها» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٦٥- ص٦٦). وقد فصل تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فى المواد ٢٥ إلى ٢٨ أوجه الدفع المشتركة بين المدينين جميعاً وأوجه الدفع الخاصة بأحدهم (أنظر آنفا فقرة ١٨٠ فى الهامش).

أنظر أيضاً ترتيباً منطقياً لأوجه الدفع المتعلقة بطبيعة الالتزام، والأوجه المشتركة بين جميع المدينين، والأوجه الخاصة بأحدهم دون غيره، فى بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٢٠- فقرة ٨٢٥.

(٣) وذلك فيما عدا التجديد، فسنرى أنه يبرئ ذمة باقى المدينين المتضامنين إلا إذا احتفظ الدائن بحقه قبلهم.

رابطته، فلا يستطيع باقى المدينين أن يحتجوا على الدائن إلا بقدر هذه الحصة، ويبقون ملزمين بدفع باقى الدين.

ونستعرض مع التقنين المدنى الجديد أسباب انقضاء الالتزام المختلفة غير الوفاء مع النصوص التشريعية الخاصة بكل سبب. وأسباب الانقضاء التى عرض لها التقنين الجديد هى التجديد والمقاصة واتحاد الذمة والإبراء والتقادم(١)(1).

---

(١) وهناك، غير هذه الأسباب، الوفاء بمقابل واستحالة التنفيذ.

ففى الوفاء بمقابل، إذا استوفى الدائن من أحد المدينين المتضامنين مقابلا للدين، انقضى الدين أصلا كما ينقضى بالوفاء، وبرئت ذمة المدينين الآخرين، فيستطيع كل مدين منهم أن يحتج بهذا السبب متمسكاً بانقضاء كل الدين ولا يقتصر على استنزال حصة من وفى المقابل. وهذا الحكم يختلف عن الحكم الذى أوردناه فى الوفاء بمقابل لأحد الدائنين المتضامنين فى التضامن الإيجابى (انظر آنفاً فقرة ١٣٨ فى الهامش). والسبب فى هذا الاختلاف أن فى التضامن السلبى لا يوجد إلا دائن واحد، وقد قبل أن يستوفى مقابلا للدين، فانقضى الدين بهذا القبول. أما فى التضامن الإيجابى فيوجد دائنون متعددون، ولم يقبل الوفاء بمقابل إلا أحد هؤلاء الدائنين، فلا يتقيد الدائنون الآخرون بقبوله فيما يجاوز حصته (انظر الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص٢٢٩).

واستحالة التنفيذ لسبب أجنبى لا يد لأحد المدينين المتضامنين فيه يقضى الالتزام التضامنى نفسه (م٣٧٣ مدنى)، فتبرأ ذمة جميع المدينين، ويكون حكم استحالة التنفيذ هو حكم الوفاء بالدين وحكم الوفاء بمقابل. أما إذا استحال التنفيذ بخطأ أحد المدينين المتضامنين أو بعد إعذاره - كأن يكون البائعون متضامنين فى الالتزام بتسليم المبيع ثم هلك المبيع بخطأ أحدهم - فالمدين الذى صدر منه الخطأ يكون وحده مسئولا عن رد الثمن والتعويض، أما باقى المدينين فيكونون مسئولين عن رد الثمن وحده، لأن البائع فى القانون المصرى يتحمل تبعة هلاك المبيع قبل التسليم (انظر م٤٣٧ مدنى). وتقضى المادة ١٢٠٥ من التقنين المدنى الفرنسى بأن باقى المدينين يكونون مسئولين عن رد الثمن دون التعويض، ولكن الفقه الفرنسى ينتقد هذا الحكم (انظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٢٤)، لأن البائع فى القانون الفرنسى لا يتحمل تبعة هلاك المبيع بسبب أجنبى قبل التسليم، وهلاك الشئ بخطأ أحد المدينين المتضامنين يجب اعتباره هلاكاً بسبب أجنبى بالنسبة إلى الباقين (انظر الأستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٠٤ ص٢٩١ هامش رقم ١ وانظر ما يلى فقرة ١٩٧).

وقد يحول الدائن حقه قبل أحد المدينين المتضامنين إلى محال له دون أن يستبقى حقه قبل المدينين الآخرين. والظاهر أنه عند تمام الحوالة فى هذه الحالة يحل المحال له مكان الدائن الأصلى، لأن الحق ينتقل إليه مع ضماناته والتضامن من أهمها، فيصبح المدينون المتضامنون جميعاً مدينين للمحال له، ولأى منهم أن يتمسك بالحوالة قبل الدائن الأصلى (انظر فى هذا المعنى دريدا Derrida أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ solidarité فقرة ٨٠). أما إذا حول الدائن حقه قبل أحد المدينين المتضامنين واشترط استبقاء حقه قبل المدينين الآخرين، فقد سبقت الإشارة إلى أن الدائن الأصلى فى هذه الحالة يستبقى علاقته بهؤلاء المدينين، ويصبح هو والمحال له دائنين لهم بالتضامن (انظر آنفا فقرة ١٢٧ فى الهامش).

(1) النص فى المادة ٣٧٠ من القانون المدنى على أنه «١- إذا اجتمع فى شخص واحد صفتا =

١٩٠- التجديد: تنص المادة ٢٨٦ من التقنين المدنى على ما يأتى: «يترتب على تجديد الدين بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين أن تبرأ ذمة باقى المدينين، إلا إذا احتفظ الدائن بحقه قبلهم»(١).

ونفرض هنا أن الدائن اتفق مع أحد المدينين المتضامنين على تجديد الدين. وهذا التجديد إما أن يكون بتغيير الدين، إذا اتفق الطرفان على أن يستبدلا بالالتزام الأصلى التزاماً جديداً يختلف عنه فى محله أو فى مصدره. وإما أن يكون بتغيير المدين، إذا اتفق الدائن مع أجنبى على أن يكون هذا الأجنبى مديناً مكان المدين الأصلى وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأصلى دون حاجة إلى رضائه، أو إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبى قبل أن يكون هو المدين الجديد. وإما أن يكون بتغيير الدائن، إذا اتفق الدائن والمدين وأجنبى على أن يكون هذا الأجنبى هو الدائن الجديد.

وسواء كان التجديد بتغيير الدين أو بتغيير المدين أو بتغيير الدائن، فانه يترتب عليه أن ينقضى الالتزام الأصلى بتوابعه وأن ينشأ مكانه التزام جديد (م١/٣٥٦ مدنى). وتنص الفقرة الثانية من المادة ٣٥٦ مدنى على ما يأتى(1): «ولا ينتقل إلى الالتزام الجديد التأمينات التى

=الدائن والمدين بالنسبة لدين واحد، انقضى هذا الدين بالقدر الذى اتحدت فيه الذمة. ٢- وإذا زال السبب الذى أدى لاتحاد الذمة، وكان لزواله أثر رجعى ، عاد الدين إلى الوجود هو ملحقاته بالنسبة إلى ذوى الشأن جميعا. ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن». يدل وعلى ما أفصحت عنه الأعمال التحضيرية للقانون المدنى على أن اتحاد الذمة ليس فى الحقيقة سببا من أسباب انقضاء الالتزام بل هو مانع طبيعى يحول دون المطالبة به من جراء اتحاد صفة الدائن والمدين فى ذات الشخص، فإذا زال هذا المانع عاد الالتزام إلى الوجود مرة أخرى.

(الطعن رقم ٦٦٩ لسنة ٦٣ق. جلسة ٢/٥/٢٠٠٠)

(١) **تاريخ النص**: ورد هذا النص فى المادة ٤١٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٩٨ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٨٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٦٧- ص٦٩).

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ١٥٤/١٩٠ ونصها ما يأتى: «لا يصح فى أى حال من الأحوال السالفة نقل التأمينات الشخصية كالكفالة والتضامن إلا برضاء الكفلاء والمتضامنين». والتقنين السابق باشتراطه قبول المدينين المتضامنين بالتجديد يتفق فى الحكم مع التقنين الجديد.

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: التقنين المدنى السورى م٢٨٦ (وهى مطابقة)- التقنين المدنى الليبى م٢٧٣ (وهى مطابقة)- التقنين المدنى العراقى م٣٢٣ (وهى مطابقة)- تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٣١ ونصها ما يأتى: «إن تجديد الموجب بين الدائن وأحد الموجب عليهم يبرئ ذمة الآخرين إلا إذا رضى هؤلاء بالتزام الموجب الجديد. أما إذا أشترط الدائن قبول المديونية وامتنع هؤلاء، فالموجب السابق لا يسقط» (والتقنين اللبنانى يتفق فى الحكم مع التقنين المصرى).

(1) أ- تجديد الالتزام وفقا للمادة ٣٥٤ من القانون المدنى لا يستفاد من كتابة سند بدين موجود =

كانت تكفل الالتزام الأصلى، إلا بنص فى القانون، أو إلا إذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك». ثم تنص المادة ٣٥٨ مدنى على أنه «لا ينتقل إلى الالتزام الجديد الكفالة عينية كانت أو شخصية ولا التضامن، إلا إذا رضى بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون».

ونرى من هذه النصوص أن التجديد يقضى الدين القديم على وجه قاطع، ويقيم مكانه ديناً جديداً يختلف فى صفاته وفى توابعه وفى تأميناته عن الدين القديم. ومن أهم تأمينات الدين القديم هو هذا التضامن الذى كان قائماً بين المدينين جميعاً، فينقضى بانقضاء الدين القديم. بل لا ينقضى التضامن وحده، وإنما ينقضى الالتزام التضامنى ذاته بالتجديد، فتبرأ ذمة المدينين المتضامنين جميعاً: لا ذمة المدين الذى أجرى التجديد مع الدائن فحسب، بل أيضاً تبرأ ذمة باقى المدينين المتضامنين.

وهذه نتيجة بعيدة المدى، يبررها أن التجديد حاسم فى قضاء الدين القديم بكل مشخصاته ومقوماته، وفى إحلال دين جديد محله لا يشترط مع الدين القديم فى شئ من هذه المشخصات والمقومات. ويستخلص من ذلك أن الدائن الذى جدد الدين مع أحد المدينين المتضامنين يفترض فيه أن نيته قد انصرفت إلى قضاء الدين القديم وما يستتبع ذلك من براءة ذمة جميع المدينين المتضامنين، واقتصر على الدين الجديد يحل محل الدين القديم. فإذا كان يريد استبقاء الدين القديم فى ذمة باقى المدينين المتضامنين، أمكنه قبل أن يجرى التجديد أن يتفق مع هؤلاء المدينين على بقاء الدين القديم فى ذمتهم. وعند ذلك لا ينقضى الدين القديم إلا بالنسبة إلى المدين الذى جدد الدين معه، ويبقى هذا الدين فى ذمة باقى المدينين. وله فى هذه الحالة أن يرجع على كل منهم بالباقى من الدين بعد استنزال حصة المدين الذى أجرى معه التجديد، فيتفق التجديد عندئذ فى الحكم مع سائر أسباب انقضاء الالتزام بغير الوفاء على ما سنرى. بل يتفق حكمه هنا فى التضامن السلبى مع حكمه هناك فى التضامن الإيجابى، وقد رأينا فى التضامن الإيجابى أنه إذا جدد الدين بين أحد الدائنين المتضامنين

=قبل ذلك، ولا مما يحدث فى الالتزام من تغيير لا يتناول إلا زمان الوفاء أو كيفيته كما أن تجديد الالتزام لا يفترض بل يجب أن يتفق عليه صراحة وأن يستخلص من الظروف.

(جلسة ١٩٧٧/٦/٣٠ مجموعة احكام النقض السنة ٢٨ ص١٥٤٣)

(جلسة ١٩٧٣/٤/١٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص٥٧٠)

(جلسة ١٩٧١/١/٢١ مجموعة احكام النقض السنة ٢٢ ص١١٣)

ب- استبدال الدين أمر موضوعى يستقل قاضى الموضوع بالفصل فيه متى كانت الاسباب التى أقامت المحكمة عليها حكمها من شأنها أن تؤدى إلى القول بذلك.

(جلسة ١٩٧٧/٦/٣٠ مجموعة احكام النقض السنة ٢٨ ص١٥٤٣)

(جلسة ١٩٦٥/٢/١١ مجموعة احكام النقض السنة ١٦ ص١٥٥)

والمدين فلا يجوز للمدين أن يحتج بهذا التجديد على باقى الدائنين المتضامنين إلا بقدر حصة الدائن الذى أجرى التجديد معه(١).

وإذا أراد الدائن أن ينقل التضامن إلى الدين الجديد،، فعليه أن يحصل على موافقة باقى المدينين المتضامنين على أن يلتزموا متضامنين بهذا الدين. فإذا لم يوافقوا على ذلك وكان الدائن قد اشترط لتمام التجديد موافقتهم، فان التجديد لا ينعقد، ويظل الالتزام التضامنى القديم قائماً(٢).

أما إذا كان الدائن لم يتفق مع باقى المدينين، لا على أن يبقوا ملتزمين بالدين القديم، ولا على أن يتضامنوا فى الالتزام بالدين الجديد، بل أجرى التجديد دون قيد ولا شرط، فقد افترض المشرع افتراضاً معقولا أن نية الدائن قد انصرفت إلى إبراء ذمة المدينين المتضامنين من الالتزام التضامنى القديم. على أن هذا الافتراض قابل للدحض، فيجوز للدائن وقت إجراء التجديد أن يفصح عن نيته بأنه لا يقصد من هذا التجديد أن يبرئ ذمة باقى المدينين المتضامنين، بل قصد أن يبرئ ذمة المدين الذى أجرى معه التجديد هو وحده من الدين القديم. فيكون الدائن بذلك قد احتفظ بحقه قبلهم – أى قبل باقى المدينين المتضامنين – كما هو صريح نص العبارة الأخيرة من المادة ٢٨٦ مدنى. ويستوى الحكم فى هذه الحالة مع الحكم فى حالة ما إذا كان الدائن قد اتفق مع باقى المدينين المتضامنين على بقاء الدين القديم فى ذمتهم، وهى الحالة التى ذكرناها فيما تقدم. فسواء اتفق الدائن مع باقى المدينين المتضامنين على بقاء الدين القديم فى ذمتهم، أو اقتصر على مجرد الاحتفاظ بالدين القديم فى ذمتهم دون اتفاق معهم، فالحكم واحد فى الحالتين: ينقضى الدين القديم بالنسبة إلى المدين الذى أجرى التجديد وحده، ويبقى هذا الدين فى ذمة الباقين، ويكون للدائن أن يرجع على أى من هؤلاء بالدين بعد استنزال حصة المدين الذى أجرى معه التجديد. ويتفق عندئذ حكم التجديد مع حكم سائر أسباب انقضاء الالتزام بغير الوفاء، كما يتفق حكم التجديد فى التضامن السلبى مع حكم التجديد فى التضامن الإيجابى(٣).

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٣٨. والفرق بين التضامن الإيجابى والتضامن السلبى فى حكم التجديد يرجع إلى أن التجديد لا يتم فى أية حالة من حالاته الثلاث إلا برضاء الدائن، ولما كان الدائن متعدداً فى التضامن الإيجابى فلا يجوز أن يسرى التجديد الذى قبله أحد الدائنين فى حق الباقين الذين لم يقبلوه إلا بقدر حصة الدائن الذى قبل.

(٢) انظر فى هذا المعنى المادة ٣١ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى.

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «يترتب على اتفاق الدائن مع أحد المدينين المتضامنين على تجديد الدين أو استبداله انقضاء الالتزام القديم وبراءة ذمة باقى المدينين منه، ما لم يرفض هؤلاء الارتباط بالتعهد الجديد. فإذا لم يرفضوا ذلك وكان الدائن قد اشترط رضاءهم، فلا ينعقد التجديد ويظل الالتزام القديم قائماً: انظر فى هذا المعنى المادتين ١٨١/١٧١ من التقنينين التونسى والمراكشى والمادة٣١ من التقنين اللبنانى والمادة ١٣٧ من المشروع الفرنسى الإيطالى. =

١٩١ – المقاصة: تنص المادة ٢٨٧ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«لا يجوز للمدين المتضامن أن يتمسك بالمقاصة التى تقع بين الدائن ومدين متضامن آخر، إلا بقدر حصة هذا المدين»(١)(1).

=ويختلف الحكم بعض الاختلاف فيما يتعلق بالتضامن الإيجابى، فالتجديد الذى ينعقد بين دائن من الدائنين المتضامنين والمدين لا يبرئ هذا المدين قبل باقى الدائنين، ولكنه يستتبع انقضاء الدين القديم بالنسبة لذلك الدائن وحده، أما الدائنون الذين لم يكونوا طرفاً فى التجديد فيظل الدين القديم قائماً بالنسبة لهم، ويكون لكل منهم أن يطالب بهذا الدين بعد استنزال حصة الدائن الذى ارتضى هذا التجديد: انظر المادة ١٥٥ من المشروع الفرنسى الإيطالى» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٦٨).

(1) المادة ١١٥ من القانون المدنى القديم إذ نصت على أنه «إذا قام أحد المتضامنين فى الدين بأدائه أو وفائه بطريق المقاصة جاز له الرجوع على باقى المدينين كل منهم بقدر حصته» فقد أفادت بذلك – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – أنه يشترط لرجوع المدين المتضامن على المدين المتضامن معه أن يكون قد أوفى أكثر من نصيبه فى الدين.

(جلسة ١٩٦٨/٤/٢ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ص٦٨٩)

(١) **تاريخ النص**: ورد هذا النص فى المادة ٤١١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٩٩ من المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٨٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٦٩– ص٧١).

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادتين ١٦٩/١١٣ و٢٦٥/٢٠١، وهذا نص كل منهما: م١٦٩/١١٣: «لا يجوز لأحد المدينين المتضامنين لبعضهم فى الدين أن يحتج بالمقاصة الحاصلة لغيره من المدينين مع الدائن. وإذا اتحدت الذمة بأن اتصف الدائن أو أحد المدينين الضامنين لبعضهم بصفتى دائن ومدين فى آن واحد بدين واحد، جاز لكل من المدينين التمسك بهذا الاتحاد بقدر الحصة التى تخص شريكهم فى الدين». ويفهم من هذا النص ضمناً، وبمفهوم المخالفة، أن المقاصة – خلافاً لاتحاد الذمة – لا يحتج بها المدينون الآخرون حتى بقدر حصة المدين الذى وقعت المقاصة معه. غير أن المادة ٢٦٥/٢٠١ تنص على ما يأتى: «ولا يجوز لأحد المدينين المتضامنين أن يتمسك بالمقاصة المستحقة لباقى المدينين المذكورين إلا بقدر حصتهم فى الدين». وهذا الحكم القاضى بأن للمدينين الآخرين أن يحتجوا بالمقاصة بقدر حصة المدين الذى وقعت المقاصة معه يتعارض مع الحكم السابق الذى تقضى به المادة ١٦٩/١١٣ سالفة الذكر. وقد ذهبنا فى عهد التقنين المدنى السابق، أمام هذا التناقض، إلى أعمال المادة ٢٦٥/٢٠١ دون المادة ١٦٩/١١٣، وتخويل المدينين المتضامنين الباقين الحق فى أن يتمسك كل منهم بالمقاصة بقدر حصة المدين الذى وقعت معه هذه المقاصة. وكتبنا فى الموجز فى هذا الصدد ما يأتى: «أما المقاصة فقد تقع بين أحد المدينين المتضامنين والدائن. فإذا كان (أ) و(ب) مدينين متضامنين بمبلغ ثلثمائة جنيه، ثم أصبح (أ) دائناً بمبلغ ثلثمائة جنيه للدائن نفسه، وأراد هذا الدائن الرجوع على (أ)، فلا شك فى أن (أ) يستطيع أن يتمسك بالمقاصة، ولكن هب أن الدائن لم يرجع على (أ) ورجع على (ب)، فهل يستطيع (ب) أن يتمسك بالمقاصة التى وقعت بين الدائن والمدين(أ)؟ تجيب المادتان ١٦٩/١١٣ بما يأتى «لا يجوز لأحد المدينين المتضامنين لبعضهم فى الدين أن يحتج بالمقاصة الحاصلة لغيره من =

والمفروض هنا أن مقاصة قانونية وقعت بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين فى الالتزام التضامنى. ونفرض لتصور ذلك أن هذا الالتزام مقداره ثلثمائة، وأن المدينين المتضامنين ثلاثة حصصهم فى الدين متساوية، وظهر أن للأول منهم على الدائن ثلثمائة – سواء كان هذا الدين لاحقاً للالتزام التضامنى أو سابقاً عليه – فوقعت المقاصة بينه وبين الدائن.

فإذا رجع الدائن على المدين الأول الذى وقعت معه المقاصة، تمسك هذا بانقضاء الدين قصاصاً. فيعتبر الدين منقضياً، لا بالنسبة إلى هذا المدين وحده، بل بالنسبة إليه وإلى المدينين الآخرين ما دام الدائن قد طالب المدين الأول. ويكون لهذا المدين أن يرجع على شريكيه فى الدين كل منهما بمائة، لأنه يكون فى حكم من وفى الدين، وقد وفاه فعلا بطريق المقاصة، فله حق الرجوع.

= المدينين مع الدائن». ويفهم من ذلك أن (ب) فى الفرض المتقدم لا يستطيع أن يتمسك بالمقاصة التى وقعت بين الدائن والمدين (أ)، لا بالنسبة لكل الدين ولا بالنسبة لحصة (أ) من هذا الدين... هذا هو المفهوم من النص، ويؤيد هذا الفهم أنه متفق مع الحكم الذى نص عليه القانون المدنى الفرنسى فى هذه الحالة (م١٢٩٤). ويؤيده أيضاً أن العبارة الأخيرة فى المادتين ١٦٩/١١٣ تجيز فى حالة إتحاد الذمة، مغايرة لحالة المقاصة، أن يتمسك المدين المتضامن باتحاد الذمة بقدر الحصة التى تخص شريكه فى الدين كما سنرى. إلا أن التفريق بين المقاصة واتحاد الذمة لا مسوغ له، وما دام للمدين المتضامن أن يتمسك باتحاد الذمة بقدر الحصة التى تخص شريكه فى الدين، وجب أيضاً أن يكون للمدين المتضامن حق التمسك بالمقاصة بقدر حصة المدين الذى وقعت منه هذه المقاصة، فيجوز فى الفرض المتقدم أن يتمسك (ب) بالمقاصة بقدر حصة (أ) فى الدين، ولا يرجع عليه الدائن إلا بنصف الدين. وهذا هو الحكم الصحيح الذى يجب أن نقف عنده، والذى أراده المشرع المصرى، فنص عليه فى المادتين ٢٦٥/٢٠١: «ولا يجوز لأحد المدينين المتضامنين أن يتمسك بالمقاصة المستحقة لباقى المدينين المذكورين إلا بقدر حصتهم فى الدين». فرجع بذلك عن الحكم الذى نص عليه فى المادتين ١٦٩/١١٣. ونحن نرى أمام هذا التناقض أن المادتين ٢٦٥/٢٠١ تنسخان المادتين ١٦٩/١١٣» (الموجز للمؤلف ص٥١٦– ص٥١٧).

وتقابل المادة ٢٨٧ من التقنين المدنى المصرى فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٨٧ (مطابقة) – وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٧٤ (مطابقة) – وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٢٤ (مطابقة) – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣٧ ونصها ما يأتى: «إذا وجد التضامن بين المديونين، أمكن كلا منهم أن يبرئ ذمة الآخرين جميعاً: ١– ..... ٢– بإجراء المقاصة على دين له فى ذمة الدائن مقابل مجموع الدين». ومن ذلك نرى أن التقنين اللبنانى – خلافاً للتقنينات العربية الأخرى – يجعل الحق للمدين المتضامن آخر فلا يجوز له أن يتمسك بالمقاصة التى وقعت مع مدين غيره ولو بقدر حصة هذا المدين وذلك طبقاً للمادة ٣٣٤ من هذا التقنين. والتقنين اللبنانى يتفق فى هذين الحكمين مع التقنين الفرنسى، ويتفق كذلك مع سائر التقنينات العربية فى الحكم الأول ولكنه يخالفها فى الحكم الثانى.

أما إذا اختار الدائن أن يطالب بالدين أحد المدينين الآخرين، فليس للمدين المطالب أن يتمسك بالمقاصة التى وقعت مع المدين الأول إلا بقدر حصة هذا المدين[1]، أى بمقدار مائة من ثلثمائة، وعليه أن يوفى الدائن مائتين، ثم يرجع على المدين الثالث بمائة هى حصته فى الدين، ولا يرجع على المدين الأول بشئ لأنه لم يدفع شيئاً لحسابه[2]. فيكون المدين الثانى فى نهاية الأمر قد تحمل حصته فى الدين وهى مائة، وكذلك المدين الثالث قد تحمل مائة، حصته فى الدين،، برجوع المدين الثانى عليه كما قدمنا. ويبقى المدين الأول الذى وقعت معه المقاصة، فهذا قد استنزل الدائن حصته فى الدين وهى مائة عندما رجع على المدين الثانى. فينتهى أمر الدائن مع المدين الأول إلى الوضع الآتى: عليه لهذا المدين ثلثمائة، وله مائة هى التى استنزلها من الالتزام التضامنى، فتقع المقاصة بمقدار المائة، ويبقى للمدين الأول على الدائن مائتان. فيستوفى المدين الأول المائتين من الدائن، بعد أن نزل له عن مائة هى حصته فى الدين الذى تضامن فيه مع شريكيه[3].

---

(١) والفرق بين انقضاء الدين بالوفاء حيث يجوز لباقى المدينين أن يتمسكوا بذلك فى كل الدين، وبين انقضائه بسبب آخر غير الوفاء حيث لا يجوز لباقى المدينين أن يتمسكوا بسبب الانقضاء إلا بقدر حصة المدين الذى قام به هذا السبب، أن الدائن بالوفاء يكون قد حصل على كل حقه، فليس له أن يطالب بشئ بعد ذلك. أما فى غير الوفاء من أسباب الانقضاء، فان الدائن لا يكون قد حصل فعلا على حقه، فلا يكون للانقضاء أثره إلا فى الرابطة التى تربطه بالمدين الذى قام به سبب الانقضاء دون غيرها من الروابط التى تربطه بالمدينين المتضامنين الآخرين وهى روابط مستقلة عن الرابطة الأولى. وقد قدمنا مثل هذه الاعتبارات فى صدد التضامن بين الدائنين (أنظر آنفاً فقرة ١٣٧ فى الهامش).

(٢) أما فى القانون الفرنسى فقد قضت المادة ١٢٩٤ من التقنين المدنى الفرنسى بأنه لا يجوز للمدين المتضامن أن يتمسك بالمقاصة التى وقعت مع مدين متضامن آخر، حتى ولو بقدر حصة هذا المدين. والفقهاء الفرنسيون الذين يؤيدون هذا الحكم يعللونه بكراهية المشرع لأن يتدخل المدين فى شؤون مدين آخر تدخلا تصل إلى حد تمكينه من الدفع بمقاصة وقعت بين هذا المدين الآخر والدائن (ديمولومب ٢٦ فقرة ٤٠١ – لوران ١٧ فقرة ٣٣٩ – بودرى وبارد٢ فقرة ١٢٥٠ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٧٨ ص٤٤٨ – كولان وكاپيتان٢ فقرة ٧٠٠ ص٤٧٤ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٨٧٠ ص٦٠٦ – وانظر تعليلا آخر لأوبرى ورو ٤ فقرة ٢٩٨ مكررة ثالثاً هامش رقم ١٨). ولكن الفقه الفرنسى لا يؤيد كله هذا الحكم، بل يذهب بعض الفقهاء إلى وجوب استنزال حصة المدين الذى وقعت معه المقاصة عند رجوع الدائن على المدينين الآخرين (ديرانتون ١٢ فقرة ٤٢٩ – فقرة ٤٣٠ – توليه ٦ فقرة ٧٣٣ و٧ فقرة ٣٧٧ – ماركاديه٥ فقرة ٨٣٩ – لاروميير ٣ م١٢٠٨ فقرة ٥).

(٣) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «تبرأ ذمة من يوفق من المدينين التضامنين إلى الاحتجاج بالمقاصة على الدائن. ويكون له أن يرجع على باقى المدينين كل بقدر حصته. ولكن إذا عمد الدائن إلى مطالبة هؤلاء المدينين، فله أن يقتضى كلا منهم جملة الدين بعد استنزال حصة المدين الذى وقع القصاص معه: انظر ما بين المادتين ٢٠١/٢٦٥ و١١٣/١٦٩ من التقنين الحالى (السابق) من تناقض ملحوظ» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٧٠).

١٩٢ - اتحاد الذمة: تنص المادة ٢٨٨ من التقنين المدنى على ما يأتى: «إذا اتحدت الذمة بين الدائن وأحد مدينيه المتضامنين، فان الدين لا ينقضى بالنسبة إلى باقى المدينين إلا بقدر حصة المدين الذى اتحدت ذمته مع الدائن»(١).

وقد تتحد الذمة بين الدائن وأحد مدينيه المتضامنين(1)، ونستعرض فى ذلك صورتين: (الصورة الأولى) أن يموت الدائن فيرثه هذا المدين. ونفرض أن الدين ثلثمائة، وأن

---

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ٤١٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٠٠ من المشروع النهائى. ثم وافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٨٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٧١ وص٧٣).

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ١٦٩/١١٣ والمادة ٢٦٧/٢٠٣. وتنص المادة ١٦٩/١١٣ على ما يأتى: «... وإذا اتحدت الذمة بأن اتصف الدائن أو أحد المدينين الضامنين لبعضهم بصفتى دائن ومدين فى آن واحد بدين واحد، جاز لكل من المدينين التمسك بهذا الاتحاد بقدر الحصة التى تخص شريكهم فى الدين». وتنص المادة ٢٦٧/٢٠٣ على ما يأتى: «اتحاد الذمة يبرئ الكفلاء فى الدين، ولا يخلى المدينين المتضامنين إلا بقدر ما يخص من اتحدت فيه الذمة من المدينين». والحكم واحد، كما نرى، فى التقنينين القديم والجديد.

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٨٨ (مطابقة) - وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٧٥ (مطابقة) - وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٢٥ (مطابقة) - وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣٥ ونصها ما يأتى: «إن اجتماع صفتى الدائن والمديون فى شخص الدائن أو فى شخص أحد المديونين لا يسقط الموجب إلا فيما يختص بحصة هذا المديون». وهذا الحكم مطابق لحكم التقنين المدنى المصرى.

(1) شراء المستأجر للعين المؤجرة بعقد عرفى لا ينقل إليه ملكيتها ولا يحل به محل المؤجر فلا تقوم به حالة اتحاد الذمة فى مواجهة من انتقلت إليه ملكية العين المؤجرة، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر واعتبر شراء الطاعنين لأطيان النزاع بالعقد العرفى المؤرخ ١٩٦٩/١٠/١٥ تتوافر به اتحاد الذمة فى مواجهة المطعون ضدهما الأولين فينقضى عقد الإيجار الذى يتمسكون به فى مواجهتهما فأنه يكون قد أخطأ فى تطبيقه وإذ حجبه هذا التقرير الخاطئ عن بحث قيام العلاقة الايجارية التى يتمسك بها الطاعنون وأثرها فى طلب المطعون ضدهما الأولين الزامهم بتسليم أطيان النزاع فأنه يكون مشوبا أيضا بالقصور فى التسبيب.

(الطعن ٤٣٢٩ لسنة ٦٤ق جلسة ١٩٩٦/٢/٢٧)

(الطعنان رقما ٣٧٤٠ لسنة ٥٩ق، ١٥٧ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٤/٤/٧)

(الطعنان رقما ٢٦٠٢، ٢٦٨٩ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٢/١/٢٩ السنة ٤٣ ع١ ص٢٥٥)

(الطعن رقم ٨٢٨ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٨/١/٦)

(الطعن رقم ٢٢١ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٨٢/٥/٥ السنة ٣٣ ع١ ص٤٨٤)

(الطعن رقم ٦٠١ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٧/٣/٣٠ السنة ٢٨ ع١ ص٨٧٧)

(الطعن رقم ٦٧ لسنة ٣١ق جلسة ١٩٦٥/١١/٣٠ السنة ١٦ ع٣ ص١١٦٥)

المدينين المتضامنين الثلاثة حصصهم متساوية كما فى المثال السابق، وأن المدين الذى ورث الدائن هو الوارث الوحيد. فتكون الذمتان قد اتحدتا فى شخص المدين، وانقضى الدين باتحاد الذمة. فإذا اعتبر المدين نفسه مديناً قد وفى الالتزام التضامنى عن نفسه وعن المدينين الآخرين عن طريق اتحاد الذمة، كان له أن يرجع على شريكيه كل بمقدار حصته، فيرجع بمائة على كل منهما. وإذا اعتبر المدين نفسه قد ورث الدائن فأصبح دائناً مكانه فى الالتزام التضامنى – وهذا هو أفضل الاعتبارين بالنسبة إليه – كان له أن يطالب أيا من المدينين المتضامنين الآخرين بالدين بعد أن يستنزل حصته هو فيه، فيستوفى من أى منها مائتين، ويرجع المدين الذى وفى المائتين على شريكه بحصته فى الدين وهى مائة. وهذا ما يقضى به نص المادة ٢٨٨ سالفة الذكر.

(الصورة الثانية) أن يموت المدين فيرثه الدائن. لو كان الوارث ينتقل إليه دين مورثه، لا تحدت الذمتان، ولكنهما تتحدان هنا فى شخص الدائن وبقدر حصة المدين فى الدين. ويبقى للدائن بعد ذلك أن يطالب أيا من المدينين المتضامنين الباقيين بمائتين ويكون بذلك قد استنزل حصة المدين الذى ورثه وهى مائة. ونصل إلى نفس النتيجة عملياً لو طبقنا أحكام الشريعة الإسلامية، حيث لا ينتقل إلى الوارث دين مورثه. ذلك أن الدائن فى هذه الحالة، ولو لم ينقض الدين باتحاد الذمة وبقيت التركة مسئولة عنه؛ لا يستطيع أن يطالب أيا من المدينين المتضامنين الآخرين بأكثر من مائتين، إذ لو طالبه بكل الدين وهو ثلثمائة لجاز للمدين أن يطلب استنزال مائة هى حصة التركة التى ورثها الدائن[1].

١٩٣ – الابراء: تنص المادة ٢٨٩ من التقنين المدنى على ما يأتى:

---

(١) وإذا كانت التركة معسرة إعساراً جزئياً، فلم يستطع الدائن الوارث أن يحصل منها إلا على خمسين، فانه يرجع بالباقى من الدين وهو مائتان وخمسون على أى من المدينين الآخرين (الأستاذ إسماعيل غانم أحكام الالتزام ص٢٨٤ هامش رقم ١).

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد اتحاد الذمة: «يواجه هذا النص حكم اتحاد الذمة بين الدائن وأحد مدينيه المتضامنين. ويتحقق ذلك إما من طريق خلافة الثانى للأول، وإما من طريق خلافة الأول للثانى. وفى كلتا الحالتين لا ينقضى الدين إلا بقدر حصة هذا المدين فيه. بيد أن للمدين فى الحالة الأولى، عندما تقوم به صفة الخلافة عن الدائن، أن يرجع على باقى المدينين بصفتين: فله أن يرجع على كل منهم بقدر حصته بوصفه مديناً من بينهم، وله كذلك أن يرجع على كل منهم بجملة الدين بعد استنزال حصته بوصفه دائناً له إذ المفروض أنه أصبح خلفاً لهذا الدائن. أما فى الحالة الثانية، حيث تقوم بالدائن صفة الخلافة عن المدين، فيستبقى الدائن حقه فى الرجوع على كل من المدينين المتضامنين بجملة الدين بعد استنزال حصة هذا المدين. ويراعى أن هذه الحالة لا تتحقق فى ظل أحكام الشريعة الإسلامية، حيث يظل للدائن بعد موت مورثه المدين حق الرجوع بالدين كاملا على التركة وعلى كل من المدينين الآخرين» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٧٢).

«١- إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين، فلا تبرأ ذمة الباقين إلا إذا صرح الدائن بذلك».

«٢- فإذا لم يصدر منه هذا التصريح، لم يكن له أن يطالب باقى المدينين المتضامنين الا بما يبقى من الدين بعد خصم حصة المدين الذى أبرأه، إلا أن يكون قد احتفظ بحقه فى الرجوع عليهم بكل الدين. وفى هذه الحالة يكون لهم حق الرجوع على المدين الذى صدر الابراء لصالحه بحصته فى الدين».

وتنص المادة ٢٩٠ على ما يأتى:

«إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين من التضامن، بقى حقه فى الرجوع على الباقين بكل الدين، ما لم يتفق على غير ذلك».

وتنص المادة ٢٩١ على ما يأتى:

«١- فى جميع الأحوال التى يبرئ فيها الدائن أحد المدينين المتضامنين سواء أكان الإبراء من الدين أم من التضامن، يكون لباقى المدينين أن يرجعوا عند الاقتضاء على هذا المدين بنصيبه فى حصة المعسر منهم وفقاً للمادة ٢٩٨».

«٢- على أنه إذا أخلى الدائن المدين الذى أبرأه من كل مسئولية عن الدين، فان الدائن هو الذى يتحمل نصيب هذا المدين فى حصة المعسر»(١).

---

(١) **تاريخ النص:**

م٢٨٩: ورد هذا النص فى المادة ٤١٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة تحت رقم ٣٠١ فى المشروع النهائى. ثم وافق عليه مجلس النواب فمجلس الشيوخ، تحت رقم ٢٨٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٧٤- ص٧٥).

م٢٩٠: ورد هذا النص فى المادة ٤١٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٠٢ فى المشروع النهائى. ثم وافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٩٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٧٦).

م٢٩١: ورد هذا النص فى المادة ٤١٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، فيما عدا أن المشروع التمهيدى تضمن العبارة الآتية فى الفقرة الثانية من النص: «على أنه إذا ثبت أن الدائن أراد أن يخلى المدين الذى أبرأه من أية مسئولية عن الدين...»، فعدلت هذه العبارة فى لجنة المراجعة على الوجه الذى استقر فى التقنين المدنى الجديد «توخيا لايراد الحكم فى صورته الموضوعية دون أن تختص مسألة الاثبات بالذكر». وأصبحت المادة رقمها ٣٠٣ فى المشروع النهائى. ووافق عليها مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٩١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٧٧ وص٨١).

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق النصوص الآتية:

م١١٤/١٧٠: إذا أبرأ الدائن ذمة أحد مدينيه المتضامنين، ساغ لغيره من المدينين التمسك بذلك بقدر حصة من حصل أبراء ذمته فقط، ما لم يكن الإبراء عاما للجميع ثابتاً إذ لا يحكم فيه بالظن. =

وهذه النصوص تواجه حالتين:

(الحالة الأولى) أن يبرئ الدائن أحد المدينين المتضامنين من الدين. فإذا اقتصر الدائن

= م١٨٢/٢٤٥: وإبراء ذمة أحد المدينين المتضامنين يعتبر قاصراً على حصته فقط، وينقضى الدين بقدرها فقط.

م١٨٣/٢٤٦: لا يجوز لباقى الشركاء المتضامنين فى الدين أن يطالبوا شريكهم الحاصل له الإبراء إلا بقدر حصة الشركاء المعسرين إذا اقتضت الحال ذلك.

وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المدنى الجديد. ولم يورد التقنين المدنى السابق حالة الإبراء من التضامن، وأوردها التقنين المدنى الجديد فى المادة ٢٩٠ كما رأينا. ولكن التقنين الجديد لم يورد فى هذا الشأن إلا ما هو متفق مع القواعد العامة، فحكم الإبراء من التضامن فى التقنين القديم متفق مع حكمه فى التقنين الجديد: الموجز للمؤلف ص٥١٨).

وتقابل النصوص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى م٢٨٩- ٢٩١ (مطابقة) - وفى التقنين المدنى الليبى م٢٧٦- ٢٧٨ (مطابقة) - وفى التقنين المدنى العراقى م٣٢٦- ٣٢٨ (وهى مطابقة، فيما عدا أن المادة ٣٢٦ عراقى - وهى المقابلة للمادة ٢٨٩ مصرى - لا تورد فى فقرتها الثانية العبارة الأخيرة الواردة فى التقنين المصرى: «إلا أن يكون قد احتفظ بحقه فى الرجوع عليهم بكل الدين، وفى هذه الحالة يكون لهم حق الرجوع على المدين الذى صدر الإبراء لصالحه بحصته فى الدين». وهذه العبارة ليست إلا تطبيقاً للقواعد العامة، فيمكن الأخذ بها فى العراق دون نص)- وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى والنصوص الآتية: م٣٢- إن إسقاط الدين على أحد المديونين المتضامنين يستفيد منه سائر الموجب عليهم، إلا إذا كان الدائن قد صرح بأنه لا يريد إسقاط الدين إلا عن ذاك المديون وعلى قدر حصته منه، فعندئذ لا يستفيد المديونون الآخرون إلا بنسبة حصة المديون المبرأة ذمته (وفى هذا يختلف التقنين اللبنانى عن التقنين المصرى، ففى التقنين المصرى، كما رأينا، إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين فلا تبرأ ذمة الباقين إلا إذا صرح الدائن بذلك. أما فى التقنين اللبنانى فإبراء ذمة أحد المدينين المتضامنين يبرئ ذمة الباقين، ما لم يصرح الدائن أنه لم يرد إلا إبراء المدين بقدر حصته» - م٣٣: إن الدائن الذى يرضى بتجزئة الدين لمصلحة أحد المديونين يبقى له حق الادعاء على الآخرين بمجموع الدين، إذا لم يشترط العكس (هذا النص موفق فى الحكم للمادة ٢٩٠ مصرى)- م٣٧: إذا وجد التضامن بين المديونين أمكن كلا منهم أن يبرئ ذمة الآخرين جميعاً... بأن ينال من الدائن إسقاط مجموع الدين (ولا يختلف الحكم فى القانون المصرى عن هذا الحكم)- م٤٢: يزول التضامن حين يسقطه الدائن - م٤٣: يكون إسقاط التضامن إما عاماً وشاملا لجميع المديونين، وإما شخصياً مختصاً بواحد أو بعدة منهم. فإذا شمل الإسقاط جميع المديونين، يقسم الموجب فيما بينهم كما يقسم الموجب المتقارن. وإذا كان الإسقاط شخصياً مختصاً بواحد أو بعدة من المديونين، فإن الدائن لا يمكنه أن يطالب الذين أسقط التضامن عنهم إلا بنصيبهم، وإنما يحق له أن يقاضى سائر المديونين على وجه التضامن بمبلغ الدين كله. وإذا وقع لأحد المديونين الذين لم يشملهم إسقاط التضامن إن أصبح غير ملئ، فإن سائر المديونين، وفى جملتهم الذين استفادوا من هذا الإسقاط، يتحملون إيفاء ما يجب عليه من الدين (والمادتان ٤٢ و٤٣ من التقنين اللبنانى توافقان فى الحكم المادتين ٢٩٠ و٢٩١ من التقنين المصرى).

على هذا الإبراء، ولم يصرح بغير ذلك، افترض أنه أراد إبراء ذمة هذا المدين وحده[1]، فلا يستطيع أن يطالبه بشئ بعد هذا الإبراء، ولكنه يستطيع أن يطالب كلا من المدينين الآخرين بالدين بعد أن يستنزل حصة المدين الذى أبرأه[1]. ففى المثال السابق – الدين ثلثمائة والمدينون المتضامنون ثلاثة حصصهم متساوية – إذا أبرأ الدائن أحد المدينين، كان له أن يطالب أيا من المدينين الآخرين بمائتين، ومن وفى منهما المائتين يرجع على الآخر بمائة هى حصته من الدين[2]. فإذا كان هذا الآخر معسراً، كان للمدين الذى وفى المائتين أن يرجع على المدين الذى أبرأه الدائن بنصيبه فى حصة المعسر وهو خمسون، ما لم يتضح أن الدائن عندما أبرأ هذا المدين أراد أن يخليه من كل مسئولية عن الدين، ففى هذه الحالة يتحمل الدائن نفسه نصيب هذا المدين فى حصة المعسر، ولا يستطيع مطالبة المدين غير المعسر بالمائتين كلها بل يطالبه بمائة وخمسين.

ولكن يجوز للدائن عند إبرائه المدين أن يصرح بما انصرفت إليه نيته بالنسبة إلى المدينين الآخرين[2]. فقد يصرح أنه أراد بابرائه لأحد المدينين أن يبرئ الباقين، وعند ذلك ينقضى

---

(١) استئناف وطنى ١٩ ديسمبر سنة ١٨٩٢ الحقوق ٧ ص٣٩٣– استئناف مختلط ٢٠ أبريل سنة ١٩٣٩ م٥١ ص٢٧١.

(٢) نقض مدنى ١٠ يونيه سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٦٩ ص١٩٥ – على أنه إذا أفلس أحد المدينين المتضامنين، وتصالح معه الدائن على جزء من المدين وأبرأه من الباقى، فللدائن أن يرجع على أى المدينين المتضامنين الآخرين بكل الدين دون أن يستنزل حصة المدين المفلس فى الجزء الذى أبرأه منه الدائن. وهذا ما كانت تنص عليه المادة ٣٤٩ من التقنين التجارى السابق إذ تقول: «وللمداين مطالبة الشركاء فى الدين بتمام دينه ولو حصل الصلح مع المفلس (انظر الأستاذ محسن شفيق فى الإفلاس فقرة ٦٥١ – وانظر المادة ٥٤٥ من التقنين التجارى الفرنسى وكولان وكابيتان ٢ فقرة ٧٠٠ ص٤٧٤).

(1) اسقاط الحق بوصفه تعبيرا عن ارادة صاحبه فى التخلى عن منفعة يحميها القانون أو ينهى عنها لا يكون إلا صريحا أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على قصد الاسقاط حسبما تقضى بذلك المادة ٩٠ من القانون المدنى وعلى ذلك فان سكوت المؤجر عن استخدام حقه فى طلب فسخ عقد الايجار لمخالفه المستأجر للشرط المانع من التنازل الوارد به لا يعد قبولا ينطوى على النزول عن ذلك الحق لانتفاء اللازم بين هذا الموقف السلبى والتعبير الايجابى عن الارادة.

(الطعن رقم ٧٨٦٢ لسنة ٦٦ق جلسة ١٩٩٧/٦/٢٨)

(الطعن رقم ٢٤٠١ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٩٠/٤/٥ س٤١ ع١ ص٩٤٨)

(الطعن رقم ١٠٠ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٩/٤/٢٨ س٣٠ ع٢ ص٢١٧)

(2) التنازل الذى يتضمن ابراء الدائن مدينه من التزام ما انما هو وسيلة من وسائل اقتضاء الالتزامات، ومن ثم فانه متى صدر التنازل نهائيا فأنه ينشئ مركزا قانونيا ثابتا، ويحق للمتنازل إليه أن يطلب فى أى وقت إعمال الآثار القانونية لهذا التنازل ومن بينها ما اتخذه المتنازل من اجراءات بالمخالفة لتنازله.

(الطعن ٤٣٨ لسنة ٢٩ق جلسة ١٩٦٤/٥/٢٨ السنة ١٥ ص٧٣١)

الدين بالإبراء بالنسبة إليهم جميعاً، ولا يستطيع الدائن بعد ذلك أن يطالب أحداً منهم بشئ، ولا رجوع لأحد منهم على الآخرين. وقد يصرح، على النقيض من ذلك، أنه لم يرد بابرائه للمدين أن يبرئ المدينين الآخرين حتى من حصة المدين الذى أبرأه، وأنه يحتفظ لنفسه بحق الرجوع عليهم بكل الدين. وفى هذه الحالة لا يطالب الدائن المدين الذى أبرأه بشئ، لكنه يستطيع أن يطالب أيا من المدينين الآخرين بكل الدين، أى بثلثمائة، ولمن دفع منهما أن يرجع على الآخر بمائة وهى حصته من الدين، ويرجع كذلك على المدين الأول الذى أبرأه الدائن بمائة وهى حصته من الدين هو أيضا. فكأن إبراء الدائن للمدين مع احتفاظه بحقه فى مطالبة الآخرين بكل الدين لا يعفى المدين من دفع حصته، ولكن لا للدائن، بل للمدين الذى وفى كل الدين. وقد يجد المدين الذى وفى كل الدين شريكه الآخر معسراً فيرجع فى هذه الحالة على المدين الأول الذى أبرأه الدائن بنصيبه فى حصة المعسر، وهى خمسون، فيكون مجموع ما يرجع به عليه مائة وخمسين. وهذا ما لم يتضح أن الدائن عندما أبرأ المدين الأول أراد أن يخليه من كل مسئولية عن الدين، فعند ذلك يتحمل الدائن نفسه نصيب هذا المدين فى حصة المعسر، كما يتحمل أيضا حصة هذا المدين فى الدين ما دام قد أخلاه من كل مسئولية عنه، ولا يستطيع أن يطالب المدين غير المعسر إلا بمائة وخمسين هى حصته من الدين أضيف إليها نصيبه فى حصة المعسر[1].

(الحالة الثانية) أن يبرئ الدائن أحد المدينين المتضامنين من التضامن فقط[2]. فعندئذ لا

---

(١) وتقدير ما انصرفت إليه نية الدائن فى الإبراء مسألة واقع لا معقب على قاضى الموضوع فيها من محكمة النقض. وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا اختلف أحد المدينين المتضامنين مع الدائن فى مدى الإبراء الصادر منه وفيما إذا كان يتناول الدين برمته فيستفيد منه كلا المدينين أو هو مقصور على المدين الآخر، وعرضت المحكمة لهذا النزاع وكانت على بينة من كل ما يستند إليه المدين، ثم خلصت من بحثها وموازنتها بين حجج الطرفين إلى أن هذا الإبراء خاص بأحد المدينين دون الآخر، وكان ما ذهبت إليه من ذلك سائغاً فى تفسير الأقرار وعقد شطب بالاختصاص الصادرين من الدائن ولا يتجافى مع ما هو وارد فيهما، فلا معقب عليها فى ذلك (نقض مدنى ١٠ يونيه سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٦٩ ص١٩٥).

ولما كان الإبراء إسقاطاً فهو لا يفترض، بل يجب أن يستخلص فى وضوح وفى غير إبهام، وإذا تضمنته ورقة مكتوبة وجب أن تكون ممضاة من الدائن أو من نائب عنه مفوض له فى الإبراء (استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩٠٦ م ص٩٧).

(٢) وقد يكون فى محاسبة الدائن لأحد المدينين المتضامنين عن حصته فى الدين نزول ضمنى عن التضامن بالنسبة إليه (محكمة مصر الكلية الوطنية ١٩ يناير سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ١١٥ ص٢٩٩ – ٣ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٧ رقم ١٥٦ ص٣٢٦ – تعليق الأستاذ سليمان مرقس فى مجلة القانون والاقتصاد٧ ص٦٥٩). على أن هذا النزول الضمنى لا يستخلص حتما، وقد قضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأنه إذا طالب أحد المدينين المتضامنين بحصته فى الدين وتخالص معه عنها على هذا الوجه، فليس فى ذلك تنازل عن التضامن لمجرد أن المدين قد دفع حصته فى =

يستطيع أن يطالبه إلا بحصته فى الدين، وهى المائة[1]. ولكنه يستطيع أن يطالب كلا من المدينين الآخرين بكل الدين، أى بثلثمائة، ومتى وفى أحدهما الدين كله رجع على المدين الآخر بمائة وهى حصته فى الدين، ثم رجع على المدين الأول الذى أبرأه الدائن بمائة وهى حصته فى الدين كذلك. فإذا كان المدين الآخر معسراً، رجع المدين الذى وفى الدين كله على المدين الأول الذى أبرأه الدائن بنصيبه فى حصة المعسر تضاف إليه حصته هو فى الدين، فيرجع عليه بمائة وخمسين[2]. وقد يتفق الدائن عند إبرائه للمدين الأول من التضامن، مع هذا المدين أو مع غيره من المدينين أو معهم جميعاً، على أن يرجع على أى من المدينين الآخرين بالدين بعد استنزال حصة المدين الذى أبرأه من التضامن، فيرجع عندئذ على أى منهما بمائتين، ويرجع المدين الذى وفى المائتين على المدين الآخر بحصته فى الدين وهى مائة. فإذا كان هذا المدين الآخر معسراً، رجع المدين الذى وفى المائتين على المدين الذى أبرأه الدائن من التضامن بنصيبه فى حصة المعسر[3]. كل هذا ما لم يتضح أن الدائن عندما أبرأ المدين من التضامن أراد أن يخليه من كل مسئولية عن الدين فيما عدا حصته منه، فعندئذ ذلك يتحمل الدائن نفسه نصيب هذا المدين فى حصة المعسر، ولا يرجع على المدين الموسر إلا بمائة وخمسين[4].

=الدين، إذ أنه يبقى مع ذلك التزامه بصفته وكيلا عن باقى المدينين وهو التزام يجوز للدائن الرجوع به عليه حتى قبل أن يجرد باقى المدينين من مالهم (٣٠ مارس سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٦ رقم ٤٤٦ ص٩٦٨).

(١) قارن فى تعيين حصة المدين المبرأ من التضامن بالنسبة إلى الدائن الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص٢٣٦ - ص٢٣٧.

(٢) انظر فى اضطراب نصوص التقنين المدنى الفرنسى فى هذه المسألة وتضارب آراء الفقهاء الفرنسيين فى تفسير المادة ١٢١٠ من هذا التقنين بودرى وبارد٢ فقرة ١٢٧٩ - فقرة ١٢٨٢ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٧٨ ص٤٤٧ وفقرة ١٠٩٥.

(٣) وإذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين من التضامن، وعندما أراد الرجوع على باقى المدينين وجدهم جميعا معسرين، فانه يستطيع الرجوع على المدين الذى أبرأه من التضامن بكل الدين، فان هذا المدين بعد أبرائه من التضامن يلتزم بدفع حصته من الدين، ثم يلتزم بدفع الباقى على أساس أنه يتحمل حصص المعسرين (ديمولومب ٢٦ فقرة ٤٤٠ - كوليه دى سانتير ٥ فقرة ١٥٠ مكررة ثالثاً - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٦٣).

(٤) انظر فى اختلاف الآراء فى الفقه الفرنسى فى هذه المسألة لعدم وضوح نص المادة ١٢١٥ من التقنين المدنى الفرنسى بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٦٢ - فقرة ١٢٦٥.

وانظر فى المادتين ١٢١١ و١٢١٢ من التقنين المدنى الفرنسى وهما يضعان قرائن قانونية على وقوع الإبراء من الدائن بودرى وبارد٢ فقرة ١٢٨٣ - فقرة ١٢٨٨ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٩٧ - ولا محل لتطبيق هذه القرائن القانونية في مصر، فإن القرينة لابد فيها من نص ولم يورد التقنين المدنى المصرى هذه النصوص، فالقرينة على الأبراء فى القانون المصرى لا تكون إلا قضائية (قارن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٧٨ - ص٧٩).

ويلاحظ أن الإبراء تصرف قانونى كالتجديد، ومن ثم يتسع فيهما، كما رأينا، أن تتجه الإرادة إلى نيات مختلفة. فيقف المشرع عند إحدى هذه النيات يفترض وجودها، إلا إذا قام الدليل على وجود نية أخرى. وهذا بخلاف أسباب الانقضاء الأخرى – المقاصة واتحاد الذمة واستحالة التنفيذ والتقادم – فهذه كلها وقائع مادية لا تتسع إلا لحكم واحد لا يتغير، كما رأينا فى المقاصة واتحاد الذمة واستحالة التنفيذ، وكما سنرى فى التقادم(١).

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد الإبراء ما يأتى: «إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين، استتبع ذلك براءة ذمته من الدين، أما الباقون فلا تبرأ ذمتهم إلا إذا أعلن الدائن ذلك. فإن لم يفعل، بقى كل منهم ملزماً بأداء الدين بأسره بعد استنزال حصة من أبرئ. بيد أن للدائن أن يرجع رغم ذلك على كل من المدينين المتضامنين بكل الدين إذا احتفظ لنفسه بهذا الحق، ويكون لمن يقوم بالوفاء عن هؤلاء المدينين فى هذه الحالة حق الرجوع على من أبرئ بحصته فى الدين. ويستخلص مما تقدم أن ثمة قرينتين: (الأولى) قرينة انصراف إرادة الدائن إلى عدم إبراء سائر المدينين، ما لم يعلن خلاف ذلك. (والثانية) قرينة انصراف إرادة الدائن إلى إبراء ذمتهم من حصة المدين الذى صدر الإبراء لصالحه، ما لم يحتفظ لنفسه بحق الرجوع بجملة الدين. أما إذا اقتصر الدائن على إبراء أحد المدينين المتضامنين من التضامن، فلا ينهض هذا الإبراء قرينة على أن نيته قد انصرفت إلى إبراء ذمة الباقين من حصة من أبرئ، وعلى ذلك يكون للدائن أن يرجع على كل من هؤلاء المدينين بجملة الدين، ما لم يصرح أنه أبرأ ذمتهم من حصة من صدر الإبراء لصالحه. ولا يجوز له فى أى حال أن يرجع على من أبرئ من التضامن إلا بقدر حصته فى الدين ..... ويستخلص مما تقدم أن الدائن إذا أبرأ أحد المدينين المتضامنين من الدين أو من التضامن، فله أن يرجع على كل من الباقين بكل الدين، بعد استنزال حصة من أبرئ أو دون استنزال هذه الحصة، ولا يكون لمن يقوم بالوفاء من المدينين بجملة الدين بعد استنزال حصة المدين الذى أبرأه الدائن أن يرجع بشئ على هذا المدين، ولكن يثبت له حق الرجوع عليه بحصته لو أنه قام بالوفاء بجملة الدين دون أن يستنزل تلك الحصة. فلو فرض مثلا أن مدينين أربعة التزموا على وجه التضامن بالوفاء بدين قدره ١٢٠٠ جنيه، وأن دائنهم أبرأ أحدهم من الدين أو من التضامن، فلهذا الدائن أن يرجع على كل من الثلاثة الباقين بمبلغ ٩٠٠ جنيه أو بمبلغ ١٢٠٠ جنيه على حسب الأحوال. فإذا اقتصر أحد هؤلاء الثلاثة على الوفاء بمبلغ ٩٠٠ جنيه، فليس له الرجوع بشئ على من أبرئ. أما إذا أدى مبلغ ١٢٠٠ جنيه، فله أن يرجع عليه بمبلغ ٣٠٠ جنيه. وله أن يرجع، فى كلتا الحالتين، على كل من المدينين الآخرين بمبلغ ٣٠٠ جنيه. ولو فرض أن أحد هذين المدينين معسر لا مال له، فلا يكون لمن قام بالوفاء إلا أن يرجع على المدين الموسر، وفى هذه الحالة يتحمل من أبرئ من المدينين، سواء ألزم بأداء مبلغ ٣٠٠ جنيه. أم برئت ذمته براءة تامة، نصيبه فى تبعة هذا الإعسار، فيؤدى فضلا عن حصته فى الدين (مبلغ ٣٠٠ جنيه) مبلغ ١٠٠ جنيه عند الاقتضاء وهو نصيبه فى حصة المعسر. على أن هذا الحكم لا يعدو أن يكون مجرد تفسير لنية المتعاقدين، فهو يقوم على قرينة يجوز نقض دلالتها باثبات العكس. فإذا أثبت من أبرئ من المدينين أن إرادة الدائن قد انصرفت إلى إبرائه من كل مسئولية عن الدين، تحمل الدائن نصيب هذا المدين فى تبعة إعسار من يعسر من المدينين المتضامنين: وهو مبلغ ١٠٠ جنيه فى الفرض الذى تقدمت الاشارة إليه» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٧٨– ص٨٠).

١٩٤ – التقادم: تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٩٢ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«إذا انقضى الدين بالتقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين، فلا يستفيد من ذلك باقى المدينين إلا بقدر حصة هذا المدين»(١).

ويمكن أن نتصور انقضاء الدين بالتقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين دون الآخرين فى فروض مختلفة. من ذلك أن يكون الدائن قد قطع التقادم بالنسبة إلى المدينين المتضامنين ما عدا واحداً منهم أغفل أن يقطع التقادم بالنسبة إليه، وسنرى أن قطع التقادم بالنسبة إلى بعض المدينين المتضامنين لا يعتبر قطعا للتقادم بالنسبة إلى الآخرين. فيستمر التقادم فى سريانه بالنسبة إلى هذا المدين، وقد يكتمل دون أن يكتمل التقادم الذى انقطع

---

(١) **تاريخ النص**: ورد هذا النص فى الفقرة الأولى من المادة ٤١٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «إذا انقضى الدين بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين بسبب التقادم، فلا يستفيد من ذلك باقى المدينين. على أنه إذا أجبر أحد المدينين على وفاء الدين، كان له حق الرجوع على الباقين، حتى من انقضى التزامه بالتقادم». وفى لجنة المراجعة عدل النص تعديلا جعل حكمه متفقاً مع الأحكام الأخرى الخاصة بأسباب انقضاء الالتزام، وأصبح مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، وصار رقمه ١/٣٠٤ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ١/٢٩٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٨٢ وص٨٤ – ص٨٥).

ولم يرد لهذا النص مقابل فى التقنين المدنى السابق، ولكنه لما لم يكن إلا تقريراً للمبدأ العام الذى أخذ به هذا التقنين، فقد كان يمكن العمل به فى عهده. وكانت المادة ٢٧١/٢٠٧ من التقنين المدنى السابق تنص على ما يأتى: «إذا ترك أحد المدينين المتضامنين أو المدين الأصلى حقه فى التمسك بمضى المدة الموجب لتخلصه من الدين، فلا يضر ذلك بباقى المدينين المتضامنين وبالكفيل الذين تخلصوا من التزاماتهم بمضى المدة». وهذا الحكم، كما سنرى، يمكن الأخذ به فى عهد التقنين المدنى الجديد، فهو موافق للمبدأ العام المقرر فى هذا التقنين.

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ١/٢٩٢ (وهى مطابقة) – وفى التقنين المدنى الليبى المادة ١/٢٧٩ (وهى مطابقة) – وفى التقنين المدنى العراقى المادة ١/٣٢٩ ونصها كالآتى: «إذا كانت دعوى الدين بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين لا يجوز سماعها بسبب التقادم، استفاد من ذلك باقى المدينين بقدر حصة المدين الذى لا يجوز سماع الدعوى ضده» (وحكم هذا النص موافق لحكم التقنين المصرى) – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣٤٧ ونصها كالآتى: «يحق لكل مديون متضامن وللكفيل الإدلاء بمرور الزمن تجاه الدائن، كما يحق لدائن آخر للمديون أن يدلى به على الطريقة غير المباشرة» (ولم يبين النص فى وضوح الحكم فيما إذا تمسك أحد المدينين المتضامنين بالتقادم الذى تم لمصلحة مدين آخر. ولكن يظهر من نص المادة ٣٦١ – وتنص على «أن حكم مرور الزمن لا يقتصر على إسقاط حق الدائن فى إقامة الدعوى، بل يسقط أيضاً الموجب نفسه، فلا يمكن بعد ذلك الاستفادة منه بوجه من الوجوه، لا باقامة دعوى ولا بتقديم دفع» – أن التقادم يبرئ ذمة باقى المدينين المتضامنين، وإن كان الأمر غير واضح وضوحاً كافياً. فإن صح هذا التفسير، فإن التقنين اللبنانى يختلف حكمه فى هذه المسألة عن حكم التقنين المصرى).

بالنسبة إلى المدينين الآخرين. ومن ذلك أيضاً أن يكون أحد المدينين المتضامنين دينه مؤجل، والثانى دينه معلق على شرط، والثالث منجز، فلا يسرى التقادم بالنسبة إلى الأولين إلا بعد حلول الأجل وإلا بعد تحقق الشرط، ويسرى التقادم فورا بالنسبة إلى الثالث فيكتمل فى وقت لم يكتمل فيه بالنسبة إلى الأولين.

فإذا وقع ذلك، وانقضى الدين بالتقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين دون أن ينقضى بالنسبة إلى الآخرين، فان الدائن لا يستطيع أن يطالب من انقضى دينه بالتقادم بشئ بعد انقضاء دينه. ولكن يستطيع مطالبة أيا من المدينين الآخرين الذين لم ينقض دينهم بالدين بعد أن يستنزل منه حصة المدين الذى انقضى دينه بالتقادم. ففى المثل السابق – الدين ثلثمائة والمدينون المتضامنون ثلاثة حصصهم متساوية – إذا انقضى دين الأول بالتقادم، فان الدائن يرجع على أى من المدينين الآخرين بمائتين، ومن دفع منهما المائتين يرجع على الآخر بمائة وهى حصته فى الدين(١).

فإذا كان من دفع المائتين عند رجوعه على الآخر بالمائة وجده معسراً، فانه يرجع على المدين الذى انقضى دينه بالتقادم بنصيبه فى حصة المدين المعسر، أى يرجع عليه بخمسين، ويتحمل هو فى النهاية مائة وخمسين هى حصته فى الدين أضيف إليها نصيبه هو فى حصة المدين المعسر. ولا يعترض على هذا الحكم بأن المدين الذى انقضى دينه بالتقادم لا يجوز الرجوع عليه بشئ بعد أن انقضى دينه، ذلك لأن المدين الذى دفع المائتين لا يرجع عليه بالدين القديم الذى انقضى بالتقادم، وإنما يرجع عليه بدعوى الوكالة أو الفضالة كما سنرى، وهذه الدعوى لا يبدأ سريان التقادم بالنسبة إليها لا من وقت دفع المائتين. ونرى من ذلك أن المدين الذى انقضى دينه بالتقادم، إذا هو أمن مطالبة الدائن له، فانه لا يأمن رجوع

---

(١) أما فى القانون الفرنسى فمن الفقهاء من يذهب إلى هذا الرأى (كولميه دى سانتير ٥ فقرة ١٤٢ مكررة خامساً– لوران ١٧ فقرة ٣٣٥)، ومنهم من يذهب إلى أن المدين المتضامن يحتج بالتقادم الذى اكتمل بالنسبة إلى مدين غيره، لا بقدر حصة هذا المدين فحسب، بل بكل الدين، فتبرأ ذمة المدينين جميعاً إذا اكتمل التقادم بالنسبة إلى أحدهم ولو لم يتكامل بالنسبة إلى الآخرين (ديمولومب ٢٦ فقرة ٤١٣– فقرة ٤١٤– بودرى وبارد٢ فقرة ١٢٥٢– فقرة ١٢٥٣).

ويجب التمسك بالتقادم، إما من المدين الذى انقضى دينه به، وإما من مدين آخر إذا بدأ الدائن بالرجوع عليه قبل الأول (الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص٢٣٩– الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٠٢ ص٢٨٧). وإذا انقضى الدين بالتقادم بالنسبة إلى الجميع، ثم لم يتمسك أحدهم به أو نزل عنه، فسنرى (انظر ما يلى فقرة ١٩٦) أن ذلك لا يضر بالآخرين (انظر أيضاً المادة ٢٧١/٢٠٧ من التقنين المدنى السابق – وانظر الأستاذ عبد الحى حجازى١ ص٢٣٩). كذلك إذا اكتمل التقادم لأحد المدينين، ورجع الدائن على مدين غيره فلم يتمسك هذا بالتقادم ليستنزل حصة المدين الذى تقادم دينه، بل دفع الدين كله، فليس له أن يرجع على المدين الذى تقادم دينه بحصته فى الدين (الأستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام ص٢٨٧ هامش رقم ٢).

مدين آخر يطالبه بنصيبه فى حصة مدين معسر، ولا يستطيع أن يتخلص من هذه المطالبة بالرغم من تقادم دينه الأصلى.

٣- الآثار الثانوية للتضامن بين المدينين

١٩٥- المبدأ العام: قدمنا أن للتضامن آثاراً ثانوية (effets secondaires) ترجع إلى قيام نيابة تبادلية بين المدينين المتضامنين، بموجبها يكون كل مدين متضامن ممثلا للآخرين ونائبا عنهم فيما ينفعهم لا فيما يضرهم[1].

---

(١) أما فى فرنسا فالنيابة التبادلية ما بين المدينين المتضامنين كانت معروفة منذ عهد القانون الفرنسى القديم، قال بها ديمولان وبوتييه من بعده، ثم تبعهما فى ذلك فقهاء القانون الفرنسى الحديث. والنيابة التبادلية، كما هى مفهومه فى فرنسا فى العصر الحاضر، وكما كانت مفهومة فى مصر فى عهد التقنين المدنى السابق تبعاً للفقه الفرنسى، تقضى بأن كل مدين يمثل سائر المدينين المتضامنين فيما يحفظ الالتزام، وفيما يستبقيه، لا فيما يزيد عن عبئه (ad conservandam vel perpetuandum, non ad augendam). ومن ثم يكون إعذار أحد المدينين المتضامنين إعذاراً للباقين، وتكون مطالبته القضائية مطالبة للباقين، ويكون قطع التقادم بالنسبة إليه قطعاً للتقادم بالنسبة إلى الباقين، ويكون الحكم عليه حكماً على الباقين، وفى هذا كله مثل المدين المتضامن سائر المدينين فيما يضر وإن كان لا يزيد من عبء الالتزام. على أن من يراجع نصوص التقنين المدنى الفرنسى فى التضامن، وتضارب آراء الفقهاء فى تفسيرها، يدرك أن هذه النصوص لم تنتظمها وحدة دقيقة من منطق منسجم. انظر فى هذا المعنى بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢١٣- بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٨٣ ص٤٥٤ - ص٤٥٥. وقد التزم التقنين المدنى المصرى الجديد فى نصوصه التى أوردها فى هذا الموضوع الهام، كما سنرى، هذه الوحدة الدقيقة، ولم يحد عنها فى أى نص، إذ جعل النيابة التبادلية تقوم فى جميع الأحوال فيما ينفع سائر المدينين المتضامنين لا فيما يضرهم، فتمحضت هذه النيابة لمصلحة المدينين.

ويذهب دى باج إلى أن فكرة النيابة التبادلية فى القانون الفرنسى تهدف إلى غرض عملى محض، هو تقوية التضامن وجعله ينتج أبعد الآثار لمصلحة الدائن، فيستطيع هذا بإجراء يتخذه قبل مدين واحد أن يحدث الآثار التى تنتج فيما لو اتخذ هذا الإجراء قبل جميع المدينين (دى باج ٣ فقرة ٣٥٨ ص٣٢٧). وإذا أخذنا بهذا الرأى، تبين أن فكرة النيابة التبادلية فى فرنسا إنما هى لتقوية ضمان الدائن، أما فى مصر فقد أصبحت فى عهد التقنين المدنى الجديد متمحضة لمصلحة المدينين (انظر الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٣٠٢ ص٢٩٠).

ويستعرض بودرى وبارد التقنينات الأجنبية المختلفة، فيما يتعلق بآثار التضامن، ليقارن فيما بينها. فبعضها يسير على غرار التقنين الفرنسى، كما هى الحال فى التقنين البرتغالى وفى التقنين الشيلى وفى التقنين المصرى السابق. وبعضها يوسع فى آثار التضامن ويزيد فيها على التقنين الفرنسى، كما فعل التقنين الأسبانى إذ جعل سائر المدينين المتضامنين مسئولين عن خطأ أحدهم، وكما فعل التقنين الأرجنتينى إذ جعل اتحاد الذمة يقضى الدين كله بالنسبة إلى جميع المدينين، وكما فعل التقنين =

وقد طبق التقنين المدنى هذا المبدأ العام تطبيقات تشريعية مختلفة:

(١) فإذا انقطعت مدة التقادم أو وقف سريانه بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين، لم يضر ذلك بباقى المدينين ولم يجز للدائن أن يتمسك بقطع التقادم أو بوقفه قبلهم.

(٢) وإذا ارتكب أحد المدينين المتضامنين خطأ فى تنفيذ التزامه يستوجب مسئوليته، لم يضر ذلك بباقى المدينين.

(٣) وإذا أعذر الدائن أحد المدينين المتضامنين أو طالبه مطالبة قضائية، لم يضر ذلك المدينين الآخرين، ولم ينتج الإعذار أو المطالبة القضائية أثراً بالنسبة إليهم. لكن إذا أعذر أحد المدينين المتضامنين الدائن، نفع هذا باقيهم وأفادوا من هذا الإعذار.

(٤) وإذا تصالح الدائن مع أحد المدينين المتضامنين وتضمن الصلح الإبراء من الدين أو براءة الذمة منه بأية وسيلة أخرى أو أى نفع للمدين، أفاد الباقون من ذلك. أما إذا كان من شأن هذا الصلح أن يرتب فى ذمة المدين التزاماً جديداً أو يزيد فيما هو ملتزم به أو يسوئ مركزه على أية صورة من الصور، فان هذا الصلح لا يضر الباقين ولا ينفذ فى حقهم إلا إذا قبلوه.

(٥) وإذا أقر أحد المدينين المتضامنين بالدين، لم يضر هذا الإقرار بباقى المدينين واقتصرت حجيته على المقر دون أن تسرى فى حق الباقين. أما إذا أقر الدائن لأحد المدينين المتضامنين، أفاد الباقون من إقراره.

(٦) وإذا وجه الدائن اليمين إلى أحد المدينين المتضامنين دون غيره فحلف، أفاد باقى المدينين من ذلك. أما إذا نكل، لم يضار بنكوله الباقون. كذلك إذا وجه أحد المدينين

=الإيطالى السابق إذ جعل كل مدين يحتج بقدر حصته فى الدين بالمقاصة التى وقعت لأحد منهم. وبعضها يضيق من آثار التضامن، وقد فعل ذلك بنوع خاص التقنين الألمانى. ففى هذا التقنين لا أثر للتضامن إلا فيما يتعلق بالوفاء والوفاء بمقابل والمقاصة، إما الإعذار والخطأ واستحالة التنفيذ والتقادم وقطعه ووقفه واتحاد الذمة والحكم فلا أثر للتضامن فيها. فالتقنين الألمانى يستبعد فكرة النيابة التبادلية ويضيق كثيراً من الآثار الأخرى للتضامن، ولكنه من جهة أخرى يوسع من حالاته: فالتضامن يفترض فى العقد، والورثة متضامنون فى تنفيذ التزامات المورث. ويتضح من ذلك ألا محل فى التقنين الألمانى للتمييز بين التضامن الكامل والتضامن الناقص، ما دامت فكرة النيابة التبادلية، وهى التى تميز بين النوعين، قد استبعدت. والتقنين السويسرى يقرر أن المدين المتضامن لا يستطيع بعمله أن يسوئ مركز المدينين الآخرين، فمطالبة أحد المدينين بالفوائد لا يجعلها تسرى فى حق الآخرين، ولكن قطع التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين يقطعه بالنسبة إلى الباقين لتوقى مضاعفة مصروفات قطع التقادم. ويوسع التقنين السويسرى هو أيضاً من حالات التضامن، فالوكلاء وحافظو الوديعة متضامنون إذا تعددوا، ولكنه لا يفترض التضامن فى العقد بوجه عام (انظر فى كل ذلك بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٠٧ فقرة ١٣١١ – وانظر فى المقارنة بين التقنين الفرنسى والتقنين الألمانى بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٨٨).

المتضامنين اليمين إلى الدائن فحلف، لم يضار بذلك باقي المدينين، أما إذا نكل، أفاد من نكوله الباقون.

(٧) وإذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين، لم يسر هذا الحكم في حق الباقين ولم يحتج به عليهم. أما إذا صدر الحكم لصالح أحدهم، أفاد الباقون منه، إلا إذا كان الحكم مبنياً على سبب خاص بالمدين الذى صدر الحكم لصالحه[١].

هذه هى التطبيقات التشريعية للمبدأ العام السالف الذكر، نستعرضها على التعاقب تفصيلا فيما يلى. وقد سبقت الإشارة إلى أن هذه الآثار الثانوية للتضامن السلبى لا تحدث فيما أسميناه بالالتزام التضامنى (obligation in solidum)، ففى هذا الالتزام لا تكون هناك نيابة تبادلية بين المدينين المتعددين، إذ لا توجد رابطة مشتركة بينهم أكثر من أن كلا منهم مدين بنفس الدين. فإذا أعذر أحدهم الدائن لم يفد الباقون من ذلك، وإذا أعذر الدائن أحدهم لم يسر الإعذار في حق الباقين. وإذا أقر الدائن لأحدهم لم يفد الباقون من الإقرار، وإذا أقر أحدهم للدائن لم يسر الإقرار في حق الباقين. وقل مثل ذلك فى سائر الآثار الثانوية.

١٩٦- انقطاع التقادم أو وقفه بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين: تنص الفقرة الثانية من المادة ٢٩٢ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«وإذا انقطعت مدة التقادم أو وقف سريانه بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين، فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقي المدينين»[٢].

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٨٣.

(٢) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى الفقرة الثانية للمادة ٤١٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢/٣٠٤ من المشروع النهائى. ثم وافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢/٢٩٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٨٢ وص٨٤- ص٨٥).

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ١٦٦/١١٠، ونصها ما يأتى: «مطالبة أحد المدينين المتضامنين مطالبة رسمية وإقامة الدعوى عليه بالدين يسريان على باقى المدينين». وقد كتبنا فى الموجز فى عهد التقنين المدنى السابق فى هذا الصدد ما يأتى: «والفكرة الأخرى الجوهرية فى علاقة المدينين المتضامنين بعضهم بالبعض الآخر هى النيابة التبادلية. فكل مدين نائب عن بقية المدينين فيما لا يزيد من عبء الالتزام. وإلى هذا تشير المادتان ١٦٧/١١١: لا يجوز لأحد المدينين المتضامنين أن ينفرد بفعل ما يوجب الزيادة على ما التزم به باقى المدينين. فإذا كان الدين غير قابل للتحويل، وقبل تحويله أحد المدينين المتضامنين، فلا يسرى هذا القبول على المدينين الآخرين، إذ لا نيابة فيما يزيد عبء الالتزام. كذلك إذا قبل أحد المدينين المتضامنين أن يدفع فوائد لم يكن ملزماً بدفعها، أو أن يزيد فى الفوائد التى التزم بدفعها، فإن هذه الزيادة فى عبء الدين لا تسرى فى حق المدينين الآخرين. أما فى حدود الالتزام، فكل مدين نائب عن المدينين الآخرين، وتترتب على هذه النيابة التبادلية النتائج الآتية: (١) إعذار الدائن لأحد المدينين المتضامنين يعتبر إعذاراً للباقين، وتتولد آثار الإعذار بالنسبة لجميع =

قد يقطع الدائن التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتقاضين، بأن يطالبه بالدين مطالبة قضائية أو يرسل إليه تنبيهاً (commandement) أو يوقع عليه حجزاً أو يحصل منه على

=المدينين المتضامنين، بما فى ذلك التعويض عن التأخر وضمان الهلاك. (٢) مطالبة الدائن لأحد المدينين المتضامنين مطالبة قضائية تعتبر مطالبة للباقى، وتتولد آثار المطالبة القضائية بالنسبة لجميع المدينين المتضامنين، بما فى ذلك قطع سريان التقادم واستحقاق الفوائد. وإلى هاتين النتيجتين تشير المادتان ١١٦/١١ - : مطالبة أحد المدينين المتضامنين مطالبة رسمية وإقامة الدعوى عليه بالدين يسريان على باقى المدينين (٣) الحكم على أحد المدينين المتضامنين حكم على الباقى، ألا إذا ثبت أن المدين المحكوم عليه متواطئ مع الدائن أو أنه أهمل فى الدفاع عن حقه أو ثبت أن أحد المدينين غير المحكوم عليهم عنده دفوع خاصة به. ومن باب أولى إذا صدر الحكم لصالح أحد المدينين المتضامنين، استفاد منه الباقى، وقد رأينا تطبيق هذا المبدأ فى تضامن الدائنين. فالقاعدة إذن أن المدين المتضامن أو الدائن المتضامن يمثل شركاءه المتضامنين معه فى الدعوى التى يدخل طرفا فيها، فإذا حكم له أو عليه تعدى أثر هذا الحكم إلى شركائه بفضل هذه النيابة التبادلية. إلا أن هؤلاء الشركاء يستطيعون أن يدفعوا عنهم أثر حكم لم يصدر لصالحهم، إذا أثبتوا أن شريكهم الذى دخل طرفا فى الدعوى قد تواطأ مع من صدر الحكم لمصلحته، أو أنه أهمل فى الدفاع عن حقه، ويستطيع أحد الشركاء كذلك أن يدفع عنه أثر الحكم إذا ثبت أن عنده دفوعا خاصة به من شأنها أن تحول الحكم لمصلحته. ومعنى أن الحكم على أحد المدينين المتضامنين أوله حكم على الباقى أو لهم أن هذا الحكم يكون حجة عليهم أو لهم، وليس معناه أن المدين المتضامن الذى لم يكن طرفا فى الدعوى ينفذ عليه أو ينفذ بمقتضى هذا الحكم. وإذا صدر الحكم لصالح الدائن فى مواجهة جميع المدينين المتضامنين فإن المعارضة أو الاستئناف أو النقض الذى يرفعه أحد هؤلاء المدينين يفيد الباقين حتى لو لم يطعنوا فى الحكم بأنفسهم» (الموجز للمؤلف فقرة ٥١٠) - انظر أيضاً المذكرة الإضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٨٣.

ويتبين مما قدمناه أن التقنين المدنى السابق كان يتضمن مبدأ يقضى بالنيابة التبادلية ما بين المدينين المتضامنين والدائنين المتضامنين لا فيما ينفع فحسب، بل أيضاً فيما يضر، إلا إذا كان فى ذلك زيادة فى عبء الدين كأن تزيد فوائده أو أن يصبح قابلا للتحويل (استئناف أهلى ١٧ مارس سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ص٢١٨ - استئناف مصر ٣١ مارس سنة ١٩٤٣ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ٢٢١). أما ما ينتج من الآثار من الإعذار والمطالبة القضائية، كاستحقاق التعويض وتحمل تبعة الهلاك وسريان الفوائد وقطع التقادم، فهذا كله لا يعتبر زيادة فى عبء الدين، إذ هو من النتائج الطبيعية للدين ذاته، وهو وإن كان ضاراً بالمدينين المتضامنين الآخرين إلا أنه يسرى فى حقهم بمقتضى هذه النيابة التبادلية فيما ينفع وفيما يضر إلا ما يزيد فى عبء الدين. وقد جارى التقنين المدنى السابق فى كل هذا الفقه الفرنسى، كما بينا فيما تقدم.

ويتضح من ذلك أن الآثار الثانوية للتضامن - وهى التى نحن بصددها - يختلف فيها التقنين السابق عن التقنين الجديد. ففى التقنين السابق، قطع التقادم ووقفه فى حق أحد المدينين المتضامنين يكون قطعاً للتقادم ووقفاً له فى حق الآخرين، وإعذار أحد المدينين المتضامنين أو مطالبته مطالبة قضائية يسرى فى حق المدينين الآخرين، وكذلك يحتج بالحكم الصادر فى مواجهة أحد المدينين المتضامنين وبالاجراءات الصحيحة المتخذة قبله على الباقين (استئناف مصر ١٥ يونيه سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ =

إقرار بالدين أو يقوم بأى عمل آخر من الأعمال التى تقطع التقادم (م٣٨٣- ٣٨٤ مدنى). ولما كان هذا المدين لا يمثل باقى المدينين ولا ينوب عنهم فى الأعمال التى تضر بهم، وكان قطع التقادم ضاراً بهم إذ أن من مصلحتهم أن يستمر التقادم فى سريانه ولا ينقطع، فان التقادم فى هذه الحالة لا ينقطع إلا بالنسبة إلى المدين الذى قطع الدائن التقادم معه وحده، ويستمر التقادم سارياً بالنسبة إلى الباقى حتى يكتمل. ومن ثم جاز أن يكتمل التقادم فى حق بعض المدينين المتضامنين دون أن يكتمل فى حق بعض آخر، كما رأينا فيما تقدم. ومن أجل ذلك أيضاً إذا أراد الدائن أن يقطع التقادم فى حق جميع المدينين المتضامنين، وجب عليه أن يتخذ إجراء قطع التقادم بالنسبة إلى كل منهم حتى ينقطع التقادم فى حق الجميع[1]. وقد قدمنا مثل ذلك فى التضامن الإيجابى ولكن

=رقم ٢٥٨ ص٥٢٤- الجيزة ٤ يناير سنة ١٩٣٩. المجموعة الرسمية ٤١ رقم ١٧٦- استئناف مختلط ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٠٨ م٢١ ص٣٣- ٦ أبريل سنة ١٩١١ م٢٣ ص٢٤٩- ١٠ نوفمبر سنة ١٩١٩ جازيت ١٠ رقم ٨٥ ص٨٨- ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٢ جازيت ١٢ رقم ١٩٣ ص٣٣٥- ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ م٤٥ ص٢٩- ١٦ مارس سنة ١٩٣٧ م٤٩ ص١٤٦- ٤ مايو سنة ١٩٣٨ م٥٠ ص٢٧٨. ولكن انظر عكس ذلك: استئناف مصر ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٤٩١ ص١١٦٢- استئناف أسيوط ١٠ ديسمبر سنة ١٩٤٢ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ١١٣).

وفيما استحدثه التقنين الجديد من أحكام فى هذا الشأن لا يسرى هذا التقنين بأثر رجعى، فتبقى أحكام التقنين السابق سارية على الالتزامات التضامنية التى نشأت قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩، ولو صدر الإعذار أو وقعت المطالبة القضائية أو قطع التقادم أو صدر الحكم بعد هذا التاريخ، إذ العبرة بتاريخ نشوء الالتزام التضامنى، فهو ينشأ خاضعاً للنظام القانونى الذى كان سارياً وقت نشوئه.

ويقابل نص المادة ٢/٢٩٢ من التقنين المدنى المصرى الجديد فى التقنينات المدنية العربية الأخرى:

فى التقنين المدنى السورى المادة ٢/٢٩٢ (وهى مطابقة).

وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢/٢٧٩ (وهى مطابقة).

وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٢/٣٢٩ (وهى مطابقة).

وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٢/٣٦ و٣، وتجريان على الوجه الآتى:

إن الأسباب التى توقف حكم مرور الزمن يمكن إبقاؤها شخصية ومختصة بأحد الدائنين ولكن الأسباب التى تقطع مرور الزمن بالنظر إلى أحد المديونين المتضامنين تقطعه أيضاً بالنظر إلى الآخرين - ويختلف التقنين اللبنانى، كما نرى، فى قطع التقادم عن التقنين المصرى. ففى التقنين اللبنانى - كما كان الأمر فى التقنين المصرى السابق وكما هو الأمر الآن فى التقنين الفرنسى - قطع التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين يقطعه بالنسبة إلى الباقين.

(١) أما فى فرنسا فقطع التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين يكون قطعاً للتقادم بالنسبة إلى الباقين (المادة ١٢٠٦ من التقنين المدنى الفرنسى وانظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢١٤ - فقرة ١٢٢١). ولكن وقف التقادم بالنسبة إلى أحدهم لا يكون وقفاً له بالنسبة إلى الباقين (انظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٢٢ - فقرة ١٢٢٣).

بنتيجة عكسية، فإذا قطع أحد الدائنين المتضامنين التقادم فى حق المدين، أفاد هذا العمل باقى الدائنين، وانقطع التقادم لمصلحة الجميع(١).

وقد يقف التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين دون الباقى. ويتحقق ذلك مثلا بأن تكون زوجة دائنة لزوجها ومعه مدينون آخرون متضامنون فى نفس الدين، أو بأن يكون قاصر دائناً لوصية ومع الوصى مدينون آخرون متضامنون. ففى هذه الحالة يقف التقادم بين الزوجة وزوجها لقيام المانع الأدبى (م١/٣٨٢ مدنى)، وبين القاصر ووصيه لقيام علاقة الأصيل بالنائب (م١/٣٨٢ مدنى). ولما كان وقف التقادم ضاراً بالمدينين المتضامنين الآخرين، فان المدين الذى وقف التقادم فى حقه لا يكون ممثلا للباقين فيما يضرهم، ومن ثم لا يقف التقادم في حق المدينين المتضامنين الآخرين وإن وقف فى حق الزوج وفى حق الوصى. هذا إلى أن أسباب وقف التقادم متصلة بشخص طرفى الالتزام، فيقتصر أثرها عليهما. فلابد إذن من أن يقوم سبب وقف التقادم فى حق كل مدين متضامن على حدة، حتى يقف فى حق الجميع. ومن هنا جاز أيضاً أن يكتمل التقادم بالنسبة إلى بعض المدينين المتضامنين، دون أن يكتمل بالنسبة إلى بعض آخر، بأن يكون موقوفاً بالنسبة إلى هذا البعض وحده. أما فى التضامن الإيجابى، فقد رأينا أنه إذا قام بأحد الدائنين المتضامنين سبب لوقف التقادم، فان التقادم يقف بالنسبة إليه وحده دون سائر الدائنين المتضامنين، وإن كان وقف التقادم يفيدهم وكان ينبغى وفقاً للمبدأ العام أن يتعدى أثره إليهم، ولكن لما كانت أسباب وقف التقادم متصلة بشخص طرفى الالتزام، فان الأثر يقتصر على من قام بشخصه سبب الوقف(٢).

هذا وقد يقع أن يتمسك بعض المدينين المتضامنين بالتقادم دون بعض آخر، فى غير صورتى انقطاع التقادم ووقفه. إذ يجوز أن يكتمل التقادم بالنسبة إلى جميع المدينين المتضامنين، ويستطيع كل منهم أن يدفع بسقوط الدين بالتقادم(1). ولكن لما كان يجوز

---

(١) انظر آنفا فقرة ١٤٤.

(٢) انظر آنفا فقرة ١٤٤.

(1) إن المادة ١/٣٨٧ من القانون المدنى إذ نصت على أنه «لا يجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو طلب دائنيه أو أى شخص له مصلحة فيه ولم يتمسك به المدين، فقد افادت بذلك ان إبداء الدفع بالتقادم المسقط قاصر على من له مصلحة فيه. ولا ينتج هذا الدفع أثره إلا فى حق من تمسك به. وانه وان جاز للمدين المتضامن طبقا للمادة ٢٩٢ من القانون المدنى أن يدفع بتقادم الدين بالنسبة إلى مدين متضامن آخر بقدر حصة هذا المدين إلا أنه إذا ابدى احد المدينين المتضامنين هذا الدفع فان أثره لا يتعدى إلى غيره من المدينين المتضامنين الذين لم يتمسكوا به.

(الطعن رقم ١٤٩ سنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٨/٤/٢ س ١٩ ص٦٨٩)

(جلسة ١٩٦٤/١٢/٣١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ ص١٢٤٨) =

للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها بل يجب أن يدفع به المدين (م٣٨٧ مدنى)، فقد يترك بعض المدينين المتضامنين هذا الدفع فلا يسقط الدين بالتقادم بالنسبة إليهم. وفى هذه الحالة يكون ترك الدفع بالتقادم من بعض المدينين ضاراً بالباقى، فلا يسرى فى حقهم، ويجوز أن يدفعوا هم بالتقادم بالرغم من ترك الآخرين لهذا الدفع. وقد كان فى التقنين المدنى السابق نص صريح فى هذا المعنى، وهو يقضى بأنه «إذا ترك أحد المدينين المتضامنين أو المدين الأصلى حقه فى التمسك بمضى المدة الموجبة لتخلصه من الدين، فلا يضر ذلك بباقى المدينين المتضامنين وبالكفيل الذين تخلصوا من التزامهم بمضى المدة» (٢٢٧/٢٠٧ مدنى قديم). ولكن لما كان هذا الحكم ليس إلا تطبيقاً للمبدأ العام السالف الذكر، فانه واجب التطبيق دون نص فى عهد التقنين المدنى الجديد[1].

١٩٧- خطأ أحد المدينين المتضامنين فى تنفيذ التزامه: تنص الفقرة الأولى من المادة

= ب- الدفع بسقوط الحق فى المطالبة بالدين بالتقادم هو من الدفوع المتعلقة بموضوع الدعوى، وإذ كان الثابت من الأوراق أن الطاعنين لم يتمسكوا بهذا الدفع أمام محكمة الموضوع فأنه يعتبر سببا جديدا لا يجوز التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض.

(جلسة ١٩٧٦/١١/١٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ ص١٥٨٣)

(جلسة ١٩٧٧/١٢/١٥ الطعن رقم ٩٣ سنة ٣٩ق)

(١) وإذا كان قطع التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين لا يكون قطعاً له بالنسبة إلى الآخرين، فمن باب أولى لا يكون قطع التقادم بالنسبة إلى الكفيل ولو كان متضامناً مع المدين الأصلى قطعا للتقادم بالنسبة إلى المدين الأصلى. وهذا الحكم صحيح حتى فى عهد التقنين المدنى السابق حيث كان قطع التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين قطعاً له بالنسبة إلى الباقى، وذلك لأن التزام الكفيل - ولو كان متضامناً - التزام تبعى، فلا يستلزم قطع التقادم بالنسبة إليه قطعه بالنسبة إلى المدين الأصلى. وقد قضت محكمة النقض بأن حكم المادة ١١٠ من القانون المدنى (السابق) يسرى فيما بين المدينين المتضامنين بعضهم وبعض وفيما بين الكفلاء المتضامنين بعضهم وبعض، لا فيما بين المدين وكفيله المتضامن معه (نقض مدنى ١٧ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٤ ص٥٠): وقضت أيضاً فى هذا المعنى بأن ما ورد فى المادة ١١٠ من القانون المدنى (السابق) من أن «مطالبة أحد المدينين المتضامنين مطالبة رسمية وإقامة الدعوى بالدين يسريان على باقى المدينين» هو استثناء من الأصل الذى من مقتضاه أن انقطاع التقادم المترتب على المطالبة الرسمية بالدين لا يتعدى أثره من وجه إليه الطلب، فلا يجوز أن يسوى فى حكمه عن طريق القياس بين الكفيل المتضامن، لأن تضامن الكفيل مع المدين لا يصيره مديناً أصلياً، بل يبقى التزامه تبعياً، وينبنى على كون التزام الكفيل تابعاً لالتزام المدين أنه ينقضى حتما بانقضائه ولو كان التقادم قد انقطع بالنسبة إلى الكفيل، ولا فرق فى هذا بين الكفيل المتضامن والكفيل غير المتضامن، وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه أسس قضاءه على أن الدعوى رفعت على الضامن المتضامن وعلى أن رفع الدعوى على الضامن المتضامن يقطع التقادم بالنسبة إليه وإلى المدينين على السواء، كان هذا خطأ فى تطبيق القانون (نقض مدنى ٢٤ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض٣ رقم ١٦٣ ص٩١٩). أنظر عكس ذلك: بنى سويف ٣٠ يونيه سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٦٠٥ ص١١١٥.

٢٩٣ مدني على ما يأتي:

«لا يكون المدين المتضامن مسئولا في تنفيذ الالتزام إلا عن فعله»[١](1). وهذا تطبيق آخر لاستبعاد مبدأ النيابة التبادلية فيما يضر. فالمفروض أن أحد المدينين المتضامنين قد ارتكب

---

(١) **تاريخ النص**: ورد هذا النص في صدر المادة ٤١٧ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة، وذكر في هذه اللجنة أن المقصود بكلمة «فعله» هو كل فعل يعزى إلى أحد المدينين ويسأل عنه هو نفسه دون الآخرين، متى كان من شأنه زيادة الدين، تمشياً مع فكرة اقتصار نيابة المدينين عن بعضهم فيما ينفع لا فيما يضر. وأصبحت المادة رقمها ٣٠٥ في المشروع النهائي. ووافق عليها مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٩٣ الفقرة الأولى (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٨٦ وص٨٧- ص٨٨).

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق، ولكن الحكم كان معمولا به تطبيقاً للمبدأ القاضي بألا نيابة فيما يزيد من عبء الالتزام.

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى:

في التقنين المدني السوري المادة ١/٢٩٣ (وهي مطابقة).

وفي التقنين المدني الليبي المادة ١/٢٨٠ (وهي مطابقة).

وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣٣٠ في صدرها (وهي مطابقة).

وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٨، ويجري على الوجه الآتي: إن كلا من المديونين المتضامنين مسئول عن عمله فقط في تنفيذ الموجب، والإنذار الموجه على أحدهم لا يسري مفعوله على الآخرين - وهذا النص مطابق في الحكم لنص التقنين المصري.

(1) أ- الحكم الذي يصدر على الكفيل المتضامن لا يعتبر حجة على المدين إذا لم يكن مختصما في الدعوى وذلك سواء في القانون المدني الملغى أو في القانون القائم، فقد استقر قضاء محكمة النقض في ظل القانون الملغى على أن حكم المادة ١١٠ منه الذي يقضي بان مطالبة أحد المدينين المتضامنين مطالبة رسمية وإقامة الدعوى عليه بالدين سريانه على باقي المدينين، هذا الحكم لا يسري إلا فيما بين المدينين المتضامنين بعضهم وبعض ولا يجوز أن يسري في حكمه عن طريق القياس بين الكفيل المتضامن والدين المتضامن لان تضامن الكفيل مع الدين لا يصيره مدينا أصليا بل يبقى التزامه تبعيا، أما القانون القائم فقد نص في المادة ٢٩٦ منه على أنه إذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين فلا يحتج بهذا الحكم على الباقين ومقتضى ذلك أنه حتى فيما بين المدينين المتضامنين فلا يحتج بهذا الحكم على باقيهم ومن باب أولى لا يكون الحكم الصادر على الكفيل المتضامن حجة على المدين.

(جلسة ١٩٦٨/٢/٢٢ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ص٣٢٧)

ب- النيابة المتبادلة التي افترضها القانون بين المتضامنين تقوم في احوالها الواردة بالتقنين المدني الحالي على ان كل مدين يمثل سائر المدينين المتضامنين فيما ينفعهم لا فيما يضرهم. وانه وان كان التقنين المدني السابق يتضمن قيام هذه النيابة فيما ينفع وفيما يضر إلا ما يزيد من عبء الالتزام اعتبارا بان ما يتخذ في سبيل المحافظة على الالتزام واستبقائه هو من نتائجه الطبيعية التي تسري في حقهم ولو كانت ضارة بهم كما هو الشأن في قطع التقادم الا أن هذه النيابة المتبادلة على اختلاف سعتها في القانونين لا تمتد حدودها في كل منهما إلى ما يعتبر زيادة في عبء الالتزام على بعض=

خطأ فى تنفيذ التزامه جعله مسئولا عن التعويض أمام الدائن، فهذا الخطأ يكون هو وحده المسئول عنه، ولا يتعدى أثره إلى باقى المدينين. بل يكون كل من هؤلاء مسئولا عن تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً، دون أن يكون مسئولا عن التعويض الناشئ عن خطأ المدين المتضامن الذى وقع فى هذا الخطأ. وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى: «تتمثل فى المادة ٤١٧ (م٢٩٣ مدنى) أوضح تطبيق من تطبيقات قاعدة استبعاد النيابة التبادلية حيث يسئ إعمالها إلى مركز المدينين المتضامنين، والإبقاء عليها حيث يفضى ذلك إلى توفير نفع لهم. فكل مدين من المدينين المتضامنين لا يسأل فى تنفيذ الالتزام إلا عن فعله، فإذا وقع من أحدهم خطأ جسيم، ووقع من الثانى خطأ يسير، وامتنع على الثالث أن يفى بالتزامه من جراء سبب أجنبى، كانت تبعة الأول أشد وقراً من تبعة الثانى، وبرئت ذمة الثالث وحده. وقد طبقت المادة ١٢٠٥ من التقنين المدنى الفرنسى هذا الحكم، فقضت بأنه إذا هلك الشئ الواجب أداؤه بخطأ واحد أو أكثر من المدينين المتضامنين، أو بعد إعذار المسئول أو المسئولين منهم، فلا يسقط عن سائر المدينين المتضامنين التزامهم بالوفاء بثمن هذا الشئ[1]. ومع ذلك فلا يلزم هؤلاء بالتعويض، وللدائن فقط أن يقتضى التعويض من المدينين الذين ترتب الهلاك على خطأهم أو الذين أعذروا من قبل[2]».

ولتصوير ما ورد فى المذكرة الإيضاحية نفرض أن ثلاثة باعوا متضامنين شيئاً لمشتر واحد، فهؤلاء الثلاثة مدينون بالتضامن بتسليم الشئ إلى المشترى. فإذا كان اثنان منهم منوطا بهما حفظ الشئ إلى وقت تسليمه، وقصر واحد منهما فى حفظه تقصيراً جسيماً حتى هلك، وقصر الآخر فى الحفظ تقصيراً يسيراً، أما الثالث فلم يكن منوطا به حفظ الشئ كما قدمنا، فان الثلاثة يكونون متضامنين فى رد الثمن إلى المشترى، وفقاً لأحكام المادة ٤٣٧ مدنى والتى تقضى بأنه إذا هلك البيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه، انفسخ البيع واسترد المشترى الثمن. ثم إن المدينين اللذين ارتكبا تقصيرا فى حفظ الشئ يكونان متضامنين فى تعويض المشترى، فوق رد الثمن، عن التقصير اليسير الذى ارتكبه الثانى منهما. ويكون الأول،

= المدينين المتضامنين بفعل الآخرين منهم، كما أن المادة ٢٠٧ من القانون المدنى القديم إذ تنص على ان «ترك أحد المدينين حقه فى التمسك بمضى المدة لا يضر بالباقين» فإن مؤدى هذا النص ان إقرار أحد المدينين المتضامنين بالدين بعد أن اكتملت مدة سقوطه لا يسرى فى حق الباقين.

(الطعن رقم ١٦٨ سنة ٣٢ق جلسة ١٩٦٦/١١/٢٢ س١٧ ص١٧٠٥)

(١) ويلاحظ أن حكم التقنين المدنى الفرنسى فى هذه المسألة منتقد، لأن البائع لا يتحمل تبعة هلاك المبيع قبل التسليم – كما يتحمل البائع هذه التبعة فى مصر – فكان الواجب ألا يكون البائع الذى لم يصدر من جانبه خطأ مسئولا حتى عن رد الثمن. أما فى مصر، فهو مسئول عن رد الثمن، بمقتضى تحمله لتبعة هلاك المبيع. فنص المادة ١٢٠٥ من التقنين المدنى الفرنسى هو إذن أكثر انطباقاً على حالة القانون فى مصر منه على حالة القانون فى فرنسا (انظر آنفا فقرة ١٨٩ فى الهامش).

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٨٦.

وهو الذى ارتكب الخطأ الجسيم، مسئولا وحده عن تعويض إضافى بسبب تقصيره الجسيم. ثم إن المشترى إذا رجع على المدين الثالث بكل الثمن، ورجع على المدين الثانى بكل التعويض الناشئ عن التقصير اليسير، ورجع على المدين الأول بالتعويض الإضافى الناشئ عن التقصير الجسيم، فان المدين الثالث، ولم يصدر منه أى تقصير، يرجع الثمن الذى رده للبائع على المدينين الأول والثانى كل بقدر حصته، ثم يرجع المدين الثانى على المدين الأول بحصته فى التعويض عن التقصير اليسير، ولا يرجع المدين الأول بشئ على أحد فى التعويض الإضافى الذى استحق عليه بسبب تقصيره الجسيم، فهذا فعله هو فيستقل بنتائجه، ولا يشترك معه أحد فى المسئولية الناجمة عنه(١).

وهذا هو أيضا الحكم، كما رأينا، فى التضامن الإيجابى. فإذا ارتكب أحد الدائنين المتضامنين خطأ، كان هو وحده المسئول عنه دون سائر الدائنين.

١٩٨ - الاعذار والمطالبة والقضائية: نص الفقرة الثانية من المادة ٢٩٣ مدنى على ما يأتى:

«وإذا أعذر الدائن أحد المدينين المتضامنين أو قاضاه، فلا يكون لذلك أثر بالنسبة إلى باقى المدينين. أما إذا أعذر أحد المدينين المتضامنين الدائن، فان باقى المدينين يستفيدون من هذا الإعذار(٢)(1)».

---

(١) وإذا كان المدين الثالث يرد الثمن إلى المشترى، فإن ذلك لا يرجع إلى أنه ملزم نحو الدائن بدفع قيمة الشئ دون التعويض - كما ذهب الأستاذ عبد الحى حجازى (١ ص٢٤٠ - ص٢٤١) - وإنما يرجع كما قدمنا إلى أنه بائع يتحمل تبعة هلاك المبيع قبل التسليم، أى يرجع إلى قاعدة قانونية أخرى لا علاقة لها بقواعد التضامن (قارن الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام ص٢٩١ هامش رقم ١ - وانظر آنفا فقرة ١٨٩ فى الهامش فيما يتعلق باستحالة التنفيذ) - ولكن إذا قدر التعويض فى صورة شرط جزائى، كان المدينون المتضامنون كلهم مسئولين عن هذا الشرط الجزائى، فقد التزموا به جميعاً متضامنين عن طريق التعاقد، فهو والمحل الأصلى للالتزام فى ذلك سواء (انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٨٤ ص٤٥٧ - بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٣٣ ص٦١٨).

(1) جرى قضاء محكمة النقض فى ظل القانون المدنى القديم بأن مؤدى نص المادة ١١٠ منه أن مطالبة أى واحد من المدينين المتضامنين تسرى فى حق باقى المدينين كما أن مطالبة أى واحد من الكفلاء المتضامنين تسرى فى حق زملائه لاتحادهم فى المركز والمصلحة اتحادا اتخذ منهم القانون أساسا لافتراض نوع من الوكالة بينهم فى مقاضاة الدائن لهم ومن ثم كان حكم المادة ١١٠ سالف الذكر ساريا فيما بين المدينين المتضامنين وبعض وفيما بين الكفلاء المتضامنين بعضهم وبعض وتكون مطالبة الدائن لبعض الكفلاء المتضامنين بالدين مطالبة منه للآخرين ويكون الحكم الصادر ضد هذا البعض حجة على باقى الكفلاء المتضامنين وقاطعا لمدة التقادم بالنسبة لهم.

(جلسة ١٩٦٦/٢/١٠ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ ص٢٧٩)

(٢) **تاريخ النص**: ورد هذا النص فى المادة ٤١٧ من المشروع التمهيدى فى عجزها على وجه مطابق لما=

وهنا أيضا يضطرد تطبيق المبدأ العام. فإذا أعذر الدائن أحد المدينين المتضامنين، كان لهذا الإعذار نتائج قانونية بسطناها فى الجزء الثانى من الوسيط. منها أن يستحق التعويض على المدين المعذر الذى تخلف عن تنفيذ التزامه، ومنها أن يتحمل هذا المدين المعذر تبعة هلاك الشئ الواجب التسليم للدائن. ولما كانت هذه النتائج القانونية ضارة بالمدينين المتضامنين الآخرين، فان إعذار المدين المتضامن لا يسرى أثره فى حقهم. فإذا أعذر الدائن أحد المدينين المتضامنين، كان هو وحده الذى يحمل تبعة هلاك الشئ، وكان هو وحده المسئول عن التعويض. أما المدينون الآخرون فلا يسألون عن التعويض، ولا يحملون تبعة الهلاك. وإذا أراد الدائن أن يحملهم جميعا هذه النتائج، وجب عليه أن يعذرهم كلهم، ولا يقتصر على إعذار واحد منهم فقط. وهذا هو نفس الحكم فى التضامن الإيجابى كما رأينا، فإذا أعذر المدين أحد الدائنين المتضامنين، لم يسر أثر هذا الإعذار فى حق الدائنين الآخرين(١).

=استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٣٠٥ فى المشروع النهائى، بعد أن جعل النص فقرتين. ثم وافق عليه مجلس النواب فمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢٩٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٨٦ وص٨٧ - ص٨٨).

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ١٦٦/١١٠، وهذا نصها: «مطالبة أحد المدينين المتضامنين مطالبة رسمية وإقامة الدعوى عليه بالدين يسريان على باقى المدينين». وقد قدمنا أن التقنين المدنى السابق يختلف عن التقنين المدنى الجديد فى آثار الأعذار والمطالبة القضائية فى حق أحد المدينين المتضامنين، فإنها فى التقنين السابق تتعدى إلى سائر المدينين. وقد سبق تفصيل القول فى ذلك (انظر آنفا فقرة ١٩٦ فى الهامش).

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٢/٢٩٣ وهى مطابقة - وفى التقنين المدنى الليبى ٢/٢٨٠ وهى مطابقة - وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٣٠ (فى عجزها) وهى مطابقة - وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادتين ٣٠ و٣٨. وتنص المادة ٣٠ من هذا التقنين على «أن تأخر الدائن (إعذاره) بالنظر إلى أحد الموجب عليهم يستفيد من نتائجه الآخرون». وتنص المادة ٣٨ منه على «أن كلا من المديونين المتضامنين مسئول عن عمله فقط فى تنفيذ الموجب. والإنذار (الإعذار) الموجه على أحدهم لا يسرى مفعوله على الآخرين». ويلاحظ أن التقنين اللبنانى يتفق مع التقنين المصرى فيما يتعلق بالإعذار، ففى التقنينين إعذار الدائن لأحد المدينين المتضامنين لا أثر له بالنسبة إلى الباقى، أما إعذار أحد المدينين المتضامنين للدائن فإنه يفيد الباقى. ولكن التقنين اللبنانى لم يذكر حكم المطالبة القضائية الموجهة من الدائن إلى أحد المدينين المتضامنين، وهل تقتصر آثارها على هذا المدين فلا تتعدى إلى باقى المدينين. ولما كان التقنين اللبنانى لا يطبق تطبيقاً مضطرداً مبدأ النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر، فحكم هذه المسألة فيه يقتضى اجتهاداً وإمعاناً فى النظر، لا سيما أن من آثار المطالبة القضائية قطع التقادم، وقد صرح التقنين اللبنانى كما رأينا (م٣/٣٦) بأن قطع التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين يقطع التقادم بالنسبة إلى الباقين، وهذا الحكم يتعارض مع المبدأ القاضى بأن المدين المتضامن لا يمثل باقى المدينين فيما يضر.

(١) انظر آنفا فقرة ١٤٥.

ولكن إذا أعذر أحد المدينين المتضامنين الدائن، فان هذا الإعذار تترتب عليه نتائج قانونية، أهمها أن الشئ، إذا كانت تبعة هلاكه على المدين، فبعد أن يعذر المدين الدائن، تنتقل تبعة هلاكه إلى الدائن. فإذا فرض أن أشخاصا ثلاثة باعوا عينا معينة بالذات لمشتر واحد، وتضامنوا جميعاً فى الالتزام بتسليمها إلى المشترى، فتبعة هلاك العين قبل التسليم يتحملها البائعون الثلاثة (م٤٣٧ مدنى). فإذا أعذر أحد البائعين المتضامنين المشترى يدعوه لتسلم العين وتأخر المشترى فى تسلمها، ثم هلكت العين بسبب أجنبى، فان المشترى هو الذى يحمل تبعة الهلاك، فلا يسترد الثمن إذا كان قد دفعه ويلتزم بدفعه إذا كان لم يدفعه، وذلك لا بالنسبة إلى البائع الذى صدر منه الإعذار وحده، بل أيضاً بالنسبة إلى البائعين الآخرين اللذين لم يصدر منهما الإعذار. وتعليل هذا الحكم هو أن إعذار المدين المتضامن للدائن تفيد نتائجه المدينين الآخرين – بعكس إعذار الدائن لأحد المدينين المتضامنين – ومن ثم يفيد المدينون الآخرون من هذا الإعذار، ويتعدى أثره إليهم. وهذا هو أيضا الحكم، كما رأينا، فى التضامن الإيجابى، فاعذار أحد الدائنين المتضامنين للمدين يفيد سائر الدائنين[١].

وقد يقوم الدائن بمطالبة أحد المدينين المتضامنين مطالبة قضائية بالدين. ولهذه المطالبة القضائية آثار قانونية مختلفة، نذكر منها أنها تقطع التقادم، وأنها تجعل الفوائد تسرى. ولما كانت هذه النتائج ضارة بالمدينين الآخرين، وكان المدين الذى طولب مطالبة قضائية لا يمثل الآخرين فيما يضرهم، لذلك لا تتعدى آثار هذه المطالبة إلى باقى المدينين المتضامنين. فيكون المدين الذى طولب قضائيا هو وحده الذى ينقطع فى حقه التقادم، وهو وحده الذى تسرى فى حق الفوائد القانونية[٢]. وإذا أراد الدائن أن يجعل هذه النتائج تسرى فى حق الآخرين، وجب عليه أن يطالب كلا منهم على حدة مطالبة قضائية بالدين، أو أن يجمعهم كلهم فى مطالبة قضائية واحدة[٣].

---

(١) انظر آنفا فقرة ١٤٤.

(٢) أما فى القانون الفرنسى، فمطالبة الدائن لأحد المدينين المتضامنين تجعل الفوائد تسرى فى حق الآخرين (م١٢٠٧ من التقنين المدنى الفرنسى وانظر بودرى وبارد٢ فقرة ١٢٢٧ – فقرة ١٢٣٠). ويعلل الفقهاء الفرنسيون المعاصرون هذا الحكم بأن المدين الذى طالبه الدائن لو أنه وفى الدين فى الحال، لرجع على باقى المدينين بالفوائد، ويستوى لدى هؤلاء المدينين أن يدفعوا الفوائد للدائن أو أن يدفعوها للمدين الذى وفى الدين. ويقول بلانيول وريبير وجابولد إن التعليل الحاذق لم يفكر فيه واضعو التقنين المدنى الفرنسى، وكل ما قصدوا إليه عندما قرروا هذا الحكم هو أن يزيدوا للدائن من مزايا التضامن، فيستطيع بمطالبة مدين واحد من المدينين المتضامنين أن يصل إلى نفس النتائج التى كان يصل إليها بمطالبتهم جميعاً (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٨٥ ص٤٥٨).

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٨٧.

١٩٩- الصلح مع أحد المدينين المتضامنين: تنص المادة ٢٩٤ مدنى على ما يأتى:

«إذا تصالح الدائن مع أحد المدينين المتضامين وتضمن الصلح الإبراء من الدين أو براءة الذمة منه بأية وسيلة أخرى، استفاد منه الباقون. أما إذا كان من شأن هذا الصلح أن يرتب فى ذمتهم التزاماً أو يزيد فيما هم ملتزمون به، فانه لا ينفذ فى حقهم إلا إذا قبلوه»(١).

والمفروض هنا أن الالتزام التضامنى متنازع فيه بين الدائن وجميع المدينين المتضامنين، فعمد الدائن إلى الصلح مع أحد المدينين. فهذا الصلح قد يتخذ اتجاها فى مصلحة المدينين المتضامنين، وقد يتخذ اتجاهاً ليس فى مصلحتهم.

فان اتخذ اتجاهاً فى مصلحة المدينين المتضامنين، بأن نزل الدائن فيه عن جزء من الدين، أو نزل عن فوائده أو عن بعضها، أو نزل عن شروط كانت تحيط الدين أو بعضها، أو تضمن فى أية صورة من الصور تخفيفاً من أعباء الدين، فان هذا الصلح من شأنه أن يفيد سائر المدينين. ولما كان المدين الذى وقع معه الصلح يمثل الباقين فيما ينفعهم، فان أثر هذا الصلح يتعدى إليهم ويفيدون منه، ويجوز لهم الاحتجاج به على الدائن، ولو لم يكونوا أطرافاً فيه(٢). وهذا هو أيضاً حكم التضامن الإيجابى فيما قدمناه، فإذا تصالح أحد الدائنين المتضامنين

---

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ٤١٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٣٠٦ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٩٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٨٩- ص٩٠).

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ١٦٧/١١١ ونصها ما يأتى: لا يجوز لأحد المدينين المتضامنين أن ينفرد بفعل ما يوجب الزيادة على ما التزم به باقى المدينين - وهذا النص يمكن أن يستخلص منه أن الصلح الذى يزيد فى الالتزام التضامنى لا يسرى فى حق الباقين، وهو ما يتفق مع حكم المادة ٢٩٤ من التقنين المدنى الجديد.

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى:

فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٩٤ (وهى مطابقة).

وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٨١ (وهى مطابقة).

وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٣١ (وهى مطابقة).

وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣٤، وتجرى على الوجه الآتى: إن الصلح الذى يعقد بين الدائن وأحد الموجب عليهم يستفيد منه الآخرون إذا كان يتضمن إسقاط الدين أو صيغة أخرى للإبراء، وهو لا يلزمهم ولا يحرج موقفهم إذا كانوا لم يرضوا به - وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المدنى المصرى.

(٢) استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٨٨٥ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ١٠ ص٣٨- على أنه لا يجوز أن يتمسك المدينون المتضامنون الآخرون بالجزء الذى يفيدهم فى الصلح وينبذوا الجزء الذى يضرهم، فما دام الصلح فى مجموعه يفيدهم وتمسكوا به وجب أن يتحملوه كله إذ هو لا يقبل التجزئة (الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٠٧ ص٢٩٤).

مع المدين بما يفيد الباقى، استطاع هؤلاء أن يحتجوا بهذا الصلح[1].

أما إذا كان الصلح قد اتخذ اتجاهاً ضد مصلحة المدينين المتضامنين، بأن سلم المدين الذى وقع معه الصلح بأكثر طلبات الدائن، أو زاد فى الالتزام الأصلى، أو أضاف إليه التزاماً جديداً، وبوجه عام إذا سوأ مركزه عما كان قبل النزاع، فانه لا يعتبر ممثلا لباقى المدينين فيما يضرهم من ذلك، ولا يسرى أثر هذا الصلح فى حقهم إلا إذا قبلوه وأصبحوا هم كذلك أطرافاً فيه. وهذا هو أيضاً حكم التضامن الإيجابى، فان الصلح الذى يعقده أحد الدائنين المتضامنين مع المدين ويكون ضاراً بصالح باقى الدائنين لا يسرى فى حقهم[2].

ويتضح من ذلك أن المدينين المتضامنين الآخرين هم الذين يكونون الحكم فيما إذا كان الصلح فى مصلحتهم أو فى غير مصلحتهم، إذ يجوز لهم أن يقبلوه أو يرفضوه، وهم يقبلونه إذا قدروا أنه فى مصلحتهم، ويرفضونه إذا قدروا غير ذلك[3].

٢٠٠- اقرار أحد المدينين المتضامنين أو اقرار الدائن: تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٩٥ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«إذا أقر أحد المدينين المتضامنين بالدين، فلا يسرى هذا الإقرار فى حق الباقين»[4].

---

(١) انظر آنفاً فقرة ١٤٤.

(٢) انظر آنفا فقرة ١٤٥- وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٨٩.

(٣) وفى القانون الفرنسى انقسمت الآراء، فمن الفقهاء من يذهب مذهب التقنين المصرى (لاروميير ٣ م١٢٠٨ فقرة ١١- ديمولومب ٢٦ فقرة ٤١٧)، ومنهم من يذهب إلى أن الصلح لا يجوز أن يتمسك به المدينون الآخرون، ضاراً كان أو نافعاً (انظر المادة ٢٠٥١ مدنى فرنسى - بودرى وبارد٢ فقرة ١٢٥٤ مكررة - بلانيول وريبير وجابولد٧ فقرة ١٠٨٧).

(٤) **تاريخ النص**: ورد هذا النص فى المادة ١/٤١٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٣٠٧ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ١/٢٩٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية٣٠ ص٩١- ص٩٢).

ويقابل هذا النص المادة ١٦٧/١١١ من التقنين المدنى السابق وقد سبق ذكرها، وهى تقضى بأنه لا يجوز لأحد المدينين المتضامنين أن ينفرد بفعل ما يوجب الزيادة على ما التزم به باقى المدينين. ولما كان الإقرار حجة قاصرة على المقر، فإن أثره لا يتعدى المدين المقر إلى غيره من المدينين، حتى فى عهد التقنين المدنى السابق.

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ١/٢٩٥ (وهى مطابقة)- وفى التقنين المدنى الليبى المادة ١/٢٨٢ (وهى مطابقة)- وفى التقنين المدنى العراقى المادة ١/٣٣٢ (وهى مطابقة)- ولا مقابل فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى، ولكن الحكم الوارد فى التقنين المصرى ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة فى الإقرار، فيمكن الأخذ به فى لبنان دون نص.

والمفروض هنا أن الدائن ليس لديه طريق للإثبات يكون مقبولا فى حق المدينين المتضامنين، كالكتابة، أو البينة والقرائن فيما تجوز فيه. أما الإقرار فقد رأينا فيما قدمناه عند الكلام فى الإثبات أنه حجة قاصرة على المقر، فلا يتعدى أثره إلى غيره. هذا إلى أن المدين المتضامن عندما يقر بالدين يأتى بعمل يضر ببقية المدينين، وهو لا يمثلهم فيما لا يضر، ومن ثم لا يسرى إقراره فى حقهم. ولا بد للدائن من إثبات حقه فى مواجهة المدينين الآخرين بغير إقرار المدين الأول، فاما أن يحصل على إقرار من كل مدين على حدة يكون حجة عليه، وإما أن يثبت الدين بطريق يسرى في حق الجميع كما سبق القول. وهذا هو أيضاً حكم التضامن الإيجابى، فقد رأينا أن إقرار أحد الدائنين المتضامنين لا يسرى فى حق الباقين[1].

وعلى العكس من ذلك إذا أقر الدائن لأحد المدينين المتضامنين، فان هذا الإقرار يفيد الباقى، ويكون المدين المتضامن وهو يتلقى إقرار الدائن ممثلا لباقى المدينين فيستطيع هؤلاء أن يتمسكوا بالإقرار ولو كان غير صادر فى مواجهتهم[2]. وهذا هو أيضاً حكم التضامن الإيجابى، فقد رأينا أن المدين إذا أقر لأحد الدائنين المتضامنين جاز للدائنين الآخرين أن يتمسكوا بهذا الإقرار[3].

٢٠١- حلف اليمين أو النكول عنها: تنص الفقرتان الثانية والثالثة من المادة ٢٩٥ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«٢- وإذا نكل أحد المدينين المتضامنين عن اليمين أو وجه إلى الدائن يميناً حلفها، فلا يضارّ بذلك باقى المدينين».

«٣- وإذا اقتصر الدائن على توجيه اليمين إلى أحد المدينين المتضامنين فحلف، فان المدينين الآخرين يستفيدون من ذلك»[4].

---

(١) أنظر آنفا فقرة ١٤٤.

(٢) وهذا ما لم يكن إقرار الدائن متعلقاً بشئ خاص بالمدين دون غيره، فلا يتعدى أثر الإقرار فى هذه الحالة إلى غير هذا المدين.

(٣) أنظر آنفاً فقرة ١٤٤- وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٩١.

(٤) **تاريخ النص**: ورد هذا النص فى الفقرتين الثانية والثالثة من المادة ٤١٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، فيما عدا الفقرة الثالثة فقد كان نصها فى المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «أما إذا حلف المدين المتضامن اليمين، فان المدينين الآخرين يستفيدون من ذلك إذا انصبت اليمين على المديونية لا على التضامن». وفى لجنة المراجعة عدلت هذه الفقرة على الوجه الذى استقرت عليه فى التقنين المدنى الجديد ليكون معناها أدق، وأصبحت المادة رقمها ٣٠٧ فى المشروع النهائى. ووافق عليها مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٩٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٩١- ص٩٢). =

والمفروض هنا أن الدائن اقتصر على مدين متضامن واحد، وهنا يمكن أن نتصور حالتين: فاما أن يوجه الدائن اليمين إلى المدين المتضامن، وإما أن يوجه المدين المتضامن اليمين إلى الدائن.

ففى الحالة الأولى التى توجه فيها الدائن اليمين إلى المدين المتضامن، إما أن يحلف المدين وإما أن ينكل. فان حلف، فان هذا الحلف من شأنه أن يفيد باقى المدينين، فيستطيع هؤلاء أن يتمسكوا به، ولو لم يكونوا هم الذين حلفوا[1]. وهذا ما تقضى به الفقرة الثالثة من المادة ٢٩٥. وإن نكل المدين الذى وجهت إليه اليمين، فان هذا يكون بمثابة الإقرار، وقد رأينا أن الإقرار حجة قاصرة على المقر فلا يسرى فى حق المدينين الآخرين، هذا إلى أن النكول عمل ضار بباقى المدينين فلا يكون المدين الذى نكل ممثلا لهم فيه ولا يسرى عليهم نكوله. وهذا ما تقضى به الفقرة الثانية من المادة ٢٩٥. وهذا هو أيضاً حكم التضامن

= ويقول الأستاذ إسماعيل غانم فى صدد التعديل الذى أجرته لجنة المراجعة ما يأتى: «يلاحظ أن المادة ٣/٤١٩ من المشروع التمهيدى، وهى تقابل المادة ٢٩٥ من التقنين، كانت تنص على أن المدينين الآخرين يستفيدون من حلف المدين المتضامن اليمين إذا انصبت اليمين على المديونية لا على التضامن: أنظر أيضاً م١/٣٦٥ مدنى فرنسى. وقد عدل هذا النص فى لجنة المراجعة فحذفت العبارة الأخيرة، وقد وصف تعديل المادة على هذا الوجه بأنه تعديل لفظى يجعل معناها أدق: الأعمال التحضيرية٣ ص٩٢. والحقيقة أنه لا يتصور أستفادة المدينين من يمين يحلفها أحدهم ينكر بها وجود التضامن، إذ أن أساس الاستفادة من اليمين هو مبدأ النيابة التبادلية وهو لا يوجد إلا بوجود التضامن» (أحكام الالتزام ص٢٩٥ هامش رقم ١).

وليس للنص مقابل فى التقنين المدنى السابق. وكان مبدأ النيابة التبادلية، كما كان مفهوما فى عهد هذا التقنين، يقضى بأن نكول أحد المدينين المتضامنين لا يضر الباقى، أما حلفه اليمين فيفيدهم. ويقوم الشك فيما إذا حلف الدائن يميناً وجهها إليه أحد المدينين المتضامنين، هل يضار بذلك باقى المدينين؟

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٢/٢٩٥ و٣ (مطابقة) – وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢/٢٨٢ و٣ (مطابقة) – وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٢/٢٣٢ و٣ (مطابقة لنص المشروع التمهيدى ولا تختلف فى الحكم) – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣٧، وتجرى على الوجه الآتى: إذا وجد التضامن بين المديونين أمكن كلا منهم أن يبرئ ذمة الآخرين جميعاً: ... (٤) بأن يحلف اليمين عند الاقتضاء على عدم وجوب دين ما – وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المصرى فى صورة ما إذا وجه الدائن إلى أحد المدينين المتضامنين اليمين فحلفها، ولم يرد نص فى التقنين اللبنانى عن الصور الأخرى.

(١) والمفروض أن الدائن قد «اقتصر» – كما يقول النص – فى توجيه اليمين على أحد المدينين المتضامنين. أما إذا وجه اليمين إليهم جميعاً، فحلف بعضهم ونكل بعض آخر، فمن نكل منهم يضار بنكوله ولا يستفيد من أن الآخرين قد حلفوا (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٨٢ ص٤٥٢ – الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٠٨).

(١) انظر آنفاً فقرة ١٤٥.

الإيجابى، فقد رأينا أنه إذا وجه المدين اليمين إلى أحد الدائنين المتضامنين فنكل لم يضر نكوله بباقى الدائنين[1].

وفى الحالة الثانية التى يوجه فيها المدين المتضامن اليمين إلى الدائن، إما أن يحلف الدائن وإما أن ينكل. فان حلف، فان هذا الحلف عمل يضر بسائر المدينين الذين لم يخاطروا بتوجيه اليمين إلى الدائن، فيكون المدين الذى وجه اليمين غير ممثل لهم فى هذا التوجيه، ولا يتعدى إليهم أثر حلف الدائن لليمين ولا يضارون بذلك، وهذا ما تقضى به الفقرة الثانية من المادة ٢٩٥. وإن نكل الدائن عن اليمين التى وجهها إليه المدين المتضامن، فان نكوله يكون بمثابة إقرار منه. وهذا الإقرار – إذا لم يكن فى شئ خاص بالمدين الذى وجه اليمين دون غيره – نافع لسائر المدينين المتضامنين، فيستطيع هؤلاء أن يتمسكوا بهذا النكول، ولو لم يكونوا هم الذين وجهوا اليمين. ولم يرد نص صريح فى هذه الصورة، ولكن الحكم الذى أوردناه ليس إلا تطبيقاً للمبدأ العام، فيؤخذ به دون نص. وقد رأينا فى التضامن الإيجابى أنه إذا وجه أحد الدائنين المتضامنين اليمين إلى المدين فحلف، فان هذا الحلف وهو يضر بالدائنين الآخرين لا يسرى فى حقهم، أما إذا نكل فان النكول يفيدهم فيستطيعون أن يتمسكوا به[2].

٢٠٢ – صدور حكم على أحد الدائنين المتضامنين أو لصالحه: تنص المادة ٢٩٦ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«١ – إذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين، فلا يحتج بهذا الحكم على الباقين».

«٢ – أما إذا صدر الحكم لصالح أحدهم، فيستفيد منه الباقون، إلا إذا كان الحكم مبنيا على سبب خاص بالمدين الذى صدر الحكم لصالحه»[3].

---

(٢) انظر آنفا فقرة ١٤٥ – وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩١.

(٣) **تاريخ النص**: ورد هذا النص فى المادة ٤٢٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٣٠٨ فى المشروع النهائى. ثم وافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٩٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٩٣ – ص٩٤).

وليس للنص مقابل فى التقنين المدنى السابق. ولكننا رأينا أن الحكم على أحد المدينين المتضامنين، فى عهد هذا التقنين، يكون حكماً على الباقى، إلا إذا ثبت أن المدين المحكوم عليه متواطئ مع الدائن أو إذا أهمل فى الدفاع عن حقه أو ثبت أن أحد المدينين غير المحكوم عليهم عنده دفوع خاصة به. ومن باب أولى إذا صدر الحكم لصالح أحد المدينين المتضامنين، أفاد منه الباقى (انظر آنفا فقرة ١٩٦ فى الهامش).

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٩٦ (وهى =

وأخيراً يورد، هنا، التقنين المدني تطبيقاً للمبدأ العام السالف الذكر في حالة صدور حكم على أحد المدينين المتضامنين أو لصالحه.

فإذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين وحده، دون أن يكون باقي المدينين المتضامنين داخلين في الدعوى، فان هذا أمر ضار بهم، فلا يسرى الحكم في حقهم ولا يحتج عليهم به(١)(1). ويجب على الدائن إما أن يدخل باقي المدينين المتضامنين في الدعوى ليصدر الحكم في مواجهتهم، أو أن يرفع عليهم دعوى أو دعاوى أخرى، ليكون الحكم سارياً في حق من رفع عليه الدعوى(٢). وهذا هو أيضا حكم التضامن الإيجابي، فقد رأينا أنه إذا صدر حكم على أحد الدائنين المتضامنين لم يكن هذا الحكم ساريا في حق الدائنين الآخرين(٣). ويلاحظ أنه إذا جمع الدائن كل المدينين المتضامنين في الدعوى، وصدر حكم ضدهم، فان الطعن في هذا الحكم من أحد المدينين المتضامنين يفيد الباقي(٤). وإذا صدر

=مطابقة)- وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٨٣ (وهي مطابقة)- وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣٣٣ (وهي مطابقة)- وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ١/٣٦، ويجرى على الوجه الآتي: ليس الحكم الصادر على أحد المديونين المتضامنين قوة القضية المحكمة بالنظر إلى المديونين الآخرين، أما الحكم الصادر لمصلحة أحد المديونين فيستفيد منه الآخرون إلا إذا كان مبنياً على سبب يتعلق بشخص المديون الذى حصل على الحكم - وهذا النص يتفق في الحكم مع نص التقنين المصرى.

(١) ومع ذلك يجوز لهم أن يطعنوا في الحكم بطريق اعتراض الشخص الخارج عن الخصومة (م٢/٤٥٠ مرافعات السابق وقد ألغي قانون المرافعات الحالي طريق الاعتراض وأجاز طريق التماس اعادة النظر)، وذلك بدلا من أن ينتظروا رجوع المدين المحكوم عليه عند تنفيذه للحكم ووفائه للدين كله، إذ هو في هذه الحالة يرجع عليهم كل بقدر حصته في الدين، وهم، إذا كانوا يستطيعون دفع هذا الرجوع عندئذ، قد يفضلون المبادأة، فيبادرون إلى الطعن في الحكم ذاته بطريق الاعتراض كما قدمنا (انظر الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٠٩ ص٢٩٥).

(1) أ- لا ينال التضامن - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - من استقلال كل من المتضامنين عن الآخر في الخصومة وفي الطعن في الحكم الصادر فيها.
(جلسة ١٩٧٢/٥/١٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ ص٩٣٣)

ب- إذا رفعت الدعوى بطلب الحكم على المدعى عليهما بالتضامن فان كل منهما يكون مستقلا عن الآخر في الخصومة وفي مسلكه فيها والطعن على ما يصدر فيها من أحكام، ولا مجال في هذا الوضع للقول بنيابة المسئولين بالتزام تضامنى عن بعضهم البعض في اجراءات الخصومة واعتبار الاستئناف المرفوع من أحدهما بمثابة استئناف مرفوع من الآخر.
(جلسة ١٩٥٨/١١/٢٣ مجموعة أحكام النقض لسنة ٩ ص ١١١)

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه يجوز لمن سهى عليه أن يطلب الحكم بالتضامن أن يرفع دعوى من جديد باعتبار المحكوم عليهم في الدعوى الأولى متضامنين في الوفاء (١٠ نوفمبر سنة ١٩١٥ الشرائع٣ ص١٧٩).

(٣) انظر آنفا فقرة ١٤٥.

(٤) وقد قضى بأنه إذا رفع أحد المدينين المتضامنين معارضة أو استئنافاً، استفاد الآخرون: استئناف مختلط٣٠ مايو سنة ١٩٠٠ م١٢ ص٢٨٦- ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ م١٥ ص١١١- أول ديسمبر =

فى الطعن حكم ضد المدين الذى رفع الطعن، لم يضار الباقون به، وكان لكل منهم حق الطعن فى الحكم الأول إذا كان طريق الطعن لا يزال مفتوحا أمامه(١)(1).

=سنة ١٩١٠ م٢٣ ص٥٨– ٣١ يناير سنة ١٩١٢ م٢٤ ص١١٨– ٣ مايو سنة ١٩١٧ م٢٩ ص٤٠٣ – ١٤ مارس سنة ١٩١٨ م٣٠ ص ٢٨٧– ١٥ يونيه سنة ١٩٢١ م٣٣ ص٣٩٦– ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م٣٥ ص٢٣– ١٣ مارس سنة ١٩٢٣ م٣٥ ص٢٨١– ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م٤٢ ص٥١– ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص٢٠٤– ٢٠ مارس سنة ١٩٣٤ م٤٦ ص٢١٦– ١١ يناير سنة ١٩٣٨ م٥٠ ص٩٦ – إلا إذا كان المطلوب من أحدهم يخالف المطلوب من الآخرين: استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩٢١ م٤٣ ص١٧٧– ٢٠ مارس سنة ١٩٣٦ م٤٨ ص٦٩– ١١ مارس ١٩٣٦ م٤٧ ص١٨١ . ويقتضر من يستفيد منهم على أوجه الدفع المشتركة بينهم وبين من رفع الطعن، فلا يعرضون لأوجه الدفع الخاصة بهم ما داموا هم لم يرفعوا طعناً فى الميعاد: استئناف مختلط ١١ نوفمبر سنة ١٨٩٧ م١٠ ص٧. وإذا رفع أحد المدينين المتضامنين معارضة فى شروط البيع (dIre)، استفاد المدينون الآخرون: استئناف مختلط ١٧ يونيه سنة ١٩٠٣ م١٥ ص٣٥٢، وهذا ما لم يكن قد صدر حكم نهائى حاز قوة الأمر المقضى بالنسبة إلى أحدهم فلا يستفيد من طعن رفعه غيره: استئناف مختلط ٢٣ يونيه سنة ١٩١٠ م٢٢ ص٣٨٠– وإذا رأت محكمة الدرجة الأولى أن هناك تضامناً فى المسئولية بين شخصين، واستأنف أحدهما حكمها، وقضى استئنافياً بعدم وجود التضامن بينهما، استفاد المدين الآخر من هذا الحكم ولو لم يستأنف: بنى سويف٢٠ يناير سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١٠ ص٢٣٩.

(١) ذلك لأنه إذا صدر حكم ضد المدينين المتضامنين جميعاً، لم يترتب على إعلانه لأحدهم سريان مواعيد الطعن بالنسبة إلى الباقين، بل يبقى كل من هؤلاء لا تسرى مواعيد الطعن قبله حتى يعلن بالحكم. وإذا أعلن أحدهم بالحكم وانقضت مواعيد الطعن بالنسبة إليه، وبقى الطعن مفتوحاً بالنسبة إلى مدين آخر، وطعن هذا فى الحكم، فللمدين الذى انقضى ميعاد الطعن بالنسبة إليه أن ينضم للمدين الذى رفع الطعن فى الميعاد ويطلب الاستفادة من طعنه. وقد قضت محكمة النقض بأن رفع الإستئناف من أحد المدينين المتضامنين يستفيد منه الباقون، ولهم أن ينضموا إليه فى استئنافه ولو بعد الميعاد (نقض مدنى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ١٨ ص٣٦– ١٦ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٩٠ ص١٩٧). وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٨٤ من تقنين المرافعات على ما يأتى: «على إنه إذا كان الحكم صادراً فى موضوع غير قابل للتجزئة أو فى التزام بالتضامن أو فى دعوى يوجب القانون فيها اختصام أشخاص معينين، جاز لمن فوت ميعاد الطعن من المحكوم عليهم أو قبل الحكم أن يطعن فيه أثناء نظر الطعن المرفوع فى الميعاد من أحد زملائه منضما إليه فى طلباته. وإذا رفع الطعن على أحد المحكوم لهم فى الميعاد، وجب اختصام الباقين ولو بعد فواته بالنسبة لهم». فإذا لم ينضم المدين الذى فوت ميعاد الطعن إلى زميله الذى رفع الطعن فى الميعاد ليطلب الاستفادة من هذا الطعن، بقى الحكم الصادر ضده نهائياً بالنسبة إليه. وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه إذا حكم على أشخاص بالتضامن، ثم رفع بعضهم استئنافا عن الحكم ولم يستأنف البعض، ولم يحضر أمام محكمة الاستئناف ليطلب الاستفادة من الإستئناف المرفوع من الآخرين: كان لمحكمة الإستئناف أن تعتبر الحكم الابتدائى انتهائياً بالنسبة إليه، لأنه هو الذى بعدم حضوره أمام محكمة الإستئناف قد فوت على نفسه فرصة إبداء طلب الاستفادة من الاستئناف المرفوع من الآخرين (نقض مدنى ٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر١ رقم ١٢ ص٢٣).

(1) أ– صيرورة الحكم نهائيا بالنسبة لأحد المحكوم عليهم بالتضامن سواء بقبول الحكم أو بتفويته =

وإذا صدر حكم لصالح أحد المدينين المتضامنين، دون أن يكون باقى المدينين المتضامنين داخلين فى الدعوى، فان هذا أمر نافع لهم، فيفيدون منه ويستطيعون أن يحتجوا بهذا الحكم[1]. وهذا ما لم يكن الحكم الذى صدر لمصلحة المدين المتضامن مبنياً على سبب خاص به كأن يكون الدين بالنسبة إليه قد شابه سبب من أسباب البطلان، فعند ذلك يصدر الحكم بابطال الدين بالنسبة إليه وحده، دون أن يتعدى أثر الحكم إلى المدينين المتضامنين الآخرين. ومثل ذلك أيضا أن يكون دين المدين المتضامن معلقا على شرط ولم يتحقق الشرط، فالحكم الصادر بزوال الدين لتخلف الشرط لا يتعدى أثره إلى المدينين الآخرين الذين كانت ديونهم منجزة[2]. وهذا هو أيضا حكم التضامن الإيجابى، فقد رأينا أنه إذا صدر حكم لصالح

=ميعاد الطعن فيه لا يحول دون قبول طعن استوفى أوضاعه الشكلية رفع عن نفس الحكم من سائر المحكوم عليهم وإذن فإذا كان مبنى الدفع بعدم قبول الطعن المرفوع من المحكوم عليهما هو أنهما لم يختصما آخر قضى الحكم بالزامه معهما بالتعويض بطريق التضامن وأن هذا الآخر قبل الحكم كان الدفع بشقيه على غير أساس.

(جلسة ١٩٥٠/١١/١٦ مجموعة القواعد القانونية لمحكمة النقض فى الـ٢٥ عاما قاعدة ٦٩ ص١٠٩٠)

ب- إذا أقام الدائن دعواه بطلب الدين على المدينين المتضامنين مجتمعين وصدر فيها الحكم لصالحه فان الاستئناف المرفوع من المحكوم عليهم بالتضامن لا يتعدد بتعددهم والحكم الصادر برفض هذه الاستئنافات وتأييد الحكم الابتدائى انما هو بمثابة حكم جديد بذات حق الدائن الذى لا يتعدد بتعدد المسئولين عن الالتزام التضامنى بأن يقوم على وحدة المحل، كما يقوم المدينون المتضامنون بعضهم مقام البعض فى الاحتجاج على الدائن بأوجه الدفاع المشتركة بينهم جميعا وينصب استئناف كل منهم على نفس الحكم ويستحق بالنسبة لهم رقم واحد لا وجه للقول باستقلال كل مدين فى الخصومة وفى مسلكه فيها والطعن على ما يصدر فيها من أحكام واعتبار الاستئناف المرفوع من احدهم مستقل عن استئناف الآخر بصدد تسوية الرسوم المستحقة عنه كما أن صدور الحكم بالزام المطعون عليه - أحد المحكوم عليهم بالتضامن - بمصروفات استئنافهم لا يعتبر مانعا من تقدير الرسوم المستحقة باحتساب رسم واحد عن جميع الاستئنافات لا يكون قد خالف الحكم السابق أو مس حجيته.

(جلسة ١٩٧١/٤/٢٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ ص٥٤٩)

جـ- إذا كان الثابت فى الأوراق أن محكمة أول درجة قضت بالزام الطاعن وورثته ... و..... متضامنين بأن يدفعوا إلى الشركة المطعون ضدهما الأولى مبلغ .... جنيها واستأنف الطاعن وحده ذلك الحكم ولم يختصم باقى المحكوم عليهم وأن محكمة الاستئناف أصدرت حكمها دون أن تأمر باختصامهم فى استئنافه، فإنها تكون قد خالفت القانون.

(جلسة ٢٠٠١/١/٩ الطعن رقم ٥٤٦٣ لسنة ٦٣ ق)

(١) استئناف مختلط ١٩ أبريل سنة ١٩٢٧ م٣٩ ص٣٩٣- ولكن لا يستطيعون التنفيذ به. وإذا طعن الدائن فى هذا الحكم. فصدر فى الطعن حكم بالغائه، زال أثر الحكم الأول بالنسبة إلى سائر المدينين ولم يجز لهم الاحتجاج به بعد ذلك.

(٢) استئناف أهلى ١٩ أكتوبر سنة ١٨٩٧ القضاء ٥ ص١٣- استئناف مختلط ١٣ مارس سنة ١٩١٣ م٢٥ ص٢٣١.

أحد الدائنين المتضامنين أفاد منه الباقون[1]. ويلاحظ أنه إذا جمع الدائن كل المدينين المتضامنين في الدعوى، وصدر حكم لصالحهم، فان الطعن فى هذا الحكم من الدائن بالنسبة إلى أحد منهم لا يضر الباقين[2]، وإذا حصل الدائن فى الطعن على حكم لصالحه يلغي الحكم الأول، فان هذا الحكم لا يسرى فى حق الباقين الذين لم يدخلوا فى هذا الطعن[3].

---

(١) انظر آنفا فقرة ١٤٤.

(٢) وإعلان هذا الحكم من أحد المدينين المتضامنين يجعل ميعاد الطعن يسرى لصالحه ولصالح باقى المدينين المتضامنين: استئناف مختلط ٢٢ أبريل سنة ١٩٢٦ م٣٨ ص٣٦٠- أول مارس سنة ١٩٢٧ م٣٩ ص٢٨٦- ٣١ مارس سنة ١٩٣٤ م٤٦ ص٢١٩- على أنه إذا أعلن أحد المدينين المتضامنين الحكم الصادر لصالح الجميع، ورفع الدائن الاستئناف بعد الميعاد، وجب على المدين الذى لم يعلن الحكم أن يدخل فى هذا الاستئناف طالباً الاستفادة منه والحكم بعدم قبول الاستئناف لرفعه بعد الميعاد، لا فحسب بالنسبة إلى زميله الذى أعلن الحكم، بل أيضا بالنسبة إليه هو. فإذا لم يدخل فى الاستئناف على هذا النحو، ولم ينقض ميعاد الاستئناف بالنسبة إليهم لعدم إعلانه الحكم، لم يكن له أن يدفع بعدم قبول الاستئناف الذى يرفعه عليه الدائن. وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه إذا كان اثنان من المحكوم لهم قد تمسكا بأنهما أعلنا الحكم الابتدائى للمستأنف وأنه لم يرفع الاستئناف إلا بعد الميعاد، فتنازل المستأنف عن اختصامهما وقصر طلباته على ما ادعاه قبل ثالث المحكوم لهم الذى لم يعلن الحكم الابتدائى للمستأنف ولم يحضر ولم يطلب الاستفادة من أن زميليه المحكوم لصالحهما معه قد أعلنا الحكم، ولم يبين كيف كان له أن يستفيد من إعلان غيره، فلا يجوز لمحكمة الاستئناف أن تعتبر الاستئناف غير مقبول شكلا فى حقه (نقض مدنى ٢٠ يونيه سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٨٧ ص٨٧٣).

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «ويراعى أن الحكم الصادر لصالح أحد المدينين المتضامنين يزول أثره بالنسبة لباقى المدينين إذا قضت بالغائه بهيئة قضائية مختصة، ولكن إذا اختصم الدائن جميع المدينين فى الدعوى وصدر حكم لصالحهم، ثم قضى بالغاء هذا الحكم بالنسبة لأحدهم فيما بعد، فلا يضار الباقون بذلك. أما إذا صدر الحكم عليهم، فلا يترتب على إعلانه لأحدهم سريان مواعيد المعارضة والاستئناف والنقض بالنسبة للباقين» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٩٤ وانظر أيضا ص٩٣- ٩٤).

أما فى القانون الفرنسى، فقد احتدم الخلاف: فمن الفقهاء من يذهب إلى أن الحكم الصادر ضد أحد المدينين المتضامنين يحتج به على الباقى، ومن باب أولى إذا صدر الحكم لصالح أحدهم جاز للباقى أن يتمسكوا بهذا الحكم (لاروميير٣ م١٢٠٨ فقرة ١٩- ديمولومب ٢٦ فقرة ٣٧٤- هيك ٧ فقرة ٣٢٨ - بودرى وبارد٢ فقرة ١٢٣١ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٨٦). ومنهم من يذهب إلى أن الحكم لا يسرى فى حق الآخرين، سواء كان صادراً ضد المدين المتضامن أو لصالحه (كوليه دى سانتير ٥ فقرة ٣٢٨ مكررة ٢٤- لوران ٢٠ فقرة ١٢٠). ومنهم من يذهب إلى أن الحكم الصادر لمصلحة المدين يتمسك به الآخرون، والحكم الصادر ضده لا يحتج به عليهم، كما هو الحكم فى التقنين المصرى بصريح النص (ديرانتون ١٣ فقرة ٥١٩- فقرة ٥٢٠- ماركاديه ٥ فقرة ١٣) - وإذا صدر حكم ضد المدينين المتضامنين جميعاً، فالطعن المرفوع من أحدهم يفيد الباقين (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٨٦ ص٤٥٩ - ص٤٦١). وإذا صدر حكم لصالح المدينين =

المطلب الثانى

علاقة المدينين المتضامنين بعضهم ببعض

٢٠٣ – النصوص القانونية: تنص المادة ٢٩٧ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«١ – إذا وفى أحد المدينين المتضامنين كل الدين، فلا يجوز له أن يرجع على أى من الباقين إلا بقدر حصته فى الدين، ولو كان بماله من حق الحلول قد رجع بدعوى الدائن».

«٢ – وينقسم الدين إذا وفاه أحد المدينين حصصا متساوية بين الجميع، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك».

وتنص المادة ٢٩٨ على ما يأتى:

«إذا أعسر أحد المدينين المتضامنين، تحمل تبعة هذا الإعسار المدين الذى وفى بالدين وسائر المدينين الموسرين، كل بقدر حصته».

وتنص المادة ٢٩٩ على ما يأتى:

«إذا كان أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة فى الدين، فهو الذى يتحمل به كله نحو الباقين»(١).

= المتضامنين وأعلن أحدهم الحكم للدائن وانقضت مواعيد الطعن بالنسبة إليه، ثم طعن الدائن فى الحكم بالنسبة إلى الباقين فى الميعاد القانونى، فان هذا الطعن لا يضر بالمدين الذى انقضى ميعاد الطعن بالنسبة إليه، ويجب على الدائن فى طعنه ضد الباقين أن يستنزل حصة هذا المدين (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٣٦ مكررة – وانظر أيضا فى الموضوع بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٨٦).

(١) **تاريخ النصوص:**

م٢٩٧: ورد هذا النص فى المادة ٤٢١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنه المراجعة تحت رقم المادة ٣٠٩ فى المشروع النهائى. ثم وافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٩٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٩٥ – ص٩٦).

م٢٩٨: ورد هذا النص فى المادة ٤٢٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٣١٠ فى المشروع النهائى. ثم وافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٩٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٩٧).

م٢٩٩: ورد هذا النص فى المادة ٤٢٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٣١١ فى المشروع النهائى. ثم وافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٩٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٩٨ – ص١٠٠).

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المادة ١١٥/١٧١(١).

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المواد ٢٩٧- ٢٩٩- وفى التقنين المدنى الليبى المواد ٢٨٤- ٢٨٦- وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٣٣٤- ٣٣٥- وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٣٩ - ٤١(٢).

---

(١) التقنين المدنى السابق م١١٥/١٧١ : إذا قام أحد المتضامنين فى الدين بأدائه أو وفاه بطريق المقاصة مع الدائن، جاز له الرجوع على باقى المدينين كل بقدر حصته، وتوزع حصة المعسر منهم على جميع الموسرين.

ولا فرق فى الأحكام ما بين التقنينين الجديد والقديم. ويلاحظ أن التقنين القديم ذكر المقاصة وحدها إلى جانب الوفاء، ولكن المقاصة فى هذا كغيرها من طرق انقضاء الالتزام، كالتجديد واتحاد الذمة، وذلك متى كان الدائن قد طالب المدين الذى قام به سبب انقضاء الالتزام ووقف عنده. أما إذا طالب غيره من المدينين المتضامنين، فقد رأينا أن كل مدين منهم لا يجوز له أن يحتج على الدائن إلا بمقدار حصة المدين الذى قام به سبب الانقضاء.

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى: التقنين المدنى السورى** م٢٩٧ - ٢٩٩ (مطابقة).

التقنين المدنى الليبى م٢٨٤- ٢٨٦ (مطابقة).

التقنين المدنى العراقى م٣٣٤: ١- لمن قضى الدين من المدينين المتضامنين الرجوع على الباقين بما دفعه زائداً على ما هو واجب عليه، كل بقدر حصته.

٢- فإن كان أحد منهم معسراً، تحمل تبعة هذا الاعسار المدين الذى وفى بالدين وسائر المدينين الموسرين، كل بقدر حصته.

م٣٣٥: ١- إذا قضى أحد المدينين المتضامنين الدين بغير الشئ الواجب أداؤه، أو بطريق آخر يقوم مقام الوفاء كالهبة أو الحوالة، رجع على بقية المدينين بما ضمن لا بما أدى.

٣- وإذا كان أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة فى الدين، فهو الذى يتحمله كله قبل الباقين.

وهذه النصوص تتفق أحكامها مع أحكام التقنين المصرى، فيما عدا أن التقنين العراقى ينص على أنه إذا أدى المدين الدين بغير الشئ الواجب أداؤه أو بطريق آخر غير الوفاء كالهبة أو الحوالة، رجع على بقية المدينين كل بقدر حصته الدين الأصلى، ولو أدى هو للدائن أقل من ذلك أو أكثر. وهذا مأخوذ من الفقه الإسلامى.

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٣٩: أن موجب التضامن ينقسم حكماً بالنظر إلى علاقات المديونين بعضهم ببعض، فهم فيما بينهم لا يلزم أحد منهم إلا بنسبة حصته. وإن الحصص التى يلزم بها المديونون بمقتضى أحكام الفقرة السابقة هى متساوية إلا فيما يلى:

١- إذا كان العقد يصرح بالعكس.

٢- إذا كانت مصالح المديونين غير متساوية. وإذا كانت المصلحة فى الدين لأحد المديونين وحده، وجب اعتبار الآخرين كفلاء فى علاقتهم به.

م٤٠: إن المديون فى موجب التضامن إذا وفى مجموع الدين، كان له حق الرجوع على المديونين الآخرين بما يتجاوز حصته. وأمكنه إذ ذاك أن يقيم الدعوى الشخصية أو الدعوى التى يحق للدائن =

ويتبين من هذه النصوص أنه إذا وفى أحد المدينين المتضامنين الدائن كل الدين، كان له حق الرجوع على المدينين المتضامنين معه. وحق الرجوع هذا إما أن يكون بالدعوى الشخصية، أو بدعوى الحلول، وسواء كان الرجوع بهذه الدعوى أو بتلك، فان الدين ينقسم على المدينين المتضامنين، والأصل أن ينقسم حصصاً متساوية بين الجميع ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك. وأيا كانت حصة المدين المتضامن عند انقسام الدين على الجميع، فان كل مدين متضامن موسر يتحمل نصيبه فى حصة المعسر من المدينين المتضامنين، وذلك بنسبة حصته هو فى الدين. على أنه قد يتبين أن واحداً أو أكثر من المدينين هم أصحاب المصلحة فى الدين، فعند ذلك لا ينقسم الدين على الباقى، ويتحمل أصحاب المصلحة وحدهم كل الدين فى علاقتهم بالمدينين الآخرين.

فعندنا إذن مسائل خمس نبحثها على التعاقب:

(١) متى يكون للمدين المتضامن حق الرجوع على المدينين المتضامنين الآخرين.

(٢) الأساس القانونى لهذا الرجوع: الدعوى الشخصية ودعوى الحلول.

(٣) انقسام الدين على المدينين المتضامنين وتعيين حصة كل منهم.

(٤) تحمل الموسرين من المدينين المتضامنين لحصص المعسرين منهم.

(٥) تحمل أصحاب المصلحة فى الدين وحدهم بكل الدين.

وهذه هى المسائل التى بحثناها فى التضامن الإيجابى، إلا أنها تحتاج إلى مزيد من التفصيل فى التضامن السلبى لأهميته العملية كما سلف القول.

٢٠٤ - متى يكون للمدين المتضامن حق الرجوع على المدينين المتضامنين الآخرين: التضامن لا يقوم إلا فى العلاقة ما بين الدائن والمدينين المتضامنين. أما فى علاقة المدينين بعضهم ببعض، فان الدين ينقسم عليهم، ويكون لمن وفى منهم الدين للدائن حق الرجوع على الآخرين، كل بقدر حصته كما سيأتى.

وحق الرجوع يثبت للمدين إذا وفى كل الدين، كما جاء فى صدر المادة ٢٩٧ سالفة الذكر. ويفى المدين المتضامن الدين كله للدائن إما لأن الدائن طالبه بذلك بموجب التضامن

=إقامتها مع ما يختص بها من التأمينات عند الاقتضاء، ولكن، أية كانت الدعوى التى يقيمها، لا يحق له أن يتطلب من كل مدين إلا الحصة التى يجب عليه نهائياً أن يتحملها.

م٤١ : إذا وجد بين المدينين المتضامنين شخص أو عدة أشخاص غائبين أو غير مقتدرين على الدفع، فإن أعباءهم من الدين يتحملها المدينون الحاضرون وذوو الاقتدار بنسبة ما يجب على كل منهم أن يتحمله من الدين، ذلك كله إذا لم يكن نص مخالف.

وهذه النصوص تتفق فى أحكامها مع نصوص التقنين المصرى.

كما رأينا فيما تقدم[1]، وإما لأن المدين المتضامن تقدم من تلقاء نفسه بوفاء الدين كله للدائن وقد سبق أن ذكرنا أن الدائن فى هذه الحالة لا يستطيع أن يرفض هذا الوفاء(1).

وليس من الضرورى، حتى يثبت حق الرجوع للمدين، أن يكون المدين قد وفى الدين فعلا، بل يكفى أن يكون قد قضى الدين نحو الدائن بطريق يقوم مقام الوفاء[2]. فيجوز أن

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن من مصلحة المدين الذى رفعت عليه دعوى تعويض بالتضامن مع مدين آخر أن يقاضى فى نفس الوقت ذلك المدين الآخر، ويطلب إلى المحكمة فى حالة الحكم عليه بذلك الدين أن تقضى له بحق الرجوع على المدين الآخر بكافة ما يحكم به عليه هو إذا كان لديه من الأسباب ما يقتضى عدم ملزوميته شخصياً بشئ من الدين. ومصلحته فى ذلك محققة لا احتمالية فقط، لأن رفع الدعوى عليه بادئ الأمر بصفته مديناً متضامناً مع المدين الآخر معناه التزامه فى النهاية بجزء من الدين، سواء اختار الدائن التنفيذ عليه هو بما حكمت به المحكمة ثم رجع على زميله المدين بحصته فيما حكم به، أو كان الدائن قد اختار التنفيذ على المدين الآخر ثم رجع هذا المدين الآخر على المدين الأول بحصته فيما حكم به طبقا لحكم المادة ١١٥ مدنى (قديم). وهذه المصلحة المحققة من أول الأمر هى التى تبيح لذلك المدين الرجوع على زميله المدين فى نفس الوقت الذى رفعت فيه دعوى التعويض الأصلية على المدينين معاً والمطالبة بالحكم له على المدين الآخر بكل ما يحكم به عليه (نقض مدنى ٢٥ مايو سنة ١٩٣٦ المجموعة الرسمية ٣٧ رقم ١٩٣).

(٢) ولكن لا يكفى أن يكون الدين قد حل وأن يتوقع المدين أن الدائن سيرجع عليه هو دون سائر المدينين، حتى يكون ذلك مبرراً للمدين فى الرجوع مقدماً على سائر المدينين خشية إعسارهم. بل لابد من أن يكون المدين قد قضى الدين فعلا إما بالوفاء، وإما بطريق يقوم مقام الوفاء (بيدان ولاجارد ٨ ص٦١٥ هامش رقم ٣- قارن بودرى وبارد٢ فقرة ١٢٧٢).

(1) أ- القول بحق المدين المتضامن فى الرجوع على المدينين الآخرين بما دفعه عنهم ونزع ملكية أرضهم وشرائها بالمزاد لنفسه جهرا أو بواسطة من يوكله أو يسخره عنه خفية هذا القول محله ان يكون الوفاء من ماله الخاص.

(الطعن رقم ٣٤٥ لسنة ٢١ق جلسة ١٩٥٦/٢/٩ س٧ ص١٦٨)

ب- متى كان للمدين المتضامن قد حل بحكم القانون محل الدائنين بمقدار ما عساه قد دفعه زيادة عن نصيبه ويحق له الرجوع به على المدينين الآخرين فانه وان امتنع عليه التنفيذ بها على مالهم ما دامت محل نزاع إلا انه لا يقبل طلب هؤلاء المدينين بشطب القيود والتسجيلات التى شملتها تسوية الديون قبل معرفة مقدار تلك الزيادة التى يحق للمدين المذكور الحلول بها محل الدائنين فى القيود والتسجيلات المذكورة.

(الطعن رقم ٣٤٥ لسنة ٢١ق جلسة ١٩٥٦/٢/١٩ س٧ ص١٦٨)

جـ- لئن كان يجوز للمدين المتضامن أن يتفق مع غيره من المدينين المتضامنين على أن يتحمل وحده بكل الدين محل التضامن، الا أنه لا يجوز لغيره من المدينين المتضامنين الرجوع عليه بهذا الدين إلا إذا كان قد وفاه بالفعل للدائن، ولا يغنى عن ذلك صدور احكام نهائية عليه بهذا الدين طالما أنه لم يتم الوفاء به بالفعل تنفيذا لهذه الأحكام، وإذ كانت صورة الدعوى كما أثبتها الحكم =

يكون قد وفاه الدين بمقابل[1]. ويجوز أن يكون قد وفاه الدين بطريق المقاصة، ولكن يشترط فى ذلك أن يكون الدائن قد طالب بالدين هذا المدين بالذات الذى قام به سبب المقاصة، فعند ذلك يتمسك المدين بانقضاء الدين بالمقاصة فينقضى الدين، وتبرأ ذمته منه كما تبرأ ذمة المدينين المتضامنين الآخرين، فيرجع على هؤلاء كل بقدر حصته. أما إذا طالب الدائن بالدين مديناً متضامناً آخر غير الذى قام به سبب المقاصة، لم يستطيع هذا المدين الآخر أن يتمسك بالمقاصة إلا بقدر حصة المدين الذى وقعت معه، وعليه أن يدفع للدائن الدين بعد أن يستنزل منه هذه الحصة، ثم يكون له بعد ذلك حق الرجوع على المدينين الآخرين. كذلك قد يوفى المدين المتضامن الدين بطريق التجديد، وقد رأينا أنه ما لم يحتفظ الدائن بحقه قبل المدينين الآخرين فان ذمة هؤلاء تبرأ بالتجديد الذى وقع (م٢٨٦ مدنى)، وعند ذلك يكون للمدين الذى وقع منه التجديد حق الرجوع على المدينين الآخرين كل بقدر حصته. ويجوز أن يوفى المدين المتضامن الدين بطريق اتحاد الذمة، فان كان المدين هو الذى ورث الدائن، فقد رأينا أنه يجوز له أن يرجع باعتباره مديناً وفى الدين على باقى المدينين المتضامنين كل بقدر حصته. أما الإبراء فليس بوفاء للدين، ولا هو طريق يقوم مقام الوفاء. وقد رأينا أن الدائن إذا أبرأ المدين، فاما أن يرجع على المدينين الآخرين بالدين بعد أن يستنزل حصة المدين الذى أبرأه، وإما أن يطالب أياً منهم بكل الدين، وإما ألا يطالب أياً منهم بشئ، وفى كل هذه الأحوال لا يرجع المدين الذى أبرأه الدائن بشئ على المدينين الآخرين[2]. وكذلك إذا تقادم الدين بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين، لم يعتبر هذا وفاء يجيز لهذا المدين أن يرجع على المدينين، لأنه هو لم يدفع الدين أو مقابلا له، وقد رأينا أن الدائن فى هذه الحالة يستطيع أن يطالب أياً من المدينين الآخرين بالدين بعد أن يستنزل حصة من تقادم دينه[3].

=المطعون فيه أن البنك – الدائن – استصدر ضد الطاعنين ومورث المطعون ضدهم أحكاما بالزامهم بالتضامن بالدين موضوع الدعوى فأقام الطاعن الأول دعواه بالزام المطعون ضدهم فإن يؤدوا له قيمة هذا الدين من تركة مورثهم استنادا إلى اقرار المورث بالتركة وحده بالدين محل التضامن بمقتضى الاقرار الصادر منه، وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى عدم قبول الدعوى لرفعها قبل الأوان تأسيسا على أنه لم يثبت ان الطاعن الأول قد وفى بالفعل بالدين محل التضامن أو أن البنك – الدائن – قد نفذ على أمواله بهذا الدين، فأنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه.

(جلسة ١٩٧٦/٥/٣ مجموعة احكام النقض السنة ٢٧ ص١٠٥٦)

(جلسة ١٩٥٢/٣/٦ مجموعة احكام النقض السنة ٢ ص١٧٥)

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٤٦.

(٢) وفى التقنين المدنى العراقى تنص الفقرة الأولى من المادة ٣٣٥، كما رأينا، على أنه «إذا قضى أحد المدينين المتضامنين الدين بغير الشئ الواجب أداؤه، أو بطريق آخر يقوم مقام الوفاء كالهبة أو الحوالة، يرجع على بقية المدينين بما ضمن لا بما أدى».

(٣) وقد ينقضى الدين باستحالة الوفاء بسبب أجنبى، فتبرأ ذمة جميع المدينين المتضامنين دون أن يدفع أحد منهم شيئا للدائن حتى يرجع به على الآخرين.

وحتى يكون للمدين المتضامن حق الرجوع على المدينين الآخرين، يجب أن يكون الوفاء الذى قام به للدائن قد عاد عليهم بالفائدة، أى أن يكون هو الذى أبرأ ذمتهم نحو الدائن. فلو أن المدين المتضامن لم يخطر المدينين الآخرين بأنه وفى عنهم الدين، وقام أحد منهم بوفاء الدين للدائن مرة ثانية وهو لا يعلم أن المدين الأول قد وفاه، ثم أخطر سائر المدينين بأنه قد وفى الدين، فان حق الرجوع يثبت لهذا المدين الذى وفى الدين مرة ثانية دون المدين الأول(١).

وليس من الضرورى حتى يكون للمدين المتضامن حق الرجوع على المدينين الآخرين أن يكون قد وفى للدائن كل الدين. فيجوز أن يفى ببعض الدين إذا قبل الدائن منه هذا الوفاء الجزئى، ومع ذلك يكون له الرجوع على المدينين الآخرين، كل بنسبة حصته فى الدين، فيما دفعه للدائن.

على أنه يجوز للمدين كما قدمنا أن يتفق مع الدائن على أن يدفع له حصته فى الدين أو جزءاً منها، ففى هذه الحالة لا يرجع المدين الذى اقتصر على دفع حصته أو على دفع جزء منها بشئ على المدينين الآخرين، ويرجع الدائن على هؤلاء بالباقى من الدين بعد أن يستنزل ما دفعه له المدين. أما إذا دفع المدين أكثر من حصته، فله الرجوع على المدينين الآخرين بما دفعه زائداً على هذه الحصة، ويساهم هؤلاء فى ذلك كل بنسبة حصته فى الدين، ويرجع الدائن عليهم بما بقى من الدين بعد أن يستنزل كل ما دفعه المدين له(٢).

---

(١) لاروميير ٣م ١٢١٤ فقرة ٣- ديمولومب ٢٦ فقرة ٤٢٨- بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٧٠- كذلك لا يكون المدين الذى وفى الدين هو الذى أبرأ ذمة المدينين الآخرين نحو الدائن، إذا كان لم يخطرهم بالوفاء قبل وقوعه وكان عندهم من الدفوع ما يستطيعون أن يسقطوا به الدين (لاروميير ٣ م١٢١٤ فقرة ٤- هيك ٧ فقرة ٣٣٣- بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٧٠). ذلك أن المدين المتضامن فى علاقته بالمدينين المتضامنين الآخرين بمثابة كفيل لهم فيما يتعلق بحصصهم فى الدين. وقد نصت المادة ٧٩٨ مدنى، فيما يتعلق بالكفيل، على أنه: «١- يجب على الكفيل أن يخطر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين، وإلا سقط حقه فى الرجوع على المدين إذا كان هذا قد وفى الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضى ببطلان الدين أو بانقضائه. ٢- فان لم يعارض المدين فى الوفاء، بقى للكفيل حقه فى الرجوع عليه ولو كان المدين قد دفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضى ببطلانه أو بانقضائه». على أننا سنرى فيما يلى أن هناك فروقاً كثيرة بين المدين المتضامن والكفيل، وبخاصة فى علاقة كل منهما بالدائن (انظر ما يلى فقرة ٢٠٨).

(٢) على أن كثيراً من الفقهاء فى فرنسا يذهبون إلى أنه يستوى أن يكون الجزء من الدين الذى وفاه المدين للدائن معادلا لحصته فيه أو أكثر أو أقل، فله أن يرجع فى كل هذه الأحوال على المدينين الآخرين. ويقولون فى تبرير هذا الرأى أن المدين عندما يوفى الدين أو أى جزء منه إنما يعمل بالأصالة عن نفسه وبالنيابة عن سائر المدينين المتضامنين، فله عليهم حق الرجوع فى حدود ما وفاه من الدين (ديرانتون =

٢٠٥ – الأساس القانونى لرجوع المدين – الدعوى الشخصية ودعوى الحلول: والآن نبين الأساس القانونى الذى يقوم عليه رجوع المدين المتضامن على المدينين المتضامنين الآخرين عند وفائه للدائن بالدين، فهو يرجع إما بالدعوى الشخصية (action personnelle) وإما بدعوى الحلول (action en subrogation).

=١١ فقرة ٢٤٥– لارومبيير ٣ م١٢١٤ فقرة ٥– ديمولومب ٢٦ فقرة ٤٢٦ وفقرة ٤٤٤– فقرة ٤٤٦– هيك ٧ فقرة ٣٣٣– بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٦٩).

والصحيح في رأينا أنه يجب التمييز – عندما يفى المدين بجزء من الدين – بين ما إذا كان قد اتفق مع الدائن على أنه إنما يدفع له حصته في الدين أو جزءاً منها، أو لم يتفق معه على ذلك. ففي الحالة الأولى لا يرجع المدين على المدينين الآخرين، ويرجع فى الحالة الثانية. بل نحن نذهب إلى أبعد من ذلك، ونفترض، عندما يوفى المدين جزءاً من الدين، أن هناك اتفاقاً ضمنياً بينه وبين الدائنين على أنه إنما يوفى حصته فى الدين أو جزءاً منها، فذلك أقرب إلى المألوف في التعامل، وأيسر في تصفية العلاقات المختلفة ما بين المدينين المتضامنين. ولتوضيح ذلك نفرض أن الدين ثلثمائة، وأن المدينين المتضامنين ثلاثة بحصص متساوية، وقد دفع المدين الأول للدائن مائة، ثم دفع الثانى للدائن المائتين الباقيتين. فإذا أخذنا بالرأى الذى يقول برجوع المدين على المدينين الآخرين عند وفائه بجزء من الدين، وجب أن يرجع الأول على كل من الثانى والثالث بثلث المائة، ووجب أن يرجع الثانى على كل من الأول والثالث بثلث المائتين. فيأخذ الأول من الثانى ١/٣ ٣٣، ويعطيه ٢/٣ ٦٦، أى يعطيه فى النهاية ١/٣ ٣٣. ثم يأخذ من الثالث ١/٣ ٣٣، فينتهى إلى أن يكون قد أخذ من الثالث مثل ما أعطى للثانى، وخرج من كل ذلك على أنه قد دفع للدائن حصته فى الدين. ثم إن الثانى يأخذ فى النهاية من الأول ١/٣ ٣٣ كما قلنا، ويأخذ من الثالث ٢/٣ ٦٦، فيكون ما أخذه منهما ١٠٠. وقد دفع ٢٠٠ للدائن، فينتهى إلى أن يكون قد تحمل ١٠٠ هى حصته فى الدين! أليس خيراً من ذلك أن تقول إن المدين الأول قد دفع للدائن مائة وهى حصته فى الدين، فلا يرجع على أحد بشئ. ثم إن المدين الثانى، الذى دفع المائتين للدائن، يرجع على المدين الثالث بمائة هى حصته فى الدين، ويكون من كل من المدينين الثلاثة قد تحمل على هذا الوجه حصته فى الدين من أيسر الطرق؟ هذا وقد نص التقنين المدنى العراقى صراحة (م١/٣٢٤) على هذا الرأى الذى نذهب إليه إذ يقول: «لمن قضى الدين من المدينين المتضامنين الرجوع على الباقين بما دفعه زائداً على ما هو واجب عليه». كذلك يذهب أوبرى ورو إلى أنه لابد لقيام حق الرجوع من أن يكون المدين قد وفى الدائن أكثر من حصته فى الدين (أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٩٨ مكرر ص٥١– وانظر أيضاً الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص٢٤٩– ص٢٥٠ والأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٩٧ ص٢٧٩ وص٢٩٨ هامش رقم ١). وهذا ما ذهبت إليه أيضاً محكمة النقض إذ قضت بأنه يشترط لرجوع المدين المتضامن على المدين المتضامن معه أن يكون وفى أكثر من نصيبه فى الدين، وإذن فمتى كان الواقع أن الطاعن مدين بالتضامن مع المطعون عليه فى عقد رهن، وكان الحكم المطعون فيه قد أثبت بأسباب سائغة أنه لم يوف من الدين المضمون بالرهن إلا أقل مما التزم به بمقتضى محضر الصلح المبرم بينه وبين المطعون عليه، فإن ما يزعمه من أن جميع أقساط الدين موضوع الصلح واجبة الأداء له لا سند له من القانون (نقض مدنى ٦ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٠٠ ص٥٨٥). وانظر أيضاً طنطا ٢٦ إبريل سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٦ رقم ٣٤ ص٧٧.

يرجع بالدعوى الشخصية إذا نظرنا إلى سابق علاقته بالمدينين المتضامنين الآخرين، فهم فى الغالب جميعاً أصحاب مصلحة مشتركة فى الدين. فإذا أدى واحد منهم الدين عن الباقى، فهو إما أن يكون وكيلا عنهم فيرجع عليهم بدعوى الوكالة (م٧١٠مدني)، وإما أن يكون فضولياً يعمل لمصلحتهم عليهم بدعوى الفضالة (م١٩٥ مدني). وكل من دعوى الوكالة ودعوى الفضالة دعوى شخصية تسمح للمدين الذى وفى الدين أن يرجع على كل من المدينين الآخرين بقدر حصته فيه. ومزية هذه الدعوى الشخصية هى أنها تجعل للمدين الحق فى تقاضي فوائد عما دفعه للدائن زائداً على حصته لحساب المدينين الآخرين من يوم الدفع. ذلك أن المدين إذا رجع بدعوى الوكالة، فان المادة ٧١٠ مدنى تقضى بأنه «على الموكل أن يرد للوكيل ما أنفقه فى تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد، مع الفوائد من وقت الإنفاق». وإذا هو رجع بدعوى الفضالة، فان المادة ١٩٥ مدنى تقضى بأن «يكون رب العمل ملزماً بأن ينفذ التعهدات التى عقدها الفضولى لحسابه، وأن يعوضه عن التعهدات التى التزم بها، وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التى سوغتها الظروف مضافاً إليها فوائدها من يوم دفعها». وليست الفوائد التى يتقاضاها المدين المتضامن من المدينين الآخرين هى الفوائد التى ينتجها المدين الأصلى، فهذه يستردها المدين مع أصل الدين وتلحق به، ولكنها فوائد مستقلة يتقاضاها – بالسعر القانونى أو بالسعر الاتفاقى إذا كان هناك اتفاق على ذلك – على مجموع المبالغ، من رأس مال وفوائد ومصروفات، التى أداها للدائن زائداً على حصته فى الدين[1]، فيتقاضاها حتى لو كان الدين الذى وفاه للدائن لا ينتج فوائد أصلا[2].

ويرجع المدين المتضامن الذى وفى الدين بدعوى الحلول[3]، أى بدعوى الدائن الذى وفاه الدين وقد حل محله فيه، وهذا بموجب المادة ٣٢٦ مدنى وتنص على أنه «إذا قام بالوفاء شخص غير المدين، حل الموفى محل الدائن الذى استوفى حقه فى الأحوال الآتية: (١) إذا كان الموفى ملزماً بالدين مع المدين أو ملزما بوفائه عنه...». والمدين المتضامن الذى وفى الدين ملزم به مع المدينين الآخرين، فإذا وفاه للدائن حل محله فيه عند الرجوع على المدينين

---

(١) استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م٢٦ ص١١-.

(٢) ديمولومب ٢٦ فقرة ٤٤٢ – بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٦٦ – وتتقادم هذه الفوائد فى رأينا بخمس سنوات لا بخمس عشرة سنة (انظر فى هذه المسألة بودرى وتيسييه فقرة ٧٨٤– بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٦٧).

ولا يرجع المدين المتضامن على المدينين الآخرين بالمصروفات التى حكم بها عليه للدائن إذا هو لم يف بالدين بمجرد مطالبته به، لأنه هو الذى تسبب، بتأخره فى الوفاء بالدين، فى الحكم عليه بهذه المصروفات (ديمولومب ٢٦ فقرة ٤٤٣ – بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٦٨ – بودرى وبارد٢ فقرة ١٢٦٨– وقارن لاروميير ٣ م١٢١٤ فقرة ٨). ولكن إذا هو طالب بدوره المدينين الآخرين كلا بحصته، وتأخر هؤلاء فى الوفاء، حكم له هو أيضاً عليهم بالمصروفات بداهة لتأخرهم فى الدفع.

(٣) استئناف أهلى ٤ ديسمبر سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٧ ص١٦٣.

الآخرين. ومزية دعوى الحلول هذه أن المدين المتضامن إذا رجع بها تكون له التأمينات ذاتها التى كانت الدائن، بعد أن حل محله، إذ هو يرجع بنفس الدين الذى وفاه بما له من ضمانات، لا بدعوى شخصية مستمدة من الوكالة أو الفضالة. وهذا الحكم تنص عليه صراحة المادة ٣٢٩ مدنى إذ تقول: «من حل قانونا أو اتفاقا محل الدائن كان له حقه، بما لهذا الحق من خصائص، وما يلحقه من توابع، وما يكفله من تأمينات، وما يرد عليه من دفوع، ويكون هذا الحلول بالقدر الذى أداه من ماله من حل محل الدائن».

على أن الدعوى الشخصية، إذا كانت دعوى الحلول تمتاز عنها فى التأمينات، تمتاز هى على دعوى الحلول فى أمرين: (١) إذا رجع المدين بالدعوى الشخصية كان له أن يتقاضى فوائد عن المبالغ التى دفعها للدائن زائداً على حصته فى الدين كما سبق القول. أما دعوى الحلول فلا يتقاضى فيها المدين إلا فوائد الدين الأصلى التى يكون قد دفعها للدائن، إذا كان من شأن هذا الدين أن ينتج فوائد[١]. يسرى التقادم بالنسبة إلى الدعوى الشخصية من وقت وفاء المدين الدين للدائن، فواقعة الوفاء هذه هى مصدر الدعوى الشخصية[1]. أما بالنسبة إلى دعوى الحلول، فان التقادم كان ساريا من وقت حلول الدين الذى وفاه المدين، وبديهى أن هذا الوقت متقدم على وقت الوفاء، فتتقادم دعوى الحلول قبل أن تتقادم الدعوى الشخصية لو كانت مدة التقادم المقررة قانونا لكل من الدعويين مدة واحدة[٢].

---

(١) وقد تكون فوائد هذا الدين الأصلى هى فوائد قانونية استحقت من وقت أن طالب الدائن بحقه المدينين المتضامنين مطالبة قضائية (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٥٧).

(٢) بأن تكون دعوى الدين الأصلى (أى دعوى الحلول)) تتقادم بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة كما تتقادم دعوى الفضالة (م١٩٧ مدنى)، أو تتقادم بخمس عشرة سنة كما تتقادم دعوى الوكالة (م٣٧٤ مدنى)- وبديهى أنه إذا اختلفت مدة التقادم، فالدعوى التى تتقادم قبل الأخرى هى التى تكون مدة التقادم فيها أقصر.

وانظر فى الأساس القانونى لحق رجوع المدين المتضامن على المدينين الآخرين المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٩٩.

(1) متى كان وفاء الكفيل المتضامن وفاء صحيحا لدين قائم فأنه يحق له أن يرجع على باقى الكفلاء المتضامنين معه كل بقدر حصته الدين الذى أوفاه للدائن، ويكون هذا الرجوع أما بدعوى الحلول أو بالدعوى الشخصية التى أساسها النيابة التبادلية المفترضة قانونا بين المتعهدين المتضامنين فى الدين على ما تقرره المادة ١٠٨ من القانون المدنى الملغى، وإذ كانت الدعوى الشخصية تقوم على الوكالة المفترضة بين الكفلاء المتضامنين فأنه يتعين – فى شأن تقادمها – أعمال قواعد التقادم المقررة فى شأن الوكالة واعتبار مدة التقادم بالنسبة لتلك الدعوى خمسة عشرة تبدأ من تاريخ وفاء الكفيل المتضامن من هذا التاريخ فقط ينشأ حقه فى الرجوع على المتعهدين المتضامنين معه ويصبح هذا الحق مستحق الأداء.

(جلسة ١٠/٢/١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ ص٢٧٩)

٢٠٦- انقسام الدين على المدينين المتضامنين وتعيين حصة كل منهم: قدمنا أن التضامن لا يقوم إلا فى العلاقة ما بين الدائن والمدينين المتضامنين، أما فى علاقة المدينين بعضهم ببعض فلا يقوم التضامن، وانما ينقسم الدين بينهم كل بقدر حصته[١].

وينقسم الدين على المدينين المتضامنين على الوجه المتقدم الذكر، حتى لو كان المدين الذى وفى الدين «بماله من حق الحلول قد رجع بدعوى الدائن»، كما تقول العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٢٩٧ مدنى. وقد كان منطق دعوى الحلول يقتضى أن يرجع المدين بما كان يرجع به الدائن نفسه، أى يرجع بكل الدين على أى مدين متضامن آخر بعد أن يستنزل حصته هو من الدين. ولكن العمل بمقتضى هذا المنطق يؤدى إلى سلسلة من دعاوى للرجوع لا مبرر لها. فلو أن المدينين المتضامنين كانوا مثلا خمسة حصصهم فى الدين متساوية، وكان الدين خمسمائة، وفى أحدهم كل الدين للدائن، وحل محله فيه، فان منطق دعوى الحلول يقتضى كما قلنا أن يرجع المدين الدين وفى الدين على أحد المدينين المتضامنين الأربعة بأربعمائة، وهذا الثانى يرجع على الثالث بثلثمائة، وهذا الثالث يرجع على الرابع بمائتين، وهذا الرابع يرجع على الخامس بمائة. فالأولى من الناحية العملية أن يقسم المدين الأول منذ البداية الدين على المدينين الأربعة، ويرجع على كل منهم بمائة. ولا ضير عليه من هذا التقسيم، فانه إذا وجد أحدهم معسراً رجع على الثلاثة الموسرين بنصيب كل منهم فى حصة المعسر كما سنرى. هذا إلى أن المنطق الذى أوردناه لدعوى الحلول يعارضه منطق آخر للدعوى نفسها. ذلك أن المدين الذى وفى الدين فى المثل المتقدم إذا رجع على أحد المدينين الأربعة بأربعمائة، كان لهذا المدين الثانى بعد أن يدفع الأربعمائة للمدين الأول أن يحل هو أيضاً محل الدائن قبل هذا المدين الأول بالذات بعد أن يستنزل حصته من الدين، فيرجع عليه بثلثمائة. فيكون المدين الأول قد استوفى من المدين الثانى أربعمائة ثم وفاه ثلثمائة فى دعويين متتابعين، فخلص له من كل ذلك مائة، فالأولى إذن أن يستوفى هذه المائة منذ البداية وفى دعوى واحدة[٢].

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ١١٥ مدنى (قديم) تنص على أنه إذا قام أحد المتضامنين فى الدين بأدائه، جاز له الرجوع على باقى المدينين معه كل بقدر حصته فى الدين. ومفاد هذا أن تضامن المدينين قبل الدائن لا يلزم عنه تضامنهم بعضهم قبل بعض، فالحكم الذى يقضى باعتبار المدينين متضامنين فيما بينهم لكونهم متضامنين قبل الدائن يكون مخالفاً للقانون، متعيناً نقضه (نقض مدنى ٢٧ فبراير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٠٤ ص٣٣٤). انظر أيضا: استئناف أهلى ٣٠ مايو سنة ١٨٩٣ الحقوق ٦ ص٣٤٨- ١٨ مايو سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص٢٨٠.

(٢) انظر فى هذا المعنى بوتييه فى الالتزامات فقرة ٢٨. وانظر أيضاً بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٩٤. ويقول جوسران فى هذا الصدد إن انقسام الدين على المدينين المتضامنين فى علاقتهم بعضهم ببعض لا يفسر بالرغبة فى تجنب سلسلة من دعاوى للرجوع لا مبرر لها. فسواء رجع المدين الذى وفى كل الدين على المدين الثانى بكل الدين بعد استنزال حصته ثم رجع الثانى على الثالث بالباقى بعد استنزال حصته وهكذا، وهذه هى دعاوى رجوع أربع، أو رجع المدين الأول منذ البداية =

إذن ينقسم الدين – سواء كان الرجوع بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول – على المتضامنين كل بقدر حصته، ولا يرجع المدين الذى وفى الدين كله على أى مدين آخر إلا بمقدار هذه الحصة. ويبقى بعد ذلك أن نرى كيف تتعين حصص المدينين المتضامنين فى الدين. هنا تقول الفقرة الثانية من المادة ٢٩٧ مدنى: «وينقسم الدين إذا وفاه أحد المدينين حصصاً متساوية بين الجميع، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك».

فإذا وجد اتفاق بين المدينين المتضامنين، منذ نشوء الدين، على تعيين حصة كل منهم فيه، وجب العمل بهذا الاتفاق. وقد يكون ضمنيا، كما إذا اشترى ثلاثة داراً فى الشيوع، للأول النصف وللثانى الثلث وللثالث السدس، وتضامنوا فى دفع الثمن للبائع، فينقسم الدين بينهم بنسبة حصة كل منهم فى الدار. ويجب على كل حال إثبات الاتفاق وفقاً للقواعد العامة فى الإثبات، فإذا أراد أحد المدينين إثبات مقدار حصة مدين آخر فى الدين وكانت قيمة هذه الحصة تزيد على خمسمائة جنيه، وجب الإثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها(١).

وإذا لم يوجد اتفاق ولكن وجد نص فى القانون يرسم طريقة تعيين حصة كل مدين متضامن، وجب اتباع النص. من ذلك أن الورثة إذا استدانوا للإنفاق على مصلحة التركة، وكانوا متضامنين فى الدين، فالقانون يعين حصة كل منهم فى الدين بقدر حصته فى الميراث. ومن ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة ١٦٩ مدنى من أن «إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار، كانوا متضامنين فى التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوى، إلا إذا عين القاضى نصيب كل منهم فى التعويض». فيجوز إذن للقاضى، بموجب هذا النص القانونى، أن يعين حصة كل من المسئولين عن العمل الضار فى التعويض الذى يلتزمون به، على حسب جسامة خطأ كل منهم ومدى ما أحدثه بفعله من الضرر(٢).

فإذا لم يوجد اتفاق أو نص فى القانون يعين حصة كل من المدينين المتضامنين فى

= على كل من المدينين الأربعة الآخرين بحصته فى الدين، وهذه هى أيضاً دعاوى رجوع أربع، فإن عدد دعاوى الرجوع واحد فى الحالتين. ويفسر جوسران انقسام الدين بأن التضامن ينقضى بمجرد استيفاء الدائن حقه، فينقسم الدين بانقضاء التضامن بعد أن أصبح الأمر مقتصراً على علاقة المدينين بعضهم ببعض. فإذا حل المدين الذى وفى الدين محل الدائن، حل فى دين منقسم، فلا يرجع على أى مدين آخر إلا بمقدار حصته فى الدين (جوسران٢ فقرة ٧٧٩).

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٥٦.

(٢) وفى هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «والقاعدة أن الدين ينقسم بين المدينين بالنسبة المتفق عليها أو المحددة بمقتضى نص فى القانون. من ذلك مثلا نص المادة ٢/٢٣٦ من المشروع، الخاص بدرجة جسامة الخطأ فيما يتعلق بالتضامن فى المسئولية عن الفعل الضار» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٩٨). وانظر الوسيط الجزء الأول فقرة ٥٩٩ وفقرة ٦٢٠ ص٩٣٠.

الدين، لم يبق إلا جعل حصص المدينين جميعاً متساوية، إذ لا مبرر لجعل حصة أكبر من الأخرى، ويفترض تساويهم فى مصلحتهم المشتركة فى الدين[1](1).

٢٠٧- تحمل الموسرين من المدينين المتضامنين لحصص المعسرين منهم: رأينا أن المادة ٢٩٨ مدنى تنص على أنه: «إذا أعسر أحد المدينين المتضامنين تحمل تبعة هذا الإعسار المدين الذى وفى بالدين وسائر المدينين الموسرين كل بقدر حصته». وهنا تبرز فكرة التضامن ما بين المدينين، فتلامس حتى علاقة المدينين فيما بينهم. ذلك أنهم، حتى فى علاقتهم بعضهم ببعض، يتضامنون فى تحمل حصة المعسر منهم. ولكن هذه الحصة تنقسم بينهم بنسبة الحصة الأصلية لكل منهم فى الدين، فلا يرجع المدين الذى وفى كل الدين على أى من المدينين الموسرين إلا بمقدار حصته ونصيبه فقط فى حصة المعسر. فلو أن المدينين المتضامنين كانوا ثلاثة حصصهم فى الدين متساوية، وكان الدين ثلثمائة، ودفعة واحد منهم، فانه يرجع على كل من الاثنين الآخرين بمائة. فلو كان واحد منهما معسراً رجع الدافع على الموسر بمائة وخمسين، مائة هى حصة الموسر فى الدين وخمسين هى نصيبه فى حصة المعسر. وتحمل الدافع فى النهاية هو أيضا مائة وخمسين، حصته فى الدين ونصيبه فى حصة المعسر[2]. وقد قدمنا أنه إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين من الدين أو من التضامن، فان هذا المدين - ما لم يخله الدائن من المسئولية - يتحمل هو أيضاً نصيبه فى حصة المعسر وإلى هذا كله تشير المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى حين تقول: «وإذا أعسر أحدهم تحمل تبعة هذا الاعسار سائر المدينين، حتى من قام منهم بالوفاء بالدين. وقد تقدمت الاشارة إلى أن من أبرئ من المدينين المتضامنين من الدين أو من التضامن يتحمل نصيبه فى تبعة الاعسار[3]».

ويذهب الفقه فى فرنسا إلى أن العبرة فى قيام الإعسار تكون بالوقت الذى وفى فيه المدين المتضامن الدين للدائن، فقد نشأ حقه فى الرجوع على المدينين المتضامنين، بما فى

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٩٩- وانظر أيضاً بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٥٦.

(٢) ولا يجوز أن يتحمل المدين الذى وفى الدين وحده حصة المعسر كلها، وإلا لجاز للدائن أن يتحكم، ولتوقف على اختياره مديناً دون آخر فى الرجوع بالدين أن يتحمل هذا المدين وحده تبعة الاعسار. هذا إلى أنه ليس من الإنصاف أن جزاء المدين الذى قام بالوفاء عن جميع المدينين، فعجل إبراء ذمتهم من الدين، أن يتحمل وحده حصة المعسر منهم (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٦٠).

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٩٩.

(1) إذا لم يعين الاتفاق أو القانون نصيب كل من الدائنين أو المدينين المتعددين لم يبق إلا أن ينقسم الالتزام عليهم بحسب الرؤوس أو بانصبة متساوية، وإذ خلا العقد موضوع الدعوى من تحديد نصيب كل من البائعين فى ثمن ما باعاه معا صفقة واحدة غير مجزأة، فان يكون لكل بائع نصف ثمن المبيع.
(جلسة ١٩٧٢/٣/٩ مجموعة احكام النقض السنة ٢٣ ص٣٦٤)

ذلك تقسيم حصة المعسر على الموسرين، فى هذا الوقت. فإذا كان المدينون المتضامنون الآخرون موسرين جميعاً وقت الوفاء للدائن، وتأخر المدين الذى وفى الدين فى الرجوع عليهم حتى أعسر واحد منهم، فالمدين الذى وفى الدين هو وحده الذى يتحمل حصة هذا المعسر جزاء تأخره فى الرجوع عليه[1]. ويبدو أن هذا الرأى محل للنظر. فقد يطالب الدائن أحد المدينين المتضامنين بالدين، فيبادر هذا المدين إلى إدخال باقى المدينين المتضامنين معه فى الدعوى ليحكم على كل بحصته فى الدين، ويكون المدينون جميعا موسرين وقت تنفيذ الدائن بالدين كله على أموال من رفع عليه الدعوى. ثم يعسر أحد المدينين قبل أن يتمكن المدين الذى وفى الدين من استيفاء حصة هذا المدين الذى أعسر. فهنا لا يمكن أن ينسب أى تقصير إلى المدين الذى وفى الدين، وليس من العدل أن يتحمل وحده حصة المدين المعسر. من أجل ذلك نرى التحفظ فى الرأى الذى يذهب إليه الفقه الفرنسى، فيكون الأصل فى الإعسار أن يقوم وقت الوفاء للدائن، فإذا وقع بعد هذا الوقت، تحمل المدين الذى وفى الدين وحده حصة المعسر، إلا إذا أثبت أنه لم يقصر إطلاقا فى المحافظة على حقه ضد المدين المعسر[2].

٢٠٨- تحمل أصحاب المصلحة فى الدين وحدهم بكل الدين: رأينا أن المادة ٢٩٩ مدنى تنص على أنه «إذا كان أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة فى الدين، فهو الذى يتحمل به كله نحو الباقين». ويظهر من هذا النص أن هناك حالة لا يكون فيها المدينون المتضامنون جميعا أصحاب المصلحة فى الدين، بل يكون واحد منهم أو أكثر[3] هم أصحاب المصلحة دون الآخرين[1]. فماذا يكون، فى هذه الحالة، شأن هؤلاء الآخرين الذين

---

(١) لاروميير٣ م١٢١٤ فقرة ٩- ديمولومب ٢٦ فقرة ٤٣٥ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٦٠- دى باج٣ فقرة ٣٦٩ ص٣٣٤.

(٢) ويرى الأستاذ عبد الحى حجازى أن التقنين المدنى المصرى الجديد لم يأخذ بالرأى الذى يذهب إليه الفقه الفرنسى فى هذه المسألة، فيقول: «وليس فى القانون المدنى المصرى الجديد ما يفيد أنه أخذ أو يميل إلى الأخذ بهذا الرأى. إن القانون يقول: «إذا أعسر أحد المدينين لمتضامنين... وهذا يفيد أنه يجب الاعتداد بالوقت الذى يحصل فيه الرجوع، لا بالوقت الذى حصل فيه الوفاء. ومع ذلك فمن الواضح أنه إذا ثبت أن المدين الموفى قد تلكأ فى الرجوع على سائر المدينين المتضامنين بما يجعله مقصراً، وأنه لو كان قد بادر إلى الرجوع لما أصابه شئ من جراء هذا الإعسار اللاحق، عندئذ يعتبر مخطئاً، ويؤدى تطبيق القواعد العامة فى هذه الحالة إلى عدم تحمل المدينين المتضامنين هذا الإعسار اللاحق (الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص٢٤٨ هامش رقم ١).

(٣) فليس من الضرورى أن يكون واحد فقط هو صاحب المصلحة، وإذا كان النص قد جرى بأن أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة، فهذا لا يمنع من أن يكون صاحب المصلحة أكثر من واحد، والمهم هو ألا يكون المدينون المتضامنون جميعاً شركاء فى المصلحة (أنظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٧٢ ص٣٨١- لاروميير ٣ م١٢١٦ فقرة ١).

(1) إذا كان المقرر وعلى ما نصت عليه المادة ٢٩٩ من القانون المدنى أنه «إذا كان أحد المدينين =

ليست لهم مصلحة فى الدين، أى ليسوا هم المدينين الحقيقيين، ومع ذلك يتضامنون فى الدين مع أصحاب المصلحة فية؟ إنهم يكونون لاشك كفلاء لأصحاب المصلحة، وأصحاب المصلحة وحدهم هم المدينون الحقيقيون أو المدينون الأصليون. يبقى أن ننظر لماذا لم يبرز هؤلاء وأولئك فى الوضع القانونى المألوف، مدنيين أصليين وكفلاء، بل برزوا جميعا مدينين متضامنين؟ يسوقنا هذا إلى إيراد عجالة سريعة فى تاريخ الكفالة.

لم يكن القانون الرومانى القديم يعرف الكفالة فى وضعها الحديث، ولم يكن متصوراً فى صناعة هذا القانون أن شخصا آخر يلتزم بنفس الدين الذى التزم به المدين دون أن يكون مديناً أصلياً معه، لا مجرد مدين تابع. فلم يكن هناك بد، إذا أريد أن يكون للمدين كفيل. من أن يلتزم الكفيل بالدين التزاماً أصلياً كما التزم المدين. ولما كان التضامن معروفا منذ زمن قديم وقد سبق الكفالة – بل هو الأصل الذى نشأت الكفالة عنه[1] – فقد استخدم لتأدية أغراض الكفالة. فالكفيل كان إذن، فى القانون الرومانى القديم، مديناً متضامناً مع المدين الأصلى. ثم ما لبث القانون الرومانى أن تطور، وبدت معالم الكفالة تتبين شيئاً فشيئاً، فأعطى للكفيل حق التقسيم إذا تعدد، ثم أعطى له حق تجريد المدين، ثم اعترف فى النهاية أن التزامه ليس التزاماً أصلياً بل هو التزام تابع لالتزام المدين المكفول[2]. على أن مقتضيات الائتمان استوجبت أن تتنوع الكفالة لتزيد توثيقاً للدين، فرجعت فى تنوعها إلى ما كانت عليه من قبل، وأصبحت فى الوقت الحاضر تنطوى على صور متدرجة.

فأبسط صورها وأضعفها توثيقاً للدين هى، كما أشرنا إلى ذلك فى مكان آخر[3]، أن يكفل الكفيل المدين دون أن يتضامن معه، ودون أن يتضامن مع الكفلاء الآخرين. فيكون الكفيل فى هذه الصورة مديناً تابعا(1)، له حق تجريد المدين الأصلى، وله حق التقسيم مع الكفلاء الآخرين.

=المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة فى الدين فهو وحده الذى يتحمل به كله نحو الباقين» فمن ثم تنتفى مصلحة الشركتين الطاعنتين– الدامجتين للشركة المحال عليها بالحق والمؤممة بعد فرض الحراسة عليها فى تعييب الحكم المطعون فيه، بالزام تلك الشركة والحارس العام الذى كان يمثلها متضامنين بالحق المحال به بتناقضه فى أساس إلزام المحكوم عليهم بالدين أو أغفاله بيان سبب تضامنهم فيه.

(جلسة ١٩٧٥/١/٢٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص٢٥٧)

(١) وهذا بخلاف الفقه الإسلامى، فقد كانت الكفالة هى الأصل الذى نشأ عنه التضامن (انظر آنفا فقرة ١٥٠ فى الهامش).

(٢) جيرار الطبعة الثالثة ص٦٨٧ وص٧٤٤. وانظر فى هذه المسألة وفى تطور الكفالة فى القانون الفرنسى القديم بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٧٦.

(٣) انظر آنفاً فقرة ١٦٤.

(1) التزام الكفيل – متضامنا أو غير متضامن – يعتبر التزاما تابعا لالتزام المدين الأصلى، فلا يسوغ =

ثم تأتى صورة ثانية للكفالة هى أقوى فى توثيق الدين، فيكفل الكفيل المدين دون أن يتضامن معه، ولكنه يتضامن مع الكفلاء الآخرين. وهنا يبقى الكفيل مديناً تابعاً، ويبقى له حق تجريد المدين، ولكن ليس له حق التقسيم مع الكفلاء الآخرين الذين تضامن معهم.

ثم تأتى صورة ثالثة للكفالة تزيد قوة فى توثيق الدين، هى أن يكفل الكفيل المدين ويتضامن معه كما يتضامن مع الكفلاء الآخرين. وهنا يبقى الكفيل مديناً تابعاً، ولكن ليس له حق التقسيم مع الكفلاء الآخرين لأنه متضامن معهم، وليس له كذلك حق تجريد المدين لأنه أيضاً متضامن معه.

ثم تأتى الصورة الأخيرة للكفالة، وهى أقوى الصور جميعاً فى مراتب التوثيق. فيكفل الكفيل الدين فيما بينه وبين المدين، ولكنه يتقدم إلى الدائن مديناً متضامنا مع المدين الأصلى، ومتضامناً مع الكفلاء الآخرين، الذين يتقدمون هم أيضاً مدينين متضامنين مع المدين. وهكذا تعود الكفالة إلى ما كانت عليه فى عهدها القديم، ولكن لأسباب لا ترجع إلى الصناعة القانونية كما كان الأمر فى القانون الرومانى القديم، بل ترجع إلى اعتبارات عملية هى الوصول فى توثيق الدين إلى أبعد غاياته. وهنا لا يكون للكفيل حق التقسيم مع الكفلاء الآخرين، ولا حق تجريد المدين، بل هو لا يبقى مديناً تابعاً، وإنما يكون مديناً أصلياً متضامناً مع المدين المكفول.

هذه الصورة الأخيرة هى التى تعنينا هنا، إذ نرى أمامنا فيها مدينين متضامنين متعددين فى دين واحد، ولكن واحداً (أو أكثر) من هؤلاء المدينين هو صاحب المصلحة فى الدين، أى هو المدين الأصلى، والباقى ليسو إلا كفلاء عنه، ولكنهم تقدموا إلى الدائن بوصفهم جميعاً مدينين أصليين متضامنين[1]. والمبدأ الأساسى فى هذه الحالة هو التمييز ما بين علاقة هؤلاء المدينين المتضامنين بالدائن إذ تسرى قواعد التضامن، وعلاقتهم بعضهم ببعض إذ تسرى قواعد الكفالة.

= النظر فى أعمال احكام الكفالة على التزام الكفيل قبل البت فى التزام المدين الأصلى.
(جلسة ١٩٨٠/٢/١٨ الطعن رقم ٨٦٠ لسنة ٤٣ق)

(١) ومن التطبيقات العملية لهذه الصورة الأخيرة: (أ) التابع والمتبوع، فهما مسئولان بالتضامن قبل المضرور، ولكن التابع وحده هو صاحب المصلحة فى الدين. (ب) من هو تحت الرقابة ومتولى الرقابة، فهما مسئولان أيضاً بالتضامن قبل المضرور، ولكن الأول منهما هو وحده صاحب المصلحة فى الدين. (جـ) صاحب الكمبيالة والمسحوب عليه والمظهرون للكمبيالة وضامنوها كلهم مدينون متضامنون قبل حامل الكمبيالة، ولكن صاحب المصلحة فى الدين منهم هو المسحوب عليه وحده إذا كان قد قبل الكمبيالة أو عنده مقابل للوفاء (Provision)، وإلا فالساحب (ليون كان ورينو الطبعة الخامسة٤ فقرة ٢٦٧ وفقرة ٣٩٠ وما بعدها – الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام ص٢٩٧ هامش رقم ١).

ففى علاقتهم بالدائن، تسرى قواعد التضامن دون قواعد الكفالة. ومن ثم لا يكون لهم حق تقسيم الدين بينهم ولا حق تجريد المدين الأصلى، بل يكون كل منهم مسئول قبل الدائن عن كل الدين. كذلك لا يكون لأى منهم أن يتمسك بالدفوع الخاصة بغيره ولو كان هذا الغير هو المدين الأصلى، بل لا يتمسك إلا بالدفوع الخاصة به وبالدفوع المشتركة بينهم جميعا[1]. ولا تبرأ ذمة أى منهم بقدر ما أضاعه الدائن بخطأه من الضمانات، كما تبرأ ذمة الكفيل (م٧٨٤ مدنى)[2]. ولا تبرأ ذمة أى منهم إذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين الأصلى خلال ستة أشهر من إنذار الدائن بذلك، كما تبرأ ذمة الكفيل (م٢/٧٨٥ مدنى). ولا يسقط حق الدائن فى الرجوع عليهم حتى لو أفلس المدين الأصلى ولم يتقدم الدائن فى تفليسته، كما يسقط حقه فى الرجوع على الكفيل (م٧٨٦ مدنى). وإذا كان هناك تأمين عينى خصص لضمان الدين، جاز مع ذلك للدائن أن ينفذ على أموالهم قبل التنفيذ على الأموال التى خصصت لهذا التأمين،

---

(١) فليس له مثلا أن يتمسك بالتجديد أو بالمقاصة أو باتحاد الذمة أو بالابراء أو بالتقادم إذا وقع شئ من ذلك مع مدين متضامن آخر ولو كان هو المدين الأصلى، إلا بقدر حصة هذا المدين. ولو أجرينا أحكام الكفالة، لكان له أن يتمسك بهذه الدفوع فى كل الدين، ما دام المدين الأصلى يستطيع أن يتمسك بها.

(٢) لاروميير٣ م١٢٠٨ فقرة ٤- ديمولومب ٢٦ فقرة ٤٩٥- فقرة ٥٠٠- لوران ١٧ فقرة ٣٤٢ - هيك ١٢ فقرة ٢٥٢- أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٩٨ مكررة ثالثا ص٥٤- ص٥٧- بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٨٩- بيدان ولاجارد ٨ ص٦١٥ هامش رقم ٣- انظر عكس ذلك: ديرانتون ٢٨ فقرة ٣٨٢ فى الهامش - توليبه ٧ فقرة ١٧٢ - الموجز للمؤلف فقرة ٥٠٩ ص٥٢٠ هامش رقم ٣، وقد كنا من هذا الرأى العكسى فى الموجز، واعتمدنا فى ذلك على حكم لمحكمة الاستئناف المختلطة، ولكن الصحيح هو الرأى الذى بسطناه فى المتن. وكانت محكمة الاستئناف المختلطة قد قضت بأن المدينين المتضامنين، وهم كفلاء بعضهم لبعض، تسرى عليهم أحكام الكفالة، فيجوز لأى منهم أن يتمسك على الدائن بسقوط حقه بقدر ما أضاعه بخطأه من التأمينات (١٧ مايو سنة ١٩٢٧ م٣٩ ص٤٨٢). ولكن هذه المحكمة رجعت عن هذا الرأى بعد ذلك، فقضت بأن المدينين المتضامنين، وإن كانوا فى علاقتهم فيما بينهم كفلاء بعضهم لبعض، إلا أنهم فى علاقتهم بالدائن يعتبر كل منهم مديناً أصلياً، فليس له أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل، وليس له بنوع خاص أن يتمسك باضاعة التأمينات (استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص١٧٩- ٢٧ فبراير سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص١٧١).

ويستثنى بودرى وبارد من القاعدة التى تقضى بأنه لا يجوز للمدين المتضامن أن يتمسك على الدائن باضاعته التأمينات حالتين: (أ) إذا أضاع الدائن التأمينات بسوء نية، بأن اتفق مثلا مع المدين الذى قدم التأمينات أن ينزل له عنها فى مقابل مبلغ من النقود، وقصر رجوعه على المدينين الآخرين (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٩٠). (ب) إذا كان هناك اتفاق بين الدائن والمدينين المتضامنين على أنه لا يجوز للدائن أن يضيع التأمينات بخطأه. وقد يكون هذا الاتفاق ضمنياً، بأن يكون الدائن مثلا عالما بأن المدينين المتضامنين الآخرين لم يقبلوا التضامن إلا بعد أن قدمت هذه التأمينات (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٩١).

ولا يجوز بالنسبة إلى الكفيل التنفيذ على أمواله إلا بعد التنفيذ على الأموال المخصصة للتأمين (م٧٩١مدنى)[١].

أما فى علاقتهم بعضهم ببعض، فقواعد الكفالة هى التى تسرى دون قواعد التضامن. وقد قدمنا أنه يجب على أى منهم قبل أن يقوم بوفاء الدين أن يخطر المدين الأصلى، وإلا سقط حقه فى الرجوع على هذا المدين إذا كان هذا قد وفى الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضى ببطلان الدين أو بانقضائه. فإذا لم يعارض المدين الأصلى فى الوفاء، بقى لمن وفى الدين حقه فى الرجوع عليه، ولو كان المدين قد دفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضى ببطلانه أو بانقضائه. وهذا هو نفس الحكم الذى يسرى على الكفيل، من حيث وجوب إخطاره المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين (م٧٩٨ مدنى)[٢]. ولكن الذى يعنينا أن نبينه هنا – وهى المسألة التى نريد الوقوف عندها – هو أن هؤلاء المدينين المتضامنين، وقد ارتدّوا كفلاء فى علاقتهم بالمدين الأصلى، لا يتحملون بشئ من الدين شأن كل كفيل إذ لا مصلحة لهم فيه، بل المدين الأصلى صاحب المصلحة هو الذى يتحمل بالدين كله. فإذا كان الدائن قد طالب المدين الأصلى بالدين فدفعه، لم يرجع هذا المدين بشئ على المدينين المتضامنين معه إذ هم ليسوا إلا كفلاء عنه. أما إذا كان الدائن قد طالب أياً من هؤلاء المدينين المتضامنين غير المدين الأصلى بالدين فدفعه، رجع الدافع بالدين كله على المدين الأصلى كما يفعل الكفيل الذى وفى المدين فى رجوعه على المدين، ولم ينقسم الدين على سائر المدينين المتضامنين. وهذا، كما رأينا، ما تنص عليه صراحة المادة ٢٩٩ مدنى، إذ تقضى بأنه إذا كان أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة فى الدين، فهو الذى يتحمل به كله نحو الباقين. يتحمل المدين الأصلى إذن بالدين كله، سواء طالبه به الدائن فدفعه دون أن يرجع بشئ على المدينين الآخرين، أو طالب به الدائن مديناً آخر فدفعه ورجع به كله على المدين الأصلى. وإلى هذا تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إذ تقول: «ولكن إذا كان أحد المدينين هو وحده صاحب المصلحة فى الدين، فهو الذى يتحمل به كله فى صلته بالباقين. فلو أقيم الدليل على أن مديناً من المدينين المتضامنين هو المدين الأصلى وأن الآخرين ليسو سوى كفلاء – فى حدود صلتهم بعضهم ببعض لا فى حدود صلتهم بالدائن

---

(١) على أنه إذا كان الدائن يعلم أن مديناً متضامنا هو وحده صاحب المصلحة فى الدين، ثم أبرأه منه، فليس له أن يرجع بعد ذلك بشئ على المدينين الآخرين. ذلك أنه إذا رجع على أحد منهم، كان لهذا أن يرجع على صاحب المصلحة بالرغم من إبرائه فلم تعد هناك فائدة من هذا الإبراء. وما دام الدائن قد أبرأ صاحب المصلحة فى الدين وهو عالم بذلك، فالمفروض أنه أراد من باب أولى إبراء المدينين الآخرين. كذلك إذا ورث الدائن صاحب المصلحة فى الدين، لم يكن له أن يرجع بشئ على غير أصحاب المصلحة من المدينين المتضامنين (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٧٢ ص٣٨).

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٠٤ فى الهامش.

– وجب أن يتحمل هذا المدين الدين كله، فإذا وفى لم يكن له حق الرجوع على الباقين، وإذا قام بالوفاء مدين آخر كان لهذا المدين أن يرجع عليه بالدين كله[1]». ويخلص من هذه العبارة أنه يفترض فى الأصل أن المدينين المتضامنين المتعددين كلهم أصحاب مصلحة فى الدين، فإذا ادعى أحد منهم أن واحداً أو أكثر من هؤلاء المدينين هم وحدهم أصحاب المصلحة فى الدين، فعليه يقع عبء الإثبات. وعليه أن يثبت ذلك وفقاً للقواعد العامة فى الإثبات، فلا يجوز أن يثبت إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها أن بعض المدينين المتضامنين فى دين تزيد قيمته على خمسمائة جنيه هم وحدهم أصحاب المصلحة فيه[2].

ويلاحظ أنه إذا كان أصحاب المصلحة فى الدين أكثر من واحد، فان المدين الذى وفى الدين دون أن يكون ذا مصلحة فيه يرجع على أى من أصحاب المصلحة بكل الدين، إذ كل من هؤلاء مدين أصلى. وهذا هو الحكم فيما إذا كان للمدينين المتضامنين المتعددين كفيل وفى الدين عنهم، فقد نصت المادة ٨٠١ مدنى على أنه «اذا تعدد المدينون في دين واحد وكانوا متضامنين، فلكفيل الذى ضمنهم جميعاً أن يرجع على أى منهم بجميع ما وفاه من الدين»[3]. وينقسم الدين بين أصحاب المصلحة فيه، فإذا وفى أحدهم الدين كله، سواء بدفعه مباشرة للدائن أو بوفائه لمدين غير ذى مصلحة قام بدفعه للدائن، رجع على الباقى من أصحاب المصلحة كل بقدر حصته فى الدين.

وإذا دفع مدين غير ذى مصلحة فى الدين كل الدين للدائن بناء على مطالبته إياه، وأراد الرجوع على أصحاب المصلحة فى الدين فوجدهم جميعاً معسرين، رجع عند ذلك على المدينين غير أصحاب المصلحة كل بقدر حصته فى الدين[4]. فان لم يكن متفقاً على تعيين حصة كل منهم، كانوا جميعاً متساوين فى الحصص.

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٩٨– ص٩٩.

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٧٣.

(٣) وللكفيل الذى وفى الدين عن المدينين المتضامنين أن يرجع على أى منهم بكل الدين، حتى لو كان المدين الذى رجع عليه قد اشترط على المدينين الآخرين أن يتحملوا هم وحدهم بكل الدين، فإن هذا الشرط النافذ فى علاقة هؤلاء المدينين بعضهم ببعض لا يسرى فى حق الكفيل (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٩٢).

(٤) ديمولومب ٢٦ فقرة ٤٥١– بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٧٢ مكررة ١ ص٣٨٣ الأستاذ عبد الحى حجازى ١ – ص٢٤٩– وقد طبقنا هنا أحكام الكفالة. وقد ورد فى هذا المعنى نص صريح فى التقنين المدنى المصرى، إذ تقضى المادة ٧٩٦ من هذا التقنين بأنه «إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم ووفى أحدهم الدين عند حلوله، كان له أن يرجع على كل من الباقين بحصته فى الدين وبنصيبه فى حصة المعسر منهم». وتنص المادة ٢٠٣٣ من التقنين المدنى الفرنسى على أنه «إذا تعدد الكفلاء لمدين واحد فى دين واحد، فالكفيل الذى وفى الدين يرجع على الكفلاء الآخرين كل بقدر حصته».

الفصل الثالث

الالتزام غير القابل للانقسام*

(obligation indivisible)

٢٠٩ – تقسيم الموضوع: نبحث الالتزام غير القابل للانقسام، كما بحثنا الالتزام التضامني، على الوجه الآتي: (أولا) أسباب عدم قابلية الالتزام للانقسام، وهذا يقابل في الالتزام التضامني مصادر التضامن. (ثانياً) الآثار التي تترتب على قابلية الالتزام للانقسام[1].

الفرع الأول

أسباب عدم قابلية الالتزام للانقسام

٢١٠ – النصوص القانونية: تنص المادة ٣٠٠ من التقنين المدني على ما يأتي:

«يكون الالتزام غير قابل للانقسام»:

«(أ) إذا ورد على محل لا يقبل بطبيعته أن ينقسم».

---

* مراجع: كاميل كليير (Camille Kleyer) في الالتزامات القابلة للانقسام وغير القابلة له رسالة من بروكسل سنة ١٨٧٣ – لويس جوترون (Louis Gotteron) في عدم قابلية الالتزامات للانقسام في القانون الروماني وفي القانون الفرنسي رسالة من بوردو سنة ١٨٧٦ – بنكاز ٢ فقرة ٨٠٠ وما بعدها – هرفيه (Hervé) في التضامن وعدم القابلية للانقسام والكفالة رسالة من بوردو سنة ١٩٤٠ – بودري وبارد ٢ فقرة ١٣١٢ وما بعدها – بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٦٣ وما بعدها – أوبري ورو ٦ فقرة ٣٠١ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٩٨ وما بعدها – دي باج ٣ فقرة ٢٩٢ وما بعدها – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٨٩٥ وما بعدها – كولان وكابيتان ٢ فقرة ٤٣٣ وما بعدها – جوسران ٢ فقرة ٧٩٢ وما بعدها.

(١) وقد كسب موضوع الالتزام غير القابل للانقسام شهرة بعيدة في التعقيد والغموض. وزاد في تعقيده وغموضه مؤلف وضعه ديمولان (Dumoulin)، من أشهر فقهاء القانون الفرنسي القديم، في القرن السادس عشر، عالج فيه هذا الموضوع بافاضة، وشبهه بتيه يضل فيه السارى، وقد وضع له المفاتيح والخيوط التي يهتدى بها في اجتياز هذا التيه. ولخص بوتييه هذا المؤلف في بضع صفحات، وعن بوتييه أخذ واضعو التقنين المدني الفرنسي النصوص التسعة التي صاغوها في هذا الموضوع (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٩٨).

«(ب) إذا تبين من الغرض الذى رمى إليه المتعاقدان أن الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسما، أو إذا انصرفت نية المتعاقدين إلى ذلك»(١).

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ١٧٢/١١٦(٢).

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٠٠- وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٨٧- وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٧٦- وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٧٠(٣).

ويتبين من هذا النص أن عدم القابلية للانقسام يرجع إما لطبيعة محل الالتزام، وإما للاتفاق(٤).

٢١١- عدم القابلية للانقسام يرجع إلى طبيعة المحل: عنى ديمولان (Dumoulin)، وهو من فقهاء القانون الفرنسى القديم البارزين، عناية خاصة بموضوع الالتزام غير القابل للانقسام، وله فيه تقسيمات مشهورة، لعلها ساعدت على تعقيد هذا الموضوع أكثر مما أدت إلى تبسيطه.

على أن من تقسيماته ما بقى حتى اليوم معمولا به. من ذلك أنه يميز فى عدم القابلية للانقسام الذى يرجع إلى طبيعة المحل بين صورتين:

---

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ٤٢٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣١٢ فى المشروع النهائى. ثم وافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٠٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٣٠٠- ص٣٠١).

(٢) **التقنين المدنى السابق** م١٧٢/١١٦: متى كان الوفاء بالتعهد غير قابل للانقسام، بالنسبة لحالة الأشياء المتعهد بها أو بالنسبة للغرض المقصود من التعهد، فكل واحد من المتعهدين ملزم بالوفاء بالكل، وله الرجوع على باقى المتعهدين معه. (ولا فرق فى الحكم بين التقنينين القديم والجديد).

(٣) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى م٣٠٠ (مطابقة).

التقنين المدنى الليبى م٢٨٧ (مطابقة).

التقنين المدنى العراقى م٣٣٦ (مطابقة).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٧٠: يكون الموجب غير قابل للتجزئة: أولا- بسبب ماهية الموضوع حينما يكون شيئاً أو عملا غير قابل لتجزئة مادية أو معنوية. ثانياً- بمقتضى صك إنشاء الموجب أو بمقتضى القانون حينما يستفاد من الصك أو من القانون أن تنفيذ الموجب لا يكون جزئياً.

ويلاحظ أن التقنين اللبنانى يضيف القانون إلى أسباب عدم القابلية للانقسام. ولا محل لذكر القانون هنا، فالنص الذى يقضى بعدم جواز تجزئة التنفيذ لا يجعل الالتزام ذاته غير قابل للانقسام، ولكن يورد حكماً فى تنفيذه، مثل ذلك عندما ينص القانون على عدم جواز تجزئة الوفاء.

(الصورة الأولى) صورة عدم التجزئة المطلقة (indivisbilité absolue) أو عدم التجزئة الحتمية (indivisibilité nécessaire)، وتتحقق عندما يكون محل الالتزام بطبيعته غير قابل أصلا للانقسام، فعدم الانقسام يرجع إلى أصل الخلقة لا إلى عارض من عمل الإنسان.

فإذا كان الالتزام محله نقل حق عينى، فالأصل فيه أن يكون قابلا للانقسام، إما انقساماً طبيعياً (division matérielle) كما إذا كان المدين ملتزماً بنقل ملكية عشرين أردباً من القمح فيمكن انقسام هذا الالتزام انقساماً طبيعياً إلى أجزاء متعددة، وإما انقساماً معنوياً (division intellectuelle) كما إذا كان المدين ملتزماً بنقل ملكية منزل فان هذا الالتزام يمكن أن ينقسم انقساماً معنويا إلى نقل ملكية نصف المنزل فى الشيوع وربعه وخمسه وهكذا(١). غير أن هناك حقين عينيين لا يقبلان الانقسام بطبيعتهما القانونية، وهما

---

(٤) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٥٠.

(١) انظر فى أمثلة لعدم القابلية للانقسام نظراً لطبيعة المحل: استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٩٠٠ م١٢ ص١٦٤ – ١٥ أبريل سنة ١٩٠٠ م١٢ ص١٩٨ – ١٦ مايو سنة ١٩٢٢ م٣٤ ص٤٠٤ – وانظر فى عدم القابلية للانقسام فى رصيد الحساب الجارى: استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٢٥٥ – ١٧ يناير سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص١٢٤ – ٢٧ مايو سنة ١٩٣٦ م٤٨ ص٢٩٠ – وانظر فى عدم قابلية دعوى القسمة للانقسام: استئناف مختلط ٦ يناير سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص١٥١ – ٧ مايو سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص٢٩٦ – وانظر فى عدم قابلية دعوى بطلان المرافعة للانقسام: استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٩٣١ م٤٣ ص٢٢٨ – وفى عدم قابلية دعوى الصورية ودعوى البطلان للانقسام: استئناف مختلط ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م٥٠ ص٣٢.

وقد قضت محكمة النقض بأن طلب ورثة المشترى لعقار صحة ونفاذ البيع الذى عقده مورثهم لا يجعل موضوع الدعوى فى جميع الأحوال غير قابل للتجزئة، إذ مثل هذه الدعوى التى يقصد بها أن تكون دعوى استحقاق مآلا، يعتبر فى الأصل قابلا للتجزئة، لكل وارث أن يطالب بحصة فى المبيع مساوية لحصته الميراثية، وذلك ما لم يكن محل العقد غير قابل للتجزئة لطبيعته أو لمفهوم قصد عاقديه. وإذن فمتى كان الواقع أن ورثة المشترى أقاموا دعواهم على ورثة البائع يطلبون الحكم بصحة ونفاذ البيع الصادر من مورث هؤلاء الآخرين عن قطعة أرض فضاء، ولما قضى برفض الدعوى استأنف بعض الورثة دون البعض الآخر الحكم، وكان الحكم الاستئنافى إذ قضى بقبول الاستئناف وإلغاء الحكم الابتدائى وصحة ونفاذ البيع استناداً إلى أن موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة، لم يبين كيف توافر لديه الدليل على هذا، فإنه يكون قد شابه قصور مبطل له فى قضائه، لأنه متى كان المبيع قطعة أرض فضاء فإنه لا يصح إطلاقاً القول بأن الموضوع غير قابل للتجزئة دون بيان سند لهذا القول (نقض مدنى أول مارس سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٧٣ ص ٣٩٤)

وقضت محكمة النقض، فى خصوص دعوى الغصب، بأنه إذا رفعت دعوى الغصب، وكانت العين المغصوبة المطلوب ردها قابلة بذاتها للتجزئة، بل مجزأة فعلا، وتحت يد كل من المدعى عليهم بالغصب جزء معين منها يستند فى وضع يده عليه إلى عقد صادر له من مملكه، وحكمت المحكمة برفضها، فاستأنف المدعى هذا الحكم فى الميعاد ضد بعض المدعى عليهم الواضعى اليد على بعض أجزاء العين، ثم استأنف بعد الميعاد ضد المدعى عليهم الواضعى اليد على بعض الأجزاء الأخرى، فلا يقبل قول =

حق الارتفاق وحق الرهن. فمن يلتزم بترتيب حق ارتفاق أو ترتيب حق رهن لا يستطيع أن يجزئ التزامه، ويكون الالتزام فى هاتين الحالتين غير قابل للانقسام بصفة مطلقة أو بصفة حتمية(١).

وإذا كان الالتزام محله القيام بعمل كالالتزام بتسليم شئ، فانه قد يكون بطبيعته قابلا للانقسام وقد لا يكون. فإذا تعهد شخص بتسليم أرض، فانه يستطيع أن يجزئ التزامه إذ الأرض قابلة بطبيعتها للتجزئة، فيمكن أن يسلم جزءاً من الأرض ثم يسلم جزءاً آخر وهكذا. أما إذا تعهد بتسليم حيوان حى، حصان مثلا، فانه لا يستطيع أن يجزئ التزامه، إذ الحيوان الحى كل لا يتجزأ عند التسليم. صحيح أنه تجوز تجزئته فى نقل ملكيته، فتنتقل ملكية نصف الحصان أو ربعه، ولكن الالتزام بتسليم الحصان هو التزام غير قابل للانقسام، وعدم القابلية للانقسام هنا يرجع إلى أصل الخلقة فهو مطلق أو حتمى. كذلك التزام البائع بضمان الاستحقاق التزام غير قابل للانقسام، ويرجع ذلك إلى طبيعة محل الالتزام. وقل مثل هذا فى التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة(٢). وغنى عن البيان أن الالتزام بالقيام بعمل، حتى إذا كان فى طبيعته غير قابل للانقسام، يصبح قابلا للانقسام إذا تحول إلى تعويض نقدى(٣).

وإذا كان الالتزام محله الامتناع عن عمل، فأكثر ما يكون أنه غير قابل للانقسام، إذ أى عمل يأتيه المدين مخالفا لالتزامه يعتبر خرقاً للالتزام. فإذا تعهد بائع المتجر لمشتريه ألا ينافسه فى حدود معينة، فأية منافسة يقوم بها البائع فى الحدود المتفق عليها تعتبر خرقاً للالتزام، ولا يستطيع البائع أن يقوم بالتزامه من عدم المنافسة إلا قياماً غير مجزأ وغير قابل

=هذا المستأنف بأن موضوع الحق المطلوب غير قابل للتجزئة، وأنه لهذه العلة يكفى أن يكون استئنافه قبل البعض صحيحا ليكون الاستئناف قبل البعض الآخر صحيحاً ولو كان بعد الميعاد، بل الحكم الذى يقبل هذا ويقرره فى هذه الصورة يكون باطلا متعيناً نقضه (نقض مدنى ٢٥ مايو سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٢٥ ص٢٢٦). ومع ذلك فقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا تكيفت الدعوى بأنها دعوى ملكية موضوعها ملكية منزل وأساسها فعل غصب ادعى به على عدة أشخاص، أصبح موضوع الدعوى، وهو تثبيت الملكية للمنزل والتخلى عن تسليمه، لا يقبل الانقسام، واعتبر هذا الطلب المبنى على فعل الغصب غير قابل للتجزئة عند التنفيذ. وما دام المدعى عليهم جميعاً معتبرين غاصبين، فلا محل للتفرقة بينهم، إذ يجوز للمدعى مقاضاتهم بهذه الصفة، سواء أكانوا غاصبين بأنفسهم أم حالين محل الغاصب، وسواء أكانوا حسنى النية أم لا (استئناف مصر ٢٨ يونيه سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٣٥٠ ص٧٠٧).

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠١ ص٤٧٣.

(٢) انظر فى كل ذلك بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠١ ص٤٧٣.

(٣) نقض فرنسى ١٤ مارس سنة ١٩٣٣ داللوز الأسبوعى ١٩٣٣-٢٣٤- بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠١ ص٤٧٣.

للانقسام بامتناعه أصلا عن المنافسة. على أنه يمكن أن نتصور أن الالتزام بعدم المنافسة يكون قابلا للانقسام استثناء. فإذا كانت أعمال المنافسة التى التزم بها البائع قد فصلت وقسمت إلى أعمال معينة يضمها كلها التزام واحد، بأن اشترط المشترى مثلا على بائع المتجر ألا يقيم متجراً آخر منافسا، وألا يصرف عملاء المتجر عنه، وألا ينتزع منه مستخدميه، فمن الممكن فى هذه الحالة أن يقوم البائع بجزء من التزامه ويخل بجزء آخر، فيمتنع مثلا عن إقامة متجر مماثل ولكنه ينتزع مستخدمى المتجر، ويكون الالتزام بالامتناع عن عمل فى هذه الحالة قابلا للانقسام(١).

(الصورة الثانية) صور عدم التجزئة النسبية (indivisibilité relative) أو عدم التجزئة الطبيعية (indivisibilité naturelle). وتتحقق عندما يكون محل الالتزام غير قابل للانقسام لا بأصل خلقته، بل لعارض من عمل الإنسان(1). مثل ذلك الالتزام بتسليم

---

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠١ ص٤٧٤- وقد عرضت المذكرة الإيضاحية لهذه الصورة الأولى، صورة عدم التجزئة المطلقة أو الحتمية، فقالت: «تتناول المادة ٤٢٤ (م٣٠٠ مدنى) بيان حالتى عدم القابلية للانقسام: (أ) فتعرض الأولى حيث يرد الالتزام على محل لا يقبل التجزئة بطبيعته، كما هو الشأن فى تسليم شئ معين بذاته يعتبر كلا لا يحتمل التبعيض كجواد مثلا، أو فى ترتيب أو نقل حق غير قابل للانقسام كالارتفاق مثلا، أو فى التزام وضع لا يتصور فيه التفريق كالبقاء على موقف سلبى معين بمقتضى التزام بالامتناع عن عمل شئ» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص١٠١).

(1) وان كان الاصل فى رسم الايلولة أنه ينقسم بين الورثة ويستحق على صافى نصيب كل وارث وتنصب كل منهم خصما عما يخصمه منه بعد تحديده إلا أنه إذا كان النزاع منصبا على عناصر التركة ومقوماتها قبل أيلولتها إلى الورثة وما يخضع منه ورسم الأيلولة وما يعفى منه وهى أمور لا تحتمل المغايرة ولا يتأتى أن تختلف باختلاف الورثة فأنه يكون نزاعا غير قابل للتجزئة، ويكون الوارث الذى يطعن فى تقدير هذه التركة نائبا عنها وعن سائر الورثة بوكالة قانونية أساسها وحدة التركة واستقلالها عن أشخاص الورثة وأموالهم الخاصة.

(جلسة ١٩٧٤/٥/١٩ مجموعة احكام النقض السنة ٢٥ ص٩٠٧)

(جلسة ١٩٦٥/٣/٢٥ مجموعة احكام النقض السنة ١٦ ص٣٨٤)

(جلسة ١٩٦٣/٤/٤ مجموعة احكام النقض السنة ١٤ ص٤٩٠)

ومن أمثلة لموضوعات لا تقبل التجزئة:

- النزاع حول صحة أو بطلان حكم مرسى مزاد واجراءاته.

(جلسة ١٩٧٢/٥/٢٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ ص٩٧)

- النزاع حول صحة أو تزوير سند صادر من المورث.

(جلسة ١٩٦٧/٣/٢ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص٥٦٥)

(جلسة ١٩٦٣/٤/٤ مجموعة احكام النقض السنة ١٤ ص٤٩٠)

- طلب ازالة مبنى واعادة بنائه على نفقة المدعى عليه.

متجر، فان المتجر وهو محل الالتزام إذا كان قابلا للانقسام بطبيعته إذ تمكن تجزئه عناصره المختلفة من مكان وسلع وعملاء وحقوق وديون وما إلى ذلك، إلا أنه جعل بعمل الإنسان كلا غير قابل للتجزئة، فلا يمكن تسليم بعضه دون بعض. كذلك الالتزام ببناء منزل هو أيضاً التزام غير قابل للانقسام، لا بأصل خلقته، وإلا فمن الممكن أن نتصور تجزئة بناء المنزل، فيقوم بتشييد حيطانه مقاول، ويقوم بعمل أبوابه ونوافذه مقاول ثان، ويقوم بتجهيزه بالأدوات الصحية مقاول ثالث وهكذا. ولكن الالتزام عند ما يقع على بناء منزل فى مجموعه، فقد جعل محل الالتزام كلا غير قابل للتجزئة، ولا يعتبر الالتزام قد نفذ إلا إذا تم بناء المنزل بأكمله[1].

٢١٢ - عدم القابلية للانقسام يرجع إلى الاتفاق: ويكون الالتزام أيضاً غير قابل للانقسام، كما تقول الفقرة (ب) من المادة ٣٠٠ مدنى «إذا تبين من الغرض الذى رمى إليه المتعاقدان أن الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسما، أو إذا انصرفت نية المتعاقدين إلى ذلك». فمحل الالتزام يكون إذن بطبيعته قابلا للانقسام، ولكن المتعاقدين أراده غير قابل للانقسام بالاتفاق فيما بينهما. وعدم التجزئة هنا تسمى عدم تجزئة اتفاقية (indivisibilité conventionnelle)، أو عدم تجزئة عرضية (indiv. accidentelle)، أو عدم تجزئة فى التنفيذ (indiv. solutione tantum). والإرادة إما أن تكون صريحة أو ضمنية.

فالإرادة تكون صريحة إذا اشترط الدائن على المدين صراحة فى العقد الذى أنشأ الالتزام ألا يجوز تنفيذه منقسما، بل يجب تنفيذه باعتباره كلا غير قابل للتجزئة. وأكثر ما يقع ذلك فى الالتزامات التضامنية عندما يريد الدائن ألا ينقسم الالتزام على ورثة أحد من المدينين المتضامنين أو عندما يريد الدائنون المتضامنون ألا ينقسم الالتزام على ورثة أى منهم، فيشترط إلى جانب التضامن فى الالتزام عدم قابلية للانقسام[2]، وقد رأينا فى التضامن أن الالتزام ينقسم على الورثة ما لم يشترط عدم قابليته للانقسام. وكثيراً ما يشترط فى نظم الشركات التجارية أن السهم يكون غير قابل للتجزئة بالنسبة إلى الشركة، فلا يجوز أن يمثل السهم أمام الشركة، إلا شخص واحد[3].

= (جلسة ١٩٦٧/٢/٢٨ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ ص٥٠٩)

– دعوى صحة التعاقد لا تعتبر من الدعاوى التى لا تقبل التجزئة إلا إذا كان محل العقد غير قابل لها بطبيعته أو بحسب قصد عاقديه.

(جلسة ١٩٦٧/١/٥ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص٩٢)

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠١ ص٤٧٤ – وانظر أيضا بوتييه فى الالتزامات فقرة ٢٩٢.

(٢) ويكون الشرط هنا واقعاً على الالتزام ذاته فيجعله غير قابل للانقسام، ولا يعتبر أنه تعاقد على تركة مستقبلة (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٢ ص٤٧٥).

(٣) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٢ ص٤٧٦.

وتكون الإرادة ضمنية إذا تبين مثلا أن الغرض الذى يرمى إليه المتعاقدان يجعل الالتزام غير قابل فى تنفيذه للتجزئة(1). فمن اشترى أرضاً ليبنى عليها مدرسة أو مستشفى أو داراً،

---

(1) أ لمحكمة الموضوع – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – سلطانها المطلق فى إستخلاص ما إذا كانت قوة المتعاقدين قد اتجهت إلى قابلية أو عدم قابلية الإلتزام للانقسام متى كان استخلاصا سائغا ولا مخالفة فيه للثابت بالأوراق دون معقب عليها من محكمة النقض.

(الطعن ١٨١٩ لسنة ٥٣ق– جلسة ١٩٨٧/٣/٢٥)

ب– الأصل فى الالتزام الذى يتعدد فيه الدائنون أو المدينون أو كليهما سواء عند إنشاء الرابطة العقدية أو بعدها – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن يكون قابلا للإنقسام إلا إذا نص صراحة فى الاتفاق على غير ذلك أو إذا كان الالتزام وعلى نحو ما ورد بالمادة ٣٠٠ من القانون المدنى واردا على محل لا يقبل بطبيعته أن ينقسم، أو إذا تبين من الغرض الذى رمى إليه المتعاقدان أن الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسما، أو إذا انصرفت نية المتعاقدين إلى ذلك. وإذا كان محل الالتزام بنقل ملكية عقار أو حصة شائعة فيه، فإنه يقبل الإنقسام بطبيعته ويتسلم المشترى المبيع شائعا طبقا لسند ملكيته إلا إذا تبين إتجاه إرادة المتعاقدين إلى عدم قابلية الالتزام للإنقسام وإستخلاص ذلك مما يدخل فى سلطة محكمة الموضوع متى كان إستخلاصها سائغا ولا مخالفا فيه للثابت بالأوراق ودون معقب عليها فى ذلك من محكمة النقض.

(الطعون ٩٢٣، ١٠٤٩، ١٠٨٠ لسنة ٥١ق – جلسة ١٩٨٣/٥/٢٤ س٣٤ ص١٢٩٢)

(الطعن ١٣٨ لسنة ٣٧ق جلسة ١٩٧٣/٣/٩ س٢٣ ص٣٦٤)

جـ– محكمة الموضوع لها تحصيل المعنى الذى قصده المتعاقدان من عبارات العقد، ويصح تقرير عدم تجزئة الالتزام بإرادة المتعاقدين، وإذ كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه حصل من وقائع النزاع أنه بموجب عقد مؤرخ ١٩٦٥/٤/١٨ اشترى الطاعن من المطعون ضدها الثانية أرضا زراعية مساحتها ٢ ف و١٠ ط كانت قد اشترتها بموجب عقد مؤرخ ١٩٦٠/٦/٢٧ من المطعون ضده الأول ضمن مساحة ٥٥ف و٢ط و١٥ س بيعت إليها بثمن مقداره ٢٥٠٠٠٠ج دفع منها ١٠٠٠٠ ج واشترط سداد الباقى على أقساط مع احتفاظ البائع بحق الامتياز لحين سداد كامل الثمن، مما مفاده اتفاق طرفى عقد ١٩٦٠/٦/٢٧ على عدم تجزئة التزام المشتريه بسداد باقى الثمن، وكان الطاعن قد أقام الدعوى بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد ١٩٦٠/٦/٢٧ بالنسبة لمساحة ٢ف و١٠ط التى اشتراها بعقد ١٩٦٥/٤/١٨ إلا أن المطعون ضده الأول دفع بعدم التنفيذ لأن المشتريه فى عقد ١٩٦٠/٦/٢٧ – المطعون ضدها الثانية – لم توف بباقى الثمن، فان الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض الدعوى تأسيسا على أنه يتعين الوفاء أولا بالالتزام المقابل فى العقد الأول بسداد باقى الثمن حتى يطالب البائع بتنفيذ التزامه بنقل الملكية – يكون قد التزم صحيح القانون.

(الطعن ٩٩٨ لسنة ٣٦ق– جلسة ١٩٨٢/١/٢٨ س٣٣ ص٢١٨)

د– الاصل أن الالتزام يكون قابلا للانقسام إذا ورد على محل يقبل بطبيعته أن ينقسم، الا أنه يصح تقرير عدم انقسام الالتزام بارادة المتعاقدين، ولمحكمة الموضوع سلطانها المطلق فى استخلاص ما إذا كانت نية المتعاقدين قد اتجهت إلى قابلية أو عدم قابلية الالتزام للانقسام متى كان استخلاصها سائغا ولا مخالفة فيه للثابت بالأوراق دون معقب عليها من محكمة النقض.

(الطعن ٦٥٤ لسنة ٤٥ق – جلسة ١٩٧٨/٥/٢٥ س٢٩ ص١٣٢٨) =

وكان البناء يقتضي كل هذه المساحة من الأرض المبيعة، وقد دخل ذلك في حساب المتعاقدين، فان الأرض وإن كانت قابلة للتجزئة بطبيعتها، إلا أنها في هذه الحالة لا تمكن تجزئتها بالنسبة إلى الغرض الذى رمى إليه المشترى، وقد علم به البائع، وكان محل اتفاق ضمني بينهما. كذلك إذا تعهد شخص باقراض آخر مبلغاً من النقود ليسترد عيناً أو ليشفع فيها، وكان هذا المبلغ كله ضروريا للاسترداد أو للأخذ بالشفعة، فان الالتزام هنا لا يتجزأ طبقاً للغرض الذى رمى إليه المتعاقدان(١).

= (الطعن ٣٠٦ لسنة ٣١ق جلسة ١٩٦٦/٢/١٧ س١٧ ص٣٢٩)

هـ- الحساب الجارى الذى يخضع لقاعدة عدم جواز التجزئة هو الحساب الذى يتضمن وجود معاملات متبادلة متصلة بين طرفيه يصير فيها كل منهما مدينا أحيانا ودائناً أحيانا أخرى وتكون هذه العمليات متشابكه يتخلل بعضها بعضا بحيث تكون مدفوعات كل من الطرفين مقرونة بمدفوعات من الطرف الآخر، أما إذا نظم الحساب على أساس أن مدفوعات أحد الطرفين لا تبدأ إلا حين تنتهى مدفوعات الطرف الآخر فان هذا الحساب لا يخضع لقاعدة عدم جواز التجزئة.

(جلسة ١٩٦٨/١/٢٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٤٩ ص١١٦)

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٢٧ ص٤٥٣- وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص١٠١- وقد قضت محكمة النقض بأن عدم تجزئة الالتزام يصح تقريره بارادة المتعاقدين. وإذن فمتى كان الواقع في الدعوى هو أن الطاعن اشترى من المطعون عليه قطعتى أرض منفصلتين الواحدة عن الأخرى ولكن أفرغا معاً فى محرر واحد، وكان الحكم، إذ قضى برفض الدعوى التى أقامها الطاعن بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع بالنسبة إلى إحدى القطعتين تأسيساً على أن التزامات الطاعن بالنسبة إلى القطعتين واحدة لا تقبل التجزئة وإنه قصر فى الوفاء بها، قد أقام قضاءه على أن الطاعن تعهد بوفاء دين قطعة مما يتبقى من ثمن الثانية وأن نية المطعون عليه واضحة فى هذا من رغبته التخلص من ديونه دفعة واحدة ببيع قطعتى الأرض على السواء لمشتر واحد يكمل من باقى ثمن إحداهما ما على الأخرى لنفس الدائن، متى كان الحكم قد أقام قضاءه على ذلك، فإن ما ينعاه عليه الطاعن من خطأ فى تطبيق القانون استنادا إلى إنه أوفى المطعون عليه بكامل ثمن القطعة التى طلب الحكم بصحة ونفاذ العقد بالنسبة إليها يكون على غير أساس (نقض مدنى ٢٢ مارس سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٨٢ ص٤٤٤).

هذا ويذهب بعض الفقهاء إلى جعل عدم التجزئة النسبية وعدم التجزئة الاتفاقية قسماً واحداً فكلاهما يرجع إلى الجهة التى اعتبر من ناحيتها الالتزام (دى باج ٣ فقرة ٢٩٨ وفقرة ٣٠٠ وفقرة ٣٠٤- أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠١ ص٧٤- بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٨٠ - فقرة ٨٨٢- كولان وكابيتان ٢ فقرة ٧١٤). ويستبقى فقهاء آخرون التمييز بين هذين النوعين (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠١- فقرة ١١٠٢- بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٨٩٨- فقرة ١٩٠٤- جوسران ٢ فقرة ٧٩٥). وانظر فى أن عدم القابلية للانقسام انما يقع على محل الالتزام لا على الالتزام ذاته، وأنه أقرب إلى أن يكون خصوصية فى تنفيذ الالتزام من أن يكون وصفاً له: بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٦٥.

الفرع الثانى

الآثار التى تترتب على عدم قابلية الالتزام للانقسام

٢١٣ – تعدد المدينين أو تعدد الدائنين: تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «لا تظهر أهمية عدم قابلية الالتزام للانقسام إلا حيث يتعدد المدينون أو الدائنون، إما ابتداء عند إنشاء الرابطة القانونية، وإما بعد ذلك إذا تعدد ورثة من كان بمفرده طرفاً من طرفى الالتزام. أما حيث لا يتعدد الدائن ولا المدين، فيتعين الوفاء بالالتزام كاملا دون تبعيض، منقسما كان أو غير قابل للانقسام، وللدائن أن يرفض الوفاء الجزئى[١]».

والواقع من الأمر أنه ما دام كل من الدائن والمدين واحداً، فسواء كان الالتزام قابلا للانقسام أو غير قابل له، فليست هناك أية أهمية عملية لهذا التمييز، إذ أن الالتزام – قابلا للانقسام أو غير قابل له – يكون دائماً فى تنفيذه غير قابل للانقسام. ولا يستطيع المدين أن يجزئ تنفيذه، وأن يجبر الدائن على قبول وفاء جزئى، ولو كان الالتزام قابلا لهذه التجزئة. فإذا كان على المدين مبلغ من النقود، وحل أجل الدين، لم يستطع المدين أن يجبر الدائن على أن يقبل جزءاً من هذا المبلغ، مع أن النقود قابلة للتجزئة[٢].

وإنما تتبين أهمية التمييز بين الالتزام القابل للانقسام والالتزام غير القابل له، إذا تعدد المدين أو تعدد الدائن. فإذا تعدد المدين فى التزام، فالأصل أن ينقسم الالتزام على المدينين[٣]، إلا إذا كان غير قابل للانقسام، فعندئذ يكون كلا لا يقبل التجزئة. وعلى كل مدين أداؤه كاملا للدائن، حتى لو لم يكن هناك تضامن بين المدينين. كذلك إذا تعدد الدائن، فالأصل أيضاً أن ينقسم الالتزام على المدينين، إلا إذا كان غير قابل للانقسام، فعندئذ يستطيع كل دائن أن يطالب المدين بالدين كله، حتى لو لم يقم تضامن بين الدائنين.

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص١٠٤.

(٢) على أنه قد يكون كل من الدائن والمدين واحداً ويكون من المهم مع ذلك معرفة ما إذا كان الالتزام غير قابل للانقسام، وذلك فى حالة استعمال القاضى لحقه فى نظرة الميسرة (م٢/٣٤٦ مدنى). فإذا كان الالتزام غير قابل للانقسام – بطبيعته على الأقل – لم يستطع القاضى أن يجزئ الالتزام على أقساط، وإن استطاع تأجيله كله (بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٦٦). كما قد يترتب على اشتراط عدم الانقسام الربط بين التزامين منفصلين فى الأصل، فيصير التزام المدين واحداً لا يقبل التجزئة (الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام ص٣٠٦ هامش رقم ١ – نقض مدنى ٢٢ مارس سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٨٢ ص٤٤٤).

(٣) انظر فى انقسام الدين على المدينين المتعددين: استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩٠٤ م١٦ ص١٠٦ – ١٨ يونيه سنة ١٩١٤ م٢٦ ص٤٤٧ – ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٤ م٢٧ ص٥٨ – ٢٩ يونيه ١٩١٦ م٢٨ ص٤٥٣.

ومن ثم يجب تعدد المدينين أو الدائنين، حتى تظهر الآثار التى تترتب على عدم القابلية للانقسام. وهذا ما يدعو إلى جعل عدم القابلية للانقسام وصفاً متعلقاً، لا بمحل الالتزام، بل بأطرافه(١). والتعدد إما أن يوجد منذ البداية عند نشوء الالتزام، وإما أن يطرأ بعد نشوء الالتزام وقبل تنفيذه، بأن يموت الدائن أو المدين ويترك ورثة متعددين(1)، أو بأن يحول الدائن أو المدين جزءاً من الدين إلى محال له أو محال عليه، فيتعدد الدائنون أو المدينون لا عن طريق الميراث بل عن طريق الحوالة.

فنستعرض إذن: (أولا) تعدد المدينين (ثانياً) تعدد الدائنين.

المبحث الأول

تعدد المدينين فى الالتزام غير القابل للانقسام

٢١٤- النصوص القانونية: تنص المادة ٣٠١ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«١- إذا تعدد المدينون فى التزام غير قابل للانقسام، كان كل منهم ملزماً بوفاء الدين كاملا».

«٢- وللمدين الذى وفى بالدين حق الرجوع على الباقين، كل بقدر حصته، إلا إذا تبين من الظروف غير ذلك»(٢).

---

(١) ذلك لأنه ما دامت أهمية عدم قابلية الالتزام للانقسام لا تظهر إلا عند تعدد المدين أو الدائن، فوصف عدم القابلية للانقسام إنما يدور مع هذا التعدد، لا مع طبيعة المحل فى ذاته، فيلحق بأطراف الالتزام دون محله (انظر دى باج ٣ فقرة ٢٦٧ وفقرة ٢٧٢ وفقرة ٢٩٢- فقرة ٢٩٣- أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠١ ص٧٦ - ص٧٧- بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٩٩) - وفى هذا المعنى تنص المادة ٧٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على أن «الموجب القابل للتجزئة يجب تنفيذه فيما بين الدائن والمديون كما لو كان غير قابل لها، ولا يلتفت إلى قابلية التجزئة إلا إذا كان هناك عدة دائنين لا يستطيع كل منهم أن يطالب إلا بحصته من الدين القابل للتجزئة، أو إذا كان عدة مديونين لا يلزم كل منهم إلا بجزء من الدين. وتطبق القاعدة نفسها على الورثة، فلا يمكن أن يطالبوا أو يطالبوا إلا بالحصة التى تعود لهم أو عليهم من دين التركة».

(1) النص فى المواد ٣٠٠ و٣٠١ و٣٠٢ من القانون المدنى يدل على أن وصف عدم قابلية الالتزام للانقسام، وان كان ينبعث فى جوهره من محل الالتزام، إلا أنه ينصرف فى آثاره إلى أطراف الالتزام، ذلك أنه - وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدنى - لا تظهر أهمية عدم قابلية الالتزام للانقسام إلا حيث يتعدد المدينون أو الدائنون اما ابتداء عند انشاء الرابطة القانونية، وأما بعد ذلك إذا تعدد ورثة من كان بمفرده طرفا من طرفى الالتزام.

(جلسة ١٩٧٩/٣/١٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٠ ص٨٣٩)

(٢) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ٤٢٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «١- إذا تعدد المدينون فى التزام غير قابل للانقسام، كان كل منهم ملزماً بوفاء الدين كاملا، وكذلك يكون=

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ١٧٢/١١٦[1].

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٠١- وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٨٨- وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٣٧- وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٧١ و٧٣- ٧٤- و٧٧- ٧٨[2].

=الحكم بالنسبة لورثة كل مدين. ٢- وللمدين الذى وفى الدين حق الرجوع على الباقين، كل بقدر حصته، إلا إذا تبين من الظروف غير ذلك». وفى لجنة المراجعة حذفت عبارة «وكذلك يكون الحكم بالنسبة لورثة كل مدين» من الفقرة الأولى، ولم تذكر اللجنة سبب الحذف، ولكن الظاهر أن هذا السبب يرجع إلى أنه عند موت المدين تكون التركة مسئولة عن التزامه حتى لو كان قابلا للانقسام وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، فلا ينقسم على الورثة، ومن ثم لم يعد هناك حاجة إلى النص على هذا الحكم فى خصوص الالتزام غير القابل للانقسام. وقد أصبح النص بعد هذا الحذف مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، وأصبح رقمه ٣١٣ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب، وكذلك لجنة مجلس الشيوخ وقد ذكرت فى تقريرها ما يأتى: «اقترح أن يضاف إلى نصوص المواد ٣٠٠ وما بعدها الخاصة بالالتزام غير القابل للانقسام النص الآتى: تسرى أحكام التضامن على الالتزام غير القابل للانقسام، وذلك بقدر ما تتفق هذه الأحكام مع طبيعته، وذلك لبيان حكم التقادم والإبراء وما إلى ذلك من أحكام التقادم فى خصوص الالتزام غير القابل للانقسام. ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح، لأن أكثر أحكام التضامن تقوم على فكرة النيابة، ومن الأحوط التحرز من بسط نطاق هذه الفكرة على الالتزام غير القابل للانقسام. أما بيان الأحكام التى يشير إليها الاقتراح فيرجع فيها إلى القواعد العامة، هذا فضلا عن أن صيغة النص المقترح لا ترد القاضى إلى ضابط بين المعالم». ثم وافق مجلس الشيوخ على النص تحت رقم ٣٠١ (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص١٠٢- ١٠٦).

(١) التقنين المدنى السابق م١٧٢/١١٦: متى كان الوفاء بالتعهد غير قابل للانقسام بالنسبة لحالة الأشياء المتعهد بها أو بالنسبة للغرض المقصود من التعهد، فكل واحد من المتعهدين ملزم بالوفاء بالكل، وله الرجوع على باقى المتعهدين معه. (والحكم واحد فى التقنينين القديم والجديد).

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى: التقنين المدنى السورى** م٣٠١ (مطابقة).

التقنين المدنى الليبى م٢٨٨ (مطابقة).

التقنين المدنى العراقى م٣٣٧ (مطابقة).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٧١: إذا تعدد المديونون فى موجب غير قابل للتجزئة أمكن إلزام كل منهم بإيفاء المجموع، على أن يكون له حق الرجوع على سائر المديونين. ويسرى هذا الحكم على ورثة من عقد مثل هذا الموجب إذ لا تصح فيه قاعدة التجزئة الأرثية خلافاً لدين التضامن. ويكون الرجوع على بقية المديونين إما بإقامة دعوى شخصية وإما بإقامة الدعوى التى كانت من حق الدائن مع ما يتبعها من وجوه التأمين.

م٧٣: إن المديون بدين لا يتجزأ والمدعى عليه بمجموع الموجب يمكنه أن يطلب مهلة لإدخال بقية المديونين فى الدعوى ليحول دون صدور الحكم عليه وحده بمجموع الدين. أما إذا كان لا يمكن استيفاء الدين إلا من المديون المدعى عليه، جاز صدور الحكم عليه وحده وله عندئذ حق الرجوع على سائر شركائه فى الإرث أو فى الموجب بما يناسب حصة كل منهم. =

وحتى نقابل ما بين تعدد المدينين فى الالتزام القابل للانقسام والتضامن بين المدينين، نجرى فى البحث هنا على الخطة التى جرينا عليها هناك، فنبحث فى الالتزام غير القابل للانقسام: (١) علاقة الدائن بالمدينين (٢) وعلاقة المدينين بعضهم ببعض.

المطلب الأول

علاقة الدائن بالمدينين

٢١٥ – المبادئ الأساسية: فى علاقة الدائن بالمدينين يكون للالتزام غير القابل للانقسام محل واحد لا يتجزأ. فوحدة المحل يشترك فيها الالتزام غير القابل للانقسام والالتزام التضامنى، ولكن الأول يزيد على الثانى فى أن هذا المحل الواحد غير قابل للتجزئة.

ويترتب على فكرة وحدة المحل وعدم قابليته للتجزئة ما يأتى:

أولا – فيما يتعلق بالوفاء يستطيع الدائن أن يطالب أيا من المدينين المتعددين بالدين كله،

= م٧٤: إن قطع أحد الدائنين لمرور الزمن فى موجب لا يتجزأ يستفيد منه الآخرون، كما أن قطعة على مديون ينفذ فى حق سائر المديونين. وكذلك الأسباب الموقفة لمرور الزمن فإن حكمها يسرى على الجميع.

م٧٧: إن الدين القابل للتجزئة بين المديونين لا يتجزأ: أولا – حينما يكون موضوع الموجب تسليم شئ معين بذاته موجود فى حوزة أحد المدينين. ثانيا – حينما يكون أحد المديونين موكلا وحده بتنفيذ الموجب إما بمقتضى عقد الإنشاء وإما بمقتضى عقد لاحق له. وفى كلتا الحالتين يمكن أن يطالب بمجموع الدين المديون الواضع يده على الشئ أو الموكل بالتنفيذ، ويكون له عند الاقتضاء حق الرجوع على شركائه بالدين.

م٧٨: إن قطع مرور الزمن فى الأحوال المبينة فى المادة السابقة، على المديون التى تمكن مطالبته بجميع الدين، تسرى مفاعليه على سائر الموجب عليهم.

والأحكام واحدة فى التقنين اللبنانى والتقنين المصرى، إلا أن نصوص التقنين اللبنانى أكثر تفصيلا، فقد عرضت لعدم تجزئة الالتزام بالنسبة إلى ورثة المدين – وإن كان هذا غير دقيق وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية كما قدمنا – كما عرضت لتكييف دعوى رجوع المدين على سائر المدينين، ولإمكان المدين أن يطلب مهلة لإدخال بقية المدينين فى الدعوى، ولأثر قطع التقادم ووقفه بالنسبة إلى المدينين الآخرين. وهذا كله يمكن الأخذ به فى مصر دون حاجة إلى نص لأنه تطبيق للقواعد العامة. وعرض التقنين اللبنانى إلى حالة خاصة للالتزام غير القابل للتجزئة – إذا تركز عدم التجزئة فى أحد المدينين المتعددين بأن كان محل الالتزام تسليم شئ معين بالذات موجود فى حيازة هذا المدين أو بأن كان هذا المدين موكولا إليه وحده تنفيذ الالتزام – فعند ذلك يكون لهذا الالتزام بالنسبة إلى هذا المدين وحده أحكام الالتزام غير القابل للانقسام، فتجوز مطالبته وحده بالالتزام كله، وقطع التقادم بالنسبة إليه يعتبر قطعاً للتقادم بالنسبة إلى الآخرين.

فانه دين واحد غير قابل للتجزئة[1].

ثانياً- وفيما يتعلق بأسباب انقضاء الالتزام الأخرى غير الوفاء، إذا انقضى الالتزام بأى سبب منها بالنسبة إلى أحد المدينين المتعددين، فانه - نظراً لوحدة الالتزام وعدم قابليته للتجزئة - ينقضى بالنسبة إلى الآخرين، وقد رأينا فى التضامن أنه ينقضى بقدر حصة من قام به سبب انقضاء الالتزام.

ثالثاً- ولما كان المدينون المتعددون فى الالتزام غير القابل للانقسام لا يربطهم بعضهم ببعض إلا أن المحل واحد غير قابل للتجزئة، فهذه رابطة ترجع إلى طبيعة الأشياء ولا تقوم على أساس من النيابة التبادلية، ومن ثم لا يترتب فى عدم القابلية للانقسام ما كان يترتب فى التضامن على النيابة التبادلية[1].

ونتناول بالبحث كل مبدأ من هذه المبادئ الثلاثة.

---

(١) وقد تقدم أن لجنة مجلس الشيوخ ذكرت فى تقريرها أن الأحوط التحرز من بسط نطاق فكرة النيابة التبادلية على الالتزام غير القابل للانقسام (انظر آنفا فقرة ٢١٤ فى الهامش). وقد أحسنت اللجنة صنعاً فى ذلك، فإن النص الذى كان مقترحاً عليها ورفضت الأخذ به كان يقضى بمد أحكام التضامن فيما يقوم على النيابة التبادلية إلى الالتزام غير القابل الانقسام، فكان هذا النص يدخل فكرة غريبة على الالتزام لا تتلاءم معها طبيعته. انظر مع ذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى، حيث ورد فيها ما يأتى: «وقد واجهت المادة ٤٢٥ حالة تعدد المدينين، وفى هذه الحالة يلتزم كل مدين فى صلته بالدائن بالوفاء بكل الالتزام كما هو الشأن فى التضامن، وتستبعد كذلك فكرة النيابة حيث يكون إعمالها ضاراً، وتستبقى إذا كان فى ذلك نفع للمدينين: انظر المادة ٧٤ من التقنين اللبنانى» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص١٠٤). وهذه العبارة الأخيرة، التى تشير إلى مد فكرة النيابة التبادلية إلى الالتزام غير القابل للانقسام فيما ينفع، ليست صحيحة كما رأينا. والمادة ٧٤ من التقنين اللبنانى، إذا كانت تجعل قطع التقادم أو وقفه بالنسبة إلى أحد المدينين يقطع التقادم أو يقفه بالنسبة إلى الباقى، فليس يرجع ذلك إلى قيام نيابة تبادلية. ولو كان الأمر كذلك، لما انقطع التقادم أو وقف بالنسبة إلى الباقى، لأن النيابة التبادلية لا يجوز إعمالها فيما يضر كما مر. وإنما يرجع انقطاع التقادم ووقفه بالنسبة إلى المدينين الآخرين إلى أن طبيعة المحل، من حيث عدم قابليته للتجزئة، تقتضى هذا الحكم كما سيجئ (قارن الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢١٨).

(1) أ- إذا لم يعين الاتفاق أو القانون نصيب كل من الدائنين أو المدينين المتعددين لم يبق إلا أن ينقسم الالتزام عليهم بحسب الرؤوس أو بانصبة متساوية.
(جلسة ١٩٧٩/١٢/٣ الطعن ٨٣٢ لسنة ٤٦ق)

ب- إذا لم يعين الاتفاق أو القانون نصيب كل من الدائنين أو المدينين المتعددين لم يبق إلا أن ينقسم الالتزام عليهم بحسب الرؤوس أو بأنصبه متساوية، وإذ خلا العقد - موضوع الدعوى- من تحديد نصيب كل من البائعين فى ثمن ما باعاه معا صفقة واحدة غير مجزأة، فأنه يكون لكل بائع نصف ثمن المبيع.
(جلسة ١٩٧٢/٣/٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ ص٢٦٤)

٢١٦ - انقضاء الالتزام غير القابل للانقسام بالوفاء - امكان الدائن مطالبة أى مدين بالالتزام كله: يجوز للدائن أن يطالب أى مدين بالالتزام غير القابل للانقسام، فان محل هذا الالتزام واحد لا يتجزأ، فأى مدين من المدينين المتعددين تعتبر ذمته مشغولة بالنسبة إلى الدائن بكل الالتزام(١). وكذلك يجوز لأى مدين أن يفى بكل الالتزام للدائن، ويجبر الدائن على قبول هذا الوفاء، ولا يستطيع أن يقتصر على قبول حصة المدين فى الالتزام إذا أراد هذا أن يفى بكل الالتزام. ومتى وفى المدين الالتزام كله للدائن، برئت ذمة المدينين الآخرين نحو الدائن بهذا الوفاء.

وإذا طالب الدائن أحد المدينين المتعددين بكل الدين على الوجه الذى قدمناه، كان لهذا المدين أن يدخل فى الدعوى باقى المدينين حتى يحكم عليهم جميعاً بالدين، إذا كان الالتزام يمكن لأى مدين تنفيذه، أو كان لا يمكن تنفيذه إلا بوساطتهم جميعا. وحتى إذا كان المدين المطالب بالدين هو وحده الذى يمكن استيفاء الدين منه، كان له أيضاً أن يدخل بقية المدينين فى الدعوى، حتى يستصدر عليهم أحكاما برجوعه على كل منهم بحصته فى الدين(٢).

ولكل مدين أن يدفع مطالبة الدائن له بكل الدين بأوجه الدفع الخاصة به وبأوجه الدفع المشتركة بين المدينين جميعاً، كما فى التضامن. ولكن، كما فى التضامن أيضاً، لا يجوز له أن يدفع هذه المطالبة بأوجه الدفع الخاصة بمدين آخر غيره. فيجوز إذن للمدين أن يدفع بأنه كان ناقص الأهلية وقت عقد الدين، أو أن إرادته قد شابها عيب من غلط أو

---

(١) انظر الفقرة الأولى من المادة ٣٠١ مدنى. ويترتب على ذلك أنه إذا جمع شخصين التزام غير قابل للانقسام، وكان أحدهما رشيداً والآخر قاصراً، أمكن الدائن أن يلزم الرشيد منهما بتنفيذ الالتزام كله. فإذا لم يقم هذا المدين بالتنفيذ، أمكن الدائن أن يطلب فسخ العقد مع الحكم عليه بالتعويض (بلانيول وريبير وجابولد٧ فقرة ١١٠٣ ص٤٣٧). وقضت محكمة النقض بأنه متى كان حكم التضامن وعدم التجزئة نافذاً على المدينين، فلا محل لأن يسائلوا نازع الملكية عن تنفيذ أجرى على أطيان أحدهم، ما دامت هذه الأطيان داخله فى الأطيان المرهونة التى تقرر عليها حق امتياز لنازع الملكية سابق فى المرتبة على من نفذ عليها، مما مقتضاه أن نازع الملكية حتى إذا سكت عن استعمال حقه عندما أجرى هذا التنفيذ، فإن حقه فى اقتضاء دينه كاملا من مدينيه المتضامنين معاً يبقى قائماً، وهؤلاء وشأنهم فى رجوعهم بعضهم على بعض (نقض مدنى ٢٦ مارس سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٤٨ ص٤٢٠).

(٢) انظر المادة ٧٣ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى. وانظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٣٤ - فقرة ١٣٣٨ - هذا وللمحكمة من تلقاء نفسها، دون طلب من المدين، أن تأمر بإدخال باقى المدينين فى الدعوى، وتعين ميعاداً لحضورهم، وتكلف من يقوم من الخصوم بإعلانهم (م١١٨ من تقنين المرافعات). بل يجوز لباقى المدينين أن يتدخلوا هم من تلقاء أنفسهم فى الدعوى لرعاية حقوقهم (م١٢٦ من تقنين المرافعات). وقد قدمنا مثل ذلك فى حالة ما إذا طالب الدائن أحد المدينين المتضامنين بكل الدين (انظر آنفا فقرة ١٨٤).

تدليس أو إكـراه، وهذه أوجه دفع خاصـة به. ويجـوز أيضـاً أن يدفع بأن الدين قـد انقـضى بسبب من أسباب الانقضاء أو أنه باطل لسبـب من أسباب البطلان(1)، أو أنه لم يحل أجله أو يتحقق شرطه، وهذه أوجه دفع مشتركة بين المدينين. ولا يجوز للمدين أن يدفع بنقص أهلية أو غلط أو تدليس أو إكراه قام بمدين آخر غيره، فان هذه أوجه دفع خاصة بغيره من المدينين.

وإذا مات أحد المدينين ، فان الدين لا ينقسم على ورثته كما كان فى التضامن(1)(2)، ويكون كل وارث مسئولا عن الدين بأكمله. ولسنا فى حاجـة إلى هـذا الحكم إذا طبقنـا

---

(١) استئناف مختلط ٢١ يونيه سنة ١٨٩٤ م٦ ص٣٥٤– ١٠ مايو سنة ١٩٢٧ م٣٩ ص٤٥٢– ٢٥ يناير سنة ١٩٢٨ جازيت ١٨ رقم ٨٠ ص٩٩.

(1) أ– إذا كان الطاعنون قد وجهوا دفعهم بصورية عقد البيع الصادر من المطعون عليه السادس إلى المطعون عليهم الخمسة الأولين ومورث المطعون عليها السابعة وصدر الحكم المطعون فيه مقررا رفض هذا الدفع فى مواجهة هؤلاء الخصوم جميعاً وكان موضوع الصورية بهذا الوضع الذى انتهت به الدعوى غير قابل للتجزئة وكان مناط النعى على الحكم المطعون فيه هو موضوع الصورية الآنف ذكره فانه لكى يكون الطعن مقبولا فى هذه الحالة يجب أن يختصم فيه كل من البائع والمشترين فى العقد المطعون فيه بالصورية.

(الطعن ١٨٦ لسنة ١٩ق – جلسة ١٩٥٢/٢/٧)

ب– إذا كان المشترى لم يختصم فى طعنه بطريق النقض البائع إليه فى العقد المحكوم بصوريته والذى كان مختصما في مرحلتى التقاضى الابتدائية والاستئنافية فان الطعن يكون غير مقبول شكلا، ذلك أن البائع هو خصم أصيل فى الدعوى ولا يصح البت في النزاع على صحة العقد الصادر منه فى غير مواجهته إذ لا يستقيم أن يكون العقد صحيحا بالنسبة لأحد عاقديه وباطلا بالنسبة إلى العاقد الآخر.

(الطعن ١١٥ لسنة ٢١ ق – جلسة ١٩٥٤/٣/١١)

جـ– الحكم بابطال التنازل الصادر من شخص إلى آخر عن ديونه قبل الغير هو موضوع غير قابل للتجزئة بالنسبة لطرفى التنازل فإذا طعن في هذا الحكم ولم يختصم المتنازل كان الطعن غير مقبول إذ لا يستقيم أن يكون التنازل صحيحاً بالنسبة لأحد طرفيه وباطلا بالنسبة للطرف الآخر.

(الطعن ٢٨٩ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٣/١/٨)

د– إذا كان المطعون عليه لم يعلن بتقرير الطعن كان الطعن بالنسبة إليه باطلاً وفقاً للمادة ٤٣١ من قانون المرافعات. وإذا كان موضوع النزاع غير قابل للتجزئة (كسد مطلات ومنافذ) فان بطلان الطعن بالنسبة إلى هذا المطعون عليه يترتب عليه حتما عدم قبوله بالنسبة إلى باقى المطعون عليهم إذ أن حقه الذى استقر بحكم حائز قوة الأمر المقضى أولى بالرعاية من أمل الطاعنين فى كسب الطعن.

(الطعن ٥٢ لسنة ٢٠ق– جلسة ١٩٥١/١٢/٢٠)

(2) إذا كان موضوع النزاع يدور حول استحقاق الطاعن لاعانة غلاء المعيشة وبدل الاجازات وفى أحقية المطعون عليهم فى فصله من عمله وهو على هذه الصورة موضوع غير قابل للتجزئة لان الطاعن كان يقوم بعمل واحد لدى المطعون عليهم ولدى مورثهم من قبل فلا يتصور أن يستحق اعانة معيشة أو بدل أجازة قبل بعضهم دون البعض الآخر كما لا يتصور أن يكون فصل من العمل قد تم دون مبرر فى حق البعض دون الآخر. (جلسة ١٩٦٨/٤/١٧ مجموعة احكام النقض السنة ١٩ ص٧٦٩)

فى الميراث أحكام الشريعة الإسلامية[1]، فان هذه الأحكام تجعل التركة لا الورثة مسئولة عن الديون، فيصبح الدين غير قابل للتجزئة سواء كان فى أصله قابلا أو غير قابل للانقسام[2].

هذا ويلاحظ أنه إذا استحال محل الالتزام غير القابل للانقسام إلى تعويض نقدى، أصبح الالتزام قابلا للانقسام، وينقسم فعلا على المدينين المتعددين، فقد زالت العقبة التى كانت تحول دون انقسام الدين. أما فى التضامن فيبقى الدين، حتى لو استحال إلى تعويض نقدى، غير منقسم، ويجوز مطالبة أى مدين بكل التعويض. وإذا كان التعويض مقدراً فى شرط جزائى، فانه ينقسم كذلك فى الالتزام غير القابل للانقسام على المدينين المتعددين كما ينقسم التعويض الذى يقدره القاضى، إلا أنه إذا كان أحد المدينين هو الذى صدر منه خطأ فى الإخلال بالالتزام كان مسئولا عن الشرط الجزائى بأجمعه، أما الباقون فينقسم عليهم الشرط الجزائى (أنظر م١٢٣٢ و١٢٣٣ مدنى فرنسى)[3].

٢١٧ – انقضاء الالتزام غير القابل للانقسام بغير الوفاء: ولما كان محل الالتزام غير قابل للتجزئة كما قدمنا، فان انقضاء الالتزام بأى سبب آخر غير الوفاء، ولو بالنسبة إلى أحد المدينين، يجعله منقضياً بالنسبة إلى المدينين الآخرين.

فإذا قام أحد المدينين بقضاء الالتزام عن طريق التجديد، انقضى الالتزام بالنسبة إليه وبالنسبة إلى المدينين الآخرين.

وإذا وقعت مقاصة بين الدائن وأحد الدائنين، فانقضى الالتزام بالمقاصة بالنسبة إلى هذا المدين، انقضى أيضاً بالنسبة إلى باقى المدينين. ويستطيع أى من هؤلاء أن يدفع مطالبة الدائن له بالمقاصة التى وقعت مع المدين الأول، وذلك فى كل الدين، لا بمقدار حصة المدين الأول فقط كما هو الحكم فى التضامن.

وإذا اتحدت ذمة الدائن بذمة أحد المدينين، انقضى الدين كله، لا بالنسبة إلى هذا المدين وحده، بل أيضاً بالنسبة إلى جميع المدينين. وكان هؤلاء، فى التضامن، لا يحتجون باتحاد الذمة إلا بمقدار حصة من اتحدت ذمته فقط.

---

(١) وقد رأينا أن المشروع التمهيدى كان يشتمل على نص صريح يقضى بهذا الحكم، فحذف هذا النص فى لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليه، إذ هو نص تمليه طبيعة الأشياء ويكفى فيه تطبيق قواعد الشريعة الإسلامية (انظر آنفاً فقرة ٢١٤ فى الهامش – ومع ذلك انظر آنفاً فقرة ١١٩ فى الهامش).

(٢) وحتى لو قسمت الديون المؤجلة على الورثة عند تصفية التركة وفقاً لأحكام المادة ٨٩٥ مدنى، فإن الدين غير القابل للانقسام لا يقسم بين الورثة، بل يوضع فى نصيب أحد الورثة فيختص به وحده نظراً لطبيعته غير القابلة للانقسام (الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢١٩ ص٣١٠ هامش رقم ٢).

(٣) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠١ ص٨٠– بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٣ ص٤٧٩– بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٧٣.

وإذا أبرأ الدائن أحد المدينين من الالتزام غير قابل للانقسام، برئت ذمة المدينين الآخرين، لأن طبيعة الالتزام لا تحتمل أن تبرأ منه ذمة مدين دون ذمة مدين آخر ما دام الالتزام غير قابل للتجزئة.

وكذلك إذا تقادم الدين غير المتجزئ بالنسبة إلى أحد المدينين المتعددين، تقادم أيضاً بالنسبة إلى المدينين الآخرين. أما في التضامن فان كلا من المدينين المتضامنين لا يحتج بالتقادم الحاصل لغيره، إلا بمقدار حصة هذا المدين فقط[1].

٢١٨ - عدم قيام نيابة تبادلية بين المدينين في الالتزام غير القابل للانقسام: ولما كانت الرابطة التي تربط ما بين المدينين المتعددين في التزام غير قابل للانقسام هي وحدة المحل غير القابل للتجزئة، فليس يقوم بينهم، كما يقوم في التضامن، نيابة تبادلية، لا فيما يضر ولا فيما ينفع. ويترتب على ذلك ما يأتي:

(١) **انقطاع التقادم أو وقفه:** إذا انقطع التقادم أو وقف بالنسبة إلى أحد المدينين في التزام غير قابل للانقسام، فان طبيعة المحل غير القابل للتجزئة تقتضي أن ينقطع التقادم أو يقف بالنسبة إلى المدينين الآخرين[2]. أما في التضامن، فلا ينقطع التقادم أو يقف كما قدمنا، لانعدام النيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين فيما يضر.

(٢) **خطأ أحد المدينين:** وخطأ أحد المدينين المتعددين في التزام غير قابل للانقسام لا يتعدى أثره إلى المدينين الآخرين، بل يقتصر على المدين الذي ارتكب الخطأ فهو وحده يكون مسئولا عنه. وهذا الحكم إنما يترتب على أن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة لا تقتضي أن يتعدى أثر الخطأ الصادر من أحد المدينين إلى المدينين الآخرين[3]. وهذا هو الحكم أيضاً في التضامن، إلا أنه يقوم هناك على أن النيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين لا أثر لها فيما يضر المدينين، كما تقدم القول.

---

(١) قارن في كل من المقاصة واتحاد الذمة والإبراء والتقادم الأستاذ عبد الحي حجازي ١ ص٢٦١ - ص٢٦٤.

(٢) استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٢٨ م٣٩ ص٤٥٢ - بودري وبارد ٢ فقرة ١٣٣٩ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٣ ص٤٧٧ - بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٦٩ ص٦٤٨ - دي باج ٣ فقرة ٣٥٦ ص٢٩٤ - الأستاذ عبد الحي حجازي ١ ص٢٦٤ - ص٢٦٥ (وقارن بالنسبة إلى وقف التقادم ص٢٦٥) - قارن الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام ص٣٠٧ هامش رقم ١.

هذا وحتى لو قلنا بأن وقف التقادم يقتصر أثره على من قام به من المدينين سبب الوقف، فلا مناص مع ذلك من القول بأن الدائن يرجع بكل الدين على من وقف التقادم بالنسبة إليه فلم ينقض دينه، وهذا المدين يرجع على المدينين الآخرين الذين اكتمل التقادم بالنسبة إليهم كل بمقدار حصته (الأستاذ عبد الحي حجازي ١ ص٢٦٥). فلا تبرأ إذن ذمة هؤلاء المدينين الآخرين - في رجوع المدينين بعضهم على بعض - باستكمالهم للتقادم، ما دام التقادم قد وقف بالنسبة إلى واحد منهم.

(٣) بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٧٥ - الأستاذ عبد الحي حجازي ١ ص٢٦٧ - ص٢٦٨.

(٣) **الإعذار والمطالبة القضائية**: وإذا أعذر الدائن أحد المدينين المتضامنين فى الالتزام غير القابل للانقسام، فان هذا الإعذار لا يسرى فى حق المدينين الآخرين ولا يعتبرون معذرين، إذ لا توجد نيابة تبادلية فيما بينهم ولا تقتضى طبيعة المحل غير القابل للتجزئة أن يكون إعذار أحد المدينين إعذاراً للباقين[١]. وإذا أعذر أحد المدينين فى التزام غير قابل للانقسام الدائن، لم يفد هذا الإعذار المدينين الآخرين، لانعدام النيابة التبادلية حتى فيما ينفع، ولعدم اقتضاء طبيعة المحل غير القابل للتجزئة هذا الحكم[٢] وقد رأينا فى التضامن أن أعذار الدائن لأحد المدينين المتضامنين لا يكون أعذاراً للباقين لعدم قيام النيابة التبادلية فيما يضر، ورأينا أن إعذار أحد المدينين المتضامنين للدائن يفيد المدينين الآخرين لقيام النيابة التبادلية فيما ينفع.

ومطالبة الدائن لأحد المدينين فى التزام غير قابل للانقسام مطالبة قضائية لا تضر المدينين الآخرين ولا تجعل الفوائد تسرى عليهم[٣]، لانعدام النيابة التبادلية، ولأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة لا تقتضى هذا الحكم[٤]. وقد رأينا فى التضامن كذلك أن مطالبة أحد المدينين المتضامنين لا تضر الباقين، ولكن يرجع السبب فى هذا إلى أن النيابة التبادلية فى التضامن لا تقوم فيما يضر.

(٤) **الصلح**: وإذا صالح أحد المدينين فى التزام غير قابل للانقسام الدائن، فان كان فى الصلح إبراء من الدين، أفاد منه المدينون الآخرون. ولكن ليس ذلك لأن هناك نيابة تبادلية فيما ينفع كما هو الأمر فى التضامن، بل لأن الإبراء من الدين وهو غير قابل للتجزئة يتضمن إبراء ذمة المدينين الآخرين[٥].

وإذا كان الصلح يتضمن زيادة الالتزام أو تسوئة مركز المدين، لم يتعد أثره إلى المدينين الآخرين إلا إذا قبلوه، لأن الصلح عقد يقتصر أثره على المتعاقدين، ولأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة لا تقتضى أن يتعدى أثر الصلح إلى المدينين الآخرين. وهذا هو الحكم أيضاً فى التضامن، ولكنه مبنى على انعدام النيابة التبادلية فيما يضر كما قدمنا[٦].

---

(١) بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٧٧ – الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص٢٦٥.

(٢) انظر عكس ذلك الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص٢٦٦.

(٣) وإن كانت تقطع التقادم بالنسبة إلى المدينين جميعاً، فقد قدمنا أن قطع التقادم بالنسبة إلى أحدالمدينين فى التزام غير قابل للانقسام يعتبر قطعاً للتقادم أيضاً بالنسبة إلى باقى المدينين.

(٤) ديمولومب ٢٦ فقرة ٦٠٨ – ٦٠٩ – لوران ١٧ فقرة ٣٩١ – بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٣٧ ص٤٦٠ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٣ ص٤٧٧ – ص٤٧٨ – انظر عكس ذلك كوليه دى سانتير ٥ فقرة ١٠٦ مكررة ١ – الموجز للمؤلف فقرة ٥١٢ ص٥٢٥.

(٥) الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص٢٦٦.

(٦) الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص٢٦٦.

(٥) **الإقرار**: وإذا أقر أحد المدينين فى التزام غير قابل للانقسام، فان إقراره لا يتعدى أثره إلى المدينين الآخرين، لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر، ولأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة لا تقضى أن يسرى الإقرار فى حق المدينين الآخرين. وهذا هو الحكم أيضاً فى التضامن، ولكنه مبنى على انعدام النيابة التبادلية فيما يضر كما رأينا.

وإذا أقر الدائن لأحد المدينين فى التزام غير قابل للانقسام، فان كان الإقرار غير متعلق بأمر خاص بهذا المدين بل يتناول الدين ذاته، فانه يسرى فى حق المدينين الآخرين، وذلك لأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة تقتضى ذلك[١]. وهذا هو الحكم أيضاً فى التضامن، ولكنه مبنى على قيام نيابة تبادلية بين المدينين المتضامنين فيما ينفع.

(٦) **اليمين**: وإذا وجه الدائن اليمين إلى أحد المدينين فى التزام غير قابل للانقسام فحلفها، وكان اليمين يتعلق بالدين ذاته، فان المدينين الآخرين يفيدون من ذلك، ولكن ليس للسبب الذى ذكرناه فى التضامن من أن هناك نيابة بين المدينين المتضامنين فيما ينفع، ولكن لأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة تقتضى هذا الحكم، وإذا نكل المدين، فان نكوله يكون إقراراً، وقد قدمنا أن الإقرار لا يتعدى أثره إلى المدينين الآخرين[٢].

وإذا وجه أحد المدينين فى التزام غير قابل للانقسام اليمين إلى الدائن فحلف؛ فان توجيه اليمين لا يضر بالمدينين الآخرين لأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة لا تقتضى أن يضر توجيه اليمين بالمدينين الآخرين، وقد رأينا أن السبب فى التضامن يرجع إلى عدم قيام النيابة التبادلية فيما يضر. وإذا نكل الدائن، انتفع بنكوله المدينون الآخرون، لأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة تقتضى ذلك، لا لقيام نيابة تبادلية بين المدينين فيما ينفع كما هو الأمر فى التضامن[٣].

(٧) **الحكم**: وإذا صدر حكم على أحد المدينين فى التزام غير قابل للإنقسام، وكان الحكم مبنياً على أسباب ترجع إلى الدين ذاته، فان أثر الحكم يسرى فى حق المدينين الآخرين، لأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة تقتضى ذلك. وقد رأينا فى التضامن أنه إذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين، لم يحتج بهذا الحكم على الباقين، وذلك راجع إلى انعدام النيابة التبادلية فيما يضر. هذا وإذا كان الحكم على المدين فى الالتزام غير القابل للانقسام مبنياً على أسباب خاصة بهذا المدين، فان أثر الحكم لا يسرى فى حق الباقين، إذ لا تقضى طبيعة المحل سريانه فى حقهم[٤](1).

---

(١) قارب استئناف مختلط ٨ يناير سنة ١٩٢٤ م٣٦ ص١٢٨.

(٢) الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص٢٦٦.

(٣) الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص٢٦٦.

(٤) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٣ ص٤٧٨ – بيدان ولاجارد ٨ ص٨٧٨.

(1) أ– متى كانت محكمة أول درجة قد قضت بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر للطاعنين من المطعون=

= عليه الثانى بضمانه وتضامن المطعون عليه الأول وكان الأخير قد طعن فى الحكم بطريق الاستئناف واختصم الطاعنين والمطعون عليه الثانى فى استئنافه وكان موضوع النزاع وهو صحة ونفاذ عقد البيع غير قابل للتجزئة، إذ لا يمكن اعتبار البيع صحيحاً ونافذاً فى حق البائع دون ضامنه فإنه يكون للضامن الذى لم ينقض ميعاد الاستئناف بالنسبة إليه أن يستأنف الحكم الصادر فى الدعوى ويقبل استئنافه ولو فوت البائع ميعاد الطعن فيه أو كان قد قبل الحكم متى كان قد اختصم فى الاستئناف ويفيد من استئناف صاحبه.

(الطعن ٥٦ لسنة ٢٠ق- جلسة ١٩٥٢/٣/٦)

ب- متى كان موضوع النزاع فى الطعن يقوم على بطلان عقد البيع الصادر من المورث إلى آخر باعتباره يخفى رهناً فأن الحكم يكون صادراً فى موضوع غير قابل للتجزئة فيجب لكى يكون الطعن مقبولا اختصام جميع الورثة فيه إذ لا يتصور أن يكون عقد البيع صحيحاً بالنسبة لبعض الورثة وباطلا بالنسبة للبعض الآخر.

(الطعن ٢٥٠ لسنة ٢٠ق - جلسة ١٩٥٣/٦/١٨)

جـ- متى كان موضوع الطعن هو نزاع حول بطلان عقد بيع صادر من مورث باعتباره بيعا وفائيا يخفى رهنا وهو بطلان غير قابل بطبيعته للتجزئة، فإن بطلان إعلان الطعن لبعض المطعون عليهم من ورثة البائع وصيرورة الحكم نهائيا بالنسبة إليهم يستتبع بطلانه فى حق جميع المطعون عليهم إذ لا يتصور أن يكون البيع صحيحا بالنسبة لبعض الورثة وباطلا بالنسبة للآخرين.

(الطعن ٣٠٨ لسنة ٢١ق - جلسة ١٩٥٥/٣/٣)

د- متى كان الواقع فى الدعوى هو أن أحد شركاء البائع لنصيبه فى ملك مشترك قد نازع ورثة هذا البائع فى مقدار ما يملكه مورثهم ثم صدر الحكم لصالح الورثة بإثبات تعاقد المورث ونفاذه فى جميع المقدار الذى باعه، وكان هذا الشريك لم يختصم فى طعنه بطريق النقض بعض الورثة، فان طعنه يكون غير مقبول، ذلك ان النزاع فى حق الورثة على هذه الصورة هو موضوع غير قابل للتجزئة إذ لا يتأتى أن يكون الحكم بإثبات التعاقد صحيحا نافذاً بالنسبة لبعض الورثة دون البعض.

(الطعن ٩٣ لسنة ٢٢ق- جلسة ١٩٥٥/٥/٥).

هـ- الحكم الصادر فى دعوى شفعة فى عقار بيع لشخصين مشاعا بينهما بحيث لا تجوز الشفعة إلا فيه بتمامه كمقتضى المادة ١١ من قانون الشفعة القديم هو موضوع غير قابل للتجزئة.

(الطعن ٣٢٢ لسنة ٢٠ق - جلسة ١٩٥٣/١/٢٩).

ز- متى كان المطعون عليهم قد رفعوا الدعوى على الطاعنين بطلب ازالة مبنى الفيلا الخاصة بالمطعون عليه الأول واعادة بنائها على نفقه الطاعنين وبالزامهم بالتعويض متضامنين للتأخير فى تسليم الفيلا، فقضى الحكم المطعون فيه بالازالة واعادة البناء وحصل التأخير فى تسليم الفيلا، ورتب عليه القضاء بالتعويض فان موضوع الخصومة يكون مما لا يقبل التجزئة، ويترتب على بطلان الحكم بالنسبة لبعض الطاعنين بطلانه بالنسبة لباقيهم.

(جلسة ١٩٦٧/٢/٢٨ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص٥٠٩)

ح- متى كان الثابت أن الطاعنين قد اختصما فى الدعوى بطلب صحة ونفاذ عقد البيع الصادر للمدعين - المطعون عليهم الخمسة الأول - من الباقين تأسيسا على أن عقد البيع الصادر للطاعن الأول والعقد الصادر منه للطاعن الثانى بصفته وليا على قاصرين عن ذات العقار المبيع - لا يؤثران =

وإذا صدر الحكم لصالح أحد المدينين فى التزام غير قابل للانقسام، أمكن الباقين أن يحتجوا به، لأن هذا هو ما تقتضيه طبيعة المحل غير القابل للتجزئة. وهذا هو أيضاً شأن التضامن، ولكن ذلك يرجع إلى قيام نيابة تبادلية بين المدينين فيما ينفع كما سبق القول[1].

المطلب الثانى

علاقة المدينين بعضهم ببعض

٢١٩ – انقسام الدين على المدينين: رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٣٠١ مدنى تقضى بأن «للمدين الذى وفى بالدين حق الرجوع على الباقين، كل بقدر حصته، إلا إذا تبين من الظروف غير ذلك». ولما كان الدين الذى وفاه أحد المدينين للدائن غير قابل للانقسام فرضاً، فان رجوع المدين على المدينين الآخرين كل بقدر حصته لا يكون بنفس الدين، فانه غير قابل للانقسام، ولكن بدين شخصى مصدره الوكالة أو الفضالة كما قدمنا فى التضامن. وحتى إذا رجع المدين بنفس الدين بمقتضى دعوى الحلول، فان الدين فى علاقة المدينين

=على حقوق المدعين لسبق تسجيلهم صحيفة دعواهم، وكان الحكم المطعون فيه قد قضى بصحة ونفاذ العقد الصادر إلى المطعون عليهم الخمسة الأول عن هذا العقار فإن بطلان الحكم المطعون فيه بالنسبة للقاصرين لعدم إخبار النيابة العامة بالدعوى ووجود القاصرين فيها يستتبع بطلانه بالنسبة للطاعن الأول بما يستوجب نقضه.

(جلسة ١٩٦٩/٢/٤ الطعن ٥١ لسنة ٣٥ق السنة ٢٠ ص٢٤٢)

(١) ورفع الاستئناف على أحد المدينين فى دين غير قابل للانقسام فى الميعاد يجيز إدخال المدينين الآخرين فى هذا الاستئناف ولو بعد الميعاد : استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٩٣٧ م٤٩ ص١٤٦ – ٩ مايو سنة ١٩٣٩ م٥١ ص٣٠٨– ٢٨ مايو سنة ١٩٣٩ م٥١ ص٢١٩. وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان موضوع دعوى استرداد الحصة المبيعة مما لا يقبل التجزئة، فإن إعلان الاستئناف الموجه من المسترد إلى البائع بعد الميعاد يكون صحيحاً متى كان المشترى قد أعلن به فى الميعاد (نقض مدنى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ١٣ ص٢٢– ولم تأخذ المحكمة بهذا المبدأ فى دعوى الشفعة، لأن القانون نص فى الشفعة على وجوب رفع الدعوى على الخصوم جميعاً فى ميعاد معين، واستئناف الحكم فيها على جميع الخصوم كذلك فى ميعاد معين: تعليق الأستاذ محمد حامد فهمى فى مجموعة عمر ٥ ص٢٤ فى الهامش). ورفع أحد المدينين فى التزام غير قابل للانقسام طعناً فى الحكم يفيد الباقين، كما أن الحكم لأحد المدينين يفيد سائرهم: استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص٢١٢– ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م٤٦ ص٦٧– ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م٤٦ ص٧٨– ٩ مايو سنة ١٩٣٤ م٤٦ ص٢٨٤ – ٥ يونيه سنة ١٩٣٤ م٤٦ ص٣١٣– ١٣ يونيه سنة ١٩٣٤ م٤٦ ص٣٢٩– ٧ مايو سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص٢٩٦ – ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م٤٩ ص٨٥ – ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م٥٠ ص٣٢– ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م٥٠ ص٤٨ – ١١ يناير سنة ١٩٣٨ م٥٠ ص٩٦.

بعضهم ببعض يصبح قابلا للانقسام، فان استعصت طبيعته على التجزئة كان رجوع المدين بحصة في قيمة الدين لا بحصة في عينه.

٢٢٠- تعيين حصة كل مدين: ويتبع في تعيين حصة كل مدين، في رجوع المدين الذى وفى الدين على باقى المدينين، القواعد الذى قدمناها فى التضامن. فالأصل أن حصص المدينين جميعاً متساوية، ما لم يوجد هناك اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك(1).

وقد يتبين من الظروف - كما تقول العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٣٠١ مدنى - أن أحد المدينين هو وحده صاحب المصلحة فى الدين، فيتحمله وحده. فان كان هو الذى رجع عليه الدائن بكل الدين، فلا رجوع له على أحد من المدينين الآخرين. وإن كان الدائن قد رجع على غيره، فان هذا المدين الأخير الذى وفى الدين يرجع به كله على الدائن صاحب المصلحة فيه دون أن يرجع بشئ على الباقين. وقد تقدم تفصيل ذلك فى التضامن.

٢٢١- اعسار أحد المدينين: كذلك إذا أعسر أحد المدينين فى دين غير قابل للانقسام، فان المدينين الباقين يتحمل كل منهم نصيباً فى هذا الإعسار بنسبة حصته فى الدين، كما رأينا فى التضامن.

فإذا كان محل الالتزام فرساً مثلا، وأداه للدائن أحد المدينين، فانه يرجع على كل مدين آخر بحصته فى قيمة الفرس. فإذا كانت قيمته ستين، وكان المدينون أربعة حصصهم متساوية، وأدى الفرس للدائن أحد هؤلاء الأربعة، فانه يرجع على كل من المدينين الثلاثة الآخرين بخمسة عشر مقدار حصته فى الدين. فإذا كان أحد الثلاثة معسراً، تحمل سائر المدينين هذا الإعسار كل بنسبة حصته. فيرجع المدين الذى أدى الفرس للدائن على كل من المدينين الاثنين غير المعسرين بعشرين، ويتحمل هو العشرين الباقية مثلهما، ويكون الثلاثة قد اشتركوا فى تحمل حصة المعسر بقدر متساو(1).

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد رجوع المدين الذى وفى الدين على بقية المدينين: «أما بالنسبة لعلاقة المدينين فيما بينهم، فينقسم الالتزام، وفقاً للقواعد التى تقدم ذكرها بصدد التضامن، ويشتركون جميعاً فى تحمل تبعة إعسار من يعسر من بينهم. وللمدين، إذا طولب بالالتزام بأسره أمام القضاء، أن يطلب أجلا لاختصام سائر المدينين، لا ليدرأ عن نفسه تبعة الوفاء بالالتزام كاملا، بل ليحصل على حكم بشأن حقه فى الرجوع على هؤلاء المدينين، ولو كان الدين بطبيعته لا يتيسر الوفاء به إلا من هذا المدين: انظر المادة ١٢٢٥ من التقنين المدنى الفرنسى والمادة ١٦٤ من المشروع الفرنسى الإيطالى. ويكون الرجوع فى هذه الحالة بمقتضى الدعوى الشخصية أو بمقتضى دعوى الحلول، كما هو الشأن فى التضامن» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص١٠٤).

(1) من المقرر أنه إذا لم يتحقق فى الالتزام شرط التضامن أو شرط عدم القابلية للانقسام - فانه يكون التزاما قابلا للانقسام على المدينين المتعددين كل بالقدر الذى يعينه القانون أو الاتفاق - فإذا لم يبين القانون أو الاتفاق نصيب كل من هؤلاء فان الالتزام ينقسم عليهم بعدد رؤوسهم أى بأنصبة متساوية.
(الطعن ٩٠٥ لسنة ٤٩ق - جلسة ١٩٨٤/٥/١٤ س٣٥ ص١٢٧٨).

المبحث الثانى

تعدد الدائنين فى الالتزام غير القابل للانقسام

٢٢٢ – النصوص القانونية: تنص المادة ٣٠٢ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«١ – إذا تعدد الدائنون فى التزام غير قابل للانقسام، أو تعدد ورثة الدائن فى هذا الالتزام، جاز لكل دائن أو وارث أن يطالب بأداء الالتزام كاملا. فإذا اعترض أحد الدائنين أو الورثة على ذلك، كان المدين ملزما بأداء الالتزام للدائنين مجتمعين أو إيداع الشئ محل الالتزام».

«٢ – ويرجع الدائنون على الدائن الذى استوفى الالتزام، كل بقدر حصته»(١).

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص.

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٠٢ – وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٨٩ – وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٣٨ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٧٢(٢).

ونبحث هنا أيضاً، كما بحثنا فى التضامن بين الدائنين، علاقة الدائنين بالمدين ثم علاقة الدائنين بعضهم ببعض.

---

(١) **تاريخ النص**: ورد هذا النص فى المادة ٤٢٦ على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣١٤ فى المشروع النهائى. ثم وافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٠٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص١٠٦ – ص١٠٨).

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى: التقنين المدنى السورى** م٣٠٢ (مطابقة).

التقنين المدنى الليبى م٢٨٩ (مطابقة).

التقنين المدنى العراقى م٣٣٨ (مطابقة).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٧٢: إذا تعدد الدائنون فى موجب غير قابل للتجزئة ولا تضامن بينهم، فالمديون لا يمكنه أن يدفع إلا لجميع الدائنين معاً، وكل دائن منهم لا يمكنه أن يطلب التنفيذ إلا باسم الجميع وبتفويض منهم. على إنه يجوز لكل دائن أن يطلب لحساب الجميع إيداع الشئ الواجب أو تسليمه إلى حارس تعينه المحكمة إذا كان ذلك الشئ غير قابل للايداع.

ويختلف التقنين اللبنانى عن التقنين المصرى فى أن الأصل فى التقنين اللبنانى أن أحداً من الدائنين لا يستطيع أن يستقل باستيفاء كل الدين، بل يجب أن يفوضه باقى الدائنين فى ذلك، وكل ما يستطيعه وحده هو أن يطالب بإيداع الشئ أو بتسليمه إلى حارس. أما فى التقنين المصرى فيجوز لأى دائن، ما لم يعترض عليه دائن آخر، أن يستقل باستيفاء الدين كله.

المطلب الأول
علاقة الدائنين بالمدين

٢٢٣ – المبادئ الاساسية: فى علاقة الدائنين بالمدين يراعى، هنا أيضاً، أن الالتزام غير القابل للانقسام له محل واحد لا يتجزأ. ويترتب على فكرة وحدة المحل وعدم قابليته للتجزئة ما يأتى:

أولا– يستطيع أى دائن أن يطالب المدين بكل الدين، فانه دين غير قابل للتجزئة(1). فإذا عارض أحد الدائنين، وجب على المدين إما الوفاء للكل مجتمعين أو إيداع الشئ محل الالتزام على ذمة الدائنين.

ثانياً– إذا انقضى الالتزام بالنسبة إلى أحد الدائنين بسبب آخر غير الوفاء، فنظراً لوحدة المحل وعدم قابليته للتجزئة كان ينبغى أن ينقضى الالتزام أيضاً بالنسبة إلى سائر الدائنين. ولكن لما كان للدائنين أن يعارضوا فى استيفاء أحدهم للدين كله، فسنرى أنه لا يحتج عليهم بسبب الانقضاء إلا بمقدار حصة من قام به هذا السبب على تفصيل سنورده فيما يلى.

ثالثاً– لا تقوم بين الدائنين المتعددين فى الالتزام غير القابل للانقسام نيابة تبادلية، كما تقوم هذه النيابة بين الدائنين المتضامنين. وإنما الذى يربط الدائنين بعضهم ببعض هى وحدة محل الالتزام غير القابل للتجزئة. فهذا الاعتبار – لا النيابة التبادلية – هو الذى نقف عنده.

ونتناول بالبحث كل مبدأ من هذه المبادئ الثلاثة.

٢٢٤ – انقضاء الالتزام غير القابل للانقسام بالوفاء – امكان أى دائن مطالبة المدين بالالتزام كله: يجوز لأى دائن من الدائنين المتعددين فى دين غير قابل للانقسام أن يطالب

---

(1) متى كان موضوع التداعى التزاما غير قابل للانقسام كما هو الشأن فى طلب بطلان عقد هبة لعدم استيفائه الشكل الرسمى فأنه طبقا للفقرة الأولى من المادة ٣٠٢ من القانون المدنى – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض– إذا تعدد الدائنون أو تعدد ورثة الدائن جاز لكل منهم أن يطالب بأداء الالتزام كاملا ومؤدى هذا أن الطاعنين وهم ورثة الدائن أى من له التمسك ببطلان الزامه بالعقد باعتباره هبة لم تتخذ الشكل الرسمى أن يتمسكوا بهذا البطلان مجتمعين أو منفردين وينبنى على هذا أن بطلان الطعن من واحد أو أكثر منهم لا يحول دون قيامه متى صح بالنسبة لطاعن آخر أو أكثر منهم إذا كان ذلك فلا محل لما يثيره الحاضر عن المطعون ضدهما من بطلان الطعن برمته لبطلانه بالنسبة لبعض الطاعنين ويكون غير منتج البحث فى بطلان الطعن بالنسبة لبعض الطاعنين لعدم ايداع المحامى توكيله عنهم عند تقديم صحيفة الطعن أو لصدور التوكيل له بعد ذلك طالما يكفى الطعن ممن صح الطعن فيه.
(جلسة ١٩٧٨/٣/٢٩ الطعن رقم ٨٤٣ لسنة ٤٤ق)

المدين بالدين كاملا، فان الالتزام محله واحد لا يتجزأ، فيعتبر المدين قد انشغلت ذمته به كله نحو أى دائن (م١/٣٠٢ مدنى). ويستطيع المدين أن يفى بالدين كله لأى دائن من الدائنين المتعددين. ومتى وفى المدين الدين كله لأحد الدائنين، فان ذمته تبرأ من الدين نحو الباقين.

ولكن يلاحظ هنا – كما هى الحال فى التضامن الإيجابى – أنه يجوز لأى دائن أن يعترض على أن يوفى المدين بكل الدين لدائن آخر. وتتبع فى شكل الاعتراض وحكمه القواعد التى أسلفناها فى التضامن الإيجابى. ومتى وقع الاعتراض صحيحاً، فانه يتعين على المدين، إذا أراد أن يكون الوفاء مبرئاً لذمته نحو كل الدائنين، أن يفى بالدين للكل مجتمعين. فان تعذر عليه ذلك، وجب أن يودع الشئ محل الالتزام على ذمتهم جميعاً، وفقاً للإجراءات المقررة قانوناً.

وإذا مات أحد الدائنين المتعددين فى الالتزام غير القابل للانقسام، فان كان عدم القابلية للانقسام يرجع إلى الاتفاق، انقسم الدين على ورثة هذا الدائن، لأن عدم القابلية للانقسام إنما تقررت اتفاقاً لمصلحة الدائن، وقد زالت هذه المصلحة بموته فأصبح من مصلحة ورثته أن ينقسم الدين عليهم[1]. أما إذا كان عدم القابلية للانقسام يرجع إلى طبيعة المحل، فالدين بطبيعته يستعصى على أن ينقسم على الورثة، فيبقى غير قابل للانقسام بالنسبة إلى ورثة كل دائن كما هو غير قابل للانقسام بالنسبة إلى الدائنين جميعاً. وقد نص التقنين المدنى صراحة على عدم الانقسام بالنسبة إلى ورثة الدائن إذا تعدد الدائنون، وأغفل النص على عدم الانقسام بالنسبة إلى ورثة المدين إذا تعدد المدينون. والسبب فى ذلك أن قواعد الشريعة الإسلامية فى الميراث تغنى عن النص فى الحالة الأخيرة كما قدمنا، فان تركة المدين تكون هى المسئولة عن التزامه، فيبقى الالتزام غير قابل للانقسام حتى لو تعددت ورثة المدين، أما فى الالتزام غير القابل للانقسام إذا تعدد الدائنون، فقواعد الشريعة الإسلامية فى الميراث لا تغنى عن النص، فان هذه القواعد لا تمنع من انقسام حقوق التركة على الورثة. فإذا مات الدائن وترك ورثة متعددين، فان الالتزام الذى له كان من الممكن أن ينقسم على ورثته، لولا عدم قابليته للانقسام بطبيعته. فطبيعة الالتزام هى التى منعت من انقسامه وليست قواعد الميراث، ومن هنا وجد النص على عدم الانقسام بالنسبة إلى الورثة فى حالة تعدد الدائنين، ولم يوجد فى حالة تعدد المدينين[1].

ويلاحظ أن الالتزام غير القابل للانقسام بطبيعته قد يوجد منذ البداية وله دائنون

---

(١) انظر فى هذا المعنى: بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٤ ص٤٧٩ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٩١٣ – جوسران ٢ فقرة ٨٠٠.

(1) القاعدة الشرعية التى تقضى بان الوارث يتنصب خصما عن باقى الورثة فى الدعاوى التى ترفع من التركة أو عليها قد تكون صحيحة ويمكن الأخذ بها لو أن الوارث كان خاصم أو خوصم طالبا الحكم للتركة نفسها بكل حقها أو مطلوبا فى مواجهته الحكم على التركة نفسها بكل ما عليها. أما إذا كان كل من الورثة يطالب بنصيبه الخاص فى التعويض الذى يستحق عن مورثه وحكم برفض =

متعددون، وهذا ما افترضناه حتى الآن. فإذا مات أحد هؤلاء الدائنين وترك ورثة متعددين، بقى الالتزام غير قابل للانقسام لا بالنسبة إلى كل من الدائنين الأصليين فحسب، بل أيضاً بالنسبة إلى كل وارث من ورثة الدائن الذى مات. وقد يكون الالتزام غير القابل للانقسام بطبيعته له دائن واحد فى بداية الأمر، فلا تظهر أهمية عدم القابلية للانقسام ما دام هذا الدائن حيا، فان الالتزام حتى لو كان قابلا للانقسام يكون تنفيذه غير قابل للانقسام ما دام كل من الدائن والمدين واحداً كما مر القول. لكن إذا مات هذا الدائن الواحد وترك ورثة متعددين، ظهرت الأهمية لعدم القابلية للانقسام، إذ لا ينقسم الالتزام على ورثة الدائن، بل يستطيع كل وارث أن يطالب المدين بالالتزام كله، كما يستطيع المدين أن يوفيه كله لأى وارث.

وإذا طالب أى دائن المدين فى دين غير قابل للانقسام بكل الدين، فان المدين يستطيع أن يدفع هذه المطالبة بأوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعاً، وكذلك بأوجه الدفع الخاصة بهذا الدائن الذى يطالبه، ولا يستطيع أن يدفع بأوجه الدفع الخاصة بدائن آخر، وذلك على الوجه الذى قدمناه فى التضامن الإيجابى(١).

وإذا استحال الالتزام غير القابل للانقسام إلى تعويض نقدى، زالت العقبة التى كانت تحول دون انقسامه، فينقسم فى هذه الحالة على الدائنين المتعددين كما هى الحال فى الالتزام غير القابل للانقسام إذا تعدد المدينون فيما قدمنا، وخلافاً لما هى الحال فى التضامن الإيجابى فان التعويض النقدى لا ينقسم على الدائنين المتضامنين.

٢٢٥ – انقضاء الالتزام غير القابل للانقسام بغير الوفاء: لو كان لأى دائن فى الالتزام غير القابل للانقسام أن يطالب باستيفاء الدين كاملا رغم معارضة أى دائن آخر، لوجب القول هنا – كما قلنا فى الالتزام غير القابل للانقسام عند تعدد المدينين – أن انقضاء الدين بسبب غير الوفاء ولو بالنسبة إلى أحد الدائنين، يجعله منقضياً بالنسبة إلى الباقى. ولكننا رأينا أنه لا يجوز لأى دائن أن يطالب باستيفاء الدين كاملا، إذا عارض فى ذلك دائن آخر، ومن ثم إذا انقضى الدين بسبب غير الوفاء بالنسبة إلى أحد الدائنين، فان هذا السبب لا يحتج به على الدائنين الآخرين إذا عارضوا فيه، إلا بقدر حصة هذا الدائن الذى قام به سبب الانقضاء. فإذا جدد أحد الدائنين الدين، أو اتحدت ذمته مع المدين، أو وقعت معه مقاصة، أو صدر منه إبراء، أو اكتمل التقادم بالنسبة إليه، فان شيئاً من هذا لا يحتج به على الدائنين

=دعواهم فانفرد أحدهم برفع استئناف عن هذا الحكم طالبا الغاءه والحكم له بمقدار نصيبه وحده فى التعويض. فان عمله هذا يكون لنفسه فقط ولمصلحته الشخصية لا لمصلحة عموم التركة كنائب شرعى عنها وقائم فى الخصومة مقامها ومقام باقى الورثة وبالتالى لا يعتبر الحكم الصادر فى الاستئناف باستحقاقه لحصته الميراثية فى التعويض قضاء باستحقاق باقى الورثة لانصبتهم فى هذا التعويض.

(جلسة ١٩٦٤/٢/٦ مجموعة احكام النقض السنة ١٥ ص١٩٩)

(١) انظر آنفا فقرة ١٣٦.

الآخرين. وليس للمدين أن يتمسك ضد هؤلاء الدائنين بالتجديد أو باتحاد الذمة أو بالمقاصة أو بالإبراء أو بالتقادم، إلا قدر حصة الدائن الذى قام به هذا السبب. ولكن لما كان المدين لا يستطيع إلا أن يفى بالدين كله، إذ الدين غير قابل للتجزئة، فهو إذا طالبه دائن آخر، لا يجد بداً من أن يؤدى له الدين كله، على أن يرجع عليه بما يعادل حصة الدائن الذى قام به سبب الانقضاء[1]. ثم يرجع المدين، بعد ذلك، على الدائن الذى قام به سبب الانقضاء بما حصل عليه هذا زيادة على حصته.

٢٢٦ – عدم قيام نيابة تبادلية بين الدائنين فى الالتزام غير القابل للانقسام: فى الدين غير القابل للانقسام لا يربط الدائنين إذا تعددوا – كما لا يربط المدينين إذا تعددوا – نيابة تبادلية، ولا يرتبطون إلا بوضع طبيعى هو عدم قابلية الدين للانقسام. ويترتب على ذلك نتائج مشابهة لتلك التى رتبناها على عدم قابلية الانقسام عند تعدد المدينين، ونوجزها فيما يلى:

(١) **انقطاع التقادم أو وقفه:** إذا قطع أحد الدائنين التقادم على المدين، أو وقف التقادم بالنسبة إلى أحد الدائنين، انتفع بذلك سائر الدائنين، واعتبر التقادم مقطوعاً أو موقوفاً بالنسبة إليهم[2]. وهذا هو أيضاً الحكم فى التضامن الإيجابى فيما يتعلق بانقطاع التقادم، إلا أن علة هذا الحكم فى عدم القابلية للانقسام هى طبيعة الأشياء، لأن الالتزام غير القابل للانقسام لا يتصور أن ينقطع التقادم فيه أو يقف بالنسبة إلى دائن دون آخر. وأما علة الحكم فى التضامن الإيجابى، فقيام النيابة التبادلية بين الدائنين المتضامنين فيما ينفع.

(٢) **خطأ أحد الدائنين:** وإذا ارتكب أحد الدائنين خطأ استوجب مسئوليته، فان أثر هذا

---

(١) انظر بودرى وبارد ٢ فقرة ٣٣١ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٤ ص٤٨٠ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٩١٢ – دى باج ٣ فقرة ٣٠٧ – بولانجيه فى أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ indivisibilité فقرة ٢٧ – وانظر الفقرة الثانية من المادة ١٢٢٤ من التقنين المدنى الفرنسى.
وانظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص١٠٧ – وانظر الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص٢٧٠ – ص٢٧٢ – وقارن: استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩٠٤ م١٦ ص١٠٦.

(٢) لاروميير ٣ م ١٢٢٥ فقرة ١١ – ديمولومب ٢٦ فقرة ٩٢٤ لوران ١٧ فقرة ٣٩٦ – هيك ٧ فقرة ٣٦٠ – بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٣٢ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٤ ص٤٨٠ – دى باج ٣ فقرة ٣٠٧ – الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص٢٧٣ – قارن الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام ص٣٠٨ هامش رقم ٢.
وإذا نزل المدين عن التقادم بالنسبة إلى أحد الدائنين، انتفع الباقى بذلك (الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص٢٧٣).

الخطأ لا يتعدى إلى غيره من الدائنين، ذلك لأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة لا تقتضى أن يتعدى أثر الخطأ إلى دائن آخر. وهذا هو الحكم أيضاً فى التضامن الإيجابى، ويرجع إلى انعدام النيابة التبادلية فيما يضر.

(٣) **الإعذار والمطالبة القضائية**: وإذا أعذر أحد الدائنين المدين، لم يكن المدين متعذراً بالنسبة إلى الدائنين الآخرين، لأن عدم القابلية للانقسام لا تقتضى ذلك حتما[١]. أما فى التضامن الإيجابى، فقد رأينا أن إعذار أحد الدائنين للمدين يجعل المدين معذراً بالنسبة إلى الباقين، لقيام النيابة التبادلية فيما ينفع. وإعذار المدين لأحد الدائنين المتعددين فى دين غير قابل للانقسام لا يسرى أثره فى حق الدائنين الآخرين، لأن هذا السريان لا يقتضيه حتما طبيعة المحل غير القابل للتجزئة. وهذا هو الحكم أيضاً فى التضامن الإيجابى لسبب آخر، هو انعدام النيابة التبادلية فيما يضر.

وإذا طالب أحد الدائنين فى التزام غير قابل للانقسام المدين مطالبة قضائية، فان هذه المطالبة لا يسرى أثرها فى حق الدائنين الآخرين[٢]. لأن مد هذا الأثر إلى هؤلاء لا تقضيه حتما طبيعة المحل غير القابل للتجزئة. والحكم عكس ذلك فى التضامن الإيجابى، فمطالبه أحد الدائنين للمدين يسرى أثرها بالنسبة إلى باقى الدائنين، لقيام النيابة التبادلية فيما ينفع.

(٤) **الصلح**: وإذا صالح المدين أحد الدائنين فى دين غير قابل للانقسام، وتضمن الصلح إضراراً بحقوق الدائنين الآخرين، لم يسر عليهم الصلح، لأن هذا السريان لا تقتضيه طبيعة المحل غير القابل للتجزئة، ولأن الصلح عقد يقتصر أثره على من كان طرفاً فيه. وهذا هو الحكم أيضاً فى التضامن الإيجابى، ولكن لسبب آخر هو انعدام النيابة التبادلية فيما يضر.

وإذا تضمن الصلح فائدة للدائنين الآخرين فى دين غير قابل للانقسام، لم ينتفعوا بذلك لأنهم لم يكونوا أطرافاً فى هذا الصلح، إلا إذا كان الدائن الذى عقد الصلح قد اشترط لمصلحتهم فتطبق قواعد الاشتراط لمصلحة الغير. أما فى التضامن الإيجابى فالدائنون الآخرون يفيدون من الصلح، على أساس قيام نيابة تبادلية فيما ينفع.

(٥) **الإقرار**: وإذا أقر أحد الدائنين فى دين غير قابل للانقسام، فان إقراره لا يتعدى أثره إلى سائر الدائنين، إذ أن هذا التعدى لا تقتضيه طبيعة المحل عير القابل للتجزئة، ولأن الإقرار حجة قاصرة على المقر. وهذا هو الحكم أيضاً فى التضامن الإيجابى، ولكن لسبب آخر هو انعدام النيابة التبادلية فيما يضر.

---

(١) انظر عكس ذلك الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص٢٧٣.

(٢) وإن كانت تقطع التقادم لمصلحة الدائنين جميعاً، فقد قدمنا أنه إذا قطع أحد الدائنين التقادم انتفع بذلك سائر الدائنين.

وإذا أقر المدين لأحد الدائنين فى دين غير قابل للانقسام، وكان الإقرار يتناول الدين ذاته، فان طبيعة المحل غير القابل للتجزئة تقتضى أن يتعدى أثر الأقرار إلى سائر الدائنين فينتفعوا به[١]. وهذا هو الحكم أيضاً فى التضامن الإيجابى، ولكن لقيام نيابة تبادلية فيما ينفع.

(٦) **اليمين**: وإذا وجه أحد الدائنين فى دين غير قابل الانقسام اليمين للمدين فحلفها، لم يتعد أثر ذلك إلى سائر الدائنين ، لأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة لا تقتضيه. وهذا هو الحكم أيضاً فى التضامن الإيجابى، لانعدام النيابة التبادلية فيما يضر. أما إذا نكل المدين فى الالتزام غير القابل للانقسام، فان نكوله يكون بمثابة إقرار، فان كان متعلقاً بالدين ذاته تعدى أثره إلى سائر الدائنين، لأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة تقتضى ذلك[٢]. والنكول فى التضامن الإيجابى يفيد سائر المدينين، لقيام النيابة التبادلية فيما ينفع.

وإذا وجه المدين اليمين إلى أحد الدائنين فى دين غير قابل للانقسام فحلفها، وكانت الواقعة متعلقة بالدين ذاته، فان الحلف يتعدى أثره إلى سائر الدائنين، لأن هذا هو ما تقتضيه طبيعة المحل غير القابل للتجزئة. وهذا هو أيضاً الحكم فى التضامن الإيجابى، ولكن لقيام النيابة التبادلية فيما ينفع. أما إذا نكل الدائن فى دين غير قابل للانقسام، فان نكوله يكون بمثابة إقرار لا يتعدى أثره إلى سائر الدائنين، لأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة لا تقتضيه، ولأن الإقرار حجة قاصرة على المقر[٣]. وهذا هو أيضاً الحكم فى التضامن الإيجابى، ولكن لانعدام النيابة التبادلية فيما يضر.

(٧) **الحكم**: وإذا صدر حكم على أحد الدائنين فى دين غير قابل للانقسام فان هذا الحكم يحتج به فى حق الدائنين الآخرين، لأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة تقتضى ذلك[٤]. أما فى التضامن الإيجابى، فان هذا الحكم لا يسرى فى حق الدائنين الآخرين، لانعدام النيابة التبادلية فيما يضر.

وإذا كان الحكم الذى صدر هو لصالح أحد الدائنين فى دين غير قابل للانقسام، فان سائر المدينين يفيدون منه، لأن هذا هو ما تقتضيه طبيعة المحل غير القابل للتجزئة، إلا إذا

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان المدين المحكوم عليه لصالح دائنين متعددين فى دين غير قابل للانقسام قد أقر لمصلحة أحد هؤلاء الدائنين، لم يجز له أن يستأنف الحكم بالنسبة إلى الباقى (استئناف مختلط ٨ يناير سنة ١٩٢٤ م٢٦ ص١٢٨).

(٢) الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص٢٧٣.

(٣) الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص٢٧٣.

(٤) انظر عكس ذلك الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص٢٧٣.

كان الحكم مبنياً على سبب خاص بالمدين الذى صدر الحكم لصالحه[1]. وهذا هو أيضاً شأن التضامن الإيجابى، ولكن لقيام نيابة تبادلية فيما ينفع[2].

المطلب الثانى

علاقة الدائنين بعضهم ببعض

٢٢٧ – انقسام الدين على الدائنين: رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٣٠٢ مدنى تقضى بأن يرجع الدائنون، كل بقدر حصته، على الدائن الذى استوفى الالتزام. والرجوع هنا – كالرجوع فى التضامن وكالرجوع فى عدم القابلية للانقسام عند تعدد المدينين – يكون إما بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول. وإذا كان عدم القابلية للانقسام يرجع إلى طبيعة المحل فان الدين ينقسم حصصاً بين الدائنين لا فى عينه بل فى قيمته.

٢٢٨ – تعيين حصة كل دائن: وتتعين حصة كل دائن وفقاً للقواعد التى أسلفناها فى التضامن وفى عدم القابلية للانقسام عند تعدد المدينين. فالأصل هو تساوى الحصص بين الدائنين، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك.

وقد يكون أحد الدائنين هو صاحب المصلحة وحده فى الدين، ويكون الباقون وكلاء عنه فى القبض. فعند ذلك يستقل هذا الدائن بكل الدين فى علاقته بالدائنين الآخرين. فان كان هو الذى استوفى الدين كله، فلا يرجع عليه بشئ أحد من الدائنين الآخرين. وان كان غيره هو الذى استوفى الدين، رجع هو عليه بالدين كله دون أن يشاركه فى الرجوع أحد من الدائنين الآخرين.

٢٢٩ – اعسار أحد الدائنين أو اعسار المدين: وإذا استوفى أحد الدائنين الدين كله، ثم أعسر إعساراً جزئياً، فان هذا الأعسار يتحمله باقى الدائنين، كما هو الأمر فى التضامن الإيجابى فيما مر. فإذا كان الدين أربعمائة بين أربعة من الدائنين بحصص متساوية، واستوفاه أحدهم ثم أعسر بحيث لا يستطيع أن يؤدى إلا نصف ديونه، فان كلا من الدائنين الثلاثة الآخرين يرجع على المدين المعسر بنصف حصته أى بخمسين[3].

وكذلك يكون الحكم لو أن المدين نفسه هو الذى أعسر، ولم يتيسر لمن طالبه من

---

(١) الأستاذ عبد الحى حجازى١ ص٢٧٤.

(٢) ورفع أحد الدائنين فى دين غير قابل للانقسام استئنافاً فى الميعاد يفيد سائر الدائنين، فيستطيعون الانضمام إليه ولو بعد فوات ميعاد الاستئناف بالنسبة إليهم، بل ولو بعد رضائهم بالحكم الابتدائى (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٣– دى باج ٣ فقرة ٣٠٨– كولان وكاپيتان ٢ فقرة ٤٣٥).

(٣) وبديهى أن الاعسار إذا كان كلياً، لم يستطع الدائنون الآخرون الرجوع بشئ على المدين المعسر.

الدائنين إلا أن يستوفى منه نصف الدين وهو مائتان، فلا يكون لكل من الدائنين الثلاثة الآخرين أن يرجعوا على هذا الدائن إلا بنصف حصتهم أى بخمسين.

وهذا هو نفس الحكم الذى أوردناه فى التضامن الإيجابى[1].

* * *

مقابلة ما بين التضامن وعدم القابلية للانقسام

٢٣٠ – الموافقات والمفارقات: نوجز هنا، بعد أن فرغنا من الكلام فى التضامن وعدم القابلية للانقسام، وجوه الموافقات ووجوه المفارقات ما بين هذين النظامين.

٢٣١ – وجوه الموافقات: (١) فى كل من النظامين تجوز مطالبة الدائن لأى مدين بكل الدين، أو مطالبة أى دائن للمدين بكل الدين. كذلك يجوز أن يفى أى مدين بكل الدين للدائن، أو أن يفى المدين بالدين لأى دائن.

(٢) فى كل من النظامين، بعد الوفاء بالدين، يرجع المدين الذى وفاه على باقى المدينين، أو يرجع الدائنون الذين لم يستوفوا الدين على الدائن الذى استوفاه، كل بقدر حصته فى الدين، ويكون الرجوع فى جميع الأحوال بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول. وتتعين حصة كل على أساس التساوى، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك، أو ما لم يكن أحدهم هو وحده صاحب المصلحة فى الدين. وإذا أعسر أحد منهم، تحمل كل من الباقين نصيبه فى حصة المعسر بنسبة حصته فى الدين.

٢٣٢ – وجوه المفارقات: (١) التضامن الإيجابى مصدره الاتفاق، والتضامن السلبى مصدره الاتفاق أو القانون. أما عدم القابلية للانقسام فمصدره طبيعة المحل أو الاتفاق.

(٢) في التضامن، إذا انقضى الدين بسبب غير الوفاء، فان كلا من المدينين الآخرين أو الدائنين الآخرين لا يستفيد أو يضار من انقضاء الدين إلا بقدر حصة المدين أو الدائن الذى قام به سبب الانقضاء. أما فى عدم القابلية للانقسام عند تعدد المدينين، فان كلا من المدينين الآخرين يستفيد من انقضاء الدين بمقدار الدين كله. وفى عدم القابلية للانقسام عند تعدد الدائنين، لا يستفيد المدين من انقضاء الدين بالنسبة إلى أى من الدائنين الآخرين، ولكنه يرجع على الدائن الذى يطالبه بوفاء الدين بما يعادل حصة الدائن الذى قام به سبب الانقضاء.

(٣) النيابة التبادلية فى التضامن قائمة فيما ينفع لا فيما يضر، وهى غير قائمة أصلا – لا فيما يضر ولا فيما ينفع – فى عدم القابلية للانقسام.

---

(١) انظر آنفاً فقرة ١٤٩.

(٤) فى التضامن ينقسم الالتزام على الورثة، ولا ينقسم فى عدم القابلية للانقسام.

(٥) فى التضامن: إذا استحال الالتزام إلى تعويض نقدى، بقى غير منقسم على المدينين المتضامنين أو على الدائنين المتضامنين. أما فى عدم القابلية للانقسام، فانه ينقسم على المدينين أو على الدائنين[١].

مقابلة ما بين الدين المشترك
وعدم القابلية للانقسام عند تعدد الدائنين

٢٣٣- من حيث المصدر: يتفق الدين المشترك والالتزام غير القابل للانقسام فى أن مصدر كل منهما هو الاتفاق أو طبيعة الأشياء. ولكن الاتفاق فى الدين المشترك إنما يقع على وحدة الصفقة واشتراك الدين، أما الاتفاق فى الالتزام غير القابل للانقسام فيقع على عدم قابلية الدين للتجزئة لا على مجرد أن يكون ديناً مشتركاً بين الدائنين. وكذلك طبيعة الأشياء فى الدين المشترك إنما ترجع إلى سبق الاشتراك فى المال الذى نشأ عنه الدين، ولا ترجع إلى عدم قابلية الدين للتجزئة، فان الدين المشترك على العكس من ذلك يكون فى

---

(١) وفى الفرضين الأخيرين تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «ومهما يكن من أمر ما بين عدم القابلية للانقسام (السلبى) والتضامن (السلبى) من أوجه الشبه، فثمة فارقان يتمثل فيهما اختلاف هذين الوضعين: (أ) فيراعى من ناحية أن عدم القابلية للانقسام قد تكون أقوى إلزاماً من التضامن، باعتبار أن الالتزام الذى لا يقبل القسمة لا ينقسم بين ورثة المدين. ولهذه العلة يجرى المتعاملون على اشتراط التزام المدينين التزاماً تضامنياً غير قابل للانقسام، اتقاء لتجزئة الدين بين الورثة فيما لو اقتصر الأمر على النص على التضامن فحسب. ولا يعرض مثل هذا الفرض فى الشريعة الإسلامية، لأن الدين لا ينتقل من طريق الميراث، فيكون بهذه المثابة غير قابل للانقسام، ويستأدى بجملته من التركة. (ب) ويراعى من ناحية أخرى أن عدم القابلية للانقسام قد تكون أضعف إلزاماً عند قيامها على طبيعة المحل، فهى تظل قائمة ما دام هذا المحل عصياً على التجزئة بطبعه، ولكن إذا اتفق أن استحال الالتزام إلى تعويض مالى، زالت عدم قابلية الانقسام وانقسم مبلغ التعويض. أما المدينون المتضامنون فيظل كل منهم، على نقيض ذلك، ملزماً قبل الدائن بالدين بأسره، ولو استحال الدين إلى تعويض مالى» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص١٠٥).

وتضيف المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فرقاً غير الفروق المتقدمة فيما يأتى: «ويتمثل اختلاف عدم القابلية للانقسام (الإيجابى) عن التضامن (الإيجابى) فى هذا الفرض فى الفارقين اللذين تقدمت الإشارة إليهما: (أ) فلكل وارث من ورثة الدائن أن يطالب بالدين بأسره، ويسرى هذا الحكم فى الشريعة الإسلامية حيث ينتقل الحق من طريق الميراث. (ب) ويصبح الدين قابلا للانقسام متى استحال إلى تعويض نقدى. ويراعى أنه عند تعدد المدينين والدائنين قد يتصور التضامن سلبياً أو إيجابياً، أما عدم الانقسام الناشئ عن طبيعة المحل فلا يتصور إلا من الناحيتين معاً» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص١٠٧).

طبيعته قابلا للتجزئة. أما طبيعة الأشياء فى الالتزام غير القابل للانقسام، فيرجع إلى عدم قابلية الالتزام فى طبيعته للتجزئة.

٢٣٤- من حيث الآثار فى علاقة الدائنين بالمدين: فى الدين المشترك لا يطالب أى من الدائنين المدين إلا بحصته فى الدين. ولا تقوم بين الدائنين نيابة تبادلية.

أما فى الالتزام غير القابل للانقسام، فيجوز لأى من الدائنين أن يطالب المدين بكل الدين لأنه غير قابل للتجزئة، وذلك ما لم يمانع الدائنون الآخرون فيجب عندئذ الوفاء لهم مجتمعين أو إيداع الشئ محل الدين لذمتهم جميعاً. ولكن يستوى الدين المشترك مع الالتزام غير القابل للانقسام فى عدم قيام نيابة تبادلية بين الدائنين.

٢٣٥- من حيث الآثار فى علاقة الدائنين بعضهم ببعض: فى الدين المشترك، لكل دائن أن يرجع على من يقبض من الدائنين حصته فى الدين بنصيبه فى هذه الحصة، وله أن يترك الحصة لمن قبضها ويطالب المدين بحصته هو، فان كان هذا معسراً، تحمل جميع الدائنين إعساره كل بنسبة حصته فى الدين.

أما فى الالتزام غير القابل للانقسام، فان الدائن يستوفى كل الدين لعدم قابليته للتجزئة، فيرجع عليه كل دائن آخر بحصته فى الدين. فالرجوع فى الالتزام غير القابل للانقسام يكون بالحصة، أما فى الدين المشترك فيكون فى الحصة. ويستوى الدين المشترك مع الالتزام غير القابل للانقسام عند إعسار المدين، ففى الحالتين يتحمل الدائنون جميعاً هذا الإعسار كل بنسبة حصته فى الدين.

القسم الثانى
انتقال الالتزام
(Transmission des Obligations)

تمهيد

١ – لمحة فى التطور التاريخى لانتقال الالتزام

٢٣٦ – معنى انتقال الالتزام: يراد بانتقال الالتزام أن يتحول الالتزام ذاته – سواء نظر إليه باعتباره حقاً شخصياً من جهة الدائن أو نظر إليه باعتباره التزاماً من جهة المدين – من شخص إلى آخر: من دائن إلى دائن آخر باعتباره حقاً شخصياً، أو من مدين إلى مدين آخر باعتباره التزاماً.

ويسمى تحويل الالتزام من دائن إلى دائن آخر بحوالة الحق (cession de créance)، وتحويله من مدين إلى مدين آخر بحوالة الدين (cession de dette) فانتقال الالتزام إذن هو حوالته من دائن إلى دائن أو من مدين إلى مدين.

وسواء كانت الحوالة حوالة حق أو حوالة دين، فان الذى ينتقل بالحوالة هو الالتزام ذاته بجميع مقوماته وخصائصه: صفاته وضماناته ودفوعه.

ينتقل الالتزام بجميع صفاته: فلو كان التزاماً تجارياً، أو كان التزاماً قابلا للتنفيذ بأن كان مستنداً إلى حكم قضائى أو إلى سند رسمى، أو كان التزاماً تضامنياً أو غير قابل للانقسام، أو كان التزاماً ينتج للدائن فوائد، أو نحو ذلك، فانه ينتقل إلى الدائن الآخر أو إلى المدين الآخر بهذه الصفات ذاتها.

وينتقل الالتزام بجميع ضماناته: فلو كان التزاماً مضموناً برهن رسمى، أو بحق اختصاص، أو برهن حيازة، أو بحق امتياز، أو بكفالة شخصية، فانه ينتقل إلى الدائن الآخر أو إلى المدين الآخر مع التأمين الذى يضمنه. غير أن الكفالة – شخصية كانت أو عينية – لا تنتقل، فيما يتعلق بحوالة الدين، إلا برضاء الكفيل كما سنرى.

وينتقل الالتزام بجميع الدفوع التى ترد عليه: فلو كان المدين يستطيع أن يدفع الالتزام بسبب من أسباب البطلان، كانعدام الرضا أو عدم قيام المحل أو عدم مشروعية السبب أو عدم استيفاء الشكل الواجب أو نقص الأهلية أو عيب من عيوب الإرادة من غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال، أو كان يستطيع أن يدفع الالتزام بسبب من أسباب الانقضاء كالوفاء أو التجديد أو المقاصة أو اتحاد الذمة أو الإبراء أو التقادم، فان هذا المدين يستطيع أن يتمسك بهذا الدفع قبل الدائن الجديد فى حوالة الحق، كما يستطيع المدين الجديد فى حوالة الدين أن يتمسك بهذا الدفع قبل الدائن.

٢٣٧ – كيف يتصور انتقال الالتزام: وانتقال الالتزام على الوجه المتقدم لا يمكن

تصوره إذا كانت الفكرة فى الالتزام هى الفكرة القديمة، أى إذا كان الالتزام هو رابطة شخصية ما بين دائن ومدين. فالرابطة، بحكم أنها تربط ما بين شخصين بالذات، لا يتصور أن تنتقل عنهما أو عن أحد منهما دون أن تنحل. وقد كانت فكرة الرابطة الشخصية هى الفكرة السائدة فى القانون الرومانى، ثم سادت بعد ذلك عصوراً طويلة فى القوانين اللاتينية، فلم يكن يمكن معها تصور انتقال الالتزام، لا من دائن إلى دائن آخر، ولا من مدين إلى مدين آخر.

على أن استعصاء الالتزام على الانتقال لم يثبت فى هذه القوانين القديمة إلا فى انتقاله فيما بين الأحياء (entre vifs). أما انتقال الالتزام إلى الوارث بسبب الموت (mortis causa)، فان هذه القوانين لم تلبث أن استساغته منذ عهد طويل.

٢٣٨ – انتقال الالتزام بسبب الموت: قلنا إن القوانين، حتى القديمة منها، استساغت انتقال الالتزام بسبب الموت منذ زمن بعيد. فينتقل الالتزام من الدائن عند موته إلى ورثته من بعده، ويصبح هؤلاء هم الدائنون مكانه. وكذلك ينتقل الالتزام من المدين عند موته إلى ورثته من بعده، ويصبح هؤلاء هم المدينون مكانه. والذى ساعد على هذا التصور أن تركة المورث تنتقل كمجموع من المال (universalité) إلى الورثة، فيشتمل هذا المجموع من المال على الالتزامات حقوقاً وديوناً. وتعتبر شخصية الوارث إنما هى استمرار لشخصية المورث، فكأن الالتزام لم ينتقل إلى شخص جديد بموت صاحبه، بل بقى عند صاحبه ممثلا فى شخص الوارث.

هكذا كان تصور القانون الرومانى، وما زال هذا هو تصور الشرائع الغربية. والشريعة الإسلامية نفسها تنقل الالتزام باعتباره حقا من المورث إلى الوارث، أما الالتزام باعتباره ديناً فلا تنقله من المورث إلى الوارث، بل تبقيه فى تركة المورث حتى تفى به التركة، ثم تنتقل التركة بعد سداد الديون إلى الورثة بما تشتمل عليه من أعيان وحقوق.

ومهما يكن من أمر انتقال الالتزام بسبب الموت، فان هناك حدوداً تقيد من هذا الانتقال، أو تحور من الالتزام بعد انتقاله. فهناك التزام يتصل بشخص طرفيه اتصالا وثيقاً بحيث لا يمكن انتزاعه عنهما. فلا ينتقل هذا الالتزام بل ينقضى بموت الدائن أو بموت المدين. من ذلك التزامات الموكل والتزامات الوكيل والتزامات الشركاء فى شركات الأشخاص، فان كلا من عقد الوكالة وعقد شركة الأشخاص يقوم على اعتبارات شخصية، بحيث أن العقد بوجه عام ينقضى بموت أحد المتعاقدين، فلا ينتقل الالتزام – حقاً كان أو ديناً – من المورث أو الوارث. كذلك قد يتم انتقال الالتزام من المورث إلى الوارث، ولكن الانتقال يحور من الالتزام. وقد يبدو أن الالتزام يتحور فى الشرائع الغربية إذا هو انتقل من المدين إلى وارثه، وقبل الوارث الميراث محتفظاً بحق التجريد (bénéfice d'inventaire)،

فيفصل أموال التركة عن أمواله الشخصية، ولا يكون مسئولا عن ديون التركة إلا فى المال الذى ورثه. فيصبح الالتزام، بعد أن انتقل إلى الوارث، لا يمكن التنفيذ به إلا على أموال التركة التى انتقلت إلى هذا الوارث. ولكن هذا التحوير ليس تحويراً حقيقياً، فالواقع من الأمر أن الالتزام بقى – من ناحية المال الذى يجوز التنفيذ عليه – كما كان فى حياة المورث، فقد كان عندئذ لا يمكن التنفيذ به إلا على ماله، فبقى كما كان[1]. والتحوير الحقيقى فى الالتزام، وإن لم يكن تحويراً فى أساسه، يقع إذا تعددت الورثة. فان الالتزام، حقاً كان أو ديناً، ينقسم على الورثة كل بنسبة حصته فى التركة[2]، وهذا ما لم يكن الالتزام فى أصله غير قابل للانقسام[3] كما سبق القول.

٢٣٩ – انتقال الالتزام ما بين الأحياء: أما انتقال الالتزام بالمعنى الذى أسلفناه، أى انتقال الالتزام ذاته بمقوماته وخصائصه، ما بين الأحياء، فلم يكن معروفاً فى القانون الرومانى، إذ كانت الفكرة التى تصور الالتزام رابطة شخصية تقوم حائلا دون ذلك كما قدمنا. وإذا كان قد أمكن، فى انتقال الالتزام بسبب الموت، جعل الوارث خلفاً عاماً للمورث وتصوير هذه الخلافة العامة كأنها استمرار لشخصية المورث، ففى انتقال الالتزام ما بين الأحياء حيث الخلافة خاصة، لا يمكن تصوير هذه الخلافة الخاصة حال الحياة، كما أمكن تصوير الخلافة العامة بعد الموت، استمراراً لشخصية السلف. ذلك أنه إذا أمكن القول بأن المورث، وقد زالت شخصيته بالموت، يتصور استمرارها فى شخص الوارث، فانه يتعذر القول بأن السلف، وهو لا يزال حياً، تستمر شخصيته فى شخص خلفه الخاص[4].

---

(١) وفى الشريعة الإسلامية يبقى الالتزام، باعتباره ديناً، فى التركة حتى يؤدى من أموالها. فما لا يتم فى الشرائع الغربية إلا عن طريق الاحتفاظ بحق التجريد هو الأصل الذى يعمل به فى الشريعة الإسلامية.

(٢) انظر فى كل ذلك بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٠٦ – دى باج ٣ فقرة ٣٧٤.

(٣) أما فى الشريعة الإسلامية فقد رأينا أن الالتزام ينقسم إذا انتقل كحق إلى ورثة الدائن، ويبقى فى التركة غير منقسم إذا كان دينا مات عنه المورث.

(٤) ويقول كولان وكابيتان إن انتقال الالتزام ما بين الأحياء كان أبطأ ظهوراً فى التاريخ من انتقاله بسبب الموت. وكذلك كان انتقال الحق الشخصى متأخراً فى الظهور عن انتقال الحق العينى، وبخاصة حق الملكية. ذلك أن صاحب حق الملكية إذا أراد تحويل حقه إلى نقود فإنما يفعل ذلك غالباً عن طريق بيعه، أى عن طريق انتقال الحق العينى. أما الدائن فى الالتزام فيحول حقه إلى نقود عادة عن طريق استيفائه، أى عن طريق انقضاء الحق الشخصى. ويترتب على ذلك نتيجتان: (أولاهما) أن انتقال حق الملكية ظهر مبكراً فى التاريخ، ولم يظهر انتقال الحق الشخصى إلا متأخراً كثيراً عن ذلك. (والثانية) أن نظرية انقضاء الالتزام بلغت قدراً كبيراً من الأهمية، بخلاف نظرية انقضاء الحق العينى فليست لها أهمية تذكر (كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٢٣ ص٤٢٥).

من أجل ذلك لم يكن ممكناً أن ينتقل الالتزام حال الحياة، فى القانون الرومانى، من دائن إلى دائن آخر، أو من مدين إلى مدين آخر، عن طريق حوالة الحق، أو عن طريق حوالة الدين. ولم يكن ممكناً، إذا أريد تغيير شخص الدائن، إلا تجديد الالتزام بتغيير الدائن، أو أريد تغيير شخص المدين، إلا تجديد الالتزام بتغيير المدين. وفى الحالتين، لم يكن الالتزام ذاته، بمقوماته وخصائصه، هو الذى ينتقل من شخص إلى شخص آخر. بل كان الالتزام الأصلى ينقضى بالتجديد، وينشأ مكانه التزام جديد بمقومات وخصائص غير المقومات والخصائص التى كانت للالتزام الأصلى، وفى هذا الالتزام الجديد كان يتغير شخص الدائن أو يتغير شخص المدين. على أن الرومان كانوا يلجأون إلى طريقة أخرى لتحويل الالتزام من دائن إلى دائن آخر، دون تدخل من المدين. فكان الدائن الأصلى يوكل من يريد تحويل الالتزام إليه فى قبض الدين باسمه من المدين، وكان هذا التوكيل (Procuratio in rem suam) وسيلة يستطيع بها الوكيل أن يقبض الدين من المدين دون حاجة إلى رضائه بتحويل الدين. ولكن هذه الطريقة لم تكن مأمونة، فان الدائن الأصلى كان يستطيع أن يعزل الوكيل قبل أن يقبض الدين[1].

وبقى القانون الرومانى على هذه الحال، دون أن يعرف لا حوالة الحق ولا حوالة الدين. وبقيت الحوالة مجهولة مدة طويلة فى القانون الفرنسى القديم، يتحايلون عليها عن طريق التوكيل بقبض الدين الذى كان القانون الرومانى يلجأ إليه، حتى أصبح هذا الطريق مألوفا. ومنه دخلت حوالة الحق فى القانون الفرنسى القديم، وأصبح مسلما فى هذا القانون إنه يجوز للدائن أن يحول حقه إلى دائن آخر دون حاجة إلى الحصول على رضاء المدين بالحوالة، على غرار التوكيل بالقبض الذى أصبح مفترضاً دون نص، وهذا بالرغم من أن التحليل القانونى الدقيق – أو كما يقول بوتييه: selon la subtilité du droit[2]– يستعصى على أن ينتقل الالتزام وهو رابطة شخصية من دائن إلى دائن آخر[3].

وساعد على إمكان انتقال الالتزام من دائن إلى دائن آخر أن فكرة الالتزام باعتباره رابطة

---

(١) دى باج ٣ فقرة ٣٧٥ ص٣٤٠ – كولان وكاپيتان ٢ فقرة ٦٢٢ ص٤٢٥. ويقول دى باج إن فكرة الالتزام فى القانون الرومانى القديم هى التى تفسر استحالة انتقال الالتزام. فالالتزام فى هذا القانون لا ينعقد إلا بموجب أشكال معينة يقوم بها كل من المدين والدائن، ومن شأن الالتزام أن يضع المدين تحت سلطة الدائن إلى حد بعيد. فكيف يمكن أن ينتقل الالتزام من دائن إلى دائن، ومن مدين إلى مدين، إلا بعد الالتجاء من جديد إلى هذه الأشكال والأوضاع، وعندئذ تنحل عقدة الالتزام الأصلى ويحل محله الالتزام الجديد، وليست هذه بالحوالة وإنما هو التجديد (دى باج٣ فقرة ٣٧٥ ص٣٤٠).

(٢) بوتييه فى البيع فقرة ٥٥١.

(٣) بودرى وبارد٣ فقرة ١٧٦٣ ص٨١– ص٨٣– دى باج٣ فقرة ٣٧٥ ص٣٤٠.

(١) وإن كان المدين يعنيه هو أيضاً تغيير دائنه، فمن الدائنين من هو أرحب جانباً وأيسر معاملة وأقل تشدداً.

شخصية أخذت تتطور، وأخذ العنصر المادى فى الالتزام يبرز شيئاً فشيئاً. فأصبح من السهل أن نتصور أن الالتزام، باعتباره قيمة مالية لا باعتباره رابطة شخصية، وبالنسبة إلى موضوعه لا بالنسبة إلى أطرافه، ينتقل من دائن إلى دائن آخر.

ولكن التطور فى القوانين اللاتينية وقف عند هذا الحد. ولم يصل القانون الفرنسى حتى اليوم إلى تنظيم حوالة الدين، أى انتقال الالتزام من مدين إلى مدين آخر، وليس هناك من سبيل إلى تغيير المدين فى الالتزام إلا عن طريق التجديد أو الإنابة فى الوفاء. ذلك أن شخصية المدين فى الالتزام أكبر خطراً من شخصية الدائن، فعلى شخصية المدين ومقدار يساره وحسن استعداده للوفاء بدينه تتوقف قيمة الدين. فلم يكن من السهل التسليم بتحويل الالتزام من مدين إلى مدين آخر دون أن يكون الدائن طرفا فى هذا التحويل عن طريق التجديد، لأن الدائن يأبى أن يتغير عليه المدين دون رضائه، ويعنيه من تغيير مدينه ما لا يعنى المدين من تغيير دائنه[1]. فبقيت القوانين اللاتينية عند هذه المرحلة من التطور لم تستكمله إلى غايته[2]، وذلك مع استثناء التقنين المدنى الإيطالى الجديد فقد أقر حوالة الدين عند الكلام فى الإنابة فى الوفاء (انظر المادة ١٢٧٣ من هذا التقنين).

أما التقنينات الجرمانية فقد سارت فى التطور إلى نهاية الطريق. وما دامت فكرة الالتزام قد تطورت فأصبح الالتزام قيمة مادية أكثر منه رابطة شخصية[3]، وما دام قد أمكن تصور انتقال الالتزام من دائن إلى دائن آخر، فما الذى يحول دون التسليم بانتقاله من مدين إلى مدين آخر! ومن ثم يعرف كل من التقنين المدنى الألمانى (م١٤١٤- ١٤١٩) وتقنين الالتزامات السويسرى (م١٧٥-١٨٣)، إلى جانب حوالة الحق، حوالة الدين (Schuldübernahme)[4].

وقد تابع التقنين المدنى المصرى الجديد- ومعه التقنينات المدنية العربية الأخرى[5]-

---

ولكن الاعتبارات التى تقترن بتغيير الدائن أقل أهمية من تلك التى تقترن بتغيير المدين.

(٢) انظر فى الاعتراضات التى توجه إلى إقرار حوالة الدين والرد عليها الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص٢٦٨- ص٢٧١- وسنرى عند الكلام فى حوالة الدين كيف وقف تطور هذه الحوالة فى القانون الفرنسى.

(٣) ويستتبع ذلك أن تنتقل هذه القيمة المادية من دائن إلى دائن دون رضاء المدين، ومن مدين إلى مدين دون رضاء الدائن (دى باج ٣ فقرة ٣٧٦ ص٣٤١- ص٣٤٢).

(٤) وسنرى عند الكلام فى حوالة الدين كيف نشأت هذه الحوالة فى البلاد الجرمانية وكيف استكملت تطورها.

(٥) ويعرض تقنين الموجبات والعقود اللبنانى لانتقال الالتزام بوجه عام، سواء بين الأحياء أو بسبب = =الموت، وسواء انتقل الحق أو انتقل الدين، فتنص المادة ٢٧٩ من هذا التقنين على ما يأتى: «تنتقل

هذا التطور. وبعد أن كان التقنين المدنى السابق لا يعرف، على غرار التقنين المدنى الفرنسى، إلا حوالة الحق، أصبح التقنين المدنى الجديد يعرف حوالة الحق وحوالة الدين وقد خصص لهما – تحت عنوان انتقال الالتزام – الباب الرابع من الكتاب الأول فى نظرية الالتزام(١).

٢٤٠– انتقال الالتزام فى الفقه الإسلامى: ويجدر بنا أن ننظر، بعد هذه العجالة

الموجبات بالوفاء أو بين الأحياء، ما لم يكن ثمة استحالة ناشئة عن نص قانونى أو عن كون الموجب شخصياً محضاً وموضوعاً بالنظر إلى شخص العاقد– ويخضع الانتقال بسبب الوفاة لقواعد الأرث بوصية أو بغير وصية– أما الانتقال بين الأحياء فخاضع للقواعد الآتية الموضوعة مع التمييز بين انتقال الموجبات منظوراً إليها من الوجهة الإيجابية (انتقال دين الدائن) وانتقال الموجبات منظوراً إليها من الوجهة السلبية (انتقال دين المدين)».

(١) ويذهب الأستاذ شفيق شحاته إلى أن الالتزام لا ينتقل ، فى الواقع من الأمر، من دائن إلى دائن أو من مدين إلى مدين، بل الدائن أو المدين يستخلف شخصاً آخر – دائناً أو مديناً – على الالتزام. فهو يميز، من ناحية التعبير، ما بين انتقال الالتزام والاستخلاف عليه، ففى الحالة الأولى ينتقل الالتزام إلى شخص جديد، أما فى الحالة الثانية فلا ينتقل الالتزام بل يستخلف شخص عليه شخصاً آخر. ويقول فى هذا المعنى ما يأتى: «والواقع أن الذى وصلت إليه التشريعات الحديثة بعد تطور طويل هو إباحة الاستخلاف ما بين الأحياء فى الحق الواحد، كما يحدث تماماً عند وفاة الشخص بالنسبة إلى مجموعة حقوقه. فالدائن الجديد يخلف الدائن القديم، وكذلك المدين الجديد يخلف المدين القديم، فى الحق الشخصى. فلا ينشأ حق جديد، ولا ينتقل الحق القديم إلى شخص جديد، بل إن شخصاً يحل محل آخر فى نفس الحق، من طريق ما يسمى خطأ فى القوانين الوضعية بالحوالة» (الأستاذ شفيق شحاته: حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية ص٧). وقد يقتضى المنطق كل هذه الدقة، فلا يقال إن الالتزام انتقل من شخص قديم إلى شخص جديد، بل إن شخصاً قديماً استخلف عليه شخصاً جديداً. ويوازن سالى بين العبارتين، فيرى العبارة الثانية أدق، إذ يقول: «إن استبدال شخص بآخر، فيما يتعلق بالالتزام، هو الذى يعدل انتقال الالتزام. ولكن لفظ الاستخلاف أدق من لفظ الانتقال. فما دام الالتزام لصيقاً بالشخص، فنقله لا يعنى إلا أن شخصاً جديداً أصبح هو صاحب الالتزام وخلف عليه من نقله. بل إن التعبير الصحيح، ليس أن يقال إن شخصاً قد استخلف على حق الغير، بل أن يقال إن شخصاً خلف شخصاً آخر فيما يتعلق بهذا الحق» (سالى: بحث فى النظرية العامة للالتزام فى القانون الألمانى فقرة ٧٤ ص٦٤). ومهما يكن من أمر، فمما لا شك فيه أنه عندما يقال إن الالتزام انتقل من شخص إلى شخص آخر، يكون المقصود دائماً أن هذا الشخص الآخر قد خلف الشخص الأول على هذا الالتزام. فالانتقال هنا معناه الاستخلاف، واستعمال لفظ الانتقال أيسر من الناحية العلمية. على أن الأستاذ شفيق شحاته أجاز فى مكان آخر أن يقال «إن الحق وقد كان محله الشئ انتقل إلى شخص آخر وبقى محله نفس هذا الشئ» (النظرية العامة للحق العينى ص١١٤ وص١١٥ وهامش رقم ١ فى ص١١٥). ويعترض الأساتذة بلانيول وريبير وبولانجيه على التمسك بهذا القدر من الدقة، ويذهبون إلى أن الحق، وبخاصة حق الملكية والحق الشخصى من ناحيته الإيجابية، ينتقل فعلا من شخص إلى شخص آخر (بلانيول وريبير وبولانجيه١ فقرة ٢٨٥٩).

التاريخية، ماذا كان موقف الفقه الإسلامى من انتقال الالتزام، وما مدى التطور الذى بلغه فى هذه المسألة[1].

يعرف الفقه الإسلامى الحوالة، ومن أهم المميزات له فى تنظيمها هو التفريق بين الحوالة المقيدة والحوالة المطلقة[2]. يوجد فى كل من الحوالتين دائن ومدين ثم أجنبى محال عليه، وهذا الأجنبى المحال عليه هو الذى يتركز فيه التفريق بين الحوالة المقيدة والحوالة المطلقة.

فان كان هذا الأجنبى مديناً للمدين أو كان فى يده له وديعة أو عين مغصوبة، وأراد المدين عن طريق الحوالة الوفاء بالدين الذى فى ذمته للدائن بالحق الذى له فى ذمة الأجنبى، فهذه هى الحوالة المقيدة[3]. وهى أقرب إلى أن تكون طريقاً من طرق الوفاء بالدين من أن تكون حوالة بالمعنى الدقيق. وتقرها المذاهب جميعاً، على خلاف بينها فى الصياغة القانونية سنذكره فيما يلى:

أما إن كان الأجنبى غير مدين للمدين، أو كان مديناً ولكن لم تقيد الحوالة بهذا الدين فى المذهب الحنفى، فهذه هى الحوالة المطلقة. ويمكن فى الحوالة المطلقة. أن نتصور أن المدين يريد أن يحيل دينه على الأجنبى، وهذه هى حوالة الدين بالمعنى الدقيق، ولا يسلم بها الفقه الإسلامى خلافاً لما يقال عادة. وهى عنده أقرب إلى أن تكون كفالة أو تجديداً، من أن تكون حوالة للدين. وقد قدمنا أن الكفالة فى الفقه الإسلامى هى الأصل فى التضامن، والآن نراها الأصل أيضاً فى الحوالة. ويمكن كذلك فى الحوالة المطلقة أن نتصور أن الدائن هو الذى يريد أن يحيل حقه للأجنبى، وهذه هى حوالة الحق بالمعنى الدقيق. وحوالة الحق أيضاً لا يسلم بها الفقه الإسلامى بوجه عام، خلافاً لما يقال عادة. ذلك أن الحنفية والشافعية والحنابلة لا يسلمون بهذه الحوالة، أما المالكية فيسلمون بها فى حدود معينة.

---

(١) انظر فى هذا الموضوع الدكتور صبحى المحمصانى: انتقال الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى – النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الإسلامية٢ ص٣٤١– ص٣٥٦.

(٢) هذا التفريق بين الحوالة المقيدة والحوالة المطلقة مذكور فى نصوص المذهب الحنفى دون نصوص المذاهب الأخرى، ولكنه تفريق جوهرى لتفهم الحوالة فى الفقه الاسلامى فى المذاهب جميعاً لا فى المذهب الحنفى وحده، كما سنرى.

(٣) وفى المذهب الحنفى لا تكون الحوالة مقيدة إلا إذا قيد المدين الحوالة بالدين الذى له فى ذمة المحال عليه، فإذا كان للمدين دين فى ذمة المحال عليه ولم يقيد به الحوالة، فإن الحوالة تكون مطلقة بالرغم من مديونيه المحال عليه للمدين.

وقبل أن نفصل ما أجملناه، يحسن أن نشير إلى خطأين شائعين ينسبان إلى الفقه الإسلامى فى خصوص الحوالة: (أولا) ما يرد ذكره عاده فى الفقه والقضاء فى مصر على أنه حوالة الحق فى الفقه الإسلامى إنما هو حوالة الدين لا حوالة الحق. (ثانياً) ليس صحيحاً أن الفقه الإسلامى عرف حوالة الدين ولم يعرف حوالة الحق، وإلا كان هذا بدعاً فى تطور القانون. فمن غير الطبيعى أن يعرف نظام قانونى حوالة الدين قبل أن يعرف حوالة الحق، كما أنه من غير الطبيعى أن يسلم نظام قانونى بانتقال الدين بين الأحياء وهو لم يعترف بانتقاله بسبب الموت. فالفقه الإسلامى كان فى تطوره طبيعياً كسائر النظم القانونية: لم يعرف حوالة الدين، لا بسبب الموت إذ الدين لا ينتقل إلى الورثة بل يبقى فى التركة حتى تقوم بسداده، ولا بين الأحياء إلا فى صورة من صور الكفالة أو التجديد. وعرف حوالة الحق، بسبب الموت حوالة كاملة إذ الحقوق الشخصية التى للتركة تنتقل إلى الورثة، وبين الأحياء بقيود معينة وفى مذهب واحد هو المذهب المالكى(١).

والآن ننتقل إلى تفصيل ما أجملناه، فى غير إطالة إذ لا يتسع المقام هنا للإسهاب. ونتناول حوالة الدين وهى المعنية بلفظ «الحوالة» فى الفقه الإسلامى فإذا ذكرت الحوالة قصد بها حوالة الدين دون غيرها، ثم حوالة الحق ولا يعرف الفقه الإسلامى هذا التعبير ويسمى حوالة الحق ببيع الدين أو هبة الدين.

حوالة الدين: يختلف، فى حوالة الدين، المذهب الحنفى عن المذاهب الثلاثة الأخرى. على أن التمييز بين الحوالة المطلقة والحوالة المقيدة، وإن كان غير منصوص عليه إلا فى فقه المذهب الحنفى، لا يقل أهمية فى المذاهب الثلاثة الأخرى عنه فى المذهب الحنفى، بل لعله يزيد كما سنرى.

١ – ونبدأ بالمذهب الحنفى: ففى هذا المذهب تتم الحوالة المطلقة برضاء الأطراف الثلاثة، الدائن والمدين والمحال عليه. ويجوز أن تتم برضاء الدائن والمحال عليه دون المدين(٢). ولكن لا يرجع المحال عليه فى هذه الحالة على المدين، إذا دفع الدين للدائن، إلا إذا كانت

---

(١) قارن الدكتور حسن الذنون، وهو يقول: «والشريعة الإسلامية أقرت حوالة الدين دون حوالة الحق على رأى معظم الفقهاء» (أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٢١٨ ص٢٠٧).

(٢) أما إذا اتفق المدين مع المحال عليه على الحوالة، فان هذا لا يكفى، بل لابد أيضاً من قبول الدائن، ولا تنعقد الحوالة إلا من وقت هذا القبول دون أثر رجعى. ويشترط أيضاً لانعقاد الحوالة بلوغ المحال عليه، لأنه يعتبر فى مقام المتبرع. أما المدين والدائن فيكفى فيهما التمييز لانعقاد الحوالة، ويشترط لنفاذها الإجازة، فإذا كان المميز هو الدائن اشترط فى الإجازة أن يكون المحال عليه أكثر ملاءة من المدين.
ويعتمد المذهب الحنفى – ومعه سائر المذاهب – فى مشروعية الحوالة على حديث عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال: مطل الغنى ظلم، وإذا اتبع أحدكم على ملئ فليتبع.

الحوالة بأمر المدين. أما الحوالة المقيدة فلابد فيها من رضاء الأطراف الثلاثة. وسواء كانت الحوالة مطلقة أو مقيدة، فان الدائن يرجع على المحال عليه بالدين. فهل انتقل الدين إلى ذمة المحال عليه بالحوالة؟ هنا تتضارب الآراء فى المذهب الحنفى. فعند أبى حنيفة وأبى يوسف، ينتقل الدين من ذمة المدين إلى ذمة المحال عليه، فلو أبرأ الدائن المحال عليه من الدين صح ذلك ولو أبرأ المدين لا يصح، ولكن الدين يعود إلى ذمة المدين إذا توى عند المحال عليه. وعند محمد، تنتقل المطالبة وحدها دون الدين من المدين إلى المحال عليه، ويبقى الدين دون المطالبة فى ذمة المدين. فلو أراد هذا أن يقضيه للدائن، لا يكون متبرعاً، لأنه لا يزال مديناً، ويجبر الدائن على الاستيفاء. ولو أبرأ الدائن المحال عليه، لا يرتد الإبراء بالرد، لأن الدائن إنما أسقط المطالبة لا الدين، ولا يرجع عليه على المدين ولو كانت الحوالة بأمره، لأن الدائن لم يبرئ المحال عليه من الدين بل من مجرد المطالبة. وإذا توى الدين عند المحال عليه، عادت المطالبة إلى المدين واجتمعت عنده مع الدين فيرجع عليه الدائن بالدين نفسه، ولو كان الدين قد انتقل إلى المحال عليه لما كان للدائن الرجوع بنفس الدين وإنما كان يرجع بالضمان. وعند زفر، لا ينتقل الدين ولا المطالبة إلى ذمة المحال عليه، بل تضم ذمة المحال عليه إلى ذمة المدين فى المطالبة، فيكون المحال عليه كفيلا للمدين.

ثم إن الدائن إذا طالب المحال عليه بالوفاء، وجب هنا أن نميز بين الحوالة المطلقة والحوالة المقيدة. ففى الحوالة المطلقة، إذا دفع المحال عليه الدين للدائن، فانه لا يرجع على المدين إلا إذا كانت الحوالة بأمره كما قدمنا، ويرجع بالدين نفسه لا بما أدى. وهذا يدل إما على أن الدين لا يزال باقياً فى ذمة المدين كما يقول محمد، فيرجع المحال عليه به، وإما على أن الدين قد انتقل مع المطالبة إلى المحال عليه كما يقول أبو حنيفة وأبو يوسف، فأداه المحال عليه وحل محل الدائن فيه، فيرجع به على المدين. وإما على أن الدين والمطالبة لم ينتقلا عن المدين كما يقول زفر، ولهذا يرجع المحال عليه بنفس الدين، كما يرجع الكفيل فى الكفالة بما كفل لا بما أدى. أما إذا توى الدين عند المحال عليه – بأن مات هذا مفلساً أو أفلس وهو حى أو جحد الحوالة ولم تكن هناك بينة – فان الدائن يرجع على المدين بنفس الدين[1] كما سبق القول. وفى الحوالة المقيدة يخصص الحق الذى للمدين فى ذمة المحال عليه لوفاء الدين المحال به[2]، دون أن ينتقل هذا الحق للدائن، بل دون أن يكون رهناً عنده لسببين:

---

(١) ويرجع بنفس الدين لا بالضمان، وسنرى أن هذا يمكن حمله على أن الحوالة تفسخ إذا توى المدين. ولكن قد يؤخذ هذا دليلا على صحة قول محمد من أن الدين لا ينتقل بالحوالة، بل يبقى فى ذمة المدين، وتعود المطالبة بالتوى فتجتمع مع الدين، ومن ثم يرجع الدائن بنفس الدين على المدين، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك.

(٢) ونصوص المذهب الحنفى لا تشترط التساوى ما بين الدين المحال به والدين المحال عليه، أما نصوص=

(١) إذا أفلس المدين قبل أن يؤدى المحال عليه الدين للدائن، فليس الدائن أحق من سائر غرماء المدين بالدين الذى خصص له وقيدت به الحوالة. وعند زفر الدائن أحق من سائر الغرماء، لأن الدين صار له بالحوالة رهناً[١]. (٢) ولو توى هذا الدين عند المحال عليه[٢]، توى على المدين لا على الدائن، ولا يسقط فى مقابلته شئ من الدين المحال به[٣]. وهذان السببان يبينان أن الدين الذى تقيدت به الحوالة لا ينتقل إلى الدائن ولا يكون رهناً عنده.

=المذاهب الثلاثة الأخرى فتصرح بوجب هذا التساوى كما سنرى.

وفى الحوالة المقيدة فى الفقه الحنفى يخصص الدين المحال عليه للوفاء بالدين المحال به كما يخصص مقابل الوفاء (provision) لدفع قيمة الكمبيالة. وقد عرف الفقه الإسلامى الكمبيالة فعلا، وسماها «السفتجة»، وبنى أحكامها على أسس الحوالة.

(١) وقد أخذت «المجلة» بقول زفر فى هذه المسألة، إذ نصت المادة ٦٩٢ منها على ما يأتى: «ينقطع حق مطالبة المحيل بالمحال به فى الحوالة المقيدة، وليس للمحال عليه أن يعطى المحال به للمحيل. فان أعطاه ضمن، وبعد الضمان يرجع على المحيل. ولو توفى المحيل قبل الأداء وكانت ديونه أزيد من تركته، فليس لسائر الغرماء حق فى المحال به». ويقول الأستاذ سليم باز تعليقاً على هذا النص ما يأتى: « التعبير بالمحال به ... غير مصيب، إذ المقصود هنا ما فى يد المحال عليه أو فى ذمته من العين والدين كما هو ظاهر. أما أن المحال له أحق من سائر الغرماء فى ذلك، فلم يظهر لى وجهه، مع أن عامة كتب المذهب قد صرحت بأن المحال له أسوه للغرماء، لأن العين التى للمحيل فى يد المحال عليه والدين له فى ذمته لم يصر مملوكاً للمحتال بعقد الحوالة، لا يدا وهو ظاهر، ولا رقبة لأن الحوالة ما وضعت للتمليك بل للنقل، فيكون بين الغرماء بالأسوة، أما المرتهن فملك المرهون يداً وحبسا، فيثبت له نوع اختصاص بالمرهون شرعا لم يثبت لغيره، فلا يكون لغيره أن يشاركه فيه (درر). أما لو كانت الحوالة مطلقة، فالمحتال أسوة الغرماء عند الكل (رد محتار). والظاهر أن جمعية المجلة لم تخالفهم إلا فى الحوالة المقيدة فقط، ولعلها أخذت بقول زفر، فمان المحتال عنده أحق من سائر الغرماء، لأن الدين صار له بالحوالة كالمرتهن بالرهن بعد موت الراهن (مجمع الأنهر)» (شرح المجلة للأستاذ سليم باز م٦٩٢ ص٣٧٩).

ولو أخذنا برأى زفر، يكون الدين المحال عليه رهنا فى الدين المحال به كما رأينا، فلا تنتقل ملكية الدين المحال عليه إلى الدائن كما تنتقل فى حوالة الحق بالمعنى المفهوم فى القوانين الغربية. ومن ثم لا تكون الحوالة فى رأى زفر، حتى بالنسبة إلى الدين المحال عليه، حوالة حق (انظر الأستاذ مصطفى الزرقا فى الحقوق المدنية جزء ٢ ص٣٠ فى الهامش – الأستاذ أميل تيان فى مقال له بمجلة كلية الحقوق ببيروت فى حوالة الدين وحوالة الحق فى الفقه الإسلامى علما وعملا – وقارن الأستاذ شفيق شحاته فى حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية ص٥٨ هامش رقم٣).

(٢) أو لم يستوف الدائن الدين لأى سبب آخر، كأن كان ثمن مبيع فاستحق أو كان وديعة فهلكت. ولكن الحوالة تبطل فى هذه الحالة، لأن الدين الذى قيدت به يعتبر سبباً لها، وقد انعدم فانعدمت.

(٣) ولو كان الدين الذى قيدت به الحوالة رهناً عند الدائن، وتوى عند المحال عليه، لسقط الدين المحال به بقدر ما توى من الرهن، لأن المرهون إذا هلك سقط من الدين ما يقابله.

هذه هى جملة أحكام حوالة الدين – المطلقة والمقيدة – فى المذهب الحنفى، أوجزناها متوخين إبراز المقومات الرئيسية لهذه الحوالة فى هذا المذهب. ويبقى أن نضيف إلى ما قدمناه أن التأمينات التى كانت تكفل الدين المحال به وهو فى ذمة المدين قبل الحوالة تنقضى بالحوالة عند أبى حنيفة وأبى يوسف، ولا تنتقل لتكفل الدين فى ذمة المحال عليه[1]. وننظر بعد ذلك فى تأصيل حوالة الدين فى المذهب الحنفى، أى فى التكييف القانونى الذى يساير المقومات

---

(١) أما عند محمد فتبقى التأمينات على حالها تكفل الدين الباقى فى ذمة المدين، وقد قدمنا أن الحوالة عند محمد لا تنقل الدين وإنما تنقل المطالبة وحدها. جاء فى فتح القدير: «فعند أبى يوسف ينتقل الدين والمطالبة، وعند محمد تنتقل المطالبة لا الدين. قال وفائدة هذا الخلاف تظهر فى مسألتين: إحداهما أن الرهن إذا أحال المرتهن بالدين، فله أن يسترد الرهن عند أبى يوسف كما لو أبرأه عنه، وعند محمد لا يسترده كما لو أجل الدين بعد الرهن...» (فتح القدير جزء ٥ ص٤٤٦). وجاء فى البحر الرائق: «لو أحال المشترى البائع بالثمن على رجل، لم يملك (البائع) حبس المبيع. وكذا لو أحال الراهن المرتهن، لا يحبس (المرتهن) الراهن. ولو أحال الزوج المرأة بصداقها، لم تحبس نفسها» (البحر الرائق ٦ ص٢٦٨ وما بعدها). وجاء فى الزيلعى: «ثم اختلفوا فى البراءة، فقال أبى يوسف يبرأ عن الدين والمطالبة، وقال محمد يبرأ عن المطالبة فقط ولا يبرأ عن الدين. وثمرة الخلاف تظهر فى موضعين: أحدهما ... والثانى أن الراهن إذا أحال المرتهن بالدين على إنسان، كان للراهن أن يسترد الرهن عند أبى يوسف كما لو أبرأه عن الدين، وعند محمد ليس له ذلك كما لو أجل الدين» (الزيلعى ٤ ص١٧١).

وكما أن التأمينات لا تنتقل لتكفل الدين فى ذمة المحال عليه عند أبى حنيفة وأبى يوسف، كذلك نحسب أن الدفوع أيضاً لا تنتقل. فليس للمحال عليه أن يتمسك ضد الدائن بالدفوع التى كان المدين يتمسك بها ضد الدائن، بل ولا يجوز للمحال عليه أن يتمسك ضد الدائن بالدفوع المستمدة من علاقته هو بالمدين، وهذا ما لم تكن الحوالة مقيدة وسقط الدين الذى تقيدت به أو هلكت الوديعة على النحو الذى قدمناه. فيعتبر التزام المحال عليه نحو الدائن التزاماً مجرداً، فلا يتأثر لا بالعلاقة القائمة بين المدين والدائن ولا بالعلاقة القائمة بينه وبين المدين، وإنما هى علاقة جديدة قامت بينه وبين الدائن مستقلة عن العلاقتين السالفتى الذكر. صحيح أن الدين الذى يقوم فى ذمة المحال عليه للدائن يشارك الدين الذى كان فى ذمة المدين الدائن فى صفته من حيث الحلول والتأجيل، وقد جاء فى المادة ٨٩٦ من مرشد الحيران: «يتحول الدين على المحتال عليه بصفته التى على المحيل. فإن كان الدين على المحيل حالا، تكون الحوالة به على المحتال عليه حالة، ويدفع المحتال عليه الدين المحتال به معجلا. وإن كان الدين على المحيل مؤجلا، تكون الحوالة به على المحتال عليه مؤجله، ولا يلزم بالدفع إلا عند حلول الأجل. فلو مات المحيل بقى الأجل، وإن مات المحتال عليه صار الدين حالا ويؤدى من التركة إن كان بها ما يفى بأدائه، وإلا رجع المحتال بالدين أو بما بقى له منه على المحيل ليؤديه عند حلول الأجل». ولكن هذا لا يفيد أن المحال عليه يتمسك بالدفوع التى كان يتمسك بها المدين. للمحال عليه طبعاً أن يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة ذاته إذ هو طرف فيه، فإذا كان هذا العقد باطلا جاز له أن يتمسك ببطلانه. وله أيضاً أن يتمسك بالدفوع التى يستمدها من علاقته هو بالدائن، فله أن يتمسك باتحاد ذمته مع الدائن، وأن يتمسك بالمقاصة بينه وبين الدائن. أما أن يتمسك بالمقاصة بين الدائن والمدين، فإن جاز له ذلك فإنما يحمل على أنه يتمسك بدفع مستمد من عقد=

الرئيسية السالفة الذكر. ونبادر إلى القول إن هذا التكييف لا يختلف باختلاف ما إذا كانت الحوالة مطلقة أو مقيدة. وسنراه في المذاهب الثلاثة الأخرى يختلف في الحوالة المطلقة عنه في الحوالة المقيدة، وهذا يؤكد ما سبق أن قررناه من أن التمييز بين الحوالة المطلقة والحوالة المقيدة قد تزيد أهميته في المذاهب الثلاثة الأخرى عنها في المذهب الحنفي. وإنما يختلف التكييف في المذهب الحنفي باختلاف ما اعتبر انتقاله بالحوالة إلى المحال عليه، هل هو الدين والمطالبة معاً، أو المطالبة وحدها، أو أن المحال عليه لم ينتقل إليه بالحوالة لا الدين ولا المطالبة.

(١) أما عند زفر، حيث لا ينتقل الدين ولا المطالبة في ذمة المدين إلى ذمة المحال عليه، بل تضم ذمة المحال عليه إلى ذمة المدين في المطالبة، فالأمر واضح، ولا تعدو حوالة الدين أن تكون كفالة محضة كما قدمنا. فإذا حول المدين دينه حوالة مطلقة، كان معنى هذا عند زفر أنه اتخذ من المحال عليه كفيلا عاديا له، وبقيت ذمته هو مشغوله بالدين كما كانت. ويكون للدائن أن يرجع إما على المحال عليه وإما على المدين كما يشاء، شأنه في ذلك شأن الدائن في الكفالة يرجع إما على الكفيل وإما على المدين. وإذا كانت الحوالة مقيدة، بقي المحال عليه عند زفر كفيلا للمدين، وأضيف إلى ذلك أن الدين الذي تقيدت به الحوالة يصبح مرهوناً في الدين المحال به، فيكون المدين قد قدم للدائن ضمانين: كفيلا ورهنا.

(٢) وأما عند أبي حنيفة وأبي يوسف، حيث تنتقل المطالبة والدين من ذمة المدين إلى ذمة المحال عليه، فهذا قول ينبغي ألا يؤخذ على علاته. والصحيح أن الدين الأصلي قد انقضى، ومما يقطع في انقضائه انقضاء التأمينات التي كانت تكفله. وحل محل الدين الأصلي دين جديد في ذمة المحال عليه، لا تنتقل إليه تأمينات الدين الأصلي كما قدمنا. وتكون حوالة الدين، مطلقة كانت أو مقيدة، عند أبي حنيفة وأبي يوسف، ليست إلا تجديداً بتغيير المدين، فقد استبدل المحال عليه بالمدين الأصلي[1]. فإذا توى الدين عند المحال عليه، فسخ التجديد، وعاد الدين إلى ذمة المدين الأصلي[2].

=الحوالة. ذلك أنه إذا كان الدين المحال به قد انقضى بالمقاصة بين الدائن والمدين قبل الحوالة، فالحوالة باطلة، لأن من شروط انعقادها أن يكون هناك دين قائم في ذمة المدين للدائن، فتمسك المحال عليه بالمقاصة في هذه الحالة إنما هو تمسك ببطلان الحوالة (قارن الدكتور صبحي المحمصاني في النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية ٢ ص٣٥٥- انتقال الالتزام في القانون اللبناني ص٥٨).

(١) وفي الحوالة المقيدة تبرأ ذمة المحال عليه نحو المدين بقدر ما أدى من الدين للدائن.

(٢) ذلك أن المدين يضمن للدائن يسار المحال عليه، بحيث تنفسخ الحوالة إذا توى الدين عنده. وهذا بخلاف المذاهب الثلاثة الأخرى، فسنرى أن المدين لا يضمن يسار المحال عليه، إلا في مذهب =

(٣) أما عند محمد، حيث لا ينتقل الدين إلى ذمة المحال عليه وإنما تنتقل المطالبة وحدها، وحيث لا تنقضى التأمينات بل تبقى على حالها تكفل الدين الباقى فى ذمة المدين[١]، فان حوالة الدين، مطلقة كانت أو مقيدة، أقرب إلى أن تكون كفالة محورة. ووجه التحوير فيها أن الدائن يرجع على المحال عليه (الكفيل) أولا، لأن المطالبة انتقلت إليه ولم تبق عند المدين. فان توى الدين عند المحال عليه، يرجع الدائن على المدين الأصلى، إذ تعود المطالبة بالتوى إلى المدين لتنضم إلى المدين كما كانت. أما فى الكفالة العادية فالدائن بالخيار إن شاء طالب المدين الأصلى أولا وإن شاء طالب الكفيل[٢]، لأن المطالبة بقيت عند المدين وإنما ضمت فيها إلى ذمته ذمة الكفيل[٣].

(ب) وننتقل الآن، فى حوالة الدين، إلى المذاهب الثلاثة الأخرى، المالكية والشافعية والحنابلة. وهنا يجب أن نميز، منذ البداية، بين الحوالة المقيدة والحوالة المطلقة. وهذا تمييز جوهرى لا تصرح به نصوص هذه المذاهب، ويرجع ذلك فى الغالب إلى أن الفرق بين هاتين الحوالتين كبير إلى حد أن إحداهما – وهى الحوالة المطلقة – ليست بحوالة أصلا كما سنرى، فلا تستحق هذه التسمية حتى لا تكون نوعاً ثانياً إلى جانب الحوالة المقيدة. وهذا يعود بنا مرة أخرى إلى تأكيد أهمية هذا التمييز فى المذاهب الثلاثة.

ففى الحوالة المقيدة – أو الحوالة إطلاقاً لأن الحوالة المطلقة لا تدعى فى العادة حوالة فى المذاهب الثلاثة – يشترط أن يكون للمدين دين فى ذمة المحال عليه معادل فى الجنس ومساوٍ فى المقدار للدين المحال به، فيوفى المدين الدين الذى فى ذمته للدائن بالدين الذى له فى ذمة

=مالك حيث يعتبر المدين قد غر الدائن إذا كان المحال عليه مفلساً وقت الحوالة دون أن يعلم الدائن ذلك ويعلمه المدين.

(١) وقد قدمنا أن التأمينات، عند محمد، تبقى على حالها تكفل الدين الباقى فى ذمة المدين، خلافاً لأبى حنيفة ولأبى يوسف: فتح القدير٥ ص٤٤٦ – الزيلعى ٤ ص١٧١ – ويقضى المنطق، عند أبى حنيفة وأبى يوسف، بأن تعود التأمينات إذا فسخت الحوالة بالتوى وعاد الدين إلى ذمة المدين الأصلى، ولكن لا يوجد فى نصوص المذهب الحنفى نص صريح فى هذا المعنى.

(٢) بل إن الدائن فى الكفالة العادية يغلب أن يرجع أولا على الكفيل، لأنه يختار عادة لكفالة الدين من هو أكثر ملاءة من المدين الأصلى، فيكون الرجوع على الكفيل أيسر من الرجوع على المدين. وهذا الذى يقع فعلا فى الكفالة العادية يقع قانونا فى حوالة الدين. فالذى تتميز به حوالة الدين إذن هو أن المدين فى الحوالة يأمن رجوع الدائن عليه قبل رجوعه على الكفيل، فالحوالة من هذا الوجه أقرب إلى أن تكون ضماناً للمدين منها ضماناً للدائن.

(٢) أو لعل حوالة الدين، عند محمد، هى ضرب من الأنابة القاصرة (délégation imparfaite)، ينيب فيها المدين المحال عليه فى الوفاء بالدين عن طريق نقل المطالبة إليه، فيرجع الدائن (المناب) هنا أيضاً على المحال عليه (المناب لديه) أولا، فإن توى الدين عنده رجع على المدين (المنيب). ويستوى فى ذلك أن تكون الحوالة مطلقة أو مقيدة.

المحال عليه. ومن ثم وجب أن يكون الدين المحال به والدين الذى تقيدت به الحوالة متساويين، كما قدمنا، فى الصفة والمقدار[1]، فان اختلفا فى شئ من ذلك لم تصح الحوالة[2]. ويشترط لانعقاد الحوالة المقيدة في المذاهب الثلاثة رضاء كل من الدائن والمدين، أما رضاء المحال عليه فلا يشترط على الأرجح، لأن الدائن يستوفى الدين منه كما كان يستوفيه المدين فلا يتضرر المحال عليه بذلك. بل إن رضاء الدائن عند الحنابلة لا يشترط هو أيضاً إذا كان المحال عليه مليئاً، فيكفى إذن عندهم فى هذه الحالة إرادة المدين المنفردة. ومتى تمت الحوالة على هذا النحو، برئت ذمة المدين نحو الدائن، وبرئت ذمة المحال عليه نحو المدين، وصار المحال عليه مديناً للدائن. ولا تنتقل تأمينات الدين المحال به بل تنقضى[3]، مما يقطع فى أن هذا الدين قد انقضى، فليس هو الذى قام به فى ذمة

---

(١) وهذا لا يمنع من أن يكون ما على المدين للدائن أكثر أو أقل مما على المحال عليه للمدين، فان كان أكثر، جازت حوالة جزء منه يعادل فى المقدار ما على المحال عليه للمدين، وإن كان أقل، جازت حوالته على جزء مما على المحال عليه للمدين معادل له فى المقدار. جاء فى الشرح الصغير للدردير (جزء ٢ ص١٤٣): «وشرط لصحتها... تساوى الدينين، المحال به وعليه، قدراً وصفة. فلا تصح حوالة بعشرة على أكثر منها ولا أقل، ولا بعشرة محمدية على عشرة يزيدية ولا عكسه. فليس المراد بالتساوى أن يكون ما على المحل مثل ما على المحال عليه قدراً وصفة، لأنه يجوز أن يحيل بعشرة على عشرة من عشرين على غريمه، وأن يحيل بخمسة من عشرة على خمسة على غريمه».

(٢) وتصرح المالكية بأن الحوالة، فى حالة تساوى الدينين، هى «إحالة» الدين، وليست بيع الدين بالدين. قال ابن جزى: «والشرط الثانى أن يكون الدين المحال به مساوياً للمحال فيه فى الصفة والمقدار، فلا يجوز أن يكون أحدهما أقل أو أكثر، أو أدنى أو أعلى، لأنه يخرج عن الأحالة إلى البيع، فيدخله الدين بالدين» (القوانين الفقهية ص٣٢٧). أما عند الشافعية فالحوالة هى بيع دين بدين. جاء فى المهذب: «لا تجوز الحوالة إلا على دين يجوز بيعه.. لأن الحوالة بيع فى الحقيقة، لأن المحتال يبيع ماله فى ذمة المحيل بما له فى ذمة المحال عليه، والمحيل يبيع ماله فى ذمة المحال عليه بما عليه من الدين، فلا تجوز إلا فيما يجوز بيعه» (المهذب جزء أول ص٣٣٧).

(٣) جاء فى أسنى المطالب شرح روض الطالب (جزء ٣ ص٢٣٢): «لا يعتبر اتفاقهما فى الرهن ولا الضمان، بل لو أحاله بدين أو على دين به رهن أو ضامن، انفك الرهن وبرئ الضامن، لأن الحوالة كالقبض بدليل سقوط حبس المبيع والزوجة فيما إذا أحال المشترى بالثمن والزوج بالصداق. ويفارق المحتال الوارث فى نظيره من ذلك، لأن الوارث خليفة مورثه فيما يثبت له من الحقوق». وجاء فى حاشية الشرقاوى على شرح التحرير (جزء ٢ ص٢٦). «فلو كان فى أحد الدينين توثق برهن أو ضامن، لو يؤثر ولم ينتقل الدين بصفة التوثق. بل يسقط التوثق، لأن الحوالة كالقبض بدليل سقوط حبس المبيع والزوجة فيما إذا أحال المشترى بالثمن والزوج بالصداق». وجاء فى نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (جزء ٣ ص٣٩٤): «ان أطلق الحوالة ولم يتعرض لتعلق حقه بالرهن، فينبغى أن تصح وجهاً واحداً وينفك الرهن، كما إذا كان له به ضامن فأحال عليه به من له دين لا ضامن به صحت الحوالة وبرئ الضامن، لأنها معاوضة أو استيفاء وكل منهما يقتضى براءة الأصيل فكذلك يقتضى فك الرهن. فان شرط بقاء الرهن، فهو شرط فاسد تبطل به الحوالة إن قارنها».

المحال عليه للدائن. كذلك لا ينتقل إلى الدائن الحق الذى كان للمدين فى ذمة المحال عليه للأسباب الآتية: (١) لا تنتقل أيضاً تأمينات هذا الحق لتكفل الحق الذى قام للدائن فى ذمة المحال عليه[١]. (٢) لو كان حق المدين فى ذمة المحال عليه قد انتقل إلى الدائن، فقد كان ينبغى أن يكون للمحال عليه أن يدفع مطالبة الدائن بالدفوع التى كان يدفع بها مطالبة المدين، دون الدفوع المستمدة من علاقة المديونية ما بين المدين والدائن، ولكن فى بعض النصوص ما يصرح بعكس ذلك[٢]. (٣) ولو كان هذا الحق قد انتقل إلى الدائن، وكان المحال عليه معسراً وقت الحوالة أو أعسر بعد ذلك، فقد كان ينبغى أن يرجع الدائن على المدين بالضمان، ولكن الظاهر من النصوص أن المدين لا يضمن إعسار المحال عليه[٣]. ولو كان مقدراً لهذا الحق أن ينتقل إلى الدائن، ولكن لم يتمكن المدين من

---

(١) جاء فى الغرر البهية شرح البهجة الوردية (جزء ٣ ص١٤٤ وما بعدها): «لو أحاله على دين به رهن أو ضامن، انفك الرهن وبرئ الضامن، لأن الحوالة كالقبض». انظر أيضاً ما قدمناه من النصوص: أسنى المطالب شرح روض الطالب جزء ٣ ص٢٣٢ - حاشية الشرقاوى على شرح التحرير جزء ٢ ص٢٦- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج جزء ٣ ص٣٩٤.

(٢) أما أنه ليس للمحال عليه أن يدفع مطالبة الدائن بالدفوع التى كان يدفع بها مطالبة المدين ما لم يكن الدين الذى فى ذمته للمدين غير موجود أصلا. فقد جاء فى المهذب (جزء أول ص٣٣٨ ص٣٣٩): «وإن أحال البائع رجلا على المشترى بالألف، ثم رد المشترى المبيع بعيب، لم تبطل الحوالة وجهاً واحداً، لأنه تعلق بالحوالة حق غير المتعاقدين وهو الأجنبى المحتال فلم يجز إبطالها. وإن أحال البائع على المشترى رجلا بألف، ثم اتفقا على أن العبد كان حرا، فان كذبهما المحتال لم تبطل الحوالة... فان أقاما على ذلك بينه لم تسمع، لأنما كذبا البينة بدخولهما فى البيع. وإن صدقهما المحتال بطلت الحوالة، لأنه ثبتت الحرية وسقط الثمن فبطلت الحوالة» - وهناك خلاف فيما إذا كان يجوز للمحال عليه أن يدفع مطالبة الدائن بالدفوع المستمدة من علاقة المديونية ما بين الدائن والمدين، فقد جاء فى المهذب: «وإذا اشترى رجل من رجل شيئاً بألف وأحال المشترى البائع على رجل بالألف، ثم وجد بالمبيع عيباً فرده، فقد اختلف أصحابنا فيه فقال أبو على الطبرى لا تبطل الحوالة فيطالب البائع المحال عليه بالمال، ويرجع المشترى على البائع بالثمن، لأنه تصرف فى أحد عوضى البيع فلا يبطل بالرد بالعيب، كما لو اشترى عبداً بثوب وقبضه وباعه ثم وجد البائع بالثوب عيباً فرده. وقال أبو اسحق تبطل الحوالة.. فلا يجوز للبائع مطالبة المحال عليه، لأن الحوالة وقعت بالثمن، فإذا فسخ البيع خرج المحال به عن أن يكون ثمنا، فإذا خرج عن أن يكون ثمنا ولم يتعلق به حق غيرهما وجب أن تبطل الحوالة ... ويخالف هذا إذا اشترى عبداً وقبضه وباعه، لأن العبد تعلق به حق غير المتبايعين وهو المشترى الثانى فلم يمكن إبطاله، والحوالة لم يتعلق بها حق غيرها فوجب إبطالها» (المهذب جزء أول ص٣٣٨).

(٣) جاء فى القوانين الفقهية لابن جزى: «فإذا وقعت الإحالة، برئت ذمة المحيل من الدين الذى كان عليه للمحال، وانتقل إلى طلب المحال عليه. ولا رجوع للمحال على المحيل إن أفلس المحال عليه أو أنكر، إلا أن يكون المحيل قد غر المحال لكونه يعلم فلس المحال عليه أو بطلان حقه قبله ولم يعلم المحال بذلك. وقال الشافعى لا يرجع على المحيل، غره أو لم يغره» (القوانين الفقهية ص٣٢٧). وجاء فى =

نقله، كأن كان الحق ثمناً لمبيع استحق أو كان وديعة فهلكت، فقد كان ينبغى أن يعتبر الدائن غير مستوف لدينه أو أن الحق لم ينتقل إليه، فيبقى للدائن دينه فى ذمة المدين، ولكن هذا الحكم لا يظهر فى وضوح من النصوص.

ويستوقف النظر على كل حال أن الحوالة، فى المذاهب الثلاثة، لا تكون إلا حيث يكون المدين دائناً فى الوقت ذاته للمحال عليه بجنس ما عليه وبمقداره[1]. أليس من البديهى أن يقال فى هذه الحالة إن المدين إنما يوفى، عن طريق ما يسمى بالحوالة، الدين الذى عليه للدائن بالحق الذى له فى ذمة المحال عليه؟ فهو بدلا من أن يستوفى حقه من المحال عليه، ثم يوفى بهذا الحق الذى استوفاه الدين الذى عليه للدائن، يختصر هاتين العمليتين فى عملية واحدة، فيقضى الدين الذى عليه بالحق الذى له، دون أن يستوفى شيئاً من مدينه أو يوفى شيئاً لدائنه، بل يقتصر على أن يحيل دائنه على مدينه! هذا هو الظاهر الواضح. ولكن على أى أساس أجرى المدين كل ذلك؟ لا نرى أن المدين حول على مدينه الدين الذى فى ذمته للدائن، لأن تأمينات هذا الدين لا تنتقل بل تنقضى كما قدمنا. وإنما هو وفى لدائنه ما عليه من الدين من طريق التجديد بتغيير المدين، فانقضى الدين

=المهذب: «إذا أحال بالدين، انتقل الحق إلى المحال عليه وبرئت ذمة المحيل، لأن الحوالة إما أن تكون تحويل حق أو بيع حق، وأيهما كان وجب أن تبرأ به ذمة المحيل. وإن أحاله على ملئ فأفلس أو جحد الحق وحلفت عليه، لم يرجع إلى المحيل، لأنه انتقل حقه إلى مال يملك بيعه، فسقط حقه من الرجوع، كما لو أخذ بالدين سلعة ثم تلفت بعد القبض. وإن أحاله على رجل بشرط أنه ملئ فبان أنه معسر، فقد ذكر المزنى أنه لا خيار له، وأنكر أبو العباس هذا وقال له الخيار لأنه غره بالشرط فثبت له الخيار، كما لو باعه عبدا بشرط أنه كاتب ثم بان أنه ليس بكاتب. وقال عامة أصحابنا لا خيار له، لأن الإعسار نقص، فلو ثبت به الخيار لثبت من غير شرط كالعيب فى المبيع، ويخالف الكتابة فإن عدم الكتابة ليس بنقص وإنما هو عدم فضيلة، فاختلف الأمر فيه بين أن يشرط وبين ألا يشرط» (المهذب جزء أول ص٣٣٨). وجاء فى الأم للشافعى (جزء ٢ ص٢٠٣): «اخبرنا الربيع بن سليمان قال أخبرنا الشافعى إملاء قال: والقول عندنا والله تعالى أعلم ما قال مالك بن أنس أن الرجل إذا أحال على الرجل بحق له، ثم أفلس المحال عليه أو مات، لم يرجع المحال على المحيل أبدا». وجاء فى المغنى: «فإذا اجتمعت شروط الحوالة وصحت، برئت ذمة المحيل فى قول عامة الفقهاء... إذا ثبت أن الحق انتقل. فمتى رضي بها المحتال ولم يشترط اليسار، لم يعد الحق إلى المحيل أبداً، سواء أمكن استيفاء الحق أم تعذر لمطل أو فلس أو غير ذلك» (المغنى ٥ ص٥٨).

(١) بل إن الفقه المالكى يشترط فوق ذلك أن يكون الدين المحال به حالا، فإذا لم يكن حالا وجب على الأقل أن يكون الدين المحال عليه حالا وأن يقبضه المحال قبل التفرق، وفى هذا ما يبرز فى وضوح أن الحوالة ليست إلا وفاء دين بدين. جاء فى الشرح الكبير للدردير (جزء ٣ ص٢٢٦ وما بعدها): «شرط صحة الحوالة... حلول الدين المحال به، وهو الذى على المحيل لأنه إذا لم يكن حالا أدى إلى تعمير ذمة بذمة فيؤدى إلى بيع الدين بالدين... إلا أن يكون المحال عليه حالا ويقبضه قبل أن يتفرقا مثل الصرف فيجوز».

الأصلى، وحل محله دين جديد استبدل فيه بنفسه المحال عليه، ومن ثم لم تنتقل التأمينات إلى هذا الدين الجديد. ولا نرى أن المدين حول لدائنه الحق الذى له فى ذمة المحال عليه، لأن تأمينات هذا الحق لا تنتقل بل تنقضى كما قدمنا، وهذا إلى الأسباب الأخرى التى سبق ذكرها والتى تدعو إلى القول بأن هذا الحق لم ينتقل. وإنما هو استوفى من المحال عليه حقه هذا عن طريق التجديد بتغيير الدائن، فانقضى الحق الأصلى، وحل محله حق جديد استبدل فيه بنفسه الدائن، ومن ثم لم تنتقل التأمينات إلى هذا الحق الجديد. فهو باعتباره مديناً قد استبدل بنفسه مدينه، وهو باعتباره دائناً قد استبدل بنفسه دائنه. وخرج على هذا النحو عن المديونية والدائنية، فأسقط كلا من الدين والحق. وأنشأ التزاماً جديداً، إذ وضع مدينه مكانه تجاه دائنه، كما وضع دائنه مكانه تجاه مدينه، واستطاع بهذا أن يصل بين مدينه ودائنه، فيجعل الأول هو المدين للثانى فى هذا الالتزام الجديد[1].

فالحوالة المقيدة فى المذاهب الثلاثة هى إذن، فى نظرنا، وفاء دين بحق، عن طريق إسقاط كل من الدين والحق، وإنشاء التزام جديد يستوفى به المدين الحق ويفى بالدين. فتنتهى إلى تجديد بتغيير الدائن بالنسبة إلى استيفاء الحق، وإلى تجديد بتغيير المدين بالنسبة إلى الوفاء بالدين.

أما ما يمكن أن نسميه بالحوالة المطلقة فى المذاهب الثلاثة، حيث لا يكون للمدين دين فى ذمة المحال عليه، فهذه ليست حوالة أصلا، حتى بالاسم، فقد رأينا أن المذاهب الثلاثة لا تسميها حوالة. فإذا حول المدين دائنه على أجنبى غير مدين له، فهو إنما يجعل من هذا الأجنبى كفيلا له. فالحوالة هنا كفالة محضة لا تحوير فيها، أو هى حمالة كما تقول المالكية[2]. ولا بد من رضاء الدائن والمدين والمحال عليه جميعاً بهذه الحوالة. فإذا انعقدت ،

---

(١) ومما يؤيد أن الدين الذى قام فى ذمة المحال عليه للدائن ليس هو نفس الدين الذى كان فى ذمة المدين للدائن بل هو نظيره أى التزام جديد معادل له، ما جاء فى كشاف القناع بحل ألفاظ أبى شجاع (جزء ٢ ص٤٨): «وتبرأ بالحوالة الصحيحة ذمة المحيل عن دين المحتال، ويسقط دينه عن المحال عليه، ويلزم دين محتال محالا عليه أى يصير نظيره فى ذمته».

ويخلص من كل ذلك أن حوالة الدين فى الفقه الإسلامى تدخل فى منطقة الوفاء بالدين لا فى منطقة بيعه أو انتقاله. ويقول ابن القيم نقلا عن ابن تيمية فى هذا المعنى: «إن الحوالة من جنس إيفاء الحق لا من جنس البيع، فإن صاحب الحق إذا استوفى من الدين ماله كان هذا استيفاء، فإذا أحاله على غيره كان قد استوفى ذلك الدين عن الدين الذى فى ذمة المحيل ... ووفاء الدين ليس هو البيع الخاص وإن كان فيه شوب المعاوضة» (إعلام الموقعين ١ ص٣٤١).

(٢) يؤيد ذلك النصوص الآتية: جاء فى الخطاب (جزء ٥ ص٩١): «قال فى المدونة وإذا أحالك على من ليس قبله دين، فليست حوالة وهى حمالة». وجاء فى الخرشى (جزء ٦ ١٧): «ومن شروطها ثبوت دين للمحيل فى ذمة المحال عليه، وإلا كانت حمالة عند الجمهور». وجاء فى المهذب (جزء=

اعتبر المحال عليه كفيلا للمدين، وكان الدائن بالخيار إن شاء طالب المدين وإن شاء طالب المحال عليه، ولا يتعين أن يطالب المحال عليه أولاً كما يتعين ذلك فى المذهب الحنفى فيما دعوناه بالكفالة المحورة(١).

حوالة الحق: رأينا فى حوالة الدين أن المذهب الحنفى يتميز عن المذاهب الثلاثة الأخرى. أما هنا، فى حوالة الحق، فالمذهب المالكى هو الذى يتميز عن المذاهب الثلاثة الأخرى، الحنفية والشافعية والحنابلة.

أ) فنبدأ بالمذهب المالكى: والظاهر أن هذا المذهب يقر حوالة الحق فيما يسميه بهبة الدين وبيع الدين. ويشترط لانعقاد هبة الدين من غير المدين – وهى حوالة حق عن طريق التبرع – ما يشترط لانعقاد الهبة بوجه عام. فيشترط إذن القبض، ويتم بالإشهاد أو بتسليم سند الدين أو «ذكر الحق» كما يقول مالك(٢). ويشترط لانعقاد بيع الدين من غير المدين – وهو حوالة حق عن طريق المعاوضة – ما يشترط لانعقاد البيع بوجه عام. ويشترط إلى جانب ذلك شروط أخرى. منها إقرار من عليه الدين بحق الدائن، فلا يجوز بيع حق متنازع فيه. ومنها التعجيل بالثمن، يكون الدين المبيع غير طعام، وأن يكون الثمن من غير جنس المبيع، وأن يقع البيع لغير خصم المدين حتى لا يكون فى البيع إعنات للمدين بتمكين خصمه

=أول ص٣٣٧): «ولا تجوز الحوالة إلا على من له عليه دين، لأنابنيا أن الحوالة بيع ما فى الذمة بما فى الذمة، فإذا أحال على من لا دين له عليه كان بيع معدوم فلم تصح. ومن أصحابنا من قال تصح إذا رضى المحال عليه، لأنه تحمل دين يصح إذا كان عليه مثله فيصح وأن لم يكن عليه مثله كالضمان. فعلى هذا الطالب المحيل بتخليصه، كما يطالب الضامن المضمون عنه بتخليصه. فإن قضاه بإذنه رجع على المحيل، وإن قضاه بغير إذنه لم يرجع».

(١) ويخلص من ذلك أن الحوالة المطلقة فى المذاهب الثلاثة تختلف فى طبيعتها عن الحوالة المقيدة، فالأولى كفالة محضة، والثانية تجديد بتغيير المدين وتجديد بتغيير الدائن. أما فى المذهب الحنفى فالحوالة المطلقة لا تختلف فى طبيعتها عن الحوالة المقيدة، كلتاهما إما تجديد بتغيير المدين إذا قلنا بانتقال المطالبة والدين جميعاً، وإما كفالة محورة إذا قلنا بانتقال المطالبة وحدها دون المدين، وإما كفالة محضة إذا قلنا بعدم انتقال أى من الدين والمطالبة. وإنما تزيد الحوالة المقيدة على الحوالة المطلقة، فى المذهب الحنفى، بوجود دين فى ذمة المحال عليه للمدين يخصص لوفاء الدين المحال به على قول الأئمة الثلاثة، أو يكون مرهوناً فيه على قول زفر.

(٢) وقد جاء فى المدونة: «قلت أرأيت أن وهبت لرجل ديناً لى عليه كيف يكون قبضه، قال إذا قال قد قبلت جائز له، وهذا قبض لأن الدين عليه، وهذا قول مالك، وإذا قبل سقط. قلت فإن وهبت لرجل ديناً على رجل آخر، قال قال مالك إذا أشهد له، وجمع بينه وبين غريمه، ودفع إليه ذكر الحق، فهو قد قبض. قلت فإن لم يكن كتب عليه ذكر حق كيف يصنع، قال إذا أشهد له وأحاله عليه فهذا قبض فى قول مالك. قلت فإن كان الغريم غائباً، فوهب لرجل ماله على غريمه وأشهد له بذلك ودفع إليه ذكر الحق وأحاله عليه، أيكون هذا قبضاً فى قول مالك، قال نعم. قلت أرأيت الدين إذا كان =

منه[1]. ولا تنتقل التأمينات التى كانت للحق فى رهن أو كفالة، إلا بالشرط وباقرار الكفيل بالكفالة وإن كان لا يشترط رضاؤه بالحوالة[2].

ب) وننتقل الآن، فى حوالة الحق، إلى المذاهب الثلاثة الأخرى، الحنفية والشافعية والحنابلة. فهذه المذاهب جميعاً لا تقر حوالة الحق، ولا تجيز بيع الدين إلا ممن عليه الدين،

=على الرجل وهو بأفريقية وأنا بالفسطاط، فوهبت ذلك الدين الذى لى بأفريقية لرجل معى بالفسطاط، وأشهدت له، وقبل، أترى ذلك جائزاً، قال نعم. قلت لم أجزته فى قول مالك، قال لأن الديون هكذا تقبض، وليس هو شيئاً بعينه يقبض، إنما هو دين على رجل فقبضه أن يشهد له ويقبل الموهوب له الهبة» (المدونة الكبرى جزء ١٥ ص١٢٦ – ١٢٧).

(١) وقد جاء فى شرح التاودى للتحفة: «وإنما يجوز بيع الدين لغير من هو عليه، مع حضور المدين وإقراره وإن كان عليه بينة، لأنه قد يطعن فيها أو يدعى القضاء فيكون من شراء ما فيه خصومة وهو ممنوع على المشهور. وأجاز ابن القاسم فى سماع موسى بن معاوية شراء الدين على الغائب... مع تعجيل الثمن وإلا كان من بيع الدين بالدين، وكونه ليس طعام من يبيع فإن كان الدين طعام من يبيع لم يجز لما تقدم من منع بيع طعام المعاوضة قبل قبضه. وبيعه بغير جنس مرعى: فإن بيع بجنسه لم يجز، لأن الشأن فى الدين أن يباع بأقل فيكون سلفا بمنفعة. وسادس الشروط ألا يكون المشترى عدوا للمدين يقصد بالشراء إعناته، وإلا رد البيع وفسخ» (التاودى على التحفة ٢ ص٤٧).

ونرى من هذا النص إنه لا يشترط لجواز بيع الدين لغير من هو عليه رضاء المدين، ولكن يجب مع توافر الشروط الآتية: (١) ألا يكون الدين حقاً متنازعاً فيه، لأن شراء ما فيه خصومة ممنوع. (٢) ألا يكون الدين طعاماً فى ذمة المدين، لأن بيع الطعام قبل قبضه ممنوع. (٣) ألا يكون الثمن من جنس الدين، إذ المشترى يشترى الدين المؤجل عادة بأقل من قيمته فيكون سلفاً بمنفعة ويداخله الربا. (٤) أن يعجل الثمن، وإلا كان من بيع للدين بالدين وهذا غير جائز. (٥) ألا يكون المشترى خصما للمدين، وإلا كان فى هذا إعنات للمدين بتسليط خصمه عليه. (انظر فى ذلك أيضاً المدونة الكبرى ٩ ص١٢٨ – ص١٣٠). ويبدو أن بيع الدين من غير المدين فى المذهب المالكى، بالشروط المتقدمة الذكر، أقرب إلى أن يكون وفاء مع الحلول أو وفاء للدين بمقابل صادراً من غير المدين. فالأجنبى يتقدم إلى الدائن ويوفيه دينه أو يوفيه مقابلا من غير جنس الدين، ويرجع بالدين على المدين. ولو كان هذا بيعاً لأمكن تأجيل الثمن، فمن المسلم أن البيع يجوز تأجيل الثمن فيه، ولأمكن الأجنبى، بدلا من الوفاء بالدين أو بمقابل الدين فى الحال، وهذا هو التعجيل بالثمن، أن يبقيه ديناً فى ذمته. ولكن المقطوع به فى مذهب مالك أنه لا يجوز بيع الدين من غير المدين بثمن مؤجل.

(٢) وقد جاء فى شرح التاودى للتحفة: «وإذا بيع الدين أو وهب أو تصدق به، وكان فيه رهن أو حميل، لم يدخل واحد منهما إلا بالشرط، مع حضور الحميل وإقراره بالحمالة، وإن لم يرض بالتحمل لمن ملكه. (تنبيه) من بيع الدين المسألة الملقبة عند العامة بقلب الرهن، وهى أن يكون بيد الإنسان رهن فى دين مؤجل، ويحتاج إلى دينه فيبيعه بما يباع به. ويحل المشترى للدين محل بائعه فى حوز الرهن، والمنفعة إن كانت المنفعة جعلت له، والبيع للرهن بالتفويض الذى جعل للبائع المرتهن، وغير ذلك. ويكتب فى ظهر وثيقة الدين أو فى طرتها. فإن سكتا عن الرهن يدخل، وإن اختلفا فى اشتراطه حلفا وفسخ. وحيث دخل فللراهن جعله تحت يد أمين إن لم تشترط منفعته أو اشترطت ولحقه ضرر، وألا فلا كلام له» (للتاودى على التحفة٢ ص٤٨).

لأن الدين غير مقدور التسليم إلا للمدين نفسه[1]. على أن في المذهب الحنفي حيلا تحقق كثيراً من الأغراض التي يراد الوصول إليها من وراء حوالة الحق[2].

ويخلص من كل ذلك أن الفقه الإسلامي لم يقر حوالة الدين بالمعنى المفهوم في الفقه الغربي في أي مذهب من مذاهبه. وقد أقر حوالة الحق بشروط معينة. في أحد مذاهبه، وهو مذهب مالك، دون المذاهب الأخرى. فلم يكن الفقه الإسلامي إذن بدعاً في تطوره كما قدمنا، ولم يقر حوالة الدين دون أن يقر حوالة الحق، بل هو قد سار على السنن المألوفة في التطور، إذ بدأ باقرار حوالة الحق بسبب الموت، ثم باقرار هذه الحوالة بين الأحياء ولكن في مذهب واحد من مذاهبه. ثم وقف تطوره عند ذلك، فلم يقر حوالة الحق بين الأحياء في المذاهب الأخرى، ولم يقر حوالة الدين أصلا لا بسبب الموت ولا بين الأحياء[3].

---

(١) والحنفية تجيز بيع الدين ممن عليه الدين: إما بثمن معجل، ويبدو أن هذا أقرب إلى أن يكون وفاء للدين بمقابل. وإما بثمن مؤجل، ويبدو أن هذا أقرب إلى أن يكون تجديداً بتغيير محل الدين.
أما الشافعية ففي أحد قولين في مذهبهم أنه يجوز بيع الدين من غير المدين، بشرط قبض الدين والثمن في المجلس. وهذا لا يعدو أن يكون بيعاً محضاً، عجل فيه الثمن وسلم المبيع. فالبائع تقدم إلى الدائن بسلعته، وباعها منه بثمن معادل للدين، ووكله الدائن (المشترى) في قبض هذا الدين. فقبض البائع الدين من المدين، واحتجزه ثمناً، وسلم المبيع إلى المشترى، وذلك كله في مجلس البيع.
وأما الحنابلة فلا يجيزون بيع الدين من غير المدين. ويجيزون بيعه من المدين بثمن معجل - وهذا وفاء بمقابل - لا بثمن مؤجل. غير ان ابن تيمية وتلميذه ابن القيم يذهبان إلى جواز بيع الدين بالدين ولو بثمن مؤجل (إعلام الموقعين١ ص٣٤٠- ص٣٤١)، ولا يمنعان إلا ابتداء الدين بالدين، أي أن يكون المبيع ديناً مؤجلا في الذمة ويكون الثمن كذلك ديناً مؤجلاً في الذمة، كبيع مقدار من القمح مؤجل التسليم في مبلغ من النقود مؤجل الدفع. وهذا يخرج عن منطقة بيع الدين بالدين.

(٢) فيحتال على حوالة الحق بأحد طريقين: (١) يوكل الدائن من يريد أن يحول له حقه في قبض هذا الحق من المدين ثم يهبه إياه، وهو الطريق الذي كان القانون الروماني يلجأ إليه. ولكن يستطيع الموكل، في هذه الحالة، عزل الوكيل قبل قبض الدين. (٢) يقر الدائن لمن يريد أن يحول له حقه بأن الحق له. وهذا الإقرار مقصور على العلاقة فيما بين المقر والمقر له، أما المدين فلا يطالب بالدفع للمقر له. ولذلك يصحب الإقرار توكيل من الدائن للمقر له بقبض الدين، أو يصدق المدين على الإقرار فيسري في حقه (انظر في ذلك الأستاذ شفيق شحاته في حوالة الحق في قوانين البلاد العربية ص٦٢- ص٦٤. أما ما يذكره الأستاذ شفيق شحاتة في ص٥٧- ص٦١ من المسائل التي يستدل بها على جواز حوالة الحق في الفقه الحنفي، فيبدو لنا أن التعامل فيها إنما يقع على حوالة الدين لا على حوالة الحق، فتجرى أحكام حوالة الدين على الوجه الذي أسلفناه في هذا المذهب، أو أن الحوالة في هذه المسائل إنما قصد بها التوكيل بقبض الدين وهذا مألوف في المذهب الحنفي كما قدمنا: انظر في هذا المعنى الأستاذ عيسوى أحمد عيسوى مجلة الأزهر ٢٧ ص١٠١٤ - ص١٠١٨ وص١١١٦ - ص١١٢٠).

(٣) انظر في الحوالة بوجه عام في الفقه الإسلامي في مذاهبه الأربعة: البدائع ٦ ص١٥- ص١٩- =

٢ – مقارنة الحوالة بالنظم القانونية التى تقرب منها

٢٤١ – النظم القانونية التى تقترب من الحوالة وتشتبه بها: وقبل أن نفصل أحكام الحوالة، حوالة الحق وحوالة الدين، نميزها عما يقرب منها فى النظم القانونية ويشتبه بها. فهناك غير الحوالة التجديد (novation) والإنابة فى الوفاء (délégation) والوفاء مع الحلول (paiement avec subrogation). فنقول كلمة موجزة فى التمييز بين هذه النظم ونظام الحوالة[1]، أما تفصيل هذه النظم فمكانه القسم الثالث من هذا الكتاب عند الكلام فى أسباب انقضاء الالتزام.

٢٤٢ – الحوالة والتجديد: سنرى أن الالتزام يتجدد، إما بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين وأجنبى على أن يكون هذا الأجنبى هو الدائن الجديد، وإما بتغيير المدين إذا اتفق الدائن مع أجنبى على أن يكون هذا الأجنبى مديناً مكان المدين الأصلى وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأصلى دون حاجة لرضائه، أو إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبى قبل أن يكون هو المدين الجديد، وإما بتغيير الدين إذا اتفق الدائن والمدين على أن يستبدلا بالالتزام الأصلى التزاماً جديداً يختلف عنه فى محله أو فى مصدره (انظر م٣٥٢ مدنى).

= فتح القدير ٥ ص٤٤٣ – ص٤٥٢ – الزيلعى ٤ ص١٧١ – ص١٧٥ – الفتاوى الهندية ٣ ص٢٩٥ – ص٣٠٦ – ابن عابدين ٤ ص٤٤٦ – ص٤٥٩ – بداية المجتهد ٢ ص٢٥٠ – ص٢٥٢ – الخرشى ٦ ص١٦ – ص٢١ – الحطاب ٥ ص ٩٠ – ص٩٦ – القوانين الفقهية لابن جزى ص٣٢٧ – المهذب١ ص٣٣٨ ص٣٣٩ – المغنى (الطبعة الثالثة) ٤ ص٥٢١ – ص٥٣٤.

والذى يخلص من كل ذلك أن حوالة الدين هى إما تجديد أو كفالة محورة أو كفالة محضة فى المذهب الحنفى، وهى تجديد للدين بتغيير المدين وبتغيير الدائن فى المذاهب الأخرى. فلم يسلم الفقه الإسلامى أصلا بانتقال الدين، لا فيما بين الأحياء ولا بسبب الموت، لا عن طريق الخلافة الخاصة ولا عن طريق الخلافة العامة. وإنما سلم بانتقال الحق بسبب الموت، عن طريق الخلافة العامة فى الميراث، وعن طريق الخلافة الخاصة فى الوصية بالدين. ولا يكاد يسلم بانتقال الحق فيما بين الأحياء إلا عن طريق الحيلة فى المذهب الحنفى، وإلا فى كثير من التردد فى مذهب مالك. ولا عجب فى ذلك، فهذا هو السير الطبيعى فى تطور الحالة. أما تسليمه بانتقال الحق بسبب الموت، فيبدو أن ذلك قد قام على فكرة الخلافة: خلافة الوارث للمورث وخلافة الموصى له للموصى. وهى خلافة لا تتحقق عنده إلا بالموت، فيختفى شخص السلف ويحل محله شخص الخلف.

(١) ويحسن التمييز أيضاً بين حوالة الحق والاشتراط لمصلحة الغير. فالمشترط لمصلحة الغير لا يحول للغير حقاً له، بل يشترط لمصلحته حقاً يلزم به المتعهد، فينشأ للغير حق مباشر يستمده من عقد الاشتراط ذاته دون أن ينتقل إليه من المشترط بطريق الحوالة. وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه إذا جعل شخص من شخص آخر مستحقاً لقيمة التأمين الذى تعاقد عليه مع شركة التأمين، فهذا اشتراط لمصلحة الغير اشترطه المؤمن له على الشركة لمصلحة المستحق لا يترتب حقاً للمستحق قبل المشترط أو ورثته من بعده بسبب إلغاء بوليصة التأمين لإمتناع المشترط عن دفع أقساطه، إلا إذا كان الاشتراط قد حصل مقابل حق للمستحق على المشترط. وليس هو حوالة من المشترط للمستحق تفيد بذاتها =

ويعنينا هنا من هذه الصور الثلاث الصورتان الأوليان: التجديد بتغيير الدائن ويقابل حوالة الحق، والتجديد بتغيير المدين ويقابل حوالة الدين.

فيتفق التجديد مع الحوالة في أن التجديد يتضمن كالحوالة إما تغييراً للدائن وإما تغييراً للمدين.

ولكن التجديد يختلف عن الحوالة في أن التجديد يقضي الالتزام الأصلي، وينشئ مكانه التزاماً جديداً يتغير فيه الدائن أو يتغير المدين. وهذا بخلاف الحوالة كما رأينا، فان الالتزام فيها ينتقل هو نفسه، بجميع مقوماته وخصائصه، من دائن إلى دائن آخر أو من مدين إلى مدين آخر. ففي الحوالة ينتقل الالتزام بضماناته وصفاته ودفوعه، أما في التجديد فيحل محل الالتزام الأصلي التزام جديد بضمانات وصفات ودفوع قد تختلف عن تلك التي كانت للالتزام الأصلي[1]. وقد نصت المادة ٣٥٦ مدني على أنه «١- يترتب على التجديد أن ينقضي الالتزام الأصلي بتوابعه، وأن ينشأ مكانه التزام جديد. ٢- ولا ينتقل إلى الالتزام الجديد التأمينات التي كانت تكفل تنفيذ الالتزام الأصلي إلا بنص في القانون، أو إلا إذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك». ثم تنص المادة ٣٥٨ مدني على أنه «لا ينتقل إلى الالتزام الجديد الكفالة، عينية كانت أو شخصية، ولا التضامن إلا إذا رضي بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون».

ونرى من ذلك أن الحوالة أفضل بكثير من التجديد، فهي تحتفظ بالالتزام ذاته دون تغيير فيه، ويبقى لهذا الالتزام ضماناته وصفاته ودفوعه لمصلحة كل من الدائن والمدين[2]. وقد ذهب التقنين المدني الألماني، بعد أن نظم كلا من حوالة الحق وحوالة الدين، إلى حد إلغاء التجديد بتاتا، سواء بتغيير الدين أو بتغيير الدائن أو بتغيير المدين، واستعاض عن التجديد بتغيير الدين الوفاء بمقابل، وعن التجديد بتغيير الدائن حوالة الحق، وعن التجديد بتغيير المدين حوالة الدين[3]. والواقع من الأمر أن التجديد لم يعد له، إلى جانب الحوالة،

=مدنية المشترط للمستحق بمقابل قيمتها (نقض مدني ٩ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٣٦ ص٢٩٧).

(١) هذا إلى أن التجديد بتغيير الدائن يقتضي في انعقاده رضاء المدين الأصلي، أما حوالة الحق فلا تقتضي في انعقادها رضاء المحال عليه. والتجديد بتغيير المدين يتم باتفاق المدين القديم والمدين الجديد والدائن، أما حوالة المدين فتتم باتفاق المدين القديم والمدين الجديد وحدهما، أما قبول الدائن فلازم في نفاذ الحوالة لا في انعقادها. وقد يتم التجديد بتغيير المدين عن طريق اتفاق المدين الجديد والدائن وحدهما، وتتفق حوالة الدين في ذلك مع التجديد.

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٤٣- دي باج ٣ فقرة ٣٧٢.

(٣) أما في تقنين الالتزامات السويسري: فقد بقي التجديد ولكن بآثار محدودة، ولم يخصص له هذا التقنين إلا مادة واحدة هي المادة ١١٦.

مكـان يذكـر، فان الحـوالة تطغى عليه ويؤثـرها الناس في تعاملهم. ولقد كـان للتـجديد مكان ملحوظ في التقنين المدني السابـق، لأن هـذا التقنين لم يكـن ينظم حوالـة الدين كما سبق القول، فكان التجديد بتغيير المدين يقوم إلى مدى محدود بمهمة هذا النوع من الحوالة. ولكن بعد أن نظم التقنين المدني الجديد حوالة الدين، لم يعد للتجديد دور محسوس في التعامل.

٢٤٣ - حوالة الدين والانابة في الوفاء: ويقابل حوالة الدين أيضاً الإنابة في الوفاء. وتتم الإنابة إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين (م١/٣٥٩ مدني). ويسمى المدين منيباً، والدائن مناباً لديه، والأجنبي مناباً.

فإذا كان المدين المنيب قد اتفق مع دائنه المناب لديه ومع الأجنبي المناب أن يتجدد الدين الذي في ذمته للدائن بدين جديد يكون في ذمة الأجنبي المناب للدائن المناب لديه، فان هذا يكون تجديداً بتغيير المدين (م١/٣٦٠ مدني)، وقد سبق أن ذكرنا الفرق بين هذا التجديد وحوالة الدين.

أما إذا لم يتفق المتعاقدون على التجديد، فان الالتزام الذي في ذمة المدين المنيب للدائن المناب لديه يبـقى كـمـا هو، ويضـاف إليـه التـزام جـديد ينشـأ في ذمـة المناب للمناب لديه (م٢/٣٦٠ مدني).

ونرى من ذلـك الفـرق مـا بين الإنابة في الوفاء في هذه الصـورة الثانيـة وحوالة الدين. ففي حوالة الدين ينتقل الدين ذاته إلى ذمة مدين آخر، وفي الإنابـة في الوفاء يبقى الدين القديم في ذمة المدين الأصلي وينشأ إلى جانبه دين جديـد في ذمة مدين آخر. وهذا الدين الجديد مستقل عن الدين القديم في مقوماته وخصائصه، حتى أنه لا يتأثر بدفوع الدين القديم[1].

٢٤٤ - حوالة الحق والوفاء مع الحلول: ويقرب الوفاء مع الحلول من حوالة الحق إلى حد كبير. فالوفاء مع الحلول هو أيضاً، كالحوالة، ينقل الالتزام من دائن إلى دائن آخر يحل محله، والالتزام الذي ينتقل هو الالتزام ذاته بجميع مقوماته وخصائصه من ضمانات وصفات ودفوع.

ولكن الوفاء مع الحلول هو وفاء للدين يقوم به غير المدين، فيحل من وفى الدين محل الدائن في نفس الالتزام الذي وفاه. أمـا حوالة الحق فـلا تتـضـمن معنى الوفاء، بل معنى المضـاربة إذا كانت بمقـابل، فـان الدائن ينقل الالتزام إلى دائن آخر في مقـابل مـال يأخذه

---

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٤٤ - دي باج٣ فقرة ٣٧٢.

عوضاً عن حقه، فهو يبيع الحق لا يستوفيه. وتتضمن حوالة الحق معنى التبرع إذا كانت بغير مقابل، فان الدائن ينقل الالتزام إلى دائن آخر من غير عوض، فهو يهب الحق لا يستوفيه. وعلى هذا الفرق الجوهرى تتركز الفروق الأخرى ما بين حوالة الحق والوفاء مع الحلول، من حيث قيام كل من الحوالة والحلول، ومن حيث الآثار التى تترتب على كل منهما.

فمن حيث قيام الحوالة والحلول، تقوم حوالة الحق على اتفاق ما بين الدائن الأصلى والدائن الجديد يحول بموجبه الأول للثانى الحق الذى له، وليس من الضرورى رضاء المدين بالحوالة ويكفى إعلانه بها لتكون نافذة فى حقه. أما الحلول فتارة يكون بحكم القانون إذا قام بالوفاء شخص غير المدين فى حالات معينة (أنظر المادة ٣٢٦ مدنى وسيأتى تفصيلها فى موضعه)، وطوراً يكون باتفاق بين الدائن الأصلى والدائن الجديد يستوفى بموجبه الأول حقه من الثانى ويحل محله فيه (م٣٢٧ مدنى)، أو باتفاق بين المدين والدائن الجديد يقترض بموجبه الأول مالا من الثانى يوفى به الدين ويحل المقرض محل الدائن الذى استوفى حقه، على أن يذكر فى عقد القرض أن المال المقترض قد خصص لوفاء الدين وفى المخالصة أن وفاء الدين كان من هذا المال المقترض (م٣٢٨ مدنى).

ومن حيث الآثار التى تترتب على كل من الحوالة والحلول، يرجع الدائن الجديد فى حوالة الحق على المدين بكل الحق، لأنه يكون إما قد اشتراه من الدائن القديم، أو وهب له منه. أما فى الوفاء مع الحلول، فلا يرجع الدائن الجديد إذا كان قد وفى الحق بأقل من قيمته إلا بمقدار ما وفى وليس بكل الحق، لأنه بعيد عن فكرة المضاربة، فلا يأخذ إلا مقدار ما أعطى[1].

وسنعود ببيان أوفى إلى المقارنة بين الوفاء مع الحلول وحوالة الحق[2]. وننتقل الآن، بعد هذه المقارنات العاجلة، إلى تفصيل أحكام الحوالة، بادئين بحوالة الحق، ونعقبها بحوالة الدين.

---

(١) انظر فى كل ذلك دى باج ٣ فقرة ٣٧٧.

(٢) انظر ما يلى فقرة ٤٠٦ – فقرة ٤٠٩.

الباب الأول

حوالة الحق(*)

(Cession de creance)

٢٤٥ - أطراف حوالة الحق: في حوالة الحق، يتفق الدائن مع أجنبي على أن يحول له حقه الذي في ذمة المدين، فيحل الأجنبي محل الدائن في هذا الحق نفسه بجميع مقوماته وخصائصه كما قدمنا.

ويسمى الدائن محيلا (cédant) لأنه يحيل الأجنبي بالحق الذي له على المدين.

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

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

٢٤٦ - الاغراض المختلفة لحوالة الحق: وحوالة الحق، وإن كانت صورتها واحدة لا تتغير، متنوعة الأغراض والمقاصد. فقد يقصد الدائن أن يبيع حقه من المحال له الدائن الجديد، وقد يقصد أنه يهبه إياه، أو يرهنه عنده، أو يوفي به ديناً عليه لهذا الدائن الجديد فتكون الحوالة وفاء بمقابل لهذا الدين. والعبرة بالإرادة الحقيقية للمحيل والمحال له، والتعرف على هذه الإرادة مسألة واقع تقدرها محكمة الموضوع دون تعقيب عليها من محكمة النقض(١).

(*) **مراجع:** أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ وفقرة ٣٥٩ مكررة - بودري وسينيا فقرة ٧٤٨ وما بعدها - بلانيول وريبير وردوان٧ فقرة ١١٠٥ وما بعدها - بيدان ودي لاجرسيه ١١ فقرة ٣٥٢ وما بعدها - دي باج ٣ فقرة ٣٧١ وما بعدها - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣٠٨ - فقرة ١٣١٠ وفقرة ١٦٩٦ - فقرة ١٧٤٠ - كولان وكابيتان ودي لامور انديير٢ فقرة ٦٢٢ - فقرة ٦٤١ - جوسران ٢ فقرة ٨٠٢ - فقرة ٨٢٦ - كامبيون (Campion) في علم الغير بحوالة الحق غير المعلنة رسالة من ليل سنة ١٩٠٩ - لاب (Lapp) بحث في حوالة العقد الملزم للجانبين إلى خلف خاص رسالة من ستراسبورج سنة ١٩٥٠ انسيكلوبيدي داللوز (Cession de Créance).

الأستاذ شفيق شحاته في حوالة الحق في قوانين البلاد العربية - الأستاذ عبد الحي حجازي ٣ ص٢٤١ - ص٢٦٧ - الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام ص٣١١ - ٣٢٢. الموجز للمؤلف ص٥٢٧ - ٥٤٨ - الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت ص٥٣٩ - ص٥٦٠.

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٠٧ ص٤٨٥ - أنسيكلوبيدي داللوز (Cession de Créance) فقرة ٧ - فقرة ٩ وفقرة ١٢ - وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت الحوالة بالحق حاصلة بقصد الوفاء للمحتال، فإنها تنقل إليها الملكية في الدين، ويكون للمحتال أن يباشر =

قد يقصد المحيل أن يبيع حقه من المحال له، وعند ذلك يتقاضى ثمناً لهذا الحق، ويكون عليه ضمان البائع. وفائدته من ذلك أن يكون فى حاجة عاجلة إلى المال، فيحصل عليه من المحال له ثمناً لحقه الذى لم يحل أجله. وقد يكون الحق قد حل أجله، ولكن قامت صعوبات عملية أمام المحيل للحصول على حقه من مدينه، فيحول هذا الحق للمحال له يكون هذا عادة أقدر على تقاضى الحق من المدين. أما فائدة المحال له من شراء الحق فهو ما يجنيه من الكسب، إذ هو لابد فى تقدير الثمن مستنزل فى القليل فوائد الحق إلى يوم حلوله، وقد يستنزل مقداراً أكبر إذا قدر أن هناك صعوبات عملية فى الحصول على الحق من المدين وأنه

=بموجبها التنفيذ ... ومتى استخلصت المحكمة استخلاصاً سائغاً من أوراق الدعوى وظروفها أن المقصود من الحوالة إنما كان استيفاء المحتال حقاً له قبل المحيل من الدين المحال بطريق التنفيذ بمقتضى عقد الحوالة الرسمى الذى أحله محل الدائن فى كل ماله من حقوق قبل المدين، فإن المجادلة فى ذلك لا تكون إلا مجادلة موضوعية (نقض مدنى ١٣ فبراير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٩٩ ص٣١٧).

وأياً كان الغرض من الحوالة، فهناك قواعد عامة تنطبق على كل حوالة، بيعاً كانت أو هبة أو رهناً أو وفاء بمقابل أو غير ذلك، كاتفاق المحيل مع المحال له على الحوالة وكيف تصير الحوالة نافذة فى حق المحال عليه وفى حق الغير. ثم ينفرد بعد ذلك كل عقد بالقواعد الخاصة به، فالبيع يقتضى الثمن والضمان، والهبة تقتضى نية التبرع، والوفاء بمقابل يقتضى وجود دين فى ذمة المحيل للمحال له يوفيه بالحوالة، والرهن يقتضى أيضاً وجود دين فى ذمة المحيل للمحال له يرهن فيه المحيل حقه عن طريق الحوالة. والأهلية اللازمة للحوالة هى الأهلية اللازمة للعقد الذى تنطوى عليه فقد تكون أهلية التصرف أو أهلية التبرع بحسب الأحوال (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٠٧ ص٤٨٥ – الأستاذ شفيق شحاتة فى حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية ص١٧).

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى: «وإذا كان الغالب فى هذه الحوالة أن تتم فى مقابل مبلغ من المال يؤدى بوصفه ثمناً، وأن تتوافر فيه مقومات البيع من هذا الوجه، إلا أنها قد تنعقد أحيانا للاعتياض فتكون وفاء بمقابل، وقد ينتفى فيها المقابل فتكون هبة. وقد يقع أن يقصد منها إلى مجرد إنشاء تأمين خاص، وفى هذه الحالة تنشئ للمحال رهناً، ولا يترتب عليها نقل الملك فى الحق المحال به. ومرجع الحكم فى كل أولئك هو نية المتعاقدين. ويتفرع على هذا أن تعيين القواعد الواجب تطبيقها فى هذا الشأن يناط بطبيعة التصرف الذى يزمع عقده. وإذا كان من بين هذه القواعد ما يتعين تطبيقه فى جميع الأحوال دون تفريق، كما هو الشأن فيما يتعلق بالإجراءات الخاصة بنفاذ الحوالة فى حق الغير، فثمة قواعد أخرى يختلف حظها من التطبيق تبعاً لطبيعة المقصود، ومن ذلك مثلا قواعد الضمان وغنى عن البيان أن الطائفة الأولى من تلك القواعد ترتفع عن الخصوصيات على نحو يؤهلها لأن تشغل مكانا طبيعياً فى نطاق النظرية العامة للالتزام. ولهذه العلة اقتصر المشروع فى هذا المقام على الوقوف لدى الأحكام الخاصة بانتقال الالتزام فى ذاته (انظر المادة ٤١٣ من التقنين الألمانى والمادة ١٠٧٨ من التقنين البرازيلى) دون أن يعتد فى ذلك بسبب الانتقال أو ترتيب الحق، بيعاً كان أو هبة أو مقايضة أو شركة أو رهناً» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص١٠٩– ص١١٠).

سيتجشم جهداً ومالا ووقتاً قبل أن يصل الحق إليه. فالمحال له يكون عادة فى حالة البيع مدفوعا بفكرة المضاربة (spéculation)، يستهدف بعض المخاطر سعياً وراء الربح والكسب.

وقد يقصد المحيل أن يهب الحق له، وتختلف هذه الحالة عن سابقتها كل الاختلاف. فالمحيل مسوق بنية التبرع، لم تدفعه حاجة إلى المال، ولم يحفزه على النزول عن حقه صعوبات فى الحصول عليه. وكذلك لا يكون المحال مطويا على فكرة المضاربة، فهو يتلقى تبرعاً لا يدفع فيه ثمنا.

وقد يقصد المحيل أن يرهن الحق عند المحال له[1]، فقد يكون فى حاجة إلى المال وحقه فى ذمة مدينه لم يحل أجله ولا يريد بيعه، فيعمد إلى اقتراض حاجته من المحال له راهناً عنده حقه. فإذا حل أجل القرض، فأما أن يكون المحيل مستطيعاً رده للمحال له فيفك الرهن عن حقه المرهون[2]، وإما ألا يكون مستطيعاً رد القرض فينفذ المحال له على الحق المرهون وفقا للأحكام المقررة فى رهن الدين[3] (م١١٢٣- ١١٢٩ مدنى). بل تجوز حوالة حق واحد مرتين، الأولى على سبيل الرهن والأخرى على سبيل البيع، فيكون حق المحال له المشترى فى الحولة الثانية خاضعاً لحق المحال له المرتهن فى الحوالة الأولى[4].

وقد يكون على المحيل للمحال له دين سابق أو لاحق للحق الذى له فى ذمة مدينه، ويحل أجل هذا الدين. فلا يجد المحيل أمامه طريقاً للوفاء بدينه للمحال له خيراً من أن ينزل له عن حقه فى مقابل هذا الدين، ويرضى المحال له بالحوالة، فيكون قد استوفى

---

(١) استئناف مصر ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٢٦٤ ص٥٤٤- استئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م٤٦ ص٧٩- ١٦ مايو سنة ١٩٤٠ م٥٢ ص٢٧٠).

(٢) استئناف مختلط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م٣٣ ص١١٢.

(٣) وعلى المحال له المرهن أن يجدد قيد الرهن الضامن للحق محل الحوالة حتى قبل أن تصبح الحوالة نافذة فى حق الغير (استئناف مختلط ١٧ يونيه سنة ١٩٢٠ م٣٢ ص٣٥٨). أما إذا استوفى المحال له حقه الذى ارتهن فيه الحق محل الحوالة، فالتزام تجديد القيد يقع على المحيل بعد ذلك (استئناف مختلط ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٧ م٣٩ ص٢٧٠). ويعود للمحيل بوجه عام الصفة الكاملة فى أن يتخذ أى إجراء بشأن الحق (استئناف مختلط نفس الحكم السابق). وللمحال له المرتهن أن يستوفى كل الحق محل الحوالة ولو زاد على حقه المضمون بالرهن، ثم يرد الزيادة إلى المحيل الراهن (استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩٣٦ م٤٨ ص٢٨١). ولا يجوز للمحال له المرتهن أن يحول الحق محل الحوالة إلى محال له ثان بأقل من قيمته دون رضاء المحيل الراهن (استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٩٤٠ م٥٢ ص٢٧٠).

(٤) استئناف مختلط ٢٣ يناير سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٢٢٣.

حقـه فى ذمة المحيل بحق المحيل فى ذمة المحال عليه. وهذا هو الوفاء بمقابـــل(١).

٢٤٧- أركـان حوالة الحق والآثار التى تترتب عليهـا: ونبـحث فى حـوالة الحق فى فصلين متعاقبين: (أولا) أركان الحوالة - (ثانيا) الآثار التى تترتب عليها.

---

(١) استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ١٨٩٠ م٢ ص٣٢٧- ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م٢٧ ص٣٣١- أول أبريل سنة ١٩٣٧ م٤٩ ص١٧٨ - ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٩ م٥١ ص٢٨٩.

هذا وقد يقصد بالحوالة أغراض أخرى: فقد تكون الحوالة مقايضة، فيحول المحال له إلى المحيل حقاً فى مقابل الحق الذى حول له (هيك ١ فقرة ٢٦٦). وقد تكون الحوالة قرضاً، فيقبض المحال له الحق من المحال عليه على أن يرد مثله إلى المحال له فى الأجل المضروب. وقد تكون الحوالة شركة، فيدفع المحيل حصته فى الشركة الحق الذى حوله لها. وقد تكون الحوالة وكالة بالقبض بقصد التحصيل، فيكون المحال له وكيلا عن المحيل فى تحصيل الحق محل الحوالة، وتقديم حساب عنه للمحيل (نقض مدنى ٢٢ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٥ ص٣٧٥). فإذا كان سند الدين محرراً لأمر وإذن الدائن، وحوله هذا تحويلا لم يذكر فيه تاريخه ولا أن القيمة وصلت، كان تحويلا ناقصاً لا يوجب انتقال الملكية للمحال له، بل يعتبر توكيلا فى قبض السند عملا بالمادة ١٣٥ تجارى، فيجوز أن توجه للمحال له جميع الدفوع التى يجوز التمسك بها قبل المحيل: استئناف وطنى ٨ مارس سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ٩ رقم ١٢٥ ص٢٩٣- ٦ ديسمبر سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٣٨ ص٧٨- ١٥ يناير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٦٧ ص١٢٣- طنطا ٤ مارس سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٢٧٧ ص٣٥٢- مصر ١٨ مايو سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٥ رقم ٥١ ص١٠٦ العطارين ٥ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٣ رقم ٢٢٢ ص٤٤٦- وقضى بأن اشتراط ذكر عبارة «القيمة وصلت» فى التحويل ليكون تاما إنما محله السندات التجارية: بنى مزار ٢٥ مايو سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ١٨٨ ص٥١٢. وإذا اعتبر التحويل الحاصل من الدائن توكيلا فقط لعدم النص على وصول القيمة، فان هذا لا يمنع المحال له من رفع الدعوى باسمه الشخصى على المحال عليه وتقاضى الدين باسمه خاصة، وكل ما للمدين فى هذه الحالة هو أن يدفع قبل المحال له بالدفوع التى له قبل المحيل (طنطا ١٦ فبراير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٩٣ ص١٨٢).

وعدم ذكر ثمن للحوالة لا يجعلها باطلة، فقد تكون هبة أو رهنا أو وفاء بمقابل أو غير ذلك، وتعتبر فى أقل تقدير وكالة بالقبض لتحصيل الحق محل الحوالة (استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٩٠٥ م١٧ ص٢٩٣- ١٤ يونيه سنة ١٩٣٨ م٥٠ ص٣٦٣- ٦ نوفمبر سنة ١٩٤١ م٥٤ ص٦- ١٢ مايو سنة ١٩٤٩ م٦١ ص١٢٢). ولكن إذا كانت الحوالة ضماناً لاعتماد يفتح فى مصرف، وجب أن يذكر مقدار هذا الاعتماد حتى تكون الحوالة صحيحة، لأن المحال له ليس له فى الحوالة إلا هذا المقدار (استئناف مختلط ١٠ يونيه سنة ١٩٠٣ م١٥ ص٣٤٤).

الفصل الأول
أركان حوالة الحق

٢٤٨ – أركان حوالة الحق هى أركان الاتفاق بوجه عام: حوالة الحق هى، كما قدمنا، اتفاق بين المحيل والمحال له على تحويل حق المحيل الذى فى ذمة المحال عليه إلى المحال له(1). فأركان هذه الحوالة هى أركان أى اتفاق (convention) يتم بين طرفين، وأركان الاتفاق هى نفس أركان العقد.

ومن ثم تكون أركان حوالة الحق هى التراضى والمحل والسبب. ولابد أن يصدر الرضاء من ذى أهلية له حسب العقد الذى تنطوى عليه الحوالة من بيع أو هبة أو رهن أو وفاء بمقابل أو غير ذلك، وأن يكون خالياً من عيوب الإرادة من غلط وتدليس وإكراه واستغلال(١). كذلك يجب أن تتوافر فى المحل شرائطه العامة، ومحل حوالة الحق هو الحق الذى فى ذمة المحال عليه للمحيل، وهناك شرائط خاصة بهذا المحل هى التى سنعرض لها هنا. والسبب فى الحوالة هو الباعث الذى دفع المحيل والمحال له إلى إبرامها، أى الباعث الذى دفعهما إلى البيع أو الهبة أو الرهن أو الوفاء بمقابل أو غير ذلك من الأغراض المختلفة التى تحققها الحوالة(٢).

ونحيل فى كل ما قدمناه على القواعد العامة التى سبق بسطها فيما يتعلق بالعقد،

---

(١) ويعتبر غلطاً جوهرياً أن يكون الرهن الضامن للحق المحال به قد سقط دون أن يعلم المحال بسقوطه (استئناف مختلط ٧ أبريل سنة ١٩٣١ م٤٣ ص٣٣٣). ويعتبر تدليساً ألا يطلع المحامى موكله على المركز الصحيح لحقه فى قائمة التوزيع، ليحمله بذلك على أن يحول له هذا الحق (استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٣٩ م٥١ ص٢٣٣).

(٢) وتعتبر الحوالة فى القوانين الجرمانية مصدراً لالتزام مجرد.

(1) أ– حوالة الحق تمامها بمجرد التراضى طالما لم يمنع ذلك القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام م٣٠٣ من القانون المدنى. انعقاد الحوالة صحيحة. أثره. انتقال الحق المحال به – مدنيا أو تجاريا – من المحيل إلى المحال له بمجرد انعقادها.

(جلسة ١٩٩٥/٥/٢٨ الطعن ٢٢٥٢ لسنة ٥٨ق)

ب– حوالة الحق هى اتفاق بين المحيل وبين المحال له على تحويل حق الأول الذى فى ذمة المحال عليه إلى الثانى، ويتعين مراعاة القواعد العامة فى اثبات الحوالة لما كان ذلك وكان المطعون عليه الأول لم يقدم ما يفيد حوالة عقد الايجار من البائعة إليه، وكان البين من الانذار الموجه منه إلى الطاعنين – المستأجرين – أنه اقتصر على الاشارة إلى حلوله محل المؤجر والبائعة فى عقد الايجار بوصفه خلفا خاصا فان ذلك لا يكفى لاثبات حصول اتفاق بينه وبين البائعة للعقار المؤجر على تخويله حقها فى قبض الأجرة من الطاعنين.

(جلسة ١٩٧٧/٣/٣٠ الطعن رقم ٦٠١ لسنة ٤٣ق مجموعة احكام النقض السنة ٢٨ ص٨٧٧)

فحوالة الحق ليست إلا عقداً أو اتفاقاً[1]. ونكتفى هنا ببحث مسألتين: (١) محل الحوالة، وذلك لبحث الشرائط الخاصة بحوالة الحق التى سبقت الإشارة إليها. (٢) التراضى، وذلك لتعدد أطراف الحوالة فنرى ممن يصدر التراضى، ومتى تنعقد الحوالة، ومتى تنفذ فى حق المحال عليه وفى حق الغير.

الفرع الأول
محل الحوالة الحق

٢٤٩ - النصوص القانونية: تنص المادة ٣٠٣ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر، إلا إذا حال دون ذلك نص القانون أو أتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام. وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضاء المدين».

وتنص المادة ٣٠٤ على ما يأتى:

«لا تجوز حوالة الحق إلا بمقدار ما يكون منه قابلا للحجز[2].

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المادة ١/٣٤٩ و٢ وطنى والمادة ٤٣٥ مختلط[3].

---

(١) والحوالة اتفاق لأنها تنقل الالتزام، ولا تنشئة كالعقد. على أنه لا توجد أهمية عملية فى التمييز ما بين الاتفاق والعقد. وسنعود إلى هذه المسألة: أنظر ما يلى فقرة ٢٦٣.

(٢) **تاريخ النصوص:**

م٣٠٣: ورد هذا النص فى المادة ٤٢٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣١٥ فى المشروع النهائى. ثم وافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٠٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص١١١ وص١١٤).

م٣٠٤: ورد هذا النص فى المادة ٤٢٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، فيما عدا بعض اختلاف لفظى طفيف، عدل فى لجنة المراجعة، وأصبح رقم النص ٣١٦ فى المشروع النهائى. ثم وافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٠٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص١١٤ - ص١١٥).

(٣) **التقنين المدنى السابق:** م١/٣٤٩ و٢ وطنى (دكريتو ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠): لا تنتقل ملكية الديون والحقوق المبيعة ولا يعتبر بيعها صحيحاً إلا إذا رضى المدين بذلك بموجب كتابة. فإن لم توجد كتابة مشتملة على رضا المدين بالبيع، لا تقبل أوجه ثبوت عليه غير اليمين. =

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادتين ٣٠٣- ٣٠٤- وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٢٩٠- ٢٩١ - مدنى التقنين المدنى العراقى المادتين ٣٦٢ و٣٦٤ - وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادتين ٢٨٠- ٢٨١(١).

ويتبين من النصوص المتقدمة أن حوالة الحق محلها حق للدائن، فهذا الحق الشخصى هو الذى ينتقل بالحوالة من الدائن الأصلى إلى الدائن الجديد.

والأصل أن كل حق شخصى قابل للحوالة، ومع ذلك لا يكون قابلا لها فى بعض حالات استثنائية. فنستعرض الأصل، ثم نورد الاستثناءات.

١ - الأصل العام - الحق الشخصى قابل للحوالة

٢٥٠- كل حق شخصى قابل فى الاصل للحوالة: الحق الشخصى (créance) أياً كان محله، قابل فى الأصل للحوالة به من دائنه الأصلى إلى دائن جديد.

ويغلب فى حوالة الحق أن يكون محل هذا الحق مبلغاً من النقود. ولكن يجوز أن يكون

= م٤٣٥ مختلط: تنتقل ملكية الحق المبيع من البائع إلى المشترى بمجرد تراضيهما.

وسنعلق فى مكان آخر على نصوص التقنين المدنى السابق فيما يتعلق برضاء المدين.

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى: م٣٠٣- ٣٠٤ (مطابقتان للمادتين ٣٠٣- ٣٠٤ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى الليبى: م٢٩٠ - ٢٩١ (مطابقتان للمادتين ٣٠٣- ٣٠٤ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى العراقى: م٣٦٢ و٣٦٤ (مطابقتان للمادتين ٣٠٣- ٣٠٤ من التقنين المدنى المصرى).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى: م٢٨٠: يجوز للدائن أن يتفرغ لشخص آخر عن دين له، إلا إذا كان هذا التفرغ ممنوعاً بمقتضى القانون أو بمقتضى مشيئة المتعاقدين أو لكون الموجب شخصياً محضاً وموضوعاً بين شخصين معينين على وجه لا يقبل التغيير.

م٢٨١: ويجوز التفرغ عن حقوق معلقة بظرف ما وإن تكن استقبالية محضة. ويصح التفرغ عن حق متنازع عليه أقيمت دعوى الأساس فى شأنه، بشرط أن يرضى المديون الذى تفرغ الدائن عن دينه. وتبقى مفاعيل هذا التفرغ خاضعة من حيث الصلاحية لأحكام المادة الثالثة من القانون الصادر فى ١٧ شباط سنة ١٩٢٨. على أنه لا يمكن التملص من المتفرغ له حين يكون لديه سبب مشروع فى إحرازه الحقوق المتنازع عليها، كأن يكون وارثاً مع المتفرغ أو شريكاً له فى ملك أو دائناً له.

وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المدنى المصرى. وفيما يتعلق ببيع الحقوق المتنازع عليها الذى وردت أحكامه فى الفقرة الثانية من المادة ٢٨١ لبنانى انظر المادتين ٤٦٩- ٤٧٠ مصرى، وهى مسألة تخرج عن نطاق البحث. انظر فى التقنين اللبنانى الدكتور صبحى المحمصانى فى انتقال الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص١٩ - ص٢٥.

محل الحق أشياء مثلية غير النقود[1]. بل ويجوز أن يكون محل الحق عيناً معينة بالذات، بشرط أن يكون الحق شخصياً لا عينياً[2]. مثل ذلك الوعد ببيع دار، يجعل للموعود له حقاً شخصياً قبل الواعد متعلقا بهذه الدار، فيجوز للموعود له أن ينزل عن هذا الحق لشخص آخر[3](1).

كذلك يجوز أن يكون محل الحق عملا أو امتناعاً عن عمل[4](2). فيجوز للمستأجر،

---

(١) وذلك كسند تعهد موقعه بموجبه أن يورد قطناً لشونة الدائن، فيجوز للدائن حوالة هذا السند (استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٩١٦ م٢٨ ص٣٢٠).

(٢) أما التنازل عن الحقوق العينية فتخضع لإجراءات الشهر والتسجيل إذا كانت عقارية، لا لأجراءات الحوالة (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٩ وهامش رقم ١٢- بودرى وسينيا فقرة ٧٥٥- دى باج ٣ فقرة ٣٨١).

(٣) أنسيكلوبيدى داللوز Cession de créance فقرة ٥٩ وما بعدها - والمشترى لمحصول مستقبل دائن قبل ظهور المحصول، فإذا نزل عن حقه الشخصى اتبعت قواعد حوالة الحق. أما بعد ظهور المحصول، فإن حق المشترى يصبح حقاً عينياً، إذ تنتقل ملكية المحصول للمشترى ولو قبل أن يتسلمه، فإذا نزل عن حقه لشخص آخر اتبعت إجراءات نقل الحقوق العينية لا إجراءات الحوالة (قارن بلانيول وريبير وردوان ٧ ص٤٨٩ هامش رقم ٣).

ويجوز فى البيع غير المسجل لعقار معين بالذات أن يحول المشترى حقه الشخصى وفقاً لإجراءات الحوالة لا لإجراءات التسجيل، لأن البيع غير المسجل يقتصر على إنشاء حقوق شخصية، فتكون قابلة للحوالة (نقض مدنى ٣ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٧٦ ص٥٩٤).

(٤) لوران ٢٤ فقرة ٤٨٠- هيك ١ فقرة ٣١٢ - جيللوار ٢ فقرة ٧٦٢- بودرى وسينيا فقرة ٧٥٤ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١١٢- عكس ذلك أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٥٩.

(1) إذا كان الثابت فى الدعوى أن ... وعد بشراء قطعة الأرض الواردة بالاتفاق المؤرخ ... وبالسعر المحدد به، كما وعدت الشركة المطعون عليها بأن تبيعه هذه القطعة بذات السعر، فان هذا الوعد المتبادل بالبيع من جانب الشركة والشراء من جانبه ... هو بيع تام ملزم للطرفين، تترتب على كل الآثار التى تترتب على البيع، ولا يؤثر عليه ارجاء التحديد النهائى لمساحة المبيع، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر الاتفاق المؤرخ .. عقد بيع كامل الأركان، ويرتب على تنازل المشترى عن حقوقه فى هذا العقد إلى الطاعنين وقبولهما الحلول فيه، ثم قبول الشركة المطعون عليها انتقال والتزامات المشترى الأول إليهما اعتبارهما مشتريين فانه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه.

(جلسة ١٩٧٢/٢/٢٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ ص١٠١٠)

(2) حق استغلال المصنف ماليا هو للمؤلف وحده، ولا يجوز لغيره مباشرة هذا الحق دون اذن سابق منه أو ممن يخلفه، وللمؤلف وحده أن ينقل إلى الغير الحق فى مباشرة حقوق الاستغلال المقررة له كلها أو بعضها وأن يحدد فى هذه الحالة مدة استغلال الغير لما تلقاه منه من هذه الحقوق، ومقتضى ذلك أن المؤلف حر فى أن يجيز لمن يشاء نشر مؤلفه وأن يمنعه عمن يشاء وفى أن يسكت على الاعتداء على حقه إذا وقع من شخص، ولا يسكت عليه إذا تكرر من نفس المعتدى أو وقع من غيره.

(جلسة ١٩٦٤/٧/٧ الطعن رقم ١٣ لسنة ٢٩ ق مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ ص٩٢٠).

وهو دائن للمؤجر بتمكينه من الانتفاع بالعين المؤجرة، أن ينزل عن حقه إلى شخص آخر، وهذا هو التنازل عن الإيجار نظمه التقنين المدنى فى المواد ٥٩٣ – ٥٩٥ و٥٩٧(١). ويجوز لمشترى المتجر، إذا اشترط على بائعه عدم المنافسة وهذا التزام بامتناع عن عمل، أن ينزل عن المتجر الذى اشتراه لشخص آخر، ويعتبر أنه قد نزل له فى الوقت ذاته عن حقه الشخصى قبل البائع بعدم المنافسة. وإذا اشترط مالك العقار على جاره قيوداً فى البناء، كمنعه من مجاوزة حد معين فى الارتفاع بالبناء أو فى مساحة رقعته، وكانت القيود حقوقاً شخصية، وليست حقوق ارتفاق وفقاً للمادة ١٠١٨ مدنى، فان هذه القيود تكون التزامات بالامتناع عن عمل، ويجوز لمالك العقار عند نزوله عن عقاره لشخص آخر أن ينزل له عنها مع العقار، بل هى تنتقل حتما معه وفقاً لقواعد الخلافة الخاصة (م١٤٦ مدنى).

ويستوى كذلك، فى القابلية للحوالة، أن يكون الحق مدنياً أو تجارياً، أو أن يكون الحق مدوناً فى سند مكتوب – حكم قضائى أو سند رسمى أو سند غير رسمى – أو غير مدون أصلا(1)، فتجوز حوالة الحقوق التى لا دليل عليها إلا البينة أو القرينة. وكذلك تجوز حوالة الأوراق التجارية من كمبيالات وسندات وشيكات وحوالة الأسهم والسندات، وإن كانت الحوالة فى هذه الأوراق لها إجراءات خاصة كما سنرى.

ويستوى أخيراً، فى القابلية للحوالة، أن يكون الحق منجزاً أو معلقاً على شرط(٢) أو مقترناً بأجل، بل إن أكثر ما ترد الحوالة عليه هى الحقوق المؤجلة(٣)(2).

---

(١) أما الإيجار من الباطن فهو إيجار المستأجر لحقه لا نزوله عن هذا الحق، فيختلف عن التنازل عن الإيجار (أنظر دى باج ٣ فقرة ٣٨٢).

(٢) فيجوز للسمسار أن ينزل عن حقه فى السمسرة إذا ما تمت الصفقة التى توجب له هذا الحق، فهو فى هذه الحالة ينزل عن حق معلق على شرط (أنسيكلوبيدى داللوز ١ cession de créanc فقرة ٥١).

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص١١٣.

(1) إن الأحكام بذاتها لا تنشئ حقوقاً جديدة للخصوم بل هى تثبت لهم حقوقهم الناشئة من قبل، وتلزم المنازع فيها باحترامها ونفاذها. فإذا كانت تلك الحقوق قابلة للحوالة برضاء المدين بها وقت نشوئها فإن الأحكام الصادرة بإقرارها ونفاذها تكون أيضاً قابلة للحوالة بدون حاجة إلى رضاء جديد من المدين. وعلى أن قبول المدين تحويل سند الدين ليس معناه فى الواقع قبول تحويل الورقة فى ذاتها بل معناه تحويل الحقوق الثابتة بموجبها، وهذه الحوالة تنسحب بطبيعة الحال على الأحكام الملزمة بنفاذ تلك الحقوق.
(الطعن ١٣٨ لسنة ١٤ق – جلسة ١٩٤٥/٣/٢٩)

(2) الأصل طبقاً لما تقضى به المادة ٣٠٣ من القانون المدنى أن الحق الشخصى أيا كان محله قابل للحوالة إلا إذا حال دون ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام، يستوى فى ذلك أن =

٢٥١- الحقوق المستقبلة: وكما تجوز حوالة الحق المؤجل والحق المعلق على شرط، كذلك تجوز حوالة الحق المستقبل[١]. والفرق بين الحق المستقبل (crénce future) والحق الشرطى (céance conditionelle) هو، كما قدمنا عند الكلام فى الشرط، أن الحق الشرطى له وجود قانونى فى الحال، وإن كان هذا الوجود غير بات وغير كامل، فإذا ما تحقق الشرط أصبح الوجود باتا كاملا بأثر رجعى من وقت نشوء الحق. وأما الحق المستقبل أو الحق الاحتمالى فليس له وجود قانونى فى الحال، وإنما هو حق يحتمل وجوده فى المستقبل، وإذا وجد فليس لوجوده أثر رجعى، بل يوجد من وقت تحقق الواقعة التى أنشأته. وقد قدمنا أن الشرط فى الحق الشرطى أمر عارض، وهو وصف يدخل على الحق بعد تمامه وبعد أن تتكامل عناصره. أما الحق الاحتمالى فالواقعة التى تحقق وجوده هى عنصر جوهرى فيه، وليست أمراً عارضاً كالشرط. فالموصى له قبل موت الموصى حقه مستقبل احتمالى، والشفيع قبل بيع العقار المشفوع فيه حقه كذلك مستقبل احتمالى[٢].

ومن ثم كان تصور حوالة الحق المستقبل أو الحق الاحتمالى أصعب من تصور(1)

=يكون الحق منجزا أو معلقا على شرط أو مقترنا بأجل أو أن يكون حقا مستقبلا.
(الطعن ٣٥٢ لسنة ٤١ق - جلسة ١٩٧٧/٣/٢٢ ص٢٨ ص٧٣٢)

(١) وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٨١ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى صراحة على هذا الحكم، فقضت بأنه «يجوز التفرغ عن حقوق معلقة بظرف ما، وإن تكن استقبالية محضة». والنص الفرنسى للعبارة الأخيرة هو ما يأتى: "quand bien même ils seraient purement éventuels".

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٦.

(1) أ- إذا كان الثابت أن الطاعنه - وهى شركة التأمين - أقامت هذه الدعوى طالبة الزام المطعون عليها الأولى - بوصفها مسئولة عن الضرر المؤمن منه بما دفعته الشركة المستأنفة، واستندت فى مطالبتها إلى شرط الحلول الوارد فى وثيقة التأمين، إذا كان هذا الشرط فى حقيقته حوالة حق احتمالى مشروط بتحقق الخطر المؤمن منه، فأنه يكون خاضعا لاحكام حوالة الحق فى القانون المدنى وهى لا تستوجب لانعقاد الحوالة رضاء المدين، وترتب عليها - بالنسبة للحقوق الشخصية - انتقال الحق المحال به من المحيل إلى المحال له بمجرد انعقاد العقد، ولما كانت الحوالة الثابتة فى وثيقة التأمين قد تمت باتفاق طرفيها عليها، وكان الخطر المؤمن منه هو حصول عجز وتلف وعوار فى الرسالة المؤمن عليها قد وقع فعلا، فقد زال عن الحق المحال صفته الاحتمالية وأضحى وجوده محققا وانتقل من ثم إلى شركة التأمين الطاعنة وإذ كان مؤدى ما سلف أن الحق فى الرجوع على المسئول عن الضرر قد انتقل إلى الطاعنة بمقتضى الحوالة الثابتة فى وثيقة التأمين وكان انتقال هذا الحق - على ما سلف القول - غير معلق على الوفاء بالتعويض فان الدعوى تكون قد أقيمت من ذى صفة، ويكون الحكم المطعون فيه وقد خالف هذا النظر وانتهى إلى أن الطاعنة حين رفضت دعواها لم يكن لها ثمة حق فى رفعها بسبب وفائها اللاحق بالتعويض يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون. =

حـوالة الحـق الشرطي. ومن ثم أيضاً ذهب القضاء الفرنسي في بعض أحكامه، إلى وجوب أن تتحقق عناصر الحق الاحتمالي ولو تحققا جزئياً، حتى يكون هذا الحق قابلا للحوالة[1].

ولكن الفقه الفرنسي بوجه عام، ومعه كثير من أحكام القضاء في فرنسا، ذهب إلى جواز حوالة الحق الاحتمالي حتى قبل أن يتحقق أي عنصر من عناصره[2]. وهذا هو الرأي الصحيح، فان التعامل في الأشياء المستقبلة جائز، والحوالة ليست إلا ضرباً من ضروب التعامل، فتجوز تأسيساً على ذلك حوالة الحق المستقبل أو الحق الاحتمالي.

ويؤيد هذا الرأي في التقنين المدني المصري نصان: (أولهما) المادة ٩٤٨ وتنص على أن «يسقط الحق في الأخذ بالشفعة ... إذا نزل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع». فهنا النزول – وإن كان إسقاطاً لا حوالة – يرد على حق احتمالي. (والنص الثاني) المادة ١٠٤٠ وتقضي بأنه «يجوز أن يترتب الرهن ضماناً لدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين احتمالي». فهنا أيضاً للحق الاحتمالي كيان يسمح بأن يترتب له ضمان، فيصح إذن أن يكون محلا للتعامل[3].

=(جلسة ١٩٧٤/٥/١٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٥ ص٨٥٩)

ب– لا تنعقد الحوالة إذا كان الحق المحال به قد زال عن المحيل قبل الحوالة، فإذا كان الثابت من تقريرات الحكم المطعون فيه أن الناقلة الأولى بعد أن استصدرت اذون التسليم من الناقل الثاني تقدمت إليه بطلب لتسليم البضاعة إليها طبقا لنظام تسليم صاحبه، وأعفته على ما هو مدون بالطلب المذكور من كل مسئولية تترتب على هذا التسليم بما في ذلك المسئولية عن العجز في البضاعة أو فقد الطرد بما يعتبر نزولا منها عن الحقوق الثابتة لها بموجب أذون التسليم فان حوالة هذه الأذون منها إلى المرسل إليها بعد ذلك لا تصادف محلا تنعقد به الحوالة ولا تنشأ عنها علاقة مباشرة بين المرسل إليها وبين الناقل الثاني الذي أصدر أذون التسليم المشار إليها.

(جلسة ١٩٦٣/٥/٢٣ مجموعة أحكام النقض السنة ١٤ ص٧٣٦)

(١) فلا يجوز للمؤلف أن ينزل عن حقوقه قبل الناشر إلا بعد إمضاء عقد النشر، ولا يجوز للمقاول أن ينزل عن حقه قبل صاحب العمل إلا بعد إبرام الصفقة معه (محكمة النقض الفرنسية ٧ أغسطس سنة ١٨٤٣ سيرية ٤٣–١–٧٧٥).

وانظر بودري وسينيا فقرة ٧٦٠ – فقرة ٧٦٢– أنسيكلوبيدي داللوز ١ cession de créanec فقرة ٧٠ – فقرة ٧٧.

(٢) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ ص١٣٣– هيك ١ فقرة ١٥٩ وفقرة ١٧٥ – جيللوار ٢ فقرة ٧٥– ديموج في مقال له في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٠٥ وسنة ١٩٠٦ – قال في تعليق له في سيريه ١٨٩٦ – ٢– ١٨٥ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١١٤ ص٤٩٣ – ص٤٩٤ – محكمة النقض الفرنسية ١٧ مارس سنة ١٨٩١ سيريه ٩٥ –١–٤٤٤ – ٢٩ يونيه سنة ١٩٠٨ داللوز ١٩٠٨ –١–٤٦٣ – ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٨ داللوز الأسبوعي ١٩٢٨ –٦٠٥.

(٣) انظر في هذا المعنى الأستاذ شفيق شحاته في حوالة الحق في قوانين البلاد العربية ص١٨– وقارن =

وقد ذهب القضاء فى مصر إلى جواز أن يحول مالك العقار مقدماً الريع الذى ينتجه عقاره فى المستقبل، وتكون هذه الحوالة سارية حتى فى حق الدائنين المقيدين قبل الحوالة(١). وذهب أيضاً إلى جواز أن يحول المقاول إلى أحد المصارف الأجرة التى ستستحق له فى نظير الأعمال التى سيعهد بها إليه صاحب العمل، وذلك ضماناً لحساب جار يفتحه له المصرف(٢).

٢٥٢ - حوالة الحقوق الناشئة من عقود ملزمة للجانبين: فى العقد الملزم للجانبين يكون كل متعاقد دائناً ومديناً فى وقت واحد. ففى عقد الإيجار مثلا، المستأجر دائن للمؤجر بتمكينه من الانتفاع بالعين المؤجرة، ومدين له بالأجرة، وفى عقد التوريد، المورد دائن بالثمن، ومدين بتوريد ما تعهد بتوريده. وفى عقد المقاولة، المقاول دائن بالأجرة ومدين بالعمل. وفى عقد التأمين، المؤمن له دائن بمبلغ التأمين، ومدين بالأقساط. وهكذا. فهل يجوز لهؤلاء الدائنين المدينين أن يحولوا لغيرهم ما لهم من حقوق، مع استبقاء ما فى ذمتهم من التزامات؟.

لا شك فى أنه يجوز لهم، فى التقنين المدنى الجديد، بفضل حوالة الحق وحوالة الدين معاً، أن يحولوا العقد كله للغير، فيحولوا حقوقهم وفقاً لأحكام حوالة الحق، ويحولوا ديونهم وفقاً لأحكام حوالة الدين(٣)(1).

=الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص٢٤٧ - أما الموصى له فلا يجوز أن يتصرف فى الوصية قبل موت الموصى، لجواز رجوع الموصى فى الوصية، ولأن هذا تعامل فى تركة مستقبلة لم يجزه القانون كما أجاز الوصية.

(١) استئناف مختلط ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩٠ م٣ ص٢٧.

(٢) استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩١٢ م٢٥ ص٤٥- ويجب إعلان هذه الحوالة لصاحب العمل حتى تنفذ فى حقه، ولا يكفى إعلانها لوكيل عنه تقتصر وكالته على رقابة العمل ودفع الأقساط للمقاول (استئناف مختلط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م٣٨ ص١٠٣).

(٣) وهذا ما يسميه الفقه الحديث فى الوقت الحاضر بحوالة العقد، وحوالة العقد ليست إلا حوالة مجموع الحقوق والالتزامات الناشئة من هذا العقد (انظر فى حوالة العقد لاب Lapp فى حوالة العقد الملزم للجانبين لخلف خاص رسالة من ستراسبوج سنة ١٩٥٠ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٤٧ مكررة - وانظر الأستاذ شفيق شحاتة فى حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية فقرة ٤٨ ص٤٢- الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص٢٤٥- وانظر فى التقنين المدنى الإيطالى الجديد المواد ١٤٠٦ - ١٤١٠).

(1) أ- قيام مستأجر العين باشراك آخر معه فى النشاط المالى الذى يباشره فيها عن طريق تكوين شركة بينهما لا يعدو أن يكون متابعة من جانب المستأجر للانتفاع بالعين فيما أجرت من أجله بعد أن ضم إلى رأس ماله المستثمر فيها حصة لآخر على سبيل المشاركة فى استغلال هذا المال المشترك، دون أن ينطوى هذا بذاته على معنى تخلص المستأجر لتلك العين عن حقه فى الانتفاع بها سواء كلها أو=

ولكن هل يجوز لدائن من هؤلاء أن يقتصر على حوالة حقه مع استبقاء الدين فى ذمته؟ وهل يجوز للمستأجر أن يحول حقه بالنسبة إلى الغير إلى العين المؤجرة، مع استبقاء الأجرة فى ذمته؟ وهل يجوز للمورد أن يحول حقه فى الثمن، مع بقائه ملتزماً بالتوريد؟ وهل يجوز للمقاول أن يحول حقه فى الأجرة، مع بقائه ملتزماً بالعمل؟ وهل يجوز للمؤمن له أن يحول حقه فى مبلغ التأمين، مع بقائه ملتزماً بدفع الأقساط؟.

فى التقنينات التى تجيز حوالة الدين كما تجيز حوالة الحق، كالتقنين المدنى المصرى الجديد، لا تقوم حاجة عملية إلى حوالة الحق دون الدين، فان الأيسر على ذوى الشأن أن يحولوا الحقوق والديون جميعاً، أى الالتزامات الناشئة من العقد الملزم من الجانبين، وقد نظم التقنين المدنى المصرى الجديد تنظيما تشريعياً حوالة أحد العقود الملزمة للجانبين، وهو عقد الإيجار، باسم التنازل عن الإيجار. فأجاز المستأجر التنازل عن الإيجار، ولكن أبقاه ضامناً لالتزامات المتنازل له إلا إذا صدر من المؤجر قبول صريح بالتنازل أو استوفى الأجرة مباشرة من المتنازل له دون أن يبدى أى تحفظ فى شأن حقوقه قبل المستأجر الأصلى (أنظر المواد ٥٩٣ و٥٩٥ و٥٩٧ مدنى)(١)(1).

ولكن الحاجة العملية إلى الترخيص فى حوالة الحق دون الدين إنما تقوم فى التقنينات

= بعضها إلى شريكه فى المشروع المالى باى طريق من طرق التخلى ايجارا كان من الباطن أو تنازلا عن الايجار – لانتفاء مقتضى ذلك قانونا – بل يظل عقد ايجار العين على حاله قائما لصالح المستأجر وحده ما لم يثبت بدليل آخر تخليه عن حقوقه المتولدة عن ذلك العقد إلى الغير.

(جلسة ١٩٧٩/٦/١٦ الطعن رقم ٥٥٢ لسنة ٤٢ق)

ب– التنازل عن الايجار يتضمن حوالة حق بالنسبة إلى حقوق المستأجر وحوالة دين بالنسبة لالتزاماته، فانه لذلك يجب خضوعه من حيث صحته ونفاذه للقواعد العامة التى تحكم هذين التصرفين فلا ينفذ التنازل عن الايجار كحوالة الحق فى المؤجر إلا من وقت اعلانه بالتنازل أو قبوله له – م٣٠٥ مدنى – ولا ينفذ كحوالة دين فى حق الدائن إلا إذا أقرها.

(جلسة ١٩٧٨/١/٢ الطعن رقم ٥ لسنة ٤٤ق)

(جلسة ١٩٦٦/١٢/٨ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ ص١٨٥٥)

(١) وقد ينظم التقنين تنظيماً تشريعياً حوالة العقد الملزم للجانبين بما ينشئه من حقوق وديون، حتى لو كان هذا التقنين لم ينظم حوالة الدين، وذلك بفضل ما للمشرع من سلطان تشريعى. وقد كان التقنين المدنى المصرى السابق لا ينظم حوالة الدين، ومع ذلك نظم حوالة عقد الإيجار، وأسماها هو أيضاً «التنازل عن الإيجار».

(1) عقد البيع غير المسجل يولد حقوقا والتزامات شخصية بين البائع والمشترى فيجوز للمشترى أن يحيل لآخر ما له من حقوق شخصية قبل البائع.

(جلسة ١٩٦٨/٢/٢٢ الطعن ٢١٨ لسنة ٣٤ق مجموعة احكام النقض السنة ١٨ ص٣٥٧)

التى تنظم حوالة الحق دون أن تنظم حوالة الدين، كالتقنين المدنى الفرنسى[1]. ففى هذه التقنينات لا يتيسر للمتعاقد، وهو دائن ومدين فى وقت واحد، أن يحول دينه، فهل يستطيع مع ذلك أن يحول حقه؟ دعا إلى التشكك فى هذا الأمر أن الحق والدين فى العقد الملزم للجانبين مرتبطان أحدهما بالآخر ارتباطا وثيقاً، حمل بعض الفقهاء على القول بأنه لا فكاك بينهما، وأنه لا يجوز فصلهما بتحويل أحدهما واستبقاء الآخر[2].

والصحيح أنه تجوز حوالة الحق دون الدين فى الأحوال المتقدمة الذكر. وإذا كان الحق والدين مرتبطين أحدهما بالآخر فى العقد الملزم للجانبين، فليس معنى ذلك أنهما غير قابلين للتجزئة[3]. وغنى عن البيان أن حوالة الحق دون الدين جائزة فى التقنينات التى تنظم حوالة الدين كما تنظم حوالة الحق كالتقنين المدنى المصرى، وإذا كانت حوالة كل من الحق والدين جائزة فى هذه التقنينات، فأولى أن تجوز حوالة الحق وحده.

٢٥٣- حوالة الحقوق المتنازع فيها: والحق الشخصى قابل للحوالة حتى لو كان حقاً ينازع فيه المدين. ويعتبر الحق متنازعاً فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام فى شأنه نزاع جدى[4].

وإذا كانت حوالة حق المتنازع فيه بيعا[1]، فقد اعتبر المشرع المشترى، وهو يتصيد

---

(١) وحتى فى التقنينات التى نظمت حوالة الدين كما نظمت حوالة الحق، كما هو شأن التقنين المدنى المصرى، قد تقوم الحاجة إلى الترخيص فى حوالة الحق دون الدين. ذلك أن المتعاقد، فى عقد ملزم للجانبين، يستطيع باعتباره دائناً أن يحول حقه دون رضاء المتعاقد الآخر، ولكنه باعتباره مديناً لا يستغنى عن رضاء هذا المتعاقد الآخر فى تحويل دينه حتى تنفذ حوالة الدين فى حق دائنه. فإذا لم يكن المتعاقد الآخر راضياً بالحوالة، فلا مناص من أن يكتفى المتعاقد الأول بحوالة الحق دون الدين.

(٢) ديمولومب ٢٤ فقرة ٢٨٢.

(٣) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١١٥.

(٤) استئناف مختلط أول فبراير سنة ١٩٠٥ م١٧ ص٩٣- وقد كان رضاء المدين ضرورياً لانعقاد الحوالة فى عهد التقنين المدنى الأهلى السابق حتى لو كان الحق متنازعاً فيه: نقض مدنى ١٩ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥٥ ص١٩٨ - استئناف مصر ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٢٤ ص٦١- ٣١ مارس سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٨٣ ص١٩٨- ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٤٥ ص٢٩٣- استئناف مختلط ٦ يونيه سنة ١٩١٢ م٢٤ ص٣٩٧ - ١٢ مايو سنة ١٩٢١ م٣٣ ص٣٣١.

(1) أنه لما كان الثابت فى الأوراق أن مورث الطاعنة والبائع له يستندان إلى عقدى بيع ابتدائيين وكان قد قضى برد وبطلان الحوالة الصادر من البائع للبائع لهذا المورث وكانت الطاعنة لم تنع على هذا القضاء بأى مطعن، فان الحكم المطعون فيه لا يكون قد أخطأ فى فهم الواقع أو خالف القانون، إذ انتهى إلى أن الحوالة الصادر من البائع لمورث الطاعنة قد وردت على محل معدوم لأن الحق المحال به لم يؤل أصلا للبائع حتى يتصرف فيه بحوالته إلى هذا المورث.

(جلسة ١٩٨٢/٣/٢٥ الطعن ١٠٩٩ السنة ٤٧ق السنة ٣٣ ص٣٢٥)

الحقوق المتنازع فيها، مضارباً قد وصل فى المضاربة حداً لا تحمد معه مسايرته فيه. ومن ثم جعل للمدين الذى ينازع فى هذا الحق أن يتخلص من مطالبة المشترى، إذا هو رد إليه الثمن الحقيقى الذى دفعه – ويكون عادة ثمناً بخساً – مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع (م٤٦٩ مدنى). إلا أنه استثنى من هذا الحكم حالات لا تتمحض فيها فكرة المضاربة، بل يكون للمشترى فى الصفقة التى عقدها مسوغ مشروع، وذلك إذا كان الحق المتنازع فيه داخلا ضمن مجموعة أموال بيعت جزافا بثمن واحد، أو إذا كان الحق المتنازع فيه شائعاً بين ورثة أو ملاك وباع أحدهم نصيبه للآخر، أو إذا نزل المدين للدائن عن حق متنازع فيه فى ذمة أجنبى وفاء للدين المستحق فى ذمته، أو إذا كان الحق المتنازع فيه يثقل عقاراً وبيع الحق لحائز العقار[1].

ولما كان بيع الحقوق المتنازع فيها ليس خاصا بالحقوق الشخصية، بل هو عام يشمل الحقوق الشخصية والحقوق العينية على السواء، متى كانت حقوقاً متنازعاً فيها على النحو الذى أسلفنا ذكره، ثم هو مقصور على عقد البيع، فان هذه المسألة تخرج عن نطاق بحثنا، فنكتفى هنا بما قدمناه، وسنبحث المسألة فى تفصيل أوفى عند الكلام فى البيع.

٢٥٤– الحقوق العينية لا تكون محلا لحوالة الحق: وقد قدمنا أن الحق الذى يكون محلا للحوالة لابد أن يكون حقاً شخصياً. أما الحقوق العينية فتنتقل من صاحبها إلى غيره بطرق وإجراءات أخرى غير الطرق والإجراءات التى تتبع فى حوالة الحقوق الشخصية.

وأهم فرق بين الحق العينى والحق الشخصى فى هذا الصدد أن الحق العينى لا يتعلق بذمة مدين معين بالذات، ومن ثم يتم نقله وينفذ بالاتفاق بين صاحب الحق ومن يتعاقد معه. أما النفاذ فى حق الغير، فلا يمكن أن يكون ذلك باعلان الاتفاق إلى مدين معين كما هو الشأن فى حوالة الحق، ولكن باجراءات أخرى. فإذا كان الحق العينى واقعاً على عقار، حلت إجراءات التسجيل أو القيد محل إجراءات الإعلان. أما إذا كان الحق العينى واقعاً على

---

(١) وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٨١ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على ما يأتى: «ويصح التفرغ عن حق متنازع عليه أقيمت دعوى الأساس فى شأنه بشرط أن يرضى المديون الذى تفرغ الدائن عن دينه. وتبقى مفاعيل هذا التفرغ خاضعة من حيث الصلاحية لأحكام المادة الثالثة من القانون الصادر فى ١٧ شباط سنة ١٩٢٨. على أنه لا يمكن التملص من المتفرغ له حين يكون لديه سبب مشروع فى إحراز الحقوق المتنازع عليها كأن يكون وارثاً مع المتفرغ أو شريكا له فى ملك أو دائناً له». ويبدو من هذا النص أنه يجوز للمحال عليه «التملص» من الحق المتنازع فيه بدفعه الثمن والفوائد والمصروفات، ما لم يوجد عند المتفرغ له سبب مشروع فى شرائه الحق المتنازع فيه، كأن يكون وارثاً مع المتفرغ أو شريكا له فى ملك أو دائناً له كما يذكر النص. ومع ذلك قارن الدكتور صبحى المحمصانى فى انتقال الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ٣٨.

منقول، فان القاعدة التى تقضى بأن الحيازة فى المنقول سند الملكية من شأنها أن تكفل لمن حاز المنقول حقه قبل الغير(١).

٢- الاستثناءات - الحالات التى يكون فيها الحق الشخصى غير قابل للحوالة

٢٥٥- متى يكون الحق الشخصى غير قابل للحوالة: قدمنا أن المادة ٣٠٣ مدنى تقضى بأن الأصل فى الحق الشخصى أن يكون قابلا للحوالة، إلا إذا حال دون ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام(1)، وأن المادة ٣٠٤ مدنى تقضى بأنه لا تجوز حوالة الحق إلا بمقدار ما يكون منه قابلا للحجز.

---

(١) بودرى وسينيا فقرة ٧٣٥. وقد جاء فى المادة ٢٨٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى أن قواعد الحوالة «لا تطبق على التفرغ عن دين الدائن فقط، بل تطبق أيضاً على التفرغ عن الحقوق بوجه عام، إلا إذا كان فى القانون نص مخالف، أو كان فى ماهية الحق ما يمنع تطبيقها». ويقول الدكتور صبحى المحمصانى فى هذا الصدد: «ولكن القانون اللبنانى، خلافاً لسائر القوانين العربية، اعتبر قواعد حوالة الحق التى وضعها عامة ... إلخ أيضاً حوالة جميع الحقوق. فنص على أن القواعد المتقدم ذكرها لا تطبق على التفرغ عن دين الدائن فقط، بل تطبق أيضاً على التفرغ عن الحقوق بوجه عام، إلا إذا كان فى القانون نص مخالف أو كان فى ماهية الحق ما يمنع تطبيقها: م٢٨٦. ومن أمثلة الحقوق التى وضع لها القانون أحكاماً خاصة الحقوق العينية التى لا تنتقل إلا بتسجيلها فى السجل العقارى وحقوق الملكية الصناعية والتجارية والفنية والأدبية التى يجب تسجيلها فى الدائرة المختصة وما أشبه» (انتقال الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص٢٣ - ص٢٤). والظاهر أن نص التقنين اللبنانى مأخوذ من المادة ٤١٣ من التقنين المدنى الألمانى (انظر فى التعليق على هذه المادة التعليقات على التقنين المدنى الألمانى جزء أول م٤١٣ ص٥٩٦ - ص٥٩٧). وانظر الأستاذ شفيق شحاتة فى حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية ص٨ - ص٩.

أما الحقوق العينية التبعية، كالرهن والاختصاص والامتياز، فتنتقل تبعاً للحق الشخصى إلى من حول له هذا الحق، مع التأشير فى القيد ليكون الانتقال نافذاً فى حق الغير (استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩١٥ م٢٧ ص٣٦٠- ٢ مارس سنة ١٩٢٦ م٣٨ ص٢٦٩).

(1) أ- الأصل طبقا لما تقضى به المادة ٣٠٣ من القانون المدنى أن الحق الشخصى أيا كان محله قابلة للحوالة إلا إذا حال دون ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام.

(جلسة ١٩٧٧/٣/٢٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ ص٧٣٢)

ب- إذا كان الثابت فى الدعوى أن ... وعد بشراء قطعة الأرض الواردة بالاتفاق المؤرخ ... وبالسعر المحدد به ... كما وعدت الشركة المطعون عليها بأن تبيعه هذه القطعة بذات السعر، فان هذا الوعد المتبادل بالبيع من جانب الشركة والشراء من جانب ... هو بيع تام ملزم للطرفين، تترتب عليه كل الآثار التى تترتب على البيع، ولا يؤثر عليه ارجاء التحديد النهائى لمساحة المبيع، وإذ كان الحكم =

فالحق الشخصى لا يكون إذن قابلا للحوالة: (١) إذا كانت طبيعته تستعصى على الانتقال من دائن إلى دائن. (٢) إذا نص القانون على عدم قابليته للحوالة، ويعتبر النص على عدم قابلية الحق للحجز نصا على عدم قابليته للحوالة بحكم المادة ٣٠٤ مدنى. (٣) إذا اتفق المتعاقدان على أن الحق لا يجوز تحويله[١].

٢٥٦- عدم القابلية للحوالة بسبب طبيعة الحق: قد يكون الحق بسبب طبيعته متصلا اتصالا وثيقا بشخص الدائن، فلا يمكن فى هذه الحالة أن ينزل عنه إلى شخص آخر. من ذلك حق الدائن فى النفقة، وحقه فى التعويض عن الضرر الأدبى الذى لحق به ما دام لم يتحدد التعويض بمقتضى اتفاق أو يطالب به الدائن أمام القضاء (م١/٢٢٢ مدنى). كذلك يعتبر حق الشريك فى شركة الأشخاص، وحق المزارع فى المزارعة، وحق المستأجر فى إيجار اعتبرت فيه شخصيته، ونحو ذلك من العقود المنظور فيها إلى شخصية المتعاقد (intuitu personae)، كل هذه حقوق لا يجوز للدائن تحويلها إلى شخص آخر.

٢٥٧- عدم قابلية الحق للحوالة بنص فى القانون أو لعدم قابليته للحجز: هناك حقوق شخصية عنى القانون بالنص صراحة على عدم جواز حوالتها، لاعتبارات ترجع فى الغالب إلى أنها تتصل اتصالا وثيقاً بشخص الدائن.

من ذلك حق المستعير فى استعمال الشئ المعار، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٦٣٩ مدنى على أنه لا يجوز للمستعير «دون إذن المعير أن ينزل عن الاستعمال للغير ولو على سبيل التبرع».

ومن ذلك حق المستأجر فى الانتفاع بالعين المؤجرة، فقد نصت قوانين الإيجار الإستثنائية على عدم جواز تنازل المستأجر عن حقه فى الإيجار بغير إذن كتابى صريح من المالك وإلا جاز للمؤجر طلب الإخلاء (القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ المادة ٣١/ب)، وذلك لأن المشرع قد ضمن للمستأجر شخصياً السكن بأجرة مخفضة فلا يجوز لهذا اتخاذ هذه الميزة وسيلة للاستغلال بالنزول للغير عن الإيجار[٢].

=المطعون فيه قد اعتبر الاتفاق المؤرخ ... عقد بيع كامل الاركان، ورتب على تنازل المشترى عن حقوقه فى هذا العقد إلى الطاعنين وقبولهما الحلول فيه، ثم قبول الشركة المطعون عليها انتقال حقوق والتزامات المشترى الأول إليهما اعتبارهما مشتريين فأنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه.

(جلسة ١٩٧٢/٥/٢٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ ص١٠١٠)

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص١١٣- ص١١٤.

(٢) الأستاذ سليمان مرقس فى شرح قانون إيجار الأماكن طبعة ثانية فقرة ٤٦ ص١٠٧- وعلى العكس=

ومن الحقوق التى لا تقبل الحوالة لطائفة معينة من الأشخاص ما نصت عليه المادة ٤٧١ مدنى من أنه «لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم أن يشتروا، لا بأسمائهم ولا باسم مستعار، الحق المتنازع فيه كله أو بعضه، إذا كان النظر فى النزاع يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها، وإلا كان البيع باطلا». فتحريم الحوالة هنا مقصور على عمال القضاء.

وقد قدمنا أن هناك حقوقاً تأبى طبيعتها أن تقبل الحوالة. وقد يتولى القانون بنص منه بيان هذه الحقوق. من ذلك ما نصت عليه المادة ٦٢٥ مدنى من أنه «لا يجوز فى المزارعة أن ينزل المستأجر عن الإيجار أو يؤجر من الباطن إلا برضاء المؤجر». ومن ذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٢٢٢ مدنى من أنه «يشمل التعويض الضرر الأدبى أيضاً، ولكن لا يجوز فى هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء».

ويلحق بالحقوق غير القابلة للحوالة بنص القانون الحقوق غير القابلة للحجز عليها بنص القانون، وذلك بمقتضى المادة ٣٠٤ مدنى كما سبق القول. من ذلك ما نصت عليه المادة ٣٠٧ مرافعات من أنه «لا يجوز الحجز على ما يحكم به القضاء من المبالغ المقررة أو المرتبة مؤقتاً للنفقة أو للصرف منها فى غرض معين، ولا على المبالغ الموهوبة أو الموصى بها لتكون نفقة، إلا بقدر الربع وفاء لدين نفقة مقررة». ومن ذلك ما نصت عليه المادة ٣٠٩ مرافعات من أنه «لا يجوز الحجز على الأجور والمرتبات إلا بمقدار الربع، وعند التزاحم يخصص نصفه لوفاء دين النفقة المقررة والنصف الآخر لما عداها من الديون». ومن ذلك ما قضى به القانون من عدم جواز الحجز على مرتبات الموظفين والمستخدمين إلا بقدر الربع فى نفقة أو فى دين مستحق للحكومة بسبب الوظيفة[1]. وغنى عن البيان أن الحق الذى يكون غير قابل للحجز

=من ذلك، قد يباح للمستأجر فى حالات استثنائية أن ينزل عن الإيجار ولو كان ممنوعاً من ذلك بشرط فى العقد. فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٥٩٤ مدنى على أنه «إذا كان الأمر خاصاً بإيجار عقار أنشئ به مصنع أو متجر، واقتضت الضرورة أن يبيع المستأجر هذا المصنع أو المتجر، جاز للمحكمة، بالرغم من وجود الشرط المانع، أن تقضى بإبقاء الإيجار، إذا قدم المشترى ضماناً كافياً ولم يلحق المؤجر من ذلك ضرر محقق».

(١) وقد ربط القانون فى الحقوق الشخصية بين عدم القابلية للحجز وعدم القابلية للحوالة، وهذا بخلاف الحقوق العينية، فإن الأصل العام فيها أن ما لا يجوز الحجز عليه من الأموال يجوز مع ذلك التصرف فيه. وينبنى على أن الحق الشخصى غير القابل للحجز لا يكون قابلا للحوالة أن المبالغ المودعة فى صندوق التوفير تصبح غير قابلة للحوالة، لأن الحجز عليها ممتنع بنص القانون (الأستاذ شفيق شحاتة فى حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية ص٢٠). وانظر: استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٨٩٦ م٨ ص١٧١ – ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٢ م٢٥ ص٣٠. قارن الأستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فى البيع فقرة ٦١٨ ص٥٥٦ وص٥٥٧.

عليه فى شق منه فحسب، لا تمتنع حوالته إلا فى الحدود التى يكون فيها غير قابل للحجز(١).

٢٥٨- عدم قابلية الحق للحوالة باتفاق المتعاقدين: وقد يتفق المتعاقدان، الدائن والمدين، على أنه لا يجوز للدائن حوالة الحق الذى فى ذمة المدين، أو على أن الحوالة لا تجوز إلا برضاء المدين. ولما كانت قابلية الحق للحوالة ليست من النظام العام، فان الاتفاق على عدم قابليته للحوالة جائز(٢).

من ذلك اشتراط المؤجر على المستأجر ألا ينزل عن الإيجار لغيره، وتنص المادة ٥٩٣ مدنى فى هذا الصدد على ما يأتى: «للمستأجر حق التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن، وذلك عن كل ما استأجره أو بعضه، ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك»(٣).

وبعد أن جعل التقنين المدنى الجديد حوالة الحق جائزة بغير رضاء المدين، أصبح للمدين، إذا كان لا يريد الحوالة دون رضائه، أن يشترط فى عقد الاتفاق على المدين منذ

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص١١٤.

(٢) وكذلك كان الاتفاق – فى عهد التقنين المدنى الأهلى السابق حيث كانت الحوالة لا تنعقد إلا برضاء المدين – على أن الحق يكون قابلا للحوالة دون رضاء المدين اتفاقاً جائزاً، وكان النص فى سند الدين على أنه تحت إذن الدائن يعد رضاء مقدماً بقبول الحوالة. انظر فى ذلك: بنى سويف ٢٩ مارس سنة ١٨٩٠ الحقوق ٥ ص٥٠ – الاسكندرية ١١ نوفمبر سنة ١٨٩٧ القضاء ٥ ص٧٧– جرجا ٢٤ مايو سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١٠٦ ص١٦٩– طنطا ٥ مارس سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٣٤٩ ص٤١٨– بنى سويف ٢٨ يونيه سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤٣٩ ص٨٨٨ – استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩٠٣ م١٥ ص١٣٦– أول مارس سنة ١٩٠٥ م١٧ ص١٤٦ – ٢٧ مارس سنة ١٩٠٧ م١٩ ص١٨٤ – ٢٥ أبريل سنة ١٩١٢ م٢٤ ص٣١١– ٧ نوفمبر سنة ١٩١٢ م٢٥ ص١٢ – ١٥ مايو سنة ١٩١٣ م٢٥ ص٣٩– ١١ فبراير سنة ١٩١٤ م٢٦ ص٢٢٠– ٣٠ يونيه سنة ١٩١٧ م٢٩ ص٥٢٤ – ٢٥ مارس سنة ١٩٢٦ م٣٨ ص٣٠٩ – ١٧ نوفمبر سنة ١٩٢٦ م٣٩ ص١٣– ٢٢ مارس سنة ١٩٢٨ م٤٠ ص٢٤٥ – ١٤ يونيه سنة ١٩٢٨ م٤٠ ص٤٣٢ – ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م٤١ ص١٠٩– ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٢٣٠– ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٢٣٨ – ١٣ مايو سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٤٩٨ – ١٣ مايو سنة ١٩٣١ م٤٣ ص٣٩٠ – ٤ فبراير سنة ١٩٣٧ م٤٩ ص٩٤.

(٣) انظر أيضاً استئناف مختلط ١٨ يونيه سنة ١٩٤٢ م٥٤ ص٢٤٥، ويقضى الحكم بعدم جواز حوالة ما تودعه الشركة لحساب المستخدم فى صندوق الادخار تحت شرط عدم جواز حوالته (الأستاذ شفيق شحاتة فى حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية ص٢١ هامش رقم ١). ومن أمثلة عدم جواز الحوالة بموجب الاتفاق على ذلك عدم جواز النزول عن الاشتراك فى السكة الحديدية وعدم جواز النزول عن تذكرة الإياب إذا أخذ المسافر تذكرتى ذهاب وإياب معاً (الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٧٢١).

البداية عدم جواز حوالة هذا الحق. وهذا الشرط جائز معتبر، لأن النظام العام، كما قدمنا، لا يقتضى منعه[1]. وهذا بخلاف حق التصرف فى الحقوق العينية، فان النظام العام يقتضى التضييق من منع التصرف فيها حتى يسهل تداول الأموال[2]. ومن ثم كان شرط منع التصرف فى المال مقيداً بوجوب قيامه على باعث مشروع وبقصره على مدة معقولة. وقد نصت المادة ٨٢٣ مدنى فى هذا الصدد على ما يأتى: «١- إذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يقضى بمنع التصرف فى مال، فلا يصح هذا الشرط، ما لم يكن مبنياً على باعث مشروع ومقصوراً على مدة معقولة. ٢- ويكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف إليه أو للغير. ٣- والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير»[3].

الفرع الثانى
التراضى فى حوالة الحق

٢٥٩- النصوص القانونية: رأينا أن المادة ٣٠٣ من التقنين المدنى تنص على أنه «يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر... وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضاء المدين».

وتنص المادة ٣٠٥ على ما يأتى:

«لا تكون الحوالة نافذة قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها. على أن نفاذها قبل الغير بقبول المدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ»[4].

---

(١) ويبدو أن شرط عدم جواز الحوالة يدخل ضمن الدفوع التى يستطيع المدين أن يتمسك بها ضد المحال له كما يتمسك بها ضد المحيل، ولو لم يكن المحال له عالماً بالشرط (م٣١٢ مدنى). وقد كان المحال له يستطيع، قبل التعاقد على الحوالة، أن يستعلم من المدين عن الدفوع التى له ضد الحق الذى يراد تحويله، فإن كتم المدين عنه شيئاً من هذه الدفوع، أو لم يخبره أن الحق مشروط فيه عدم جواز حوالته غشا منه، فعند ذلك لا يعتد بعدم قابلية الحق للحوالة، لا لأن شرط عدم جواز الحوالة غير سار فى حق المحال له، بل للغش الذى ارتكبه المدين (قارن الأستاذ عبد الحى حجازى٣ ص٢٤٩).

(٢) المقصود بالمال هنا الملكية والحقوق العينية دون الحقوق الشخصية. ذلك أن من ينشئ حقاً شخصياً له أن ينشئه على الوجه الذى يرتضيه، فالحق لم يكن موجوداً قبل إنشائه، فله أن يوجده غير قابل للحوالة. أما من ينقل حقاً عينياً، فإنه يتعامل فى شئ موجود فى التداول، وليس من حقه أن يقيد من تداوله إلا لمسوغ مشروع ولمدة معقولة.

(٣) قارن الأستاذ شفيق شحاتة فى حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية ص٢١.

(٤) **تاريخ النصوص:** =

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المادة ٣٤٩ أهلى والمواد ٤٣٥ – ٤٣٧ مختلط(١).

=م٣٠٣: سبق إيراد تاريخها (انظر آنفاً فقرة ٢٤٩ فى الهامش).

م٣٠٥: ورد هذا النص فى المادة ٤٣٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، فيما عدا بعض فروق لفظية طفيفة. وعدل النص فى لجنة المراجعة بحيث أصبح مطابقاً مطابقة تامة لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، وصار رقمه ٣١٧ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٣٠٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص١١٦ – ص١١٧).

(١) **التقنين المدنى السابق** م٣٤٩ أهلى: لا تنتقل ملكية الديون والحقوق المبيعة، ولا يعتبر بيعها صحيحا، إلا إذا رضى المدين بذلك كتابة. فإن لم توجد كتابة مشتملة على رضا المدين بالبيع، لا تقبل أوجه ثبوت عليه غير اليمين. وزيادة على ذلك لا يصح الاحتجاج بالبيع على غير المتعاقدين، إلا إذا كان تاريخ الورقة المشتملة على رضا المدين به ثابتاً بوجه رسمى، ولا يسوغ ذلك الاحتجاج إلا من التاريخ المذكور فقط، وكل هذا بدون إخلال بأصول التجارة فيما يتعلق بالسندات والأوراق التى تنتقل الملكية فيها بتحويلها.

م٤٣٥ مختلط: تنتقل ملكية الحق المبيع من البائع إلى المشترى بمجرد تراضيهما.

م٤٣٦ مختلط (معدلة بدكريتو ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠): تنتقل الملكية بالنسبة لغير المتعاقدين: (أولا) بإعلان المدين بتحويل ما عليه من الدين إعلاناً رسمياً. (ثانيا) بقبول المدين الحوالة بكتابة مؤرخه تاريخاً ثابتاً بوجه رسمى، ولا يسرى مفعول الانتقال إلا من ذلك التاريخ فقط. أما بالنسبة للمدين فيعتبر الانتقال من تاريخ قبوله، ولو لم يكن ذلك التاريخ ثابتا بوجه رسمى، وكل هذا بدون إخلال بأصول التجارة فى حق الحوالة فى السندات والأوراق التجارية. ومع ذلك فالتعهدات المدنية المحضة بين الأهالى لا يجوز تحويلها إلا برضاء المدين، ولا يثبت الرضاء إلا بالكتابة أو بالنكول عن اليمين.

م٤٣٧ مختلط: فى المواد التجارية، تحويل الدين الذى لم يكن بسند تجارى يكون معتبراً بالنسبة للغير إذا ثبت إعلان التحويل للمدين أو قبوله له بمقتضى دفاتر محررة حسب القانون أو بأوجه الثبوت المقبولة فى المواد التجارية.

وظاهر من هذه النصوص أن التقنين المدنى السابق قد وضع حوالة الحق فى باب البيع اعتباراً بما يقع غالباً فى العمل، مقتفياً فى ذلك أثر التقنين المدنى الفرنسى (انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص١٠٩).

وقد اشترط التقنين المدنى الأهلى السابق فى انعقاد حوالة الحق رضاء المدين، وجعل إثبات هذا الرضاء لا يكون إلا بالكتابة أو بالإقرار أو باليمين. وكان هناك رأى خاطئ، شاع فى الفقه والقضاء فى مصر، يرجع هذا الشرط إلى الشريعة الإسلامية وإلى أنها هى أيضاً تشترط فى حوالة الحق رضاء المدين (استئناف أهلى ٦ ديسمبر سنة ١٨٩٤ الحقوق ٩ ص٣٤٩ – استئناف مختلط ٥ يناير سنة ١٨٩٣ م٤ ص٩١ – ١٦ مارس سنة ١٨٩٨ م١٠ ص١٩٩). والصحيح أن الفقه الإسلامى فى أكثر مذاهبه، كما قدمنا، لا يعرف حوالة الحق، والمقصود بالحوالة فيه حوالة الدين. فنقل المشرع الأهلى شرط رضاء المدين فى حوالة الدين فى الفقه الإسلامى (مع أنه ليس بشرط حتمى) إلى حوالة =

= الحق. انظر فى ضرورة إثبات رضاء المدين بالكتابة فى التقنين الأهلى السابق: استئناف مختلط ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٨ م٥١ ص٩ – وفى جواز أن يكون رضاء المدين بالحوالة مقدماً وقت نشوء الدين بأن الحكم الصادر بثبوت هذا الدين يكون هو أيضاً قابلا للحوالة دون رضاء جديد من المدين: نقض مدنى ٢٩ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٣٠ ص٦١٣ – وفى عدم ضرورة رضاء المستأجر عندما يخلف المشترى المؤجر فى حقوق قبل المستأجر: نقض مدنى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ٢٠٧ ص٤٩٦ – وفى ضرورة رضاء المدين حتى فى حوالة الحق المتنازع فيه: نقض مدنى ١٩ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥٥ ص١٩٨ – وفى ضرورة رضاء المدين حتى لو كان الحق المحال به قد صدر به حكم: نقض مدنى ٢٥ أبريل سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٣ ص١٧٨ – ٧ مايو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٤٧ ص٩٧٣ – استئناف مصر ٢٧ يناير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٣٣ ص٣٩ – أول يناير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٢٧٣ ص٥٥٠ – ٣١ مارس سنة ١٩٤٣ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ٩ ص٢٢١ – استئناف مختلط ٧ فبراير سنة ١٩٢٤ م٣٦ ص٢١١ – ٢١ مارس سنة ١٩٢٩ م٤١ ص٣٢١ – ٢١ يناير سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص١٣٤ – ١٥ فبراير سنة ١٩٤٠ م٥٢ ص١٥٠ – ٤ يونيه سنة ١٩٤٢ م٥٤ ص٢٢٦.

وقد عدل التقنين المدنى الجديد عن مذهب التقنين الأهلى السابق، ولم يشترط رضاء المدين فى انعقاد حوالة الحق، بل ذكر صراحة، كما رأينا، أن هذه الحوالة تتم دون حاجة إلى رضاء المدين، مقتدياً فى ذلك بالتشريعات الحديثة (انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص١١٣ – الموجز للمؤلف فقرة ٥١٥).

أما التقنين المدنى المختلط السابق فلم يكن، كما هو واضح من نص المادة ٤٣٥ منه، يشترط رضاء المدين لانعقاد حوالة الحق، بل كان يكفى تراضى الدائن الأصلى والدائن الجديد. وقد صدر دكريتو ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠ يجعل العبرة، فى عهد التقنين المدنى السابق، بنشوء الحق، فإن نشأ بين وطنيين وجب رضاء المدين ولو كانت الحوالة لأجنبى، وإن نشأ بين أجنبيين أو بين مصرى وأجنبى فلا يجب رضاء المدين ولو كانت الحوالة لمصرى (الموجز للمؤلف فقرة ٥١٧ – الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٧٢٤ – الأستاذ أحمد نجيب الهلالى فى البيع فقرة ٦٢٩ فقرة ٦٣٢ – استئناف أهلى ٢٥ أغسطس سنة ١٨٩٠ الحقوق ٥ ص٢٣١ – استئناف مختلط ٥ يناير سنة ١٨٩٣ م٥ ص٩١ – ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٠١ م١٤ ص٢٨ – ١١ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م١٥ ص٤٢).

ويظهر مما قدمناه أن التقنين المدنى الجديد لم يغير فى نظام حوالة الحق بالنسبة إلى الحقوق التى كانت خاضعة لنظام التقنين المختلط، فكل حق نشأ بين مصرى وأجنبى أو بين أجنبيين قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ كان، ولا يزال، فى غير حاجة إلى رضاء المدين فى انعقاد حوالته. أما الحقوق التى نشأت بين وطنيين قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩، فهذه تبقى فى حوالتها خاضعة للتقنين المدنى الأهلى السابق، ومن ثم يكون رضاء المدين ضرورياً فى انعقاد الحوالة. وما نشأ من الحقوق منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ أيا كان طرفا الدين، مصريان أو أجنبيان أو مصرى وأجنبى – يخضع للتقنين المدنى الجديد، فلا يكون رضاء المدين ضرورياً فى انعقاد حوالته.

و٣٠٥ – وفى التقنين المدنى الليبى م٢٩٠ و٢٩٢ – وفى التقنين المدنى العراقى م٣٦٢ – ٣٦٣ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٢٨٠ و٢٨٢ – ٢٨٣(١).

ويتبين من هذه النصوص أن الحوالة تتم بتراضى المحيل والمحال له دون حاجة إلى رضاء المدين (المحال عليه). ولكن لا تنفذ فى حق المحال عليه إلا إذا قبلها أو أعلن بها، ولا فى حق الغير إلا من تاريخ إعلان المحال عليه أو من التاريخ الثابت لقبوله.

فنبحث أمرين: (١) انعقاد الحوالة (٢) نفاذ الحوالة فى حق المدين (المحال عليه) وفى حق الغير.

١ – انعقاد الحوالة

٢٦٠ – تراضى المحيل والمحال له كاف فى انعقاد الحوالة – لا حاجة إلى رضاء المدين: يكفى فى انعقاد الحوالة تراضى المحيل والمحال له، أى الدائن الأصلى والدائن الجديد. فإذا رضى الدائن الأصلى أن يحول حقه الذى فى ذمة مدينه إلى شخص آخر، وقبل هذا الشخص الآخر، فقد انعقدت الحوالة، وصار الدائن الأصلى محيلا والدائن الجديد محالا له، وكل ذلك دون حاجة إلى رضاء المدين الذى فى ذمته الحق، بل يصبح هذا بانعقاد الحوالة محالا

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى م٣٠٣ و٣٠٥ (مطابقتان للمادتين ٣٠٣ و٣٠٥ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى الليبى م٢٩٠ و٢٩٢ (مطابقتان للمادتين ٣٠٣ و٣٠٥ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى العراقى م٣٦٢ و٣٦٣ (مطابقتان للمادتين ٣٠٣ و٣٠٥ من التقنين المدنى المصرى).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٢٨٠ (سبق إيرادها انظر فقرة ٢٤٩ فى الهامش).

م٢٨٢: يتم التفرغ بين المتعاقدين منذ حصول الاتفاق بينهم، إلا إذا كان هذا التفرغ مجانياً فحينئذ يجب أن تراعى قواعد الشكل المختصة بالهبة بين الأحياء.

م٢٨٣: إن الانتقال لا يعد موجوداً بالنظر إلى شخص ثالث، ولا سيما بالنظر إلى المديون الذى تفرغ الدائن عن دينه، إلا بابلاغ هذا التفرغ إلى المديون أو بتصريح المديون فى وثيقة ذات تاريخ مسجل بأنه قبل ذلك التفرغ. وما دامت إحدى هاتين المعاملتين لم تتم، يصح للمديون أن يبرئ ذمته لدى المتفرغ. وإذا كان المتفرغ قد أجرى فراغين متتابعين لدين واحد، فالمتفرغ له الذى سبق إلى العمل بمقتضى القانون يفضل على الآخر، حتى لو كان تاريخ عقده أحدث عهداً.

وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المدنى المصرى (انظر فى وضع المحال عليه فى التقنين اللبنانى وفى أنه يعتبر من الغير الدكتور صبحى المحمصانى فى انتقال الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص٣٣).

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص١١٣.

عليه[1]. وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ٣٠٣ مدنى كما رأينا، مجانبة فى ذلك مذهب التقنين الأهلى السابق حيث كان يشترط رضاء المدين[2]، ومتمشية مع التقنين المختلط السابق وسائر التقنينات الحديثة حيث لا يشترط هذا الرضاء[1].

---

(1) أ- تقضى المادة ٣٠٣ من القانون المدنى بأن الحوالة تتم دون حاجة إلى رضاء المدين، مما مفاده وعلى ما ورد فى مذكرة المشروع التمهيدى، أن المشرع اختار المبدأ الذى سارت عليه التشريعات الحديثة التى تجيز أن يظل المدين بالحق المحال به بمعزل عن تعاقد المحيل والمحال له مراعية فى ذلك أن المدين يستوى لديه استبدال دائن بدائن آخر، وبالتالى فان الحق المحال به ينتقل بمجرد انعقاد الحوالة دون حاجة إلى نفاذها فى حق المدين المحال عليه.

(الطعن ٣٥٢ لسنة ٤١ق - جلسة ١٩٧٧/٣/٢٢ س٢٨ ص٧٣٢)

ب- مؤدى ما نصت عليه المادة ٣٠٣ من القانون المدنى ان حوالة الحق تتم بمجرد تراضي المحيل والمحال له دون حاجة إلى شكل خاص إلا إذا حال دون ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام، ويترتب على انعقادها صحيحة انتقال الحق المحال به من المحيل إلى المحال له بمجرد انعقاد الحوالة بما له من ضمانات بتوابعه، فيكون للمحال له أن يحل محل المحيل فى مباشرة دعاوى الحق المحال به وإجراءات استيفائه دون حاجة إلى اعادة ما سبق منها إذ يكفى أن يحل محله فيها ويتابع ما بدأه المحيل منها.

(الطعن ١٣١٣ لسنة ٥٠ق - جلسة ١٩٨٤/٥/٣٠ س٣٥ ص١٤٩٥)

جـ- حوالة الحق لا تنشئ التزاما جديدا فى ذمة المدين وانما هى تنقل الالتزام الثابت أصلا فى ذمته من دائن إلى دائن آخر باعتبار هذا الالتزام حقا للدائن المحيل وينتقل بها الالتزام ذاته بجميع مقوماته وخصائصه وينبنى على ذلك أن يظل هذا الالتزام بعد حوالته محكوما بذات القانون الذى نشأ فى ظله من حيث طبيعته وصفاته واثباته وقابليته للحوالة والشروط اللازمة لذلك فإذا صدر قانون يغير من هذه الأحكام فلا يسرى على هذا الالتزام إلا فى نطاق ما يستحدثه من قواعد آمره تتصل بالنظام العام ومن ثم فإذا كان القانون الذى نشأ الالتزام فى ظله يشترط لامكان حوالته رضاء المدين بالحوالة فان صدور قانون جديد يجعل هذا الرضاء غير لازم.

(جلسة ١٩٦٧/١١/٢٣ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص١٧٤٤)

(جلسة ١٩٥٩/١/١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٠ ص١٤)

(2) مؤدى النص فى المادة ٣٠٣ من القانون المدنى على انه (يجوز للدائن ان يحول حقه إلى شخص آخر إلا إذا حال ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضاء المدين) وفى المادة ٣٠٥ من ذات القانون على أنه (لا تكون الحوالة نافذة قبل المدين أو الغير إلا إذا قبلها المدين أو اعلن بها ..) ان حوالة الحق بحسب الاصل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة تنتج آثارها بين طرفيها من تاريخ انعقادها دون حاجة لرضاء المدين أو اعلانه. بالحوالة أو قبوله لها، ويترتب عليها انتقال الحق المحال به من المحيل إلى اعمال له بكل ضماناته وتوابعه، الا أنها لا تنفذ فى حق المدين إلا بقبوله لها قبولا صريحا أو ضمنيا أو اعلانه بها بأى ورقة رسمية تعلن بواسطة المحضرين وتشتمل على ذكر وقوع الحوالة وشروطها الاساسية ولا يغنى عنهما مجرد اخطار المدين بالحوالة بكتاب مسجل، أو علمه بها علما فعليا - ولو اقربه الا فى حالة الغش تواطئه مع المحيل =

والسبب فى عدم الحاجة إلى رضاء المدين أن انتقال الحق من دائن إلى آخر ليست من شأنه الإضرار بالمدين إضراراً يستوجب تحتيم رضائه لانعقاد الحوالة. ففى أكثر الأحوال يستوى لدى المدين أن يطالبه شخص أو آخر بالدين الذى فى ذمته. وفى أحوال قليلة قد يعنى المدين أن يطالبه دائنه الأصلى دون أى شخص آخر، لأنه إنما تعامل معه، أو لاحتمال أن يكون غيره أشد إلحافاً فى المطالبة. ولكن الضرر الذى ينجم عن ذلك أقل بكثير من الضرر الذى يصيب الدائن من جراء منعه من حوالة حقه عندما تقوم به الحاجة إلى ذلك، أو عندما يرى فى ذلك فائدة. وما على المدين، وقت نشوء الدين، إذا كان يحرص ألا يتغير عليه دائنه، إلا أن يتفق مع الدائن على عدم جواز الحوالة إلا برضائه، وقد تقدم القول فى ذلك. أما نفاذ الحوالة فى حق المدين فلا يكون إلا برضائه أو باعلانه كما سيأتى(١).

=على الوفاء له اضرارا بحقوق المحال له، إذ أنه متى رسم القانون طريقا محددا للعلم فلا يجوز استظهاره الا بهذا الطريق، وحين قرر المشرع لنفاذ الحوالة فى حق المدين قبوله لها أو اعلانه بها قد أراد بذلك تحقيق مصالح افترض وجودها ومن ثم فإذا تمسك المدين بما رتبه القانون فى هذه الحالة من عدم نفاذ الحوالة فى حقه وجب على المحكمة ان تحكم له بعدم نفاذها دون أن تطالبه باثبات مصلحته فى القضاء له بذلك، لما كان ما تقدم، وكان مفاد ما نصت عليه المادة ٥٣ من القانون المدنى الا يحاج الشخص الاعتبارى باية اعمال قانونية توجه إلى غير ممثله القانونى طبقا لسند انشائه فان حوالة الحق لا تنفذ قبل الشخص الاعتبارى المحال عليه ولا يحاج بها إلا إذا قبلها ممثله القانونى أو اعلن بها على النحو السالف بيانه.

(الطعن ١٨٨٢ لسنة ٥٢ق - جلسة ١٩٩٠/٣/١٩)

(جلسة ١٩٧٧/٣/٢٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ ص٧٣٢)

(جلسة ١٩٦٤/١/٢٣ مجموعة احكام النقض السنة ١٥ ص١٢٣)

(١) أما فى حوالة الدين فتغير المدين على دائنه أشد خطراً، إذا أن قيمة الدين تتوقف إلى حد كبير على شخص المدين وملاءته ومبلغ مسارعته إلى الوفاء بما فى ذمته من الديون، ومن ثم كان شأن الدائن فى حوالة الدين أهم من شأن المدين فى حوالة الحق كما سنرى.

هذا ويصح أن ينقل الدائن حقه إلى آخر بطريق الوصية، والوصية تصرف قانونى كالحوالة. وفى هذه الحالة تتبع أحكام الوصية لا أحكام الحوالة، فتتم الوصية بالحق بإرادة الموصى وحده، وتكون قابلة للرجوع فيها إلى أن يموت، وترتد برد الموصى له، ولا تنفذ إلا فى ثلث التركة، إلى غير ذلك من أحكام الوصية. ولكن متى انتقل الحق بالوصية إلى الموصى له، وأصبح هو الدائن مكان الموصى، وصار خلفاً خاصاً على هذا الحق، شأنه فى ذلك شأن المحال له فى الحوالة ما بين الأحياء، لا سيما فى الحوالة التى تتم بطريق الهبة.

انظر فى انتقال الحق الشخصى من دائن إلى آخر، لا عن طريق تصرف قانونى كالحوالة والوصية والحلول الاتفاقى، بل عن طريق واقعة مادية كالميراث والحلول القانونى، وكذلك فى التزام الدائن إحلال دائنه محله فى بعض الأحوال كما إذا باع وارث المودع عنده الشئ المودع وهو حسن النية فعليه لمالكه التنازل له عن حقوقه قبل المشترى (م٧٢٣ مدنى): الأستاذ شفيق شحاته فى حوالة الحق فى تقنين البلاد العربية ص١٠ - ص١١.

٢٦١ – الحوالة اتفاق رضائي لا يشترط فيه شكل خاص الا في الهبة: والحوالة، ما لم تكن هبة صريحة، اتفاق رضائي(١). فلا يشترط لانعقادها شكل خاص، بل تنعقد بمجرد توافق الإيجاب والقبول(٢)،ومن ثم لا يوجد ما يمنع من حوالة حق غير ثابت بالكتابة(٣). وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص فى هذا المعنى، هو المادة ٤٢٨ من هذا المشروع، وكانت تجرى على الوجه الآتى: «١ – لا يشترط فى انعقاد الحوالة شكل خاص، حتى لو كان الحق المحال به مضموناً برهن رسمى أو بأى عينى آخر. ٢ – ولكن لا يجوز التمسك قبل الغير بحوالة تأمين عينى إلا إذا حصل التأشير بذلك على هامش القيد الأصلى لهذا التأمين(٤)». وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة، «لأن الفقرة الأولى منه يمكن استخلاصها من القواعد العامة، ولأن الفقرة الثانية ورد حكمها فى مكان آخر(٥)». وغنى عن البيان أنه إذا لم يؤشر بالحوالة فى هامش القيد الأصلى للتأمين، وانتقلت العين المرهونة إلى حائز، جاز لهذا الحائز أن يفى بالدين وفاء صحيحاً للدائن الأصلى، إذ المفروض أنه يجهل وقوع الحوالة ما دام لم يؤشر بها على هامش القيد(٦).

---

(١) استئناف مختلط ٢٠ نوفمبر سنة ١٩١٣ م٢٦ ص٤٠ – ١٨ يونيه سنة ١٩٤٠ م٥٢ ص٣١٧.

(٢) واستخلاص قيام الحوالة مسألة واقع لا تخضع لرقابة محكمة النقض (نقض مدنى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٦ ص١٤).

(٣) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١١٦ ص٤٩٦ – وانظر آنفا فقرة ٢٥٠.

(٤) انظر فى أن حوالة الحق المضمون برهن رسمى أو بأى تأمين عينى آخر تتم بعقد رضائى، والتأشير على هامش القيد الأصلى للتأمين إنما هو للتمسك به قبل الغير: استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٠١ م١٣ ص٣٤١ – ٢٧ مارس سنة ١٩٠٧ م١٩ ص١٨٤ – ٣٠ نوفمبر سنة ١٩١٣ م٢٦ ص٤٠– ٢٦ مايو سنة ١٩١٥ م٢٧ ص٣٥٩ – ١٧ يونيه سنة ١٩٢٠ م٣٢ ص٣٥٨ – ١٠ يونيه سنة ١٩٣٦ م٤٨ ص٣١٣، ٢٠ مايو سنة ١٩٣٧ م٤٩ ص٢٣١ – ١٦ أبريل سنة ١٩٤٠ م٥٢ ص٢٣٢ – ٤ ديسمبر سنة ١٩٤١ م٥٤ ص٢١ – ١٥ يناير سنة ١٩٤٢ م٥٤ ص٤٥. وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الشأن ما يأتى: «جعل المشروع من حوالة الحق عقداً رضائياً، ولم يروجها لاشتراط شكل معين بالنسبة لها بالذات. ومؤدى هذا أنها تخضع فى انعقادها للأحكام العامة التى تسرى بشأن العقود الرضائية جميعاً. ولم يستثن المشروع من نطاق تطبيق هذه القاعدة حوالة الحق المضمون برهن رسمى أو بأى تأمين عينى آخر بل اعتبر التأمين فى هذه الحالة من توابع الحق، وألحقه بأصله تفريعاً على هذا الوصف. ولكنه اشترط لجواز التمسك قبل الغير – وهم خليقون بالحماية – بهذا التأمين، باعتباره حقاً عينياً، التأشير بمثل هذه الحوالة فى هامش القيد الأصلى للتأمين. ويتم انعقاد الحوالة متى اتفق المحيل والمحال له فيما بينهما، بيد أن المدين قد يجهل هذا الاتفاق، بل والغالب فيه أن يجهله، ولهذه العلة يقع وفاؤه للمحيل صحيحاً ما بقى جاهلا بالحوالة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص١١٢ فى الهامش).

(٥) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص١١٢ فى الهامش.

(٦) قارن استئناف مختلط ٥ يونيه سنة ١٩١٧ م٢٩ ص٤٨٠ – كذلك إذا حول الدائن الأصلى حقه مرة أخرى، ولم يكن المحال له الأول قد أشر بالحوالة الأولى على هامش القيد، وأشر المحال له الثانى على =

أما إذا تمحضت حوالة الحق هبة مباشرة، فانها ككل هبة يجب أن تفرغ فى شكلها الرسمى، ولا تنعقد إلا إذا كانت فى ورقة رسمية. وليس فى هذا إلا تطبيق للقواعد العامة فى الهبة(١).

٢٦٢- وجوب مراعاة قواعد الاثبات: على أنه تجب مراعاة القواعد العامة فى إثبات الحوالة. فإذا حول دائن حقه، وهو سبعمائة جنيه مثلا، إلى آخر بثمن قدره ستمائة جنيه، وذلك بالتراضى بينهما، فان المحيل لا يستطيع إثبات التزام المحال له بالثمن، ولا المحال له يستطيع إثبات التزام المحيل بنقل هذا الحق، إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها، ولا يجوز الإثبات بالبينة أو بالقرائن(٢)(1)، لأن كل التزام من هذين يزيد على خمسمائة جنيه. أما إذا كان الحق المحال به هو خمسمائة جنيه وكان ثمن الحوال خمسمائة جنيه مثلا، فان المحيل يستطيع إثبات التزام المحال له بالثمن بالبينة والقرائن لأن الثمن لا يزيد على خمسمائة جنيه، ولكن المحال له لا يستطيع إثبات التزام المحيل بنقل الحق إلا بالكتابة أو بما

=هذا الهامش بالحوالة الثانية، فإن حوالة التأمين العينى بموجب الحوالة الأولى لا يحتج بها على المحال له الثانى ولو كانت الحوالة الأولى للحق الشخصى نافذة فى حقه (الأستاذ شفيق شحاتة فى حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية ص١٥ - شبين الكوم ١٤ يناير سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٥ رقم ٣٠٨ ص٦٦٧).

(١) وقد نص تقنين الموجبات والعقود اللبنانى صراحة على هذا الحكم، إذ تقول المادة ٢٨٢ من هذا التقنين: «يتم التفرغ بين المتعاقدين منذ حصول الاتفاق بينهم، إلا إذا كان هذا التفرغ مجانياً فحينئذ يجب أن تراعى قواعد الشكل المختصة بالهبة بين الأحياء».

وإذا كانت حوالة الحق على سبيل الرهن، فالرهن رهن حيازة، ولا يشترط لانعقاد الحوالة فى هذه الحالة شكل خاص. ولكن لا يكون الرهن نافذاً إلا بإعلان هذا الرهن إليه أو بقبوله إياه، ولا يكون نافذاً فى حق الغير إلا بحيازة الدائن المرتهن للدين المرهون، وتحسب للرهن مرتبته من التاريخ الثابت للإعلان أو القبول (انظر م١١٢٣ مدنى).

(٢) ولكن فى المواد التجارية يجوز الإثبات بالبينة والقرائن. وقد يعتبر تسليم سند الدين إلى المحال له قرينة على وقوع الحوالة. وحتى فى المواد المدنية قد يكون هذا التسليم قرينة تعزز مبدأ ثبوت بالكتابة (انظر انسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ cession de créance فقرة ١٥٥).

(1) إذا كان المطعون عليه يدعى أنه دفع للطاعنة مبلغ مائة جنيه فى مقابل حوالة حقها فى استلام السيارة دون أن يثبت هذا المبلغ فى الاتفاق، وكانت حوالة الحق فى مقابل مبلغ معين أمرا مشروعا ذلك أن المشرع أجاز فى المادة ٣٠٨ من القانون المدنى أن تكون الحوالة بعوض، وهذا العوض وفقا لما هو مستفاد من المادة ٣١٠ من القانون المذكور هو الشئ الذى استولى عليه المحيل من المحال له فى مقابل الحوالة ومن ثم فان هذا المقابل يخضع اثباته للقواعد العامة.

(جلسة ١٩٧٧/٣/٢٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ ص٧٣٢)

يقوم مقامـــها لأن الحق تزيد قيمته على خمسمائة جنيه[١](1).

وتبقى هذه القواعد العامة للإثبات هي المعمول بها، حتى لو أريد إثبات حوالة حق ثابت في سند اسمي أو في سند تحت الإذن، لأن الإجراءات الخاصة بحوالة هذه الحقوق ليست ضرورية إلا لجعل الحوالة نافذة في حق للغير، فهي ليست ضرورية لا لانعقاد الحوالة ولا لإثباتها بعد الانعقاد.

٢٦٣ - تكييف الاتفاق الذى تتم به الحوالة: والاتفاق الذى تتم به الحوالة ما بين الميل والمحال له هو الذى ينقل الحق من الأول إلى الثانى. ولذلك سمى اتفاقاً (convention) ولم يسم عقداً (contrat)، إذ يذهب بعض الفقهاء إلى أن الاتفاق أعم من العقد، فهو ينشئ الحقوق وينقلها ويعدلها ويقضيها، أما العقد فيقتصر على إنشاء الحقوق[٢]. ولما كانت الحوالة تنقل حقاً شخصياً موجوداً من قبل، ولا شأن لها في إنشاء هذا الحق، فهي اتفاق لا عقد. ولكن أكثر الفقهاء لا يرون أهمية عملية للتمييز بين الاتفاق والعقد[٣].

على أنه يمكن القول من جهة أخرى أن الاتفاق على الحوالة ما بين المحيل والمحال له يبدأ بانشاء التزام في ذمة المحيل بنقل حقه الشخصي إلى المحال له(2)، ويتم تنفيذ هذا الالتزام

---

(١) وإذا قيل أن قيمة الحق المحال به في هذه الحالة هي ثمنه الذى بيع به وليست قيمته في ذاته - وهذا ما لا نميل إلى الأخذ به لأن العبرة هي بقيمة الالتزام في ذاته ولو زادت هذه القيمة على الثمن الذى بيع به - فإن كلا من المحيل والمحال له يستطيع إثبات الحوالة بالبينة وبالقرائن.

(٢) انظر في هذا المعنى أيضاً المادة ١٦٥ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني.

(٣) وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يورد تعريفاً للعقد لا يميز فيه بينه وبين الاتفاق. وقد حذف هذا التعريف في المشروع النهائي، ولم يكن الحذف عدولا عن عدم التمييز بين الاتفاق والعقد، بل كان مجاراة لسياسة تشريعية هي تجنب الإكثار من التعريفات الفقهية (الوسيط جزء أول فقرة ٣٧ - مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٩ - ص١١ في الهامش).

(1) حوالة الحق هي اتفاق بين المحيل والمحال له على تحويل حق الأول الذى في ذمة المحال عليه إلى الثانى ويتعين مراعاة القواعد العامة في اثبات الحوالة، لما كان ذلك وكان المطعون عليه الأول لم يقدم ما يفيد حوالة عقد الايجار من البائعة إليه، وكان البين من الانذار الموجه منه إلى الطاعنين المستأجرين أنه اقتصر على الاشارة إلى حلوله محل المؤجر والبائعة في عقد الايجار بوصفه خلفا خاصا، فان ذلك لا يكفى لاثبات حصول اتفاق بينه وبين البائعة للعقار المؤجر على تحويله حقها في قبض الأجرة من الطاعنين.
(جلسة ١٩٧٧/٣/٣ - مجموعة احكام النقض السنة ٢٨ ص٨٧٧)

(2) الحق موضوع الحوالة يحكمه القانون السارى وقت نشوئه فإذا كانت وثيقة التأمين والإقرار الذى بمقتضاه احل المؤمن له شركة التأمين في حقوقه وتنازل لها عن التعويض المستحق له قبل الغير قد حررا في ظل القانون المدنى القديم فإن هذا القانون هو الذى يجب إعماله في شأن الحوالة.
(الطعن ٢١٧ لسنة ٢٤ق - جلسة ١٩٥٩/١/١ س١٠ ص١٤)

فوراً بمجرد نشوئه فينتقل الحق إلى المحال له. فإذا صح هذا التكييف، كانت الحوالة عقداً حتى عند من يذهبون إلى التمييز بين العقد والاتفاق، إذ أنها تبدأ بانشاء التزام بنقل الحق ثم ينتقل الحق تنفيذاً لهذا الالتزام(١).

٢ - نفاذ الحوالة فى حق المدين وفى حق الغير

٢٦٤ - معنى صيرورة الحوالة نافذة فى حق المدين وفى حق الغير: قدمنا أن الحوالة تنعقد بالتراضى بين المحيل والمحال له، دون حاجة إلى رضاء المدين. ولكن انعقاد الحوالة لا يكفى لجعلها نافذة فى حق المدين أو فى حق الغير.

أما أن انعقاد الحوالة لا يكفى لجعلها نافذة فى حق المدين، فذلك لأن الحوالة تنعقد دون حاجة إلى رضائه، فيصح أن يكون جاهلا بوقوعها، فيعامل دائنه الأصلى على أنه دائنه الوحيد، ويفى له بالدين أو يقضيه معه بأى سبب من أسباب الانقضاء كالتجديد والمقاصة والإبراء. وينبغى أن يقع هذا التعامل صحيحاً، وأن يستطيع المدين الاحتجاج به على المحال له، ومعنى ذلك أن الحوالة لا تكون نافذة فى حق المدين. وإنما تنفذ الحوالة فى حقه إذا كان عالماً بها، وعندئذ يصبح المحال له هو دائنه الوحيد، ولا يجوز له التعامل مع الدائن الأصلى أو الوفاء له بالدين. فهذا هو معنى صيرورة الحوالة نافذة فى حق المدين.

أما معنى صيرورتها نافذة فى حق الغير، فهذا يقتضى أولا تحديد معنى «الغير» هنا. يمكن اعتبار المدين «غيرا» من وجه، وطرفاً فى الحوالة من وجه آخر. وعلى كل حال فإن المدين له وضع خاص فى الحوالة يجعله بين بين(٢).

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص١٠ فى الهامش. ويعترض الأستاذ شفيق شحاتة على هذا التصوير (حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية ص١٣ - ص١٤). ولا مانع من القول معه بأن عقد الحوالة نفسه هو الذى ينقل الحق مباشرة من المحيل إلى المحال له، دون حاجة إلى افتراض نشوء التزام سابق بنقل هذا الحق يتم تنفيذه بمجرد نشوئه. وتبقى الحوالة مع ذلك عقداً، لعدم الحاجة إلى التمييز ما بين العقد والاتفاق كما سبق القول. ولكن قيام حق عينى يترتب على حق شخصى - وهو ما يأباه الأستاذ شفيق شحاتة ويتخذ من تفنيده حجة رئيسية لرفض التصوير المتقدم الذكر - لا شك فى إمكانه، بل هو يقع كثيراً فى العمل. ويكفى أن نشير إلى إمكان رهن الحق الشخصى وإلى إمكان أن يترتب عليه حق انتفاع، ففى الحالة الأولى رتبنا حقاً عينياً تبعياً على حق شخصى. وفى الحالة الثانية رتبنا على الحق الشخصى حقاً عينياً أصلياً (انظر أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة هامش رقم ١).

(٢) انظر فى اعتبار المدين غيرا: استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٩١٢ م٢٤ ص١٩٤ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٢ م٢٥ ص٢٢. ولكن انظر فى اعتبار أن دائنى المدين ليسو من الغير: استئناف مختلط =

أما الأشخاص الذين يتمحضون «غيرا» فى الحوالة فهم كل شخص كسب حقاً من جهة المحيل على الحق المحال به، يتعارض مع حق المحال له[1]. فيكون غيرا محال له آخر غير المحال له الأول، يبتاع الحق المحال به، أو يوهب له أو يرتهنه مثلا،. كما يكون غيرا دائن المحيل إذا وقع حجزاً على الحق المحال به تحت يد المحال عليه. كذلك إذا شهر إفلاس المحيل أو شهر إعساره، فدائنوه يصبحون من الغير بالنسبة إلى المحال له[1]. ومعنى صيرورة الحوالة نافذة فى حق هؤلاء الاغيار هو أنه عند تزاحم المحال له مع أحد منهم – محال له ثان أو دائن حاجز أو دائن المفلس أو المعسر – يقدم المحال له إذا كان تاريخ نفاذ حوالته فى حق هذا الغير سابقاً على تاريخ نفاذ الحوالة الثانية أو الحجز أو الإفلاس أو الإعسار فى حقه هو.

٢٦٥– اعلان المدين بالحوالة أو قبوله لها ضرورى لنفاذ الحوالة فى حقه وفى حق الغير: لابد إذن، لنفاذ الحوالة فى حق المدين المحال عليه، من أن يعلم بها. وقد أختار القانون لإعلامه بها أحد طريقتين: إما إعلانه بهذه الحوالة، وإما قبوله لها[2]. وقد نصت على ذلك

=١٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ م٢٦ ص٨٥– ٤ مارس سنة ١٩١٤ م٢٦ ص٢٥٩ – ١٤ ديسمبر سنة ١٩١٥ م٢٨ ص٥٦.

أما تقنين الموجبات والعقود اللبنانى (م٢٨٣) فيعتبر المدين «غيرا»، شأنه فى ذلك شأن سائر الأغيار، ويشترط لنفاذ الحوالة فى حقه بقبوله لها أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ. ويقول الأستاذ صبحى المحمصانى فى هذا الصدد: «ولابد من الإشارة إلى فارق مهم بين القانون اللبنانى وسائر القوانين المدنية العربية. فالقانون اللبنانى، على غرار القانون الفرنسى، اعتبر المدين من فئة الغير فى الحوالة، وعاملهم جميعاً معاملة واحدة لجهة إجراءات الإعلان اللازمة فى الحوالة، فنص على أن الحوالة لا تعد موجودة بالنظر إليهم إلا بإجراء إحدى طريقتى الإعلان المبينتين. ولكن باقى القوانين العربية لم تعتبر المدين من فئة الغير، وفرقت بينه وبين هؤلاء فى المعاملة لجهة إجراءات الإعلان، فلم تشترط ثبوت التاريخ لقبول المدين بالحوالة إلا تجاه الغير» (انتقال الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص٣٣).

(١) استئناف مختلط ٢٤ فبراير سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص٢٠٢.

(1) يعد من الغير فى الحوالة كل شخص كسب من جهة المحيل حقا على الحق المحال به يتعارض مع المحال له، وكان مما يدخل فى نطاق هذا المفهوم أنه بصدور حكم شهر افلاس المحيل يصبح دائنوه من الغير بالنسبة للمحال له، فان لازم ذلك لا يحاج هؤلاء الدائنون بالحوالة إلا إذا كانت ثابتة التاريخ، فإذا قرر الحكم المطعون فيه أن دائنى المفلس لا يعتبرون من الغير وأن الحوالة تنفذ فى السندات، فانه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون.

(جلسة ١٩٦٧/٤/٢٥ الطعن ٢٠٨ لسنة ٣٣ق مجموعة احكام النقض السنة ١٨ ص٨٧٢)

(2) أ– إن المادة ٣٠٥ من القانون المدنى إذ تنص على «لا تكون الحوالة نافذة قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها. على أن نفاذها قبل الغير بقبول المدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ» فقد أفادت بأنه يشترط لنفاذ الحوالة فى حق الغير أن تكون ثابتة التاريخ سواء أعلن بها المدين أو قبلها ذلك أن الإعلان له تاريخ ثابت حتما ويكون نفاذها فى حق الغير كنفاذها فى حق المدين =

المادة ٣٠٥ مدنى، كما رأينا. ولا فرق بين الطريقين، فأى منهما يكفى لجعل الحوالة نافذة فى حق المدين(١). غير أن النتائج التى تترتب على قبول المدين للحوالة قد تكون فى بعض

=فى هذا التاريخ ولأنه يشترط بالنسبة لقبول المدين للحوالة ثبوت التاريخ بصريح النص لنفاذها قبل الغير.
(الطعن ٢٠٨ لسنة ٣٣ق – جلسة ١٩٦٧/٤/٢٥ س١٨ ص١٨٧٣)
(الطعن ٧٠ لسنة ٢٦ق جلسة ١٩٦٤/١/٢٣ مجموعة احكام النقض السنة ١٥ ص١٢٣)

ب– يكفى فى إعلان المدين بالحوالة لتنفذ فى حقه طبقاً لنص المادة ٣٠٥ من القانون المدنى – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – حصوله بأية ورقة رسمية تعلن بواسطة المحضرين وتشتمل على ذكر وقوع الحوالة وشروطها الأساسية، وبالتالى فإن اعلان صحيفة الدعوى التى يرفعها المحال له على المدين مطالباً إياه بالوفاء بالحق المحال به يعتبر إعلاناً بالمعنى المقصود قانوناً فى المادة ٣٠٥ المذكورة ونفذ به الحوالة فى حق المدين.
(الطعن ٣٤٥ لسنة ٤٨ق – جلسة ١٩٨٣/١/٢٦ س٣٤ ص٣٠٨)

جـ– لما كان العقد شريعة المتعاقدين ولا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون، وكانت الحوالة عقدا ملزما للمحيل والمحال إليه كليهما فلا يجوز لأحدهما العدول عنه بارادته المفردة، وكان الحق المحال به ينتقل وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض إلى المحال له بصفاته ودفوعه كما تنتقل معه توابعه، وكان البين من أوراق الطعن أن مالكى عين النزاع قد أجروها للمطعون ضده الأول بالعقد المؤرخ أول يناير سنة ١٩٦٠ وأنهم باعوها للطاعنة بعقد البيع الابتدائى المؤرخ.. وحولوا لها عقد الايجار والأجرة الناشئة عنه منذ إبرامه، مما مؤداه أن الحقوق التى للبائعين عن عقد الايجار قد انتقلت إلى الطاعنة وكانت الحوالة وإعمالا لصريح نص المادة ٣٠٥ من القانون المدنى تنفذ فى حق المحال عليه بإعلانه بها أو قبوله لها، وكان البين من الأوراق أن المستأجر المطعون ضده الأول قبل الحوالة بالصلح المؤرخ.. الذى نظم كيفية وفائه بالأجرة المستأجرة فتكون الحوالة قد نفذت فى حقه.
(الطعن ١٨١ لسنة ٤٧ق – جلسة ١٩٨٣/٢/٩ س٣٤ ص٤٤٢)
(الطعن ٢٤١ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٢/١/٧)

(١) وليس هناك ميعاد محدد يجب فى خلاله إعلان الحوالة أو قبولها، وسنرى فيما يأتى (انظر فقرة ٢٦٦) أن الإعلان أو القبول ينتج أثره، ويجعل الحوالة نافذة فى حق المدين وفى حق الغير، أيا كان الوقت الذى صدر فيه بعد صدور الحوالة. ولا يكون الإعلان أو القبول متأخراً، فلا ينتج أثره، إلا إذا سبقه إعلان أو قبول لحوالة أخرى أو توقيع حجز تحفظى تحت يد المدين أو شهر إفلاس المحيل أو شهر إعساره.
وحوالة الحق المعلق على شرط يجوز إعلانها أو قبولها قبل تحقق الشرط (بودرى وسينيا فقرة ٧٨٦، وانظر فى حوالة الحق المستقبل بودرى وسينيا فقرة ٧٨٧).
وموت المحيل (الدائن الأصلى) لا يحول دون الإعلان أو القبول، فيجوز للمدين أن يقبل الحوالة بعد موت المحيل، كما يجوز للمحال له ولورثة المحيل إعلانه بالحوالة. كذلك موت المحال له لا يمنع ورثته ولا المحيل من إعلان الحوالة، ولا يمنع المدين من قبولها. =

الأحوال أبعد مدى من تلك التى تترتب على مجرد الإعلان. من ذلك ما نصت عليه المادة ٣٦٨ مدنى من أنه: «١- إذا حول الدائن حقه للغير وقبل المدين الحوالة دون تحفظ، فلا يجوز لهذا المدين أن يتمسك قبل المحال له بالمقاصة التى كان له أن يتمسك بها قبل قبوله للحواله، ولا يكون له إلا الرجوع بحقه على المحيل. ٢- أما إذا كان المدين لم يقبل الحوالة ولكن أعلن بها، فلا تمنعه هذه الحوالة من أن يتمسك بالمقاصة». وسنعود إلى هذه المسألة فيما يأتى.

أما لنفاذ الحوالة فى حق الغير، فانه يجب أيضاً إما إعلان المدين بالحوالة وإما قبوله لها. ولما كان إعلان المدين بالحوالة لا يصح إلا بورقة رسمية كما سنرى، فان هذا الإعلان له تاريخ ثابت حتما، ويكون نفاذ الحوالة، فى حق الغير، كنفاذها فى حق المدين، من هذا التاريخ(1). فإذا تزاحم المحال له مع محال آخر أو مع دائن حاجز مثلا، وكانت الحوالة نافذة فى حق الغير من طريق إعلانها للمدين، فتاريخ هذا الإعلان هو الذى يحدد مرتبتها بالنسبة إلى الحوالة الثانية أو إلى الحجز. أما إذا كان نفاذ الحوالة فى حق الغير من طريق قبول المدين لها، فليس من المحتم أن يكون لهذا القبول تاريخ ثابت، ومن ثم لا تكون الحوالة نافذة فى هذه الحالة فى حق الغير إلا من الوقت الذى يكون فيه للقبول تاريخ ثابت. ونرى من ذلك أن الحوالة، إذا كان نفاذها من طريق قبول المدين، تكون نافذة فى حق المدين من وقت هذا

=أما إذا كان الحق ميراثاً فى تركة، وجعل بعد القسمة من نصيب أحد الورثة دون الآخرين، فلا يعتبر الحق قد حول من باقى الورثة إلى هذا الوارث حتى تحتاج الحوالة إلى إعلان المدين أو قبوله، بل يكون للقسمة أثر كاشف ويعتبر الحق قد انتقل كله إلى الوارث بطريق الميراث لا بطريق الحوالة، فلا حاجة إذن إلى إعلان المدين أو قبوله (استئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩٠١ م١٣ ص١٣٢).

(1) أ- تنص المادة ٣٠٥ من القانون المدنى على أنه لا تكون الحوالة نافذة قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا قبلها المدين أو اعلن بها... ومفاد ذلك أن القانون حين قرر لنفاذ الحوالة فى حق المدين قبوله لها أو إعلانه بها قد شاء بذلك تحقيق مصالح افترض وجودها فإذا ما تمسك المدين بما رتبه القانون فى هذه الحالة من عدم نفاذ الحوالة فى حقه وجبت على المحكمة أن تحكم له بعدم نفاذها دون أن تطالبه باثبات مصلحته فى القضاء له بذلك.

(الطعن ٧٠٠ لسنة ٢٩ق - لسنة ١٩٦٤/١/١٣ س١٥ ص١٢٣)

ب- متى كان سبب رفض الدعوى قائما على عدم نفاذ الحوالة فى حق المدين لعدم إعلانه بها أو قبوله لها فانه يستوى فى ذلك أن تحكم المحكمة برفض الدعوى بحالتها أو بعدم قبولها إذ لا يعتبر أى من هذين القضاءين مانعا من التقاضى بشأن الحق موضوع عقد الحوالة إذا ما أضحت نافذة فى حق المدين ومن ثم فان النعى على الحكم بمخالفة القانون فى هذا الصدد لا تتحقق به للطاعنة إلا مصلحة نظرية بحتة وهى لا تصلح أساسا للطعن.

(الطعن ٧٠ لسنة ٢٩ق - جلسة ١٩٦٤/١٠/٢٣ س١٥ ص١٢٣)

القبول ولو لم يكن له تاريخ ثابت، ولا تكون نافذة فى حق الغير إلا من وقت أن يكون للقبول تاريخ ثابت، فهى إذن قد تكون نافذة فى حق المدين دون أن تكون نافذة فى حق الغير. وهذا ما نصت عليه المادة ٣٠٥ مدنى، فهى تقضى كما رأينا بأنه «لا تكون الحوالة نافذة قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها. على أن نفاذها قبل الغير بقبول المدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ». وسنعود إلى تفصيل ذلك عند الكلام فى العلاقة ما بين المحال له والغير.

والغرض من هذه الإجراءات – إعلان المدين أو قبوله – مراعاة مصلحة المدين أولا وذلك حتى يعلم بالحوالة فيمتنع من معاملة الدائن الأصلى ولا يعامل إلا الدائن الجديد، ومراعاة مصلحة الدائن الجديد ثانيا وذلك حتى يصبح بعد الإعلان أو القبول هو وحده صاحب الحق المحال به تجاه المدين والغير، ومراعاة مصلحة الغير أخيراً إذ أنه لا يمكن تركيز شهر الحوالة فى جهة خير من جهة المدين، فهو الذى يطالبه المحال له بالحق، وهو الذى يستطيع أن يخبر الغير الذى يريد أن يتعامل فى هذا الحق بما إذا كان الدائن قد تصرف فيه من قبل أو أن حجزاً وقع على الحق تحت يده، ما دام قد قبل هذا التصرف السابق أو أعلن به أو بالحجز، فيمتنع الغير بعد ذلك عن التعامل مع الدائن فى هذا الحق[1].

٢٦٦ – اعلان المدين بالحوالة: يصدر هذا الإعلان إما من المحيل أو من المحال له. ولما كان المحال له هو الذى يعنيه قبل غيره أن تكون الحوالة نافذة فى حق المدين وفى حق الغير، وهو الذى يخشى إن أبطأ فى ذلك أن يعمد المحيل إلى التصرف فى حقه مرة أخرى أو إلى اسيفائه من المدين، لذلك كان الغالب أن يكون هو – لا المحيل – الذى يتولى إعلان الحوالة

---

(١) انظر بودرى وسينيا فقرة ٧٦٧ – أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص١٤٣ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٧ – كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٢٧.

وأى حق شخصى، ولو كان حقاً تجارياً، يحوله صاحبه إلى غيره، تخضع الحوالة فيه، حتى تكون نافذة فى حق المدين والغير، لأحد هذين الإجرائين الاعلان أو القبول. ومع ذلك توجد حقوق تقتضى إجراءات أخرى بجانب الاعلان أو القبول، كما فى حوالة الأجرة التى لم تستحق لمدة تزيد على ثلاث سنوات فإنها لا تكون نافذة فى حق الغير إلا بالتسجيل. كما توجد حقوق تقتضى إجراءات غير الاعلان أو القبول، كالحقوق الثابتة فى سندات إسمية أو تحت الأذن أو لحاملها، وسيأتى بيان ذلك.

والإعلان أو القبول لازم لنفاذ الحوالة، سواء كان الحق المحال حقاً منفرداً (droit isolé) أو كان عنصراً فى مجموع من المال (universalité). وقد نصت المادة ٤٧٤ مدنى على أنه «إذا بيعت تركة، فلا يسرى البيع فى حق الغير إلا إذا استوفى المشترى الإجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت عليه التركة. فإذا نص القانون على إجراءات لنقل الحق فيما بين المتعاقدين، وجب أيضاً أن تستوفى هذه الإجراءات».

(٢) وإذا تعدد المحال لهم فى الحوالة الواحدة، كان عليهم جميعاً أن يقوموا باعلان الحوالة، وقد يقوم أحدهم بإعلانها، أصالة عن نفسه وبالوكالة عن الآخرين. بل يجوز فى هذه الحالة أن يعلنها باسمه=

للمدين[٢]. وقد يعنى المحيل إعلان الحوالة، حتى لا يوقع أحد دائنيه حجزاً تحفظياً تحت يد المدين قبل إعلانها، فيصبح الحجز نافذاً فى حق المحال له، ويرجع هذا عليه بالضمان، ومن ثم يكون المحيل نفسه هو الذى يبادر باعلان الحوالة درءاً لهذا الخطر[١](1).

ويمكن إعلان المدين بالحوالة فى أى وقت بعد صدورها. ولا يكون الإعلان متأخراً، إلا إذا سبقه إجراء يمنع من جعله مفيداً. مثل ذلك أن تصدر من المحيل حوالة أخرى تعلن للمدين أو يقبلها، فمن وقت إعلان الحوالة الثانية أو قبولها لم يعد من المفيد إعلان الحوالة الأولى. ومثل ذلك أيضاً توقيع حجز من دائن المحيل تحت يد المدين، فمن يوم توقيع هذا الحجز لم يعد إعلان الحوالة إلا بمثابة حجز جديد كما سنرى. ومثل ذلك أخيراً شهر إفلاس

=خاصة، إذا هو أرفق بالاعلان صورة الحوالة حيث يبين منها أنها صادرة له ولآخرين هو الوكيل عنهم (استئناف مختلط ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٠ م٣٢ ص٢٩٦). وإذا كان المحال لهم متضامنين، صح لأى منهم إعلان الحوالة، ويفيد سائر المحال لهم من هذا الإعلان، إذ يسرى عمل أحد الدائنين المتضامنين فى حق الباقين إذا كان هذا العمل نافعاً لهم، وقد سبق بيان ذلك.

(١) بودرى وسينيا فقرة ٧٧١.

(1) أ- لمشترى العقار بعقد غير مسجل، مطالبة المستأجر بالحقوق الناشئة عن عقد الإيجار إذا ما قام البائع بتحويل عقد الإيجار إليه، وقبل المستأجر هذه الحوالة أو أعلن بها.

ب- من المقرر أن إعلان المحال عليه بصحيفة الدعوى التى تضمنت بيانات الحوالة تعتبر إعلانا له بها وتنفذ فى حقه من هذا التاريخ، واعتبارا من هذا التاريخ يصح للمحال له مقاضاة المحال عليه بكل ما كان للمحيل من حقوق محالة ما دام القانون لم يستلزم لرفع الدعوى بها أن تكون مسبوقة باجراء آخر. لما كان ذلك، وكان البين من الأوراق أن صحيفة افتتاح كل من الدعاوى قد حوت بيانا بحوالة المؤجر لعقد الإيجار المبرم بينه وبين كل طاعن - مستأجر - إلى المطعون عليه - مشترى العقار بعقد غير مسجل - فإن إعلان كل بتلك الصحيفة يعد إعلانا له بتلك الحوالة، فتصبح نافذة فى حقه اعتبارا من تاريخ الإعلان، وإذ لم يشترط القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٩٦ فى دعوى الإخلاء بسبب سوء استعمال العين المؤجرة أن تكون مسبوقة باجراء سابق على رفعها، فإن دفاع الطاعنين المبنى على عدم نفاذ الحوالة فى حقهم، يكون على غير أساس.

أ، ب (الطعن ١٣٠٩ لسنة ٤٧ق- جلسة ١٩٨٠/٢/٢٧ س٣١ ص٦٢٩)

(الطعن رقم ٧٨٦٧ لسنة ٦٣ق - جلسة ٢٠٠١/٢/٢٦)

جـ- إذا تعاقبت الحوالات على الحق الواحد، وطالب المحال إليه الأخير المدين بقيمة الحق المحال، فلا يشترط لنفاذ الحوالة الأخيرة فى حق المدين سوى قبوله لها أو اعلانه بها مع بيان تسلسل الحوالات السابقة عليها دون حاجة لاعلانه بكل حوالة منها على حدة، إذ المقصود بالاعلان هو اعلام المدين بانتقال الحق إلى المحال إليه الذى يطالب بالدين واثبات صفته فى اقتضائه، أما غيره من المحال إليهم السابقين الذين أحالوا حقهم إلى الآخرين فلا يلزمون باعلان المدين بالحوالة، وتنعقد الحوالة التى أبرمها كل منهم بالتراضى بما يترتب عليها من نقل الحق إلى المحال اليه دون حاجة لرضاء المدين.

(الطعن ٥٤٧ لسنة ٤٢ق - جلسة ١٩٧٦/٥/٢٤ س٢٧ ص١١٧١)

المحيل أو شهر إعساره، فمن ذلك الوقت لا يكون إعلان الحوالة، ولو صدرت منه قبل شهر الإفلاس أو الإعسار، مفيداً. إذ لا يمكن الاحتجاج بالحوالة فى هذه الحالة على دائنى المفلس أو المعسر. ومن ذلك نرى أن للمحال له مصلحة فى التعجيل باعلان الحوالة إلى المدين، حتى لا يسبق الإعلان إجراء مماثل لما قدمناه فيعطل حقه ويجعل الحوالة غير نافذة فى حق الغير(١).

ويجب أن يكون إعلان المدين إعلاناً رسمياً على يد محضر(٢)(1). فلا يكفى الإعلان الشفوى، بل ولا الإعلان المكتوب ولو فى كتاب مسجل(٣). وليس من الضرورى أن يتضمن

---

(١) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص١٤٨ - ص١٤٩. وانظر فى شهر إفلاس المحيل بودرى وسينيا فقرة ٧٨٣. وانظر فى شهر إعساره المادة ٢٥٧ مدنى، وهى تجعل أثر الإعسار يسرى من وقت تسجيل صحيفة دعوى الإعسار.

(٢) ويقول الدكتور صبحى المحمصانى: «أما فى لبنان، فليس فى القانون ما يوجب هذا التشديد. والظاهر أنه يجب الرجوع إلى قواعد الإنذار العامة، التى تكتفى بأن يكون ذلك بأية طريقة كانت، بشرط أن تكون خطية ثابتة، كالكتاب المضمون أو البرقية أو الإخطار الصادر من دائرة رسمية كدائرة الإجراء مثلا) أو استحضار الدعوى ولو تقدم أمام محكمة غير مختصة (م٢٧٥)» (انتقال الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص٣٢).

(٣) استئناف مختلط ٢٩ فبراير سنة ١٩١٦ م٢٨ ص١٧٠.

(1) أ- يكفى فى اعلان المدين بالحوالة لتنفذ فى حقه وفقا لنص المادة ٣٠٥ من القانون المدنى حصوله بأى ورقة رسمية تعلن إليه بواسطة المحضرين، وتشتمل على ذكر وقوع الحوالة وشروطها الأساسية، ومن ثم فانه يقوم مقام الاعلان انذار المدين على يد محضر بالوفاء بالحق المحال توطئه لاستصدار أمر أداء به متى كان هذا الانذار مشتملا على بيان وقوع الحوالة وشروطها الاساسية.

(الطعن ٥٤٧ لسنة ٤٢ق- جلسة ١٩٧٦/٥/٢٤ س٢٧ ص١١٧١)

(الطعن ٣٢٠ لسنة ٣٩ - جلسة ١٩٧٦/١/٥ س٢٧ ص١٣٢)

ب- حوالة الحق هى اتفاق بين المحيل وبين المحال له على تحويل حق الأول الذى فى ذمة المحال عليه إلى الثانى، ويتعين مراعاة القواعد العامة فى اثبات الحوالة لما كان ذلك وكان المطعون عليه الأول لم يقدم ما يفيد حوالة عقد الايجار من البائعة إليه، وكان البين من الانذار الموجه منه إلى الطاعنين - المستأجرين - انه اقتصر على الاشارة إلى حلوله محل المؤجر والبائعة فى عقد الايجار بوصفه خلفا خاصا، فان ذلك لا يكفى لاثبات حصول اتفاق بينه وبين البائعة للعقار المؤجر على تخويله حقها فى قبض الاجرة من الطاعنين.

(الطعن ٦٠١ لسنة ٤٣ق- جلسة ١٩٧٧/٣/٣٠ س٢٨ ص٨٧٧)

جـ- لمشترى العقار المؤجر ولو لم يكن عقده مسجلاً - وعلى ما جرى به قضاء محمكمة النقض أن يطالب المستأجر بالحقوق الناشئة عن عقد الايجار ومنها الأجرة إذا ما قام البائع بتحويل العقد إليه وقبل المستأجر وهذه الحوالة أو أعلن بها، لأنها بهذا القبول أو الاعلان تكون نافذة فى حقه طبقا لنص الفقرة الثانية من المادة ٣٠٥ من القانون المدنى، ويحق للمشترى - المحال إليه تبعاً لذلك أن يقاضى=

الإعلان نص الحوالة، بل يكفى أن يشتمل على ذكر وقوع الحوالة مع بيان لشروطها الأساسية[1]. ومن ثم جاز إعلان الحوالة على هذا الوجه حتى لو كانت شفوية غير مدونة فى ورقة مكتوبة[2]. وأية ورقة رسمية تشتمل على هذه البيانات وتعلن للمدين تقوم مقام الإعلان، فيقوم مقام الإعلان صحيفة الدعوى التى يرفعها المحال له على المدين مطالباً إياه بوفاء الحق المحال به. ومن وقت وصول صحيفة الدعوى إلى المدين يعتبر هذا معلناً بالحوالة فتنفذ فى حقه وفى حق الغير[3]. ويغنى أيضاً عن الإعلان التنبيه[4]، والتقدم فى توزيع[5]، وتوقيع المحال له حجزاً تحفظياً تحت يد المدين[6].

ويوجه إعلان الحوالة إلى المدين[7]، أو إلى نائبه كممثل الجمعية أو مدير الشركة أو

=المستأجر – المحال عليه – فى شأن الحقوق المحال بها دون حاجة لاختصام المؤجر لأن الحق المحال به ينتقل إلى المحال له مع الدعاوى التى تؤكده ومنها دعوى الفسخ يستوى فى ذلك أن يحصل اعلان حوالة من المشترى أو البائع طالما حصل بأى ورقة رسمية تعلن بواسطة المحضرين وتشتمل على ذكر وقوع الحوالة وشروطها الأساسية.

(الطعن ٥٧٣ لسنة ٥٦ق – جلسة ١٩٩٠/٦/٦)

(نقض جلسة ١٩٨٣/٥/١٢ س٣٤ ص١١٥٦)

(نقض جلسة ١٩٧٨/٥/١٦ س٢٩ ص١٢٦١)

(١) استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩٠٣ م١٥ ص٩٨– ١١ فبراير سنة ١٩٠٣ م١٥ ص١٣٦– ٢٠ نوفمبر سنة ١٩١٣ م٢٦ ص٤٠.

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١١٨ ص٤٩٦ – وقارب آنفاً فقرة ٢٥٠.

(٣) استئناف مختلط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م٤٠ ص٨٤– ٢٠ يناير سنة ١٩٢٨ م٤٢ ص٢٤٣– ١٣ مايو سنة ١٩٣١ م٤٣ ص٣٩٠ – ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م٤٥ ص٧٤ – ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م٤٥ ص٨٥– ٢١ يناير سنة ١٩٣٧ م٤٩ ص٧٦– ٢٨ مايو سنة ١٩٣٨ م٥٠ ص٣٢٨ – ٣١ يناير سنة ١٩٤٠ م٥٢ ص١٣٠– ٣ يناير سنة ١٩٤٥ م٥٧ ص٧٣ أنظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص١١٦– بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١١٨ ص٤٩٧.

(٤) استئناف مختلط ٩ مايو سنة ١٩٤٠ م٥٢ ص٢٥٢.

(٥) استئناف مختلط ١١ يونيه سنة ١٩٤٠ م٥٢ ص٢٩٨ – ٤ فبراير سنة ١٩٤١ م٥٣ ص٧٩ – ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٧ م٥٩ ص١٨٣ – ١٥ مايو سنة ١٩٤٧ م٥٩ ص١٩٨.

(٦) والمحال له يستطيع مطالبة المدين باسمه الشخصى، فهو فى غير حاجة إلى توقيع حجز تحفظى تحت يده، فإن فعل، عد هذا بمثابة إعلان للحوالة، ولا يكون فى حاجة بعد ذلك إلى طلب تثبيت الحجز التحفظى (استئناف مختلط أول أبريل سنة ١٨٩١ م٣ ص٢٧٩).

(٧) ويكون إعلان الحوالة فى الموطن الحقيقى للمدين، لا فى الموطن المختار. ذلك أن الموطن المختار إنما يكون للاعلانات المتعلقة بتنفيذ التصرفات القانونية، وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٤٣ مدنى =

الولى أو الوصى أو القيم، أو إلى أى شخص تكون له صفة فى وفاء الحق عن المدين[1]. وإذا كان الحق المحال به حقا مستقبلا، جاز توجيه الإعلان إلى جميع الأشخاص الذين يحتمل أن يكونوا مدينين بهذا الحق[2].

٢٦٧- قبول المدين للحوالة: والطريق الثانى لصيرورة الحوالة نافذة فى حق المدين هو قبوله لها. فإذا صار للقبول تاريخ ثابت، أصبحت الحوالة نافذة أيضاً فى حق الغير كما سبق القول.

والوقت الذى يصح فى خلاله هذا القبول هو نفس الوقت الذى يصح فى خلاله إعلان الحوالة، فيكون القبول متأخراً إذا سبقه إعلان حوالة أخرى أو حجز تحفظى تحت يد المدين أو قبول منه لحوالة أخرى أو شهر إفلاس المحيل أو شهر إعساره. ويصح صدور

=على أنه «يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانونى معين». والحوالة ليست تنفيذاً للحق، بل هى نقل له إلى دائن جديد (هيك ٢ فقرة ٣٢٦ - جيللوار ٢ فقرة ٧٧٤ - أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص١٤٥ - بودرى وسينيا فقرة ٧٦٩- بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١١٩ ص٤٩٨- عكس ذلك أى جواز الإعلان فى الموطن المختار: ديمولومب ١ فقرة ٣٢١).

وإذا تعدد المدينون المحال عليهم فى الحوالة الواحدة، فسواء كانوا متضامنين أو غير متضامنين لابد من اعلان كل منهم. فإن كانوا غير متضامنين أعلن كل منهم بالنسبة إلى نصيبه فى الدين، لأن الدين ينقسم عليهم. وإن كانوا متضامنين أعلن إلى كل منهم فى كل الدين، إذ هو مسئول عنه، ولأن المدينين المتضامنين لا يمثل بعضهم بعضاً كما قدمنا إلا فيما يفيد وليس إعلان الحوالة مما يفيد. فإذا أعلن أحد المدينين المتضامنين بالحوالة دون الآخرين، كانت الحوالة نافذة فى حق من أعلن دون غيره (قارن بودرى وسينيا فقرة ٧٧٢).

(١) فإذا كان الحق المحال به مضموناً برهن، وبيعت العين المرهونة فى المزاد بناء على طلب الدائن الأصلى، فإن الحوالة فى هذه الحالة لا تعلن إلى المدين بعد أن نزعت ملكيته، بل تعلن إلى الراسى عليه المزاد إذا كان الثمن لا يزال فى ذمته، أو تعلن إلى خزانة المحكمة إذا كان الثمن قد أودع فيها (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١١٩ ص٤٩٩- انظر أيضاً: بودرى وسينيا فقرة ٧٧٤ ص٨١٩ - ص٨٢٠ - أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ Cession de créance فقرة ٢١٤ - فقرة ٢١٩).

(٢) ومثل الحق المستقبل الثمن الذى سيرسو به المزاد فى عين تعرض للبيع بالمزاد، فيجوز لصاحب هذا الحق أن يحوله إلى شخص آخر، وتعلن الحوالة فى هذه الحالة إلى الأشخاص الذين يحتمل أن يرسو المزاد عليهم، وبخاصة الشركاء فى العين المعروضة للبيع إذا كانت هذه العين مملوكة على الشيوع. انظر فى كل ذلك: بودرى وسينيا فقرة ٧٧٣- فقرة ٧٧٤- بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١١٩ - فقرة ١١٢٠.

هذا وإذا كان المستحق فى الوقف هو فى الوقت ذاته الناظر، وحول استحقاقه فى الوقف إلى شخص آخر، فلا حاجة إلى إعلان الحوالة إليه باعتباره ناظراً للوقف، لأن تحويله استحقاقه باعتباره مستحقاً يتضمن علمه بالحوالة باعتباره ناظراً (استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩٢٩ م٤١ ص٣٦٨).

القبـول وقـت صـدور الحوالـة نفسهـا وفـى نفس الورقة التى دونت فيها الحوالة، كما يصح صـدوره بعـد ذلك على الوجـه الذى قـدمناه، ولكن لا يصح صـدوره قـبل صـدور الحوالة(١)(1).

ولا يتضمـن قبـول المـدين للحوالة نزولا منه عن الدفـوع التى كـان له أن يدفع بهـا مطالبة المحيل، فهـو بالرغم من قبوله للحـوالة يستبقـى هـذه الدفوع، ويجوز له أن يتمسك بها قبل المحال له كـما سنرى. فقبول المحال له للحـوالة لا يعـنى أكثر من أنه علم بوقوع الحوالة، فـأصبحت سارية فى حقـه، وصار واجـباً عليـه أن يدفع الدين للمـحال له لا للمحيل، ولكن فى الحدود التـى يجـب عليه فيهـا دفع هذا الدين للمحيل. ويستثنى من ذلك أمراً واحدا سبقت الإشارة إليه، هو أن الدفع بالمقاصة الذى كـان المدين يستطيع أن يتمسك به قبل المحيـل لا يجوز التمسك به قبل المحال له إذا قبل المدين الحوالة دون تحفظ (م١/٣٦٨ مـدنى). ولكن هـذا لا يمنع المدين من أن يتـضـمن قبـوله للحـوالة نزولا عن

---

(١) بودرى وسينيا فقرة ٧٧٨- بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢١ ص٥٠٢ هامش رقم ١- الأستاذ شفيق شحاتة فى الحوالة فى قوانين البلاد العربية فقرة ٤٥- الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٢٤ ص٣١٥- عكس ذلك: هيك فقرة ٣٤٣ - كولان وكاپيتان ٢ فقرة ٦٢٧ ص٤٢٧ - الدكتور صبحى المحمصانى فى انتقال الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص٣٣. ومن الصعب التسليم بأن القبول الذى يجعل الحوالة نافذة فى حق المدين وفى حق الغير يصح صدوره قبل صدور الحوالة، لأن هذا القبول لا يتحصل به العلم بالمحال له، وعلم المدين بالمحال له أمر جوهرى لنفاذ الحوالة فى حقه وفى حق الغير. والقبـول الذى يجوز صدوره قبل صدور الحوالة إنما هو القبـول اللازم لانعقاد الحوالة، لا لنفاذها، فى القوانين التى تشترط رضاء المدين فى انعقاد الحوالة كما كان الأمر فى التقنين المدنى الأهلى السابق (انظر الموجز للمؤلف فقرة ٥١٥ ص٥٣١).

(1) مؤدى نص المادة ٣٠٥ من القانون المدنى - على ألا تكون حوالة الحق المدنى نافذة قبل المدين إلا إذا قبلها أو أعلن بها - أن القبول الذى يعتد به فى هذا الخصوص هو ذلك الذى يصدر من المدين وقت الحوالة أو بعدها بحيث ينم عن علمه بها فكيف عن سداد الدين إلى الدائن الأصلى ولا يعامل بشأنه إلا الدائن الجديد. أما إذا تضمنت عبارة السند تحويلا للدائن بتحويل الحق موضوع السند لمن يشاء بغير توقف على رضا المدين فإن ذلك لا يعد قبولا بالمعنى الذى قصده المشرع بالمادة ٣٠٥ من القانون المدنى إذ أن إطلاق عبارة السند على هذا النحو وورودها فيه سابقة على الحوالة لا يتحصل معه علم المدين بشخص المحال إليه وبتاريخ الحوالة، فلا يغنى عن إعلانه بها وقت إتمامها أو بعده أو الحصول على قبوله لها، حتى يتحقق الغرض الذى يستهدفه المشرع من وجوب اتخاذ هذين الإجراءين بما يرفع الشك لدى المدين بالنسبة للشخص الذى يجب أن يوفى له الدين عند حلول ميعاد الاستحقاق.

(الطعن ٢٠١ لسنة ٢٥ق - جلسة ١٩٥٩/١١/١٩ س١٠ ص٦٨٤)

(جلسة ١٩٦١/١١/٩ مجموعة احكام النقض السنة ١٢ ص٦٦٣)

(جلسة ١٩٦٧/٤/٢٥ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ ص٨٧٢)

الدفوع التى كانت له قبل المحيل، فيصبح بهذا القبول البعيد المدى ملتزماً بدفع الدين للمحال له، ولا يجوز له التمسك قبله بالدفوع التى كان يستطيع التمسك بها قبل المحيل. ولكن مثل هذا القبول لا يفترض، بل لابد أن يكون الإطلاق فيه على هذا الوجه واضحاً، فان قام ثم شك فسر القبول لصالح المدين، واعتبر قبولا للحوالة مع الاحتفاظ بما للمدين من دفوع كان له أن يتمسك بها قبل المحيل(١).

فالقبول إذن، بهذا التحديد، لا يفيد أكثر من إقرار(٢) من جانب المدين بأنه علم بوقوع الحوالة كما تقدم القول، ولا يفيد أن المدين أصبح طرفاً فى عقد الحوالة، فقد أسلفنا أن هذا العقد يتم دون حاجة إلى قبوله. ومن ثم إذا رفض المدين أن يقبل الحوالة، أمكن الاستغناء عن قبوله باعلان الحوالة إليه، فالإعلان كالقبول يفيد حتما علم المدين بوقوع الحوالة، وهذا هو المقصود من كل من القبول والإعلان.

ويصدر القبول من المدين أو من نائبه أو من أى شخص آخر يمكن أن يوجه إليه الإعلان فيما لو كانت الحوالة قد أعلنت، وقد تقدم بيان من يوجه إليه إعلان الحوالة(٣).

وليس للقبول شكل خاص. فيصح أن يكون فى ورقة رسمية(٤)، كما يصح أن يكون فى ورقة عرفية ثابتة التاريخ. أو فى ورقة عرفية غير ثابتة التاريخ بل يصح ألا يكون مكتوباً أصلا، فيكون قبولا شفوياً. وقد يكون قبولا ضمنياً، كما يقع فيما إذا دفع المدين بعض أقساط الدين للمحال له ففى هذا قبول ضمنى للحوالة(٥)، وكما يقع فيما إذا استوفى المؤجر

---

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢١ ص٥٠١ - ص٥٠٢.

(٢) ومن ثم يكون القبول إخبارياً لا إنشائيا (الأستاذ عبد الحى حجازى٣ ص٢٥٠ - ص٢٥١) ومع ذلك يقتضى القبول أهلية الالتزام (هيك ٣ فقرة ٣٤٢ - أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ Cession de créance فقرة ٢٨٣ - وقارن بودرى وسينيا فقرة ٧٧٧).

(٣) وكما لا يعتبر إعلان أحد المدينين المتضامنين بالحوالة إعلانا للباقين (أنظر آنفا فقرة ٢٦٦ فى الهامش) كذلك لا يعتبر قبول أحد المدينين المتضامنين بالحوالة قبولا بها من الباقين. وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن قبول أحد المدينين المتضامنين للحوالة إنما هو تنازل فردى عن حقه الشخصى، ولا يسرى على غيره من المدينين الذين لم يرضوا بالحوالة، ولا يمكن أن يعتبر وكيلا عنهم فى هذا الشأن (استئناف مصر ٣١ مارس سنة ١٩٤٣ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ٩ ص٢٢١).

وليس من الضرورى أن يعلم المحيل أو المحال له بقبول المدين للحوالة، بل ينتج القبول أثره قبل علم أحد من هذين به، إذ القبول هنا إرادة غير موجهة إلى شخص معين (بودرى وسينيا فقرة ٧٨٠).

(٤) وفى فرنسا يجب أن يكون القبول ثابتاً فى ورقة رسمية حتى تكون الحوالة نافذة فى حق الغير (م١٦٩٠ من التقنين المدنى الفرنسى).

(٥) استئناف مختلط ١٥ يونيه سنة ١٩١١ م٢٣ ص٣٧٠. ومن باب أولى لو دفع المدين كل الدين للمحال له: استئناف مختلط ٢٩ فبراير سنة ١٩١٦ م٢٨ ص١٧٠.

الأجرة مباشرة من المتنازل له عن الإيجار دون أن يبدى أى تحفظ فى شأن حقوقه قبل المستأجر الأصلى (م٥٩٧ ثانيا مدنى). ويخضع القبول فى هذه الحالة، إذا أنكر المدين صدوره منه، للقواعد العامة فى الإثبات، فيجوز إثباته بالبينة والقرائن إذا كان الحق المحال به لا يجاوز خمسمائة جنيه ، وإلا فلا يجوز إثباته إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها[1]. كل هذا لنفاذ الحوالة فى حق المدين، أما لنفاذها فى حق الغير، فقد قدمنا أن القبول يجب أن يكون فى ورقة مكتوبة ثابتة التاريخ.

٢٦٨- هل يقوم علم المدين بصدور الحوالة مقام الاعلان أو القبول: رأينا فيما قدمناه أن المقصود من إعلان المدين بالحوالة أو قبوله بها هو إثبات علمه بوقوعها، فهل يستخلص من ذلك أنه متى ثبت علم المدين بالحوالة، ولو من طريق آخر غير الإعلان أو القبول، تكون الحوالة نافذة فى حقه؟

قد يعلم المدين بوقوع الحوالة دون أن يعلن بها على يد محضر ودون أن يصدر منه قبول بها. فقد يكون الحق المحال به مضموناً برهن رسمى وأشر المحال له على هامش القيد بالحوالة، فعلم المدين بها من هذا الطريق[2]. وقد يكون المدين قد حضر مجلس العقد وقت صدور الحوالة، فعلم بصدورها. وقد يكون أجنبى أخطره، شفوياً أو كتابة، بوقوع الحوالة. وأيسر من هذا كله أن يكون المحال له أو المحيل هو الذى تولى بنفسه إخطار المدين بصدور الحوالة، ولكن لا باعلان رسمى، بل شفوياً أو كتابة ولو بكتاب مسجل. فما دام المدين لم يعلن رسمياً على يد محضر، وما دام لم يصدر منه قبول بالحوالة، فحتى الكتاب المسجل الذى يخطره فيه المحال له أو المحيل بصدور الحوالة لا يجعل علمه حاصلا من أحد الطريقين اللذين رسمهما القانون لذلك.

فى جميع هذه الأحوال لا يكون علم المدين بوقوع الحوالة، كما قدمنا، حاصلا بالطريق الذى رسمه القانون. فلا يكون هذا العلم، مهما استطاع ذو المصلحة أن يثبته، بل ولو أقر به المدين نفسه، كافياً فى جعل الحوالة نافذة فى حقه[3]. ذلك أن القانون متى رسم طريقاً محدداً للعلم بتصرف معين، فلا يجوز استظهار العلم إلا بهذا الطريق. فالتسجيل مثلا طريق لشهر انتقال الحقوق العينية العقارية الأصلية، فلا يكون انتقال هذه الحقوق نافذاً فى حق الغير إلا من طريق التسجيل. والقيد طريق لشهر إنشاء الحقوق العينية العقارية التبعية، فلا

---

(١) أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ Cession de créance فقرة ٣٠١. أما فى المسائل التجارية فيجوز الإثبات بجميع الطرق: استئناف مختلط ٣٠ مارس سنة ١٨٩٨ م١٠ ص٢٠٨.

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٧٩١.

(٣) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م١٢ ص٤٩.

تنفذ هذه الحقوق فى حق الغير إلا بالقيد. وكذلك الإعلان أو القبول طريق لشهر انتقال الحقوق الشخصية، فلا تكون الحوالة نافذة فى حق المدين وفى حق الغير إلا بالإعلان أو القبول(١)(1).

هذه هى القاعدة، ولا تحتمل استثناء إلا فى حالة الغش، فان الغش بطبيعة الحال يفسد أى تصرف (fraus omnia corrumpit). وصورة الغش هنا أن يكون المدين عالماً بوقوع الحوالة عن طريق غير طريق الإعلان والقبول، ثم يعمد غشا، متواطئا مع المحيل، إلى الوفاء له بالدين إضراراً بحقوق المحال له، وقد يحصل فى مقابل ذلك على منفعة من المحيل كأن ينزل له عن جزء من الدين. فالوفاء بالدين للمحيل هنا باطل، أبطله الغش والتواطؤ. ويجوز فى هذه الحالة للمحال له ألا يعتد بهذا الوفاء، وأن يعلن الحوالة للمدين فتصبح نافذة فى حقه، ثم يطالبه بعد ذلك بالحق المحال به، فيوفيه المدين مرة ثانية للمحال له، وهو فى هذا إنما يتحمل نتيجة غشه، وليس له إلا الرجوع على المحيل بما دفعه له أول مرة. كذلك الحال فيما إذا حول الدائن حقه إلى شخص آخر، وقبل إعلان المدين بالحوالة أو قبوله بها تواطأ المحيل مع شخص ثالث وحول له الحق مرة أخرى، وبادر المحال له الثانى إلى إعلان المدين بالحوالة أو حمله على قبولها، علم المدين بالحوالة الأولى أو لم يعلم. ففى هذه الحالة أيضاً تواطأ المحيل مع المحال له الثانى، وتحايلا على جعل الحوالة الثانية نافذ فى حق الغير قبل نفاذ الحوالة الأولى، فيجوز للمحال له الأول ألا يعتد بالحوالة الثانية التى وقعت غشا له(٢)، ويبادر إلى

---

(١) جيللوار ٢ فقرة ٧٧٨ – بودرى وسينيا فقرة ٧٩١– فقرة ٧٩٢ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٢.

(٢) استئناف مختلط ٧ مايو سنة ١٨٩٨ م-١٠ ص٢٠٨.

(1) إذا رفع من حول إليه عقد الايجار دعوى على المستأجر بطلب الأجرة وتثبيت الحجز التحفظى، فرفع المستأجر الدعوى بأنه أوفى الاجرة إلى المحيل بمقتضى محضر صلح تم بينهما وأقام الحكم قضاءه بطلبات المحال إليه على دعامات ثلاثة: الأولى أن المستأجر كان قد قبل وفقا لنصوص عقد الايجار تحويل عقد الايجار وقيمة الأجرة إلى الغير. الثانية: أن المستأجر لم يكن يجوز له وقد علم عند توقيع الحجز التحفظى بحصول الحوالة أن يدفع الدين إلى المحيل أو يتصالح معه بعد ذلك التاريخ والثالثة: أنه لم يثبت لمحكمة الموضوع أنه كان قبل علمه بالحوالة قد وفى قيمة الأجرة كلها أو بعضها إلى المحيل، وكان تقرير الطعن قد خلا من تعييب الحكم فيما استظهره من علم المستأجر بالحوالة فى تاريخ سابق على تاريخ محضر الحجز ومن عدم قيامه بدفع شئ من الأجرة قبل علمه بالحوالة فانه يكون غير منتج ما يتمسك به المستأجر من خطأ الحكم فيما يكون قد قرره من ان قبوله للحوالة يسقط حقه فى كل دفع كان له قبل الدائن.

(جلسة ١٩٥٧/١٠/٢٤ مجموعة احكام النقض السنة ٨ ص٧٤٧)

إعلان الحوالة الأولى للمدين ويطالبه بدفع الحق المحال به. فإذا لم يكن المدين قد وفى الحق للمحال له الثانى، فعليه أن يوفيه للمحال له الأول لأن الحوالة الثانية وقعت باطلة للغش كما قدمنا. أما إذا كان المدين قد وفى الحق للمحال له الثانى، فان كان شريكا فى الغش، فان هذا الوفاء لا يعتد به وعليه أن يفى الحق مرة أخرى للمحال له الأول على الوجه الذى قدمناه. أما إذا لم يكن شريكا فى الغش، حتى لو كان مقصراً كل التقصير فى عدم اتخاذه ما ينبغى الاحتياط[1]، فان وفاءه الحق للمحال له الثانى يكون مبرئاً لذمته بعد أن أصبحت الحوالة الثانية نافذة فى حقه قبل نفاذ الحوالة الأولى، ولا يجبر على الدفع مرة أخرى للمحال له الأول. وليس أمام هذا إلا الرجوع بالتعويض على كل من المحيل والمحال له الثانى الذين

---

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٢ ص٥٠٤ هامش رقم ٢ - قارن أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص١٤٧ - أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ (cession de creanée) فقرة ٣٠٢ وما بعدها - ويلاحظ أن القاعدة المنطبقة هنا هى القاعدة العامة التى تقضى بأن الغش يفسد التصرفات، وليست حتما الدعوى البوليصية بشروطها الدقيقة، خلافاً لما صرح به بودرى وسينيا (انظر فقرة ٧٩٢ ص٨٣٦ وفقرة ٧٩٣ ص ٨٣٩ وص٨٤٢).

(٢) وتختلف نصوص التقنينات الألمانى والسويسرى والإيطالى الجديد عن نصوص التقنين المصرى. فنصوص التقنين المدنى المصرى صريحة فى أن الحوالة لا تكون نافذة فى حق المدين إلا بالأعلان أو القبول. أما التقنين المدنى الألمانى (م٤٠٧) وتقنين الالتزامات السويسرى (م١٦٧) والتقنين المدنى الإيطالى الجديد (م١٢٦٤/٢) فتقضى بأن وفاء المدين الدين للمحيل لا يكون مبرئاً لذمته إلا إذا تم بحسن نية، فإن أثبت المحال له أن المدين كان يعلم بوقوع الحوالة وقت أن وفى الدين للمحيل، ولو من غير طريق الإعلان أو القبول، فإن الوفاء لا يكون صحيحاً ولا يبرئ ذمة المدين (انظر فى التقنين المدنى الألمانى التعليقات على هذا التقنين المادة ٣٩٨ ص٥٦٧ - ص٥٦٩ والمادة ٤٠٧ ص٥٧٩). ويذهب الأستاذ شفيق شحاتة إلى تفسير نصوص التقنين المدنى المصرى بما يجعل هذا التقنين فى هذه المسألة متفقاً فى الحكم مع التقنينين الألمانى والسويسرى (حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية ص٣٣ - ص٣٦). ولا نتفق معه فى هذا الرأى، فإن نصوص التقنين المدنى المصرى صريحة فى أن الحوالة لا تكون نافذة فى حق المدين إلا بالإعلان أو بالقبول. فإذا لم يعلن المدين بالحوالة ولم يصدر منه قبول بها، فانها لا تكون نافذة فى حقه، حتى لو علم بها من طريق آخر، إلا إذا ارتكب غشاً فى الوفاء للمحيل فان الغش حينئذ يجعل الوفاء غير مبرئ لذمته (انظر من الرأى الذى اخترناه الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص٢٥٢ - ص٢٥٥ والأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٣٠ ص٣١٩ - ٣٢٠).

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يتضمن نصاً يجعل علم المدين بوقوع الحوالة من غير طريق الاعلان أو القبول، ووفاءه بالدين مع ذلك للمحيل، فى حكم الغش. فكانت المادة ٤٣٢ من هذا المشروع تجرى على الوجه الآتى: «١ - تبرأ ذمة المدين إذا لم يقبل الحوالة ووفى الدين للمحيل قبل أن يعلن بهذه الحوالة. ٢ - ومع ذلك لا تبرأ ذمة المدين بهذا الوفاء إذا أثبت الدائن المحال له أن المدين كان يعلم وقت الوفاء بصدور الحوالة». وهذا النص هو الذى يتفق مع نصوص التقنينات الألمانى والسويسرى والإيطالى، وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى شأنه ما =

تواطآ على الإضرار بحقوقه(٢).

ولكن ليس من الضرورى أن يكون علم المدين بوقوع الحوالة، من غير الطريقين اللذين

=يأتى: «يصح التساؤل فى ظل أحكام التقنين القائم (السابق) عما إذا كان فى الوسع أن يتخذ من الأمر الواقع بديل من الإجراءات التى يتطلبها القانون. فلو فرض أن المدين علم بانعقاد الحوالة فعلا، فهل يجوز له أن يتمسك بعدم نفاذها فى حقه استناداً إلى أنه لم يعلن بها؟ جرى أكثر الفقهاء فى فرنسا، وشايعهم فى ذلك القضاء، على أن علم المدين بحوالة لم يعلم بها ولم يقبلها يجعل وفاءه للمحيل فاسداً، وفقاً لما هو مأثور من أن كل ما يترتب على الغش فاسد. وكذلك الشأن فى المحال له الثانى إذا تواطأ مع المحيل وعمد إلى الافتيات على حق المحال له الأول، فحوالته هذه تعتبر باطلة وتنفذ فى حقه الحوالة الأولى. ويراعى من ناحية أخرى أن فريقاً كبيراً من الفقه والقضاء الفرنسيين يستند إلى المادة ١٣٨٢ (٢٠٢/١٥١ مصرى) ويفرع عليها بطلان كل تصرف يقع إخلالا بحوالة لم تعلن ولم تقبل متى كان المتصرف قد علم فعلا بتلك الحوالة، وصدر فى تصرفه هذا عن خطأ أو رعونة. ومؤدى ذلك أن البطلان يعتبر تعويضاً عن هذا الخطأ أو تلك الرعونة وفقاً لقواعد المسئولية التقصيرية. وقد نصت المادة ١٦٧ من تقنين الالتزامات السويسرى على أن ذمة المدين تبرأ على الوجه الصحيح إذا أوفى بالدين بحسن نية لدائنه السابق قبل أن يقوم المحيل أو المحال له بابلاغه بالحوالة. فالتقنين السويسرى، والحال هذه، يقنع بالعلم الفعلى، ولا يتطلب الدليل على غش أو تدليس، بل هو لا يفترض توافر الخطأ. على أن هذا التقنين لم يكن مبتدعاً فى هذه الناحية، فقد سبقه التقنين الألمانى إلى ذلك، ونص على المبدأ نفسه صراحة فى المادتين ٤٠٧ و٤٠٨. وقد اختار المشروع هذا المبدأ باعتباره نتيجة طبيعية منطقية للتصوير الفرنسى فى هذا الشأن» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص١١٨ هامش رقم ١). ولكن نص المادة ٤٣٢ حذف فى لجنة المراجعة «لأنه يتضمن حكماً تفصيلياً رؤى الاكتفاء فيه بتطبيق القواعد العامة» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص١٣٨ هامش رقم١). والواقع من الأمر أن الحكم ليس بتفصيلى، وقد كان المراد به العدول عن التصوير الفنى الفرنسى الذى يقتضى بأن علم المدين بالحوالة لا يعتد به إلا إذا كان حاصلا عن طريق الإعلان أو القبول، إلى التصوير الفنى للتقنينات الأخرى (الألمانى والسويسرى والإيطالى) الذى يجعل العلم الفعلى يغنى عن العلم القانونى على أن يحمل المحال له عبء إثبات هذا العلم الفعلى. وليس دقيقاً ما تقرره المذكرة الإيضاحية من أن هذا التصوير الأخير هو نتيجة طبيعية منطقية للتصوير الفرنسى. ولو بقى نص المشروع التمهيدى ولم يحذف، لأمكن القول فى التقنين المدنى المصرى أن العلم الفعلى يغنى عن العلم القانونى. ولكن بعد حذف هذا النص، وأمام صراحة نص المادة ٣٠٥ مدنى التى تقضى بأن «لا تكون الحوالة نافذة قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها ...»، لم يبق مجال للقول فى التقنين المدنى المصرى أن العلم الفعلى يغنى عن العلم القانونى. فلابد لنفاذ الحوالة فى حق المدين وفى حق الغير من أن يعلم بها المدين علماً قانونياً – دون أن يكفى العلم الفعلى – عن أحد طريقين، الإعلان أو القبول. ويستثنى من هذه القاعدة حالة الغش بطبيعة الحال. وقد لوحظ اتجاه من القضاء الفرنسى إلى التوسع فى هذا الاستثناء، وافتراض الغش إذا ثبت أن المدين قد حصل له العلم بالحوالة «علما خاصاً شخصياً»، حتى ليكاد الاستثناء يستغرق القاعدة، ويقلل من أهمية ما يشترطه القانون من شكلية فى وجوب تحصيل العلم القانونى عن طريق الإعلان أو القبول (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٢ ص٥٠٥).

رسمهما القانون وهما الإعلان والقبول، سبباً فى ثبوت الغش فى جانبه. فقد يصل إلى علمه أن الدائن قد حول حقه إلى آخر، ولكن لا يعلن بالحوالة ولا تعرض عليه لقبولها، ثم يطالبه الدائن بالدين، فيقع فى نفسه أن الحوالة التى سمع بها لا حقيقة لها، فيوفى الدين للدائن، ولا يكون قد ارتكب غشاً فى هذا الوفاء[1]. بل قد يعلم المدين حق العلم بوقوع الحوالة، من غير الإعلان أو القبول، ومع ذلك يطالبه الدائن بالدين ويلح فى الطلب، ولا يكون لدى المدين دليل على صدق الحوالة، فلا يسعه - بعد أن يخطر المحال له إن كان يعرفه ثم لا يفعل هذا شيئاً لجعل الحوالة نافذة - إلا أن يفى بالدين للدائن، فلا يكون قد ارتكب غشا فى هذه الحالة، ويكون وفاؤه مبرئاً لذمته بالرغم من علمه بالحوالة[2].

كذلك ليس من الضرورى أن يكون علم المحال له الثانى بصدور الحوالة الأولى، من غير طريق الإعلان أو القبول، سبباً فى ثبوت الغش من جانبه. فقد يظن، من جراء إبطاء المحال له الأول فى جعل الحوالة نافذة، أن الحوالة الأولى قد نقضت بفسخ أو إبطال أو مقايلة أو نحو ذلك. بل قد يكون المحال له الثانى موقناً كل اليقين من صدور الحوالة الأولى ومن أنها لا تزال قائمة، ولكن لا يثبت الغش مع ذلك فى جانبه، بأن يكون قد اتفق مع المحيل على الحوالة الثانية قبل أن يعلم بالحوالة الأولى، ثم يعلم بها، فلا يسعه فى هذه الحالة إلا أن يبادر إلى المحافظة على حقوقه بأن يجعل الحوالة الثانية نافذة باعلانها إلى المدين أو بحمله على قبولها، وهو فى ذلك لم يرتكب غشاً، ولم يرد الإضرار بحقوق المحال له الأول، وإنما أراد دفع الضرر عن نفسه. وهذا هو أيضاً شأن الدائن العادى للمحيل إذا كان حقه ثابتاً قبل صدور الحوالة، فانه إذا بادر إلى توقيع حجز تحفظى تحت يد المدين، حتى بعد علمه بصدور الحوالة، لا يكون قد ارتكب غشاً للإضرار بالمحال له، وإنما هو يسعى لدفع الضرر عن نفسه[3].

٢٦٩ - اجراءات خاصة لجعل حوالة بعض الحقوق نافذة فى حق المدين والغير: ما قدمناه من وجوب الإعلان أو القبول لنفاذ الحوالة ينطبق، كما أسلفنا، على الحقوق المدنية والتجارية على السواء.

---

(١) ماركاديه ٦ المادتان ١٦٨٩ و١٦٩٠ فقرة ١ - هيك ٢ فقرة ٣٤٨ وما بعدها - جيللوار ٢ فقرة ٧٨١ - فقرة ٧٨٢ - بودرى وسينيا فقرة ٧٩٣.

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٢ ص٥٠٥ - ويجوز أيضاً أن يكون الحق المحال به قد توافرت فيه الشروط اللازمة للمقاصة القانونية فى حق مقابل ترتب فى ذمة المحيل للمدين، ولم يقبل المدين الحوالة ولم يعلن بها قبل وقوع المقاصة، وإن كان قد علم بها قبل ذلك، فعلمه الفعلى بالحوالة لا يمنع من وقوع المقاصة، ولا يعتبر هذا العلم غشاً فى جانبه (بودرى وسينيا فقرة ٧٩٣ ص٨٤٠).

(٣) بودرى وسينيا فقرة ٧٩٣ - ٧٩٦- بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٢.

إلا أن هناك أوضاعاً خاصة، هى فى الأصل أوضاع تجارية، إذا أسبغت على الحق، تجارياً كان أو مدنياً، أصبحت له إجراءات خاصة لتكون حوالته نافذة فى حق الغير. فقد يكون سند الحق سنداً اسمياً (titre nominatif)، أو سنداً إذنياً (titre à ordre)، أو سنداً لحامله (titre au porteur).

أما السند الإسمى فيشمل الأسهم (actions) والسندات (obligations) التى تتخذ هذا الوضع، وهى إما أسهم وسندات للشركات المساهمة أو سندات على الدولة. وحوالة هذه السندات الإسمية تنعقد فيما بين المحيل والمحال له بالتراضى كما هى القاعدة العامة، إلا أن هذه الحوالة لا تكون نافذة فى حق المدين أو فى حق الغير إلا بقيد الحوالة فى دفتر خاص يحتفظ به المدين: الشركة أو الدولة.

وأما السند الإذنى فيشمل الكمبيالات[1] (lettres de change) والسندات الإذنية (billets à ordre) والشيكات الإذنية (chèques à ordre)، ويشمل كذلك ما ورد فى شأنه نص خاص كبوليصة التأمين (police d'assurance) وبوليصة الشحن (connaissement) وبوليصة التخزين (récépissé, warrant). وتنعقد حوالة السند الإذنى فيما بين المحيل والمحال له بالتراضى وفقاً للقواعد العامة. ولكنها لا تكون نافذة فى حق المدين وفى حق الغير إلا بالتظهير (endossement)، وذلك بأن يضع صاحب السند توقيعه فى ظهر السند. ومتى تم تظهير السند الإذنى: (١) فالمدين لا يجوز له أن يوفى بالدين إلا لحامل السند بالتظهير لا إلى الدائن الأصلى. (٢) وإذا تنازع حامل السند بالتظهير مع آخر حول له السند عن طريق الإعلان أو القبول، فان الأول هو الذى يتقدم، ولو تأخر تاريخ التظهير عن تاريخ الإعلان أو القبول. (٣) ولا يجوز لدائنى المظهر (أى الدائن الأصلى) أن يوقعوا حجزاً تحفظياً تحت يد المدين[1].

---

(١) انظر فى عدم جواز التمسك بالدفوع فى السند الإذنى الذى ينتقل بالتظهير بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٣٧.

(1) قواعد تظهير الكمبيالة التى أوردها قانون التجارة لا تتبع فى شأن السندات التى تحت الاذن إلا إذا كانت معتبرة عملا تجاريا على مقتضى ما نصت عليه الفقرة السابعة من المادة الثانية من قانون التجارة (قديم) مما يخرج السندات المدنية من نطاق هذه القواعد ولو قضت شرط الاذن. وإذ يعد تظهير السند من الدفوع فى العلاقة بين المدين والحامل غير المباشر أثرا من آثار التظهير التى تتفق وطبيعة الالتزام المصرفى وتستقل به الورقة التجارية بحسب ما تنهض به من وظائف. وكان تطبيق هذا الأثر بالنسبة للسندات المدنية يترتب عليه اقصاء طبيعتها المدنية عنها وينم عن العنت والاجحاف بالمدينين فيها، فان لازم هو اطراح هذا الأثر عند تظهير الورقة المدنية.

(جلسة ١٩٦٩/٦/١٧ مجموعة احكام النقض السنة ٢٠ ص٩٧٩)

وأما السند لحامله فيشمل الأسهم والسندات التى تحرر ابتداء لحاملها أياً كان. ويجوز إضفاء وضع السند لحامله على أى حق تجارى أو مدنى، وبخاصة على الشيكات. وتنعقد الحوالة فيما بين المحيل والمحال له فى السند لحامله بالتراضى. وتكون الحوالة نافذة فى حق المدين وفى حق الغير بالتسليم المادى، فالسندات لحاملها تلحق إذن بالمنقولات المادية[1].

ونقتصر على هذا القدر فى هذه المسألة التى تعد من مباحث القانون التجارى.

---

(١) وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يتضمن نصاً فى هذه المسألة، فكانت المادة ٤٤٢ من هذا المشروع تجرى على الوجه الآتى: ١ – يجوز إثبات حق مدنى فى سند إسمى أو سند إذنى أو سند لحامله. وفى هذه الحالة تتم حوالة هذا الحق بالنقل أو التظهير أو التسليم. ٢ – ويجوز لصاحب السند فى هذه الحالة أن يحتج بجميع الدفوع التى يجوز للمحال عليه أن يحتج بها وفقاً لما جاء بالمادة ٤٣٩». وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «لا يشترط اتخاذ الأجراءات المقررة فى المادة ٤٣٠ فى الحالات التى يواجهها هذا النص. فالقاعدة هى اتباع الأوضاع المقررة فى قانون التجارة فى حوالة الحق ولو كان مدنياً، متى أثبت شكلا فى سند اسمى أو سند إذنى أو سند لحامله. وتسرى على المحال عليه، فى هذه الحالة، أحكام المادة ٤٣٩ فيما يتعلق بما يجوز له التمسك به من الدفوع أو أوجه الدفع العادية». وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة «اكتفاء بتطبيق القواعد العامة» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص١٣٣ – ص١٣٤ فى الهامش).

الفصل الثانى

الآثار التى تترتب على حوالة الحق

٢٧٠ – تطبيق القواعد العامة – علاقات متنوعة: حوالة الحق عقد أو اتفاق يخضع فى تكوينه وفى الآثار التى تترتب عليه القواعد العامة التى تخضع لها العقود والاتفاقات. وقد رأينا ذلك فى تكوين الحوالة، وهذا هو الأمر أيضاً فى الآثار التى تترتب عليها.

فان كانت حوالة الحق معاوضة – بيعاً أو وفاء بمقابل أو رهناً أو هبة بعوض – فان الآثار التى تترتب عليها هى الآثار التى تترتب على أى من هذه العقود اشتملت عليه الحوالة. ففى البيع يلتزم المحيل بنقل الحق وبضمان الاستحقاق، ويلتزم المحال له بدفع الثمن. وقس على ذلك الوفاء بمقابل والرهن والهبة بعوض.

وإن كانت حوالة الحق تبرعاً محضاً، أى هبة بغير عوض، ترتب عليها من الآثار ما يترتب على الهبة، فيلتزم المحيل بنقل الحق وبضمانه إذا أخفى سبب الاستحقاق، ولا يلتزم المحال له باداء عوض ما.

هذا هو تطبيق القواعد العامة. غير أن الحق الشخصى الذى هو محل الحوالة تقتضى طبيعته الخاصة أن تقوم علاقات متنوعة تتناول المحال له والمحيل والمحال عليه والغير.

فهناك علاقة تقوم بين المحال له والمحيل، وأخرى تقوم بين المحال له والمحال عليه، وثالثة تقوم بين المحيل والمحال عليه، ورابعة تقوم بين المحال له والغير ممن استمد حقاً من المحيل.

فنبحث على التعاقب كلا من هذه العلاقات الأربع.

الفرع الأول

علاقة المحال له بالمحيل

٢٧١ – النصوص القانونية: تنص المادة ٣٠٧ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«تشمل حوالة الحق ضماناته، كالكفالة والامتياز والرهن، كما تعتبر شاملة لما حل من فوائد وأقساط».

وتنص المادة ٣٠٨ على ما يأتى:

«١ – إذا كانت الحوالة بعوض فلا يضمن المحيل إلا وجود الحق المحال به وقت الحوالة، ما لم يوجد اتفاق يقضي بذلك».

«٢ – أما إذا كانت الحوالة بغير عوض، فلا يكون المحيل ضامناً حتى لوجود الحق».

وتنص المادة ٣٠٩ على ما يأتي:

«١ – لا يضمن المحيل يسار المدين إلا إذا وجد اتفاق خاص على هذا الضمان».

«٢ – وإذا ضمن المحيل يسار المدين، فلا ينصرف هذا الضمان إلا إلى اليسار وقت الحوالة، ما لم يتفق على غير ذلك».

وتنص المادة ٣١٠ على ما يأتي:

«إذا رجع المحال له بالضمان على المحيل طبقاً للمادتين السابقتين، فلا يلزم المحيل إلا برد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات، ولو وجد اتفاق يقضي بغير ذلك».

وتنص المادة ٣١١ على ما يأتي:

«يكون المحيل مسئولا عن أفعاله الشخصية، ولو كانت الحوالة بغير عوض أو لو اشترط عدم الضمان»(١).

---

(١) **تاريخ النصوص:**

م٣٠٧: ورد هذا النص في المادة ٤٣٣ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي: «تشمل حوالة الحق توابعه كالكفالة والامتياز والرهن الرسمي، كما تعتبر شاملة لما حل من فوائد وأقساط» وفي لجنة المراجعة حذفت كلمة «الرسمي» الواردة بعد كلمة «الرهن» ليدخل الرهن الرسمي وغيره من الرهون، واستبدلت بكلمة «توابعه» كلمة «ضماناته» تنسيقاً بين هذه المادة والمادة ٣١٨، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، وأصبح رقمه المادة ٣١٩ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٣٠٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص١٢٠ – ص١٢٢).

م٣٠٨: ورد هذا النص في المادة ٤٣٥ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، فيما عدا أن الفقرة الثانية من نص المشروع التمهيدي كانت تتضمن في آخرها عبارة «ما لم يتفق على غير ذلك». وفي لجنة المراجعة حذفت هذه العبارة «حتى يتمشى حكم هذه الفقرة مع حكم المادة ٤٣٧ من المشروع (وتقابل المادة ٣١٠ من التقنين المدني الجديد)، لأن المحيل بغير عوض لم يستول على شئ حتى يرده في حالة الضمان المتفق عليه». فأصبح نص المادة مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، وصار رقمها المادة ٣٢٠ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٠٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص١٢٢– ص١٢٣).

م٣٠٩: ورد هذا النص في المادة ٤٣٦ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في= =التقنين المدني الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٢١ من المشروع النهائي، فمجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٠٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص١٢٤ – ص١٢٥).

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المواد ٣٥١ - ٣٥٣/٥٣٩- ٤٤١[1].

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المواد ٣٠٧- ٣١١- وفى التقنين المدنى الليبى المواد ٢٩٤- ٢٩٨- وفى التقنين المدنى العراقى المواد ٣٦٥ و٣٦٨ - ٣٧١، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادتين ٢٨٤ - ١/٢٨٥[2].

م٣١٠: ورد هذا النص فى المادة ٤٣٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٢٢ من المشروع النهائى. وقد ذكر فى هذه اللجنة، بعد أن تساءل أحد الأعضاء عما إذا كان المقصود من الحكم الأخير منع الربا «أن المقصود من هذا الحكم أن يتحمل المحال له الغنم والغرم، لأن الحوالة تنطوى على معنى المضاربة». ووافق مجلس النواب على النص، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٣١٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص١٢٦).

م٣١١: ورد هذا النص فى المادة ٤٣٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، فيما عدا خلافاً لفظياً طفيفاً أزالته لجنة المراجعة، فأصبح التطابق تاما، وصار رقم المادة ٣٢٣ فى المشروع النهائى. ووافق عليها مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣١١ (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص١٢٧ - ص١٢٨).

(١) **التقنين المدنى السابق** م٣٥١/٤٣٩: لا يضمن البائع للمشترى إلا وجود الحق المبيع فى وقت البيع، وضمانته تكون قاصرة على ثمن المبيع والمصاريف.

م٣٥٢/٤٤٠: لا يضمن المحيل يسار المدين فى الحال ولا فى الاستقبال إلا إذا وجد شرط صريح لكل من الحالتين المذكورتين.

م٣٥٣/٤٤١: إذا باع شخص مجرد دعوى بدين أو بمجرد حق، فلا يكون مسئولا عن وجود الدين ولا عن وجود ذلك الحق.

وأحكام التقنين المدنى السابق لا تختلف عن أحكام التقنين المدنى الجديد.

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى: م٣٠٧- ٣١١ (مطابقة للمواد ٣٠٧- ٣١١ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى الليبى: م٢٩٤ - ٢٩٥ و٢٩٧ - ٢٩٨ (مطابقة للمواد ٣٧٠ - ٣٠٨، ٣١٠ - ٣١١ من التقنين المدنى المصرى).

م٢٩٦ (مطابقة للفقرة الأولى من المادة ٣٠٩ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى العراقى: م٣٦٥ و٣٦٨ و٣٧٠ (مطابقة للمواد ٣٠٧ و٣٠٨ و٣١٠ من التقنين المدنى المصرى).

ويتبين من هذه النصوص أنه فى العلاقة ما بين المحال له والمحيل: (١) ينتقل الحق المحال به من المحيل إلى المحال له بمجرد انعقاد الحوالة، وينتقل هذا الحق كما هو بما له من صفات وما يشتمل عليه من ضمانات وتوابع وما يلحق به من دفوع[١]. (٢) يلتزم المحيل نحو المحال له بالضمان.

أما ما يلتزم به المحال له نحو المحيل فيختلف باختلاف الحوالة. فان كانت الحوالة بيعاً، التزم المحال له بدفع الثمن. وإن كانت مقايضة أو وفاء بمقابل، التزم المحال له بأداء العوض[٢]. وإن كانت هبة، لم يلتزم المحال بأداء أى عوض، إلا إذا كانت هبة بعوض فيلتزم بأداء هذا العوض. وإن كانت رهنا، التزم المحال له – بمقتضى مصدر آخر لا بعقد الحوالة – أن يوفى المحيل الحق الذى يضمنه الرهن؛ وهكذا. فالتزام المحال له نحو المحيل يختلف إذن

= م٣٦٩ (مطابقة للفقرة الثانية من المادة ٣٠٩ من التقنين المدنى المصرى).

م٣٧١: يضمن المحيل تعديه حتى لو كانت الحوالة بغير عوض، وحتى لو اشترط عدم الضمان (وهى موافقة فى الحكم للمادة ٣١١ من التقنين المدنى المصرى).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى: م٢٨٤: يجب على المتفرغ أن يسلم إلى المتفرغ له سند الدين، وأن يخوله ما لديه من الوسائل لإثبات الحق المتفرغ عنه والحصول عليه. وهو يضمن للمتفرغ له – فيما خلا التفرغ المجانى – وجود الحق المتفرغ عنه وقت إجراء التفرغ مع صحة هذا الحق، غير أنه لا يضمن ملاءة المديون. أما إذا كان الاتفاق ينص على العكس فيما يختص بملاءة المديون، فيجب أن يكون النص الراجع إليها مقتصراً على الملاءة الحاضرة، وأن تقتصر التبعة على قيمة بدل التفرغ، إلا إذا كان هناك تصريح مخالف.

م١/٢٨٥: إن التفرغ ينقل إلى المتفرغ له الدين مع جميع ملحقاته، كالكفالة والامتياز والرهن والتأمينات العينية غير المنقولة، وفاقا للصيغ والشروط المنصوص عليها فى قانون الملكية والحقوق العينية، كما ينقل جميع العيوب الملتصقة بالدين والخصائص الملازمة له.

وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المدنى المصرى، فيما عدا أن التقنين اللبنانى، وإن كان يجعل رجوع المحال بالضمان على المحيل مقصوراً فى الأصل على استرداد ما دفع مع الفوائد والمصروفات، إلا أنه يجيز الاتفاق على غير ذلك، فيصح أن يشترط المحال له فى عقد الحوالة أن يرجع بكل الحق. أما التقنين المدنى المصرى فيحتم أن يكون الرجوع مقصوراً على استرداد ما دفع مع الفوائد والمصروفات، ولا يبيح الاتفاق على غير ذلك (انظر الدكتور صبحى المحمصانى فى انتقال الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص٢٩).

(١) على أنه إذا كانت الحوالة على سبيل الرهن، فإن ملكية الحق لا تنتقل إلى المحال له، بل ينتقل إليه حق عينى عليه هو حق الرهن.

(٢) وقد يكون العوض وفاء دين، فإذا نزل شريك لشريكه عن نصيبه فى الشركة فى مقابل دفع ديون الشركة التى تخصه، كانت هذه حوالة صحيحة (استئناف مختلط ١٩ مايو سنة ١٩٢٦ م٣٨ ص٤٢٠).

باختلاف الحوالة، ودراسة هذا الالتزام تدخل فى دراسة العقد الذى اشتملت عليه الحوالة، فلا شأن لنا به هنا.

وإنما يعنينا أن نبحث ما يلتزم به المحيل نحو المحال له: انتقال الحق المحال به والضمان.

المبحث الأول

انتقال الحق المحال به من المحيل إلى المحال له

٢٧٢ – انتقال الحق بصفاته وتوابعه: قلنا إن الحق المحال به ينتقل بالحوالة من المحيل إلى المحال له. والحق الذى ينتقل هو نفس الحق الذى كان فى ذمة المحال عليه للمحيل، فينتقل إذن بصفاته ودفوعه، ثم تنتقل معه أيضاً توابعه(١).

المطلب الأول

إنتقال الحق بصفاته ودفوعه

٢٧٣ – انتقال نفس الحق بمجرد انعقاد الحوالة: بمجرد أن تنعقد الحوالة بين المحيل والمحال له، أى حتى قبل أن تكون نافذة فى حق المدين وفى حق الغير بالإعلان أو القبول، ينتقل نفس الحق المحال به من المحيل إلى المحال له(٢)، وينتقل بكل قيمته حتى لو كان المحال له دفع فيه ثمناً أقل كما هو الغالب(٣)(1). ذلك أن الحق المحال به، وإن كان حقاً شخصياً،

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص١٢١.

(٢) استئناف مختلط ٨ فبراير سنة ١٩١١ م٢٣ ص١٥٨.

(٣) وقد قضت محكمة دمياط بأنه إذا اشترى المحال له الدين بأقل من قيمته الإسمية، كان له الحق فى مطالبة المدين بكامل الدين (٧ يناير سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ١٥٠ ص٣١٠). هذا ما لم يكن الدين متنازعاً فيه، فعند ذلك يجوز للمدين التخلص من الدين برده الثمن الذى دفعه المحال له للمحيل والمصروفات والفوائد من وقت الدفع، وقد تقدم بيان ذلك (انظر آنفاً فقرة ٢٥٣).

ولا يرجع المحال له على المدين بمصروفات الحوالة ذاتها، فهذه يتحملها هو (استئناف مختلط ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م٣٥ ص١٤ – ١١ أبريل سنة ١٩٤٠ م٥٢ ص٢١١).

(1) أ– إذا كان من المقرر أن الحق المحال به ينتقل بالحوالة من المحيل إلى المحال له بصفاته ودفوعه كما تنتقل معه توابعه ومنها الدعاوى التى تؤكده، وكانت الدعوى الماثلة قبل المحال عليه بطلب الحق المحال به التى رفعها المطعون عليه الأول بوصفه محالا له دعوى تؤكد الحق المحال به التى رفعها المطعون عليه=

يعتبر منقولاً معيناً بالذات. فتنتقل ملكيته فيما بين المتعاقدين – أى فيما بين المحيل والمحيل له – بمجرد العقد دون حاجة إلى أى إجراء آخر(١).

والحق الذى ينتقل هو نفس الحق الذى كان فى ذمة المدين للمحيل، فيصبح – بعد أن تصير الحوالة نافذة فى حق المدين – فى ذمة المدين للمحال له. ولما كان الذى ينتقل هو نفس الحق، فانه ينتقل بما له من صفات وما عليه من دفوع(1). فان كان حقاً مدنياً أو تجارياً، انتقل بصفته هذه إلى المحال له. وإن كان حقاً قابلا للتنفيذ بموجب حكم أو سند رسمى، انتقل إلى المحال له بهذه الصفة أيضاً. وإن كان حقاً ينتج فوائد، انتقل بقابليته لإنتاج الفوائد. وهكذا.

كذلك ينتقل الحق بما عليه من دفوع، فيجوز للمدين أن يتمسك قبل المحال له بنفس الدفوع التى كان يصح له أن يتمسك بها قبل المحيل(2)، وسيأتى بيان ذلك.

= الأول بوصفه محالاً له دعوه تؤكد الحق المحال به فتعتبر من توابعه وتنتقل معه، فان قضاء الحكم المطعون فيه برفض الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذى صفة يصادف صحيح القانون.

(جلسة ١٩٧٥/١/٢٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص٢٥٧).

ب– حوالة الحق لا تنشئ إلتزاماً جديداً فى ذمة المدين وإنما هى تنقل الإلتزام الثابت أصلا فى ذمته من دائن إلى دائن آخر باعتبار هذا الإلتزام حقاً للدائن المحيل وينتقل بها الإلتزام ذاته بجميع مقوماته وخصائصه وينبنى على ذلك أن يظل هذا الإلتزام بعد حوالته محكوما بذات القانون الذى نشأ فى ظله من حيث طبيعته وصفاته وإثباته وقابليته للحوالة والشروط اللازمة لذلك فإذا صدر قانون يغير من هذه الأحكام فلا يسرى على هذا الإلتزام إلا فى نطاق ما يستحدثه من قواعد آمرة تتصل بالنظام العام ومن ثم فإذا كان القانون الذى نشأ الإلتزام فى ظله يشترط لإمكان حوالته رضاء المدين بالحوالة فإن صدور قانون جديد يجعل هذا الرضاء غير لازم لا يسرى قبله.

(الطعن ٦٠٥ لسنة ٣٢ق– جلسة ١٩٦٧/١١/٢٣ س١٨ ص١٧٤٤)

(١) وقد سبقت الإشارة إلى أنه يحسن القول بأن الحق ينتقل بالحوالة، دون القول بأن الحوالة تنشئ التزاماً بنقل الحق يتم تنفيذه بمجرد نشوئه (انظر آنفاً فقرة ٢٦٣).

(1) بانعقاد الحوالة بين المحيل والمحال له ينتقل نفس الحق المحال به من المحيل إلى المحال له وبكل قيمته ولو كان المحال له قد دفع فيه ثمنا أقل.

(الطعن ٢١٨ لسنة ٣٤ق – جلسة ١٩٦٨/٢/٢٢ س١٩ ص٣٥٧)

(2) إذا كان يجوز لمشترى العقار بعقد غير مسجل أن يطالب المستأجر بالحقوق الناشئة عن عقد الايجار ومنها الأجرة إذا قام البائع بتحويل العقد إليه وقبل المستأجر هذه الحوالة أو اعلن بها لأنها بهذا القبول أو الاعلان تكون نافذة فى حقه طبقاً لنص الفقرة الثانية من المادة ٣٠٥ من القانون المدنى فانه يحق للمشترى – تبعا لذلك– أن يقاضى المستأجر – المحال عليه – فى شأن الحقوق المحال بها دون حاجة إلى اختصام المؤجر – المحيل – لأن الحق المحال به ينتقل إلى المحال له مع الدعاوى التى تؤكده ومنها دعوى الفسخ.

(جلسة ١٩٧٨/١١/٨ الطعن رقم ٩٥٨ لسنة ٤٦ق)

ويترتب على ما قدمناه أنه بعد انعقاد الحوالة، وقبل صيرورتها نافذة فى حق المدين، يمتنع على المحيل أن يطالب المدين بالحق المحال به. فإذا وفاه المدين الدين وهو حسن النية لا علم له بالحوالة، فان الوفاء يكون صحيحاً مبرئاً للذمة من جانب المدين، ولكن المحيل يكون مسئولا قبل المحال له بالضمان.

٢٧٤ - تسليم سند الحق ووسائل اثباته: وانتقال الحق إلى المحال له يقتضى أن يلتزم المحيل بتسليم المحال له سند هذا الحق والوسائل التى تؤدى إلى إثباته[1]. وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يتضمن نصاً فى هذا المعنى، فكانت المادة ٤٣٤ من هذا المشروع(١) تجرى على الوجه الآتى: «يجب على المحيل أن يسلم إلى المحال له سند الحق المحال به، وإن يقدم له وسائل إثبات هذا الحق وما هو ضرورى من بيانات لتمكينه من حقه». وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة(٢)، ولكن حذفه لا يفيد أن حكمه قد نسخ، ففى تطبيق القواعد العامة غناء عنه.

والذى يقع عادة أن سند الحق هو الذى تدون فيه الحوالة، ويسلمه المحيل إلى المحال له كمستند لصدور الحوالة ذاتها وكمستند للحق المحال به فى وقت واحد. فإذا كان الحق المحال به غير ثابت بالكتابة، صحت مع ذلك حوالته كما قدمنا، وعلى المحيل أن يهيئ للمحال له وسائل إثبات هذا الحق من بينة وقرائن وغير ذلك.

---

(١) انظر أيضاً المادة ٣٦٧ من التقنين المدنى العراقى والمادة ٢٨٤ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص١٢٠ فى الهامش - وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن تسليم الحقوق المبيعة يكون باعطاء سنداتها للمشترى بالترخيص له فى الانتفاع بها إذا لم يوجد مانع من الانتفاع (استئناف مصر ٣١ مارس سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ١٢٧ ص٣٠٧). وإذا كانت الحوالة بمقابل، ولم يدفع المحال له هذا المقابل للمحيل، كان لهذا الأخير أن يحبس سند الدين حتى يستوفى المقابل. وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن التنازل عن الدين يعتبر بمثابة عقد بيع بمقتضى المادة ٣٤٨ مدنى، فتسرى عليه قواعد البيع، ويكون للبائع حق حبس المبيع إذا لم يكن سلمه إلى المشترى، كما يجوز له أن يسترد المبيع إذا كان قد سلمه إليه (استئناف مصر ٣١ مارس سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ١٢٧ ص٣٠٧). وإذا لم يوف المحال له القسط الأخير من مقابل الحوالة للمحيل، وكان المحيل قد اشترط فى هذه الحالة أن يكون له حق تقدم على الحق المحال به فيما يتبقى من المقابل، لم يجز للمحيل أن يفسخ الحوالة، وحل محل المحال له فى جزء من الحق المحال به بمقدار ما تبقى من المقابل (استئناف مختلط ٢٩ مايو سنة ١٩٤٧ م٥٩ ص٢٣٣).

(1) امتناع المحيل عن تسليم المستندات المثبتة للحق المحال به لا يجيز الرجوع عليه بالضمان إلا إذا ترتب عليه استحالة استيفاء المحال له الحق المحال من المدينين المحال عليهما إذ يعتبر عندئذ عائقاً يحول دون الحصول المحال له على هذا الحق فيضمنه المحيل متى كان بفعله الشخصى.
(جلسة ١٩٦٧/٢/٩ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ ص٣٢٥)

وإذا كان المحال به هو جزء من الحق، بقى السند مشتركاً بين المحيل والمحال له[1].

وسنرى أن توابع الحق تنتقل معه. فإذا كان هناك ضمان للحق المحال به، وجب على المحيل تمكين المحال له من هذا الضمان، بأن يعاون فى التأشير على هامش القيد إذا كان الضمان هو رهن رسمى أو رهن حيازى عقارى أو حق امتياز عقارى أو حق اختصاص، وبأن يسلم للمحال له سند الكفالة إذا كان الضمان هو كفيل شخصى.

المطلب الثانى

انتقال توابع الحق المحال به

٢٧٥ – انتقال ضمانات الحق: قدمنا أن المادة ٣٠٧ مدنى تقضى بأن تشمل حوالة الحق ضماناته، كالكفالة والامتياز والرهن. وهذا طبيعى، فان ضمانات الحق هى من توابعه، ومن شأنها أن تؤكده وتقويه. ولاشك فى أن المحال له اعتمد عليها عندما حول له الحق. فما لم يكن هناك اتفاق خاص بين المحيل والمحال له على عدم انتقال هذه الضمانات أو بعضها، فانها تنتقل من غير حاجة إلى ذكر ذلك فى عقد الحوالة بحكم أنها من توابع الحق المحال به[2].

وقد ذكر النص الكفالة والامتياز والرهن، ولم يذكر ذلك على سبيل الحصر، بل على سبيل التمثيل. فكل ضمانات الحق المحال به تتبعه وتنتقل معه إلى المحال له، سواء كانت هذه الضمانات عينية كالرهن الرسمى وحق الاختصاص والرهن الحيازى وحقوق الامتياز، أو كانت شخصية كالكفالة والتضامن وعدم القابلية للانقسام.

فإذا كان للحق المحال به كفيل شخصى، بقى هذا الكفيل ضامناً الحق للمحال له كما كان ضامناً إياه للمحيل، ولا حاجة لرضائه بالحوالة[3] إذ هو يكفل المدين، وشخص المدين هو الذى يعنيه والمدين لم يتغير وإنما تغير الدائن، شأنه فى ذلك شأن المدين نفسه وقد تغير عليه الدائن دون حاجة إلى رضاه. على أنه لابد من إعلان الكفيل بالحوالة أو قبوله لها حتى يعلم بها، فانه إذا كان لا يعلم بالحوالة ووفى الدين عن المدين كان الوفاء صحيحاً مبرئاً لذمته.

---

(١) ويمكن إيداع السند عند أمين الحساب كل من المحيل والمحال له. وإذا كان السند ورقة رسمية، جاز استخراج صورة منها للمحال له أو للمحيل (بودرى وسينيا فقرة ٨٠٨ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٥).

(٢) استئناف مختلط ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٩ م٣٢ ص٥٩.

(٣) استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٣٩ م٥١ ص٢٣٠.

وإذا كان المدينون فى الحق المحال به متعددين وكانوا متضامنين، فان الحق ينتقل إلى المحال له قبل هؤلاء المدينين المتضامنين جميعاً، ولابد من إعلانهم كلهم بالحوالة أو قبولهم لها حتى تنفذ فى حقهم كما سبق القول. وكذلك الأمر لو كان الدين غير قابل للانقسام وكان مدينوه متعددين(١).

٢٧٦ – انتقال ما حل من فوائد وأقساط: وتقول المادة ٣٠٧ مدنى أيضاً إن حوالة الحق تعتبر شاملة لما حل من فوائد وأقساط. وقد قدمنا أن الحق ينتقل بصفاته إلى المحال له؛ فلو كان حقاً مقسطاً أو كان حقاً ينتج فوائد، انتقل على هذه الصفة. ويكون للمحال له فى هذه الحالة الحق فى قبض الفوائد والأقساط التى لم تحل، ولو كان ذلك عن مدة سابقة على عقد الحوالة. فلو أن حقاً ينتج فوائد قسط أقساطاً سنوية، ويحل القسط الأول منه هو والفوائد فى آخر عام ١٩٥٧، وحول الحق فى آخر شهر يونيه سنة ١٩٥٧، فان المحال له يستحق أقساط الحق وفوائده، ويدخل فى ذلك القسط الأول ولو أن بعضه عن نصف سنة سابقة على صدور الحوالة، ويدخل فى ذلك أيضاً فوائد الحق جميعها ولو أن بعضها مستحق عن نصف السنة السابقة على الحوالة.

بل إن المحال له يستحق ما حل فعلا وقت صدور الحوالة من فوائد وأقساط ما دام المحيل لم يقبضه. فلو أن الحوالة فى المثل المتقدم صدرت بعد آخر عام ١٩٥٧، ولم يكن القسط الأول والفوائد قد دفعت قبل صدور الحوالة، فان المحال له يستحقها جميعا ولو أنها مستحقة عن مدة كلها سابقة على الحوالة. ذلك أنها تعتبر من توابع الحق المحال به، فما لم يحتفظ المحيل بها صراحة أو ضمنا، فان المفروض أنه قبل أن تنتقل مع الحق المحال به إلى المحال له، شأنها فى ذلك شأن التوابع الأخرى(٢).

٢٧٧ – انتقال الدعاوى التى تؤكد الحق المحال به دون الدعاوى التى تنافيه: وقد يصحب الحق المحال به دعاوى بعضها تؤكده وبعضها تنافيه، فالدعاوى التى تؤكده هى التى تنتقل معه إلى المحال له لأنها تعتبر من توابع الحق(1)، أما الدعاوى التى

---

(١) وتنتقل أيضاً مع الحق المحال به كل ميزة أخرى متصلة بالحق ولو لم تكن ضماناً له. فلو أن مستأجراً حصل من المؤجر فى عقد الإيجار على وعد ببيع العين المؤجرة، ثم نزل المستأجر عن الإيجار لآخر، فإن المتنازل له ينتقل إليه حق المستأجر فى الإيجار ومعه الحق فى الوعد بالبيع الصادر من المؤجر (انظر فى هذا المعنى بودرى وسينيا فقرة ٨١١).

(٢) ديرانتون ١٦ فقرة ٥٠٧– هيك ٢ فقرة ٤٤٨– بودرى وسينيا فقرة ٨١٠– بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٦ ص٥١٢– ص٥١٣– انظر عكس ذلك لوران ٢٤ فقرة ٥٣٣.

(1) ينتقل الحق المحال به – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – بالحوالة من المحيل إلى المحال له بصفاته ودفوعه كما تنتقل معه توابعه ومنها الدعاوى التى تؤكد إذا كان الطاعن – المحال عليه – قد دفع أمام محكمة الاستئناف بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذى صفة لعدم وجود عقد ايجار أو =

تنافيه فهي تتعارض معه ولا تعتبر من توابعه فلا تنتقل إلا باتفاق خاص بين المحيل والمحال له.

ولإيضاح ذلك نفرض أن البائع قبل أن يستوفى الثمن من المشترى حول هذا الحق إلى آخر وكان البائع يحق له أن يبطل هذا البيع لسبب يرجع أما إلى نقص فى الأهلية أو إلى عيب فى الإرادة كغلط أو تدليس أو إكراه. فهنا صحب الحق المحال به دعويان: الأولى دعوى الفسخ لعدم وفاء المشترى بالثمن، والأخرى دعوى الإبطال لنقص الأهلية أو للعيب فى الإرادة.

أما دعوى الفسخ فمن شأنها أن تؤكد الحق المحال به، إذ هى بمثابة ضمان للبائع لاستيفاء حقه من المشترى، وتعدل حق الامتياز على المبيع. وإذا كان حق الامتياز يكفل للبائع أن يستوفى الثمن ببيع العين المبيعة جبراً على المشترى، فان دعوى الفسخ تكفل للبائع أن يسترد العين المبيعة ذاتها، وقد يكون مجرد التهديد بها كافياً لدفع المشترى إلى الوفاء بالثمن(١). ومن ثم تنتقل دعوى الفسخ بالحوالة من المحيل إلى المحال له(٢)(1)، ويستطيع هذا إذا لم يستوف من المشترى الثمن المحال به أن يفسخ البيع كما لو كان هو البائع ويأخذ العين المبيعة بدلا من الثمن(٣).

=أى عقد آخر يربطه بالمطعون عليها وكانت الدعوى الماثلة التى رفعتها المطعون عليها بوصفها محالا لها – دعوى تؤكد الحق المحال به فتعتبر من توابعه وتنتقل معه. فان الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض الدفع المشار إليه استنادا إلى حوالة عقد الايجار إلى المطعون عليها. يكون قد أصاب صحيح القانون.

(جلسة ١٩٧٨/٥/١٦ الطعن رقم ٢٠٠ لسنة ٤٥ق السنة ٢٩ ص١٢٦١)

(١) بودرى وسينيا فقرة ٨١٢ ص٨٥٣ – ص٨٥٤.

(٢) الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٢٩ ص٣١٨.

(٣) استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٩١٣ م٢٥ ص١٣٧– انظر عكس ذلك لوران ٢٤ فقرة ٥١٥– الأستاذ شفيق شحاتة فى حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية فقرة ٤٨ ص٤٢.

على أن هناك حالات لا يستطيع فيها المحال له أن يفسخ البيع ويأخذ المبيع من المشترى، وذلك عندما يكون المبيع متصلا اتصالا وثيقا بملك البائع، كما إذا كان حق ارتفاق رتبه البائع للمشترى على أرضه أو حائطا جعله البائع مشتركا بينه وبين المشترى. ففى مثل هذه الحالات مقتضى الفسخ أن يزول الارتفاق ولكن لمصلحة البائع لا لمصلحة المحال له، أو أن ترجع الحائط ملكاً خالصاً ولكن للبائع لا للمحال له، فلا يفيد المحال شيئاً من الفسخ. ومن ثم تستعصى طبائع الأشياء على أن يكون للمحال له دعوى الفسخ، فلا تنتقل هذه الدعوى مع الحق المحال به إلى المحال له (انظر فى هذا المعنى بودرى وسينيا فقرة ٨١٣).

(1) إذا كانت الحوالة نافذة قبل المحال عليه لاعلانه بها فان للمحال له أن يقاضيه فى شأن الحقوق المحال بها دون حاجة إلى اختصام المحيل لان الحق المحال به ينتقل إلى المحال له مع الدعاوى التى =

وأما دعوى الإبطال فانها تنافى الحق المحال به. ذلك أن البائع إذا حول الثمن، فهو بهذه الحوالة يؤكد وجوده فى ذمة المشترى، ومما ينافى هذا التأكيد إبطال البيع – وهو مصدر الالتزام بالثمن – لنقص فى الأهلية أو لعيب فى الإرادة. والبائع، عند الحوالة بالثمن، إما أن يكون عارفاً بوجود دعوى الإبطال، فاقدامه على حوالة الثمن يعتبر إجازة ضمنية للبيع، وإما أن يكون غير عارف بوجود هذه الدعوى، فلا يمكن افتراض أنه أراد تحويلها. ومن ثم لا تنتقل دعوى الإبطال مع الحق المحال به، لأنها لا تعتبر من توابع هذا الحق، إذ هى لا تؤكد وجوده بل تنفى هذا الوجود. كل ذلك ما لم يكن هناك اتفاق خاص بين المحيل والمحال له على انتقال دعوى الإبطال مع الحق المحال به[1].

المبحث الثانى

إلتزام المحيل بضمان الحق المحال به للمحال له

٢٧٨ – مسألتان: إذا استعرضنا نصوص المواد ٣٠٨ – ٣١١ مدنى السالف ذكرها، وهى النصوص الخاصة بالتزام المحيل بضمان الحق المحال به[1]، وجدنا أن هناك مسألتين: (١) ما يضمنه المحيل للمحال له (٢) وما يرجع به المحال له على المحيل عند تحقق الضمان.

=تؤكده ومنها دعوى الفسخ لعدم تنفيذ البائع لالتزامه لأنها تكفل للمشترى أن يسترد الثمن فيعتبر بمثابة ضمان له ينتقل بالحوالة مع حقه المحال به.

(جلسة ١٩٦٨/٢/٢٢ مجموعة احكام النقض السنة ١٩ ص٣٥٧)

(١) انظر فى هذا المعنى أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة هامش رقم ٤٩– جيللوار ٢ فقرة ٨١٩ – هيك ٢ فقرة ٤٤٩– بودرى وسينيا فقرة ٨١٢ ص٨٥٢– ص٨٥٣– وقارن بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٦ ص٥١٥.

(1) أ– إمتناع المحيل عن تسليم المستندات المثبتة للحق المحال به لا يجيز الرجوع عليه بالضمان إلا إذا ترتب عليه استحالة استيفاء المحال له الحق المحال من المدينين المحال عليهما إذ يعتبر عندئذ عائقا يحول دون حصول المحال له على هذا الحق فيضمنه المحيل متى كان بفعله الشخصى.

ب– إذ نظم المشرع فى المواد من ٣٠٨ إلى ٣١١ من القانون المدنى أحكام الضمان فى حوالة الحق بنصوص خاصة فإنه لا يجوز مع وجود هذه الأحكام الخاصة تطبيق أحكام الضمان الواردة فى باب البيع على الحوالة.

أ، ب (الطعن ٥٠ لسنة ٣٣ق – جلسة ١٩٦٧/٢/٩ س١٨ ص٣٢٥)

المطلب الأول

ما يضمنه المحيل للمحال له

٢٧٩- حالات مختلفة: أول ما يضمن المحيل أفعاله الشخصية، فان المادة ٣١١ مدنى تنص كما رأينا، على أن «يكون المحيل مسئولا عن أفعاله الشخصية، ولو كانت الحوالة بغير عوض أو لو اشترط عدم الضمان».

ثم هو بوجه عام يضمن - عدا أفعاله الشخصية - وجود الحق الذى حوله، وهذا هو الضمان بحكم القانون (garantie de droit). ويجب التمييز فى ذلك بين ما إذا كانت الحوالة بعوض أو كانت بغير عوض.

وقد يتفق مع المحال له على ضمان أخف أو أشد من هذا الضمان الذى يفرض عليه بحكم القانون، وهذا هو الضمان الاتفاقى أو الضمان الواقعى (garantie de fait). وهنا أيضاً يجب التمييز بين الحوالة بعوض والحوالة بغير عوض.

فتجتمع لنا بذلك الحالات الآتية: (١) ضمان المحيل لأفعاله الشخصية. (٢) الضمان فى الحوالة بعوض بحكم القانون. (٣) الضمان فى الحوالة بعوض بحكم الاتفاق. (٤) الضمان فى الحوالة بغير عوض بحكم القانون. (٥) الضمان فى الحوالة بغير عوض بحكم الاتفاق.

٢٨٠- ضمان المحيل لأفعاله الشخصية: يضمن المحيل للمحال له جميع الأفعال التى تصدر منه بعد صدور الحوالة ويكون من شأنها الانتقاص من الحق المحال به أو زواله.

فيكون مسئولا، بحكم هذا الضمان، إذا هو بعد الحوالة، وقبل صيرورتها نافذة فى حق المدين، استوفى الحق من هذا الأخير، سواء كان متواطئاً معه أو غير متواطئ، وسواء كان المدين يعلم بصدور الحوالة أو لا يعلم. فان فعل ذلك، رجع عليه المحال له بالضمان على الوجه الذى سنبينه، لأن المحيل مسئول عن الفعل الشخصى الذى صدر منه بعد صدور الحوالة، وهذا الفعل هو استيفاء الحق من المدين.

ويكون مسئولا أيضاً، بحكم هذا الضمان، إذا هو بعد الحوالة، وقبل صيرورتها نافذة فى حق الغير، تصرف فى الحق المحال به تصرفاً مناقضاً للحوالة الأولى، بأن باعه مرة أخرى أو وهبه أو رهنه أو أجرى فيه أى تصرف آخر. فإذا عمد المحيل بعد الحوالة الأولى إلى تحويل الحق مرة أخرى إلى محال له ثان، واستطاع هذا المحال له الثانى جعل حوالته نافذة فى حق المحال له الأول، رجع المحال له الأول على المحيل بالضمان من جراء فعل شخصى صدر منه، وهو تصرفه فى الحق المحال به بعد أن حوله.

ويكون مسئولا كذلك، بحكم هذا الضمان، إذا عمد أحد دائنيه، بعد صدور الحوالة وقبل صيرورتها نافذة فى حق الغير، إلى توقيع حجز تحفظى على الحق المحال به وصار هذا الحجز نافذاً فى حق المحال له. فان المحال له فى هذه الحالة يرجع بالضمان على المحيل بسبب أن الحجز التحفظى، وإن لم يكن عملا شخصياً صادراً من المحيل نفسه، هو عمل صادر من جهته وبسبب الدين الذى فى ذمته للدائن الحاجز.

والمحيل مسئول عن أفعاله الشخصية التى تصدر بعد الحوالة على النحو الذى قدمناه، ما دامت هذه الأفعال تنتقص من الحق المحال به أو تنتقص من توابعه كرهن أو أى ضمان آخر(١)(1). ويستوى فى ذلك أن تكون الحوالة بعوض أو بغير عوض، وأن يكون الضمان بحكم القانون أو بحكم اتفاق يشدد أو يخفف من مسئولية المحيل، بل تتحقق المسئولية على النحو المتقدم حتى لو اشترط المحيل عدم الضمان. فالمسئولية هنا ناشئة عن خطأ تقصيرى(2)، ولا يجوز الاتفاق على استبعاد أو تعديل المسئولية. وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٣١١

---

(١) استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٩٤٨ م٦٠ ص٥٨.

(1) النص فى المادة ٣١١ من القانون المدنى على أن «يكون المحيل مسئولا عن أفعاله الشخصية ولو كانت الحوالة بغير عوض أو اشترط عدم الضمان» يدل على أن المحيل يضمن للمحال له جميع الافعال التى تصدر منه بعد صدور الحوالة ويكون من شأنها الانتقاص من الحق المحال به أو توابعه أو زواله. ويستوى فى ذلك أن تكون الحوالة بعوض أو بغير عوض ولو اشترط المحيل عدم الضمان. ذلك أن مسئولية المحيل عن أفعاله الشخصية تعتبر مسئولية تقصيرية لا يجوز الاتفاق على التحلل منها أو تعديلها. فإذا عمد المحيل بعد انعقاد الحوالة وقبل صيرورتها نافذة فى حق المدين إلى مطالبة المدين بالحق المحال به فأوفاه أو استصدر به حكما ضده فان الوفاء للمحيل – إن كان قد حدث – يكون صحيحا مبرئا لذمة المدين ولكن المحيل بمطالبته المحال عليه بالدين يكون مسئولا قبل المحال له بالضمان ولو كانا قد اتفقا على عدم الضمان.

(الطعن ٤٤٠ لسنة ٤٥ق– جلسة ١٩٧٩/٦/٢٥ س٣٠ ع٢ ص٧٤٦)

(2) أ– النص فى المادة ٣١١ من القانون المدنى وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة على أن يكون المحيل مسئولا عن افعاله الشخصية ولو كانت الحوالة بغير عوض أو اشترط عدم الضمان يدل على أن المحيل يضمنه للمحال له جميع الأفعال التى تصدر منه بعد صدور الحوالة ويكون من شأنها الانتقاص من الحق المحال به أو توابعه أو زواله ويستوى فى ذلك أن تكون الحوالة بعوض أو بغير عوض ولو اشترط المحيل عدم الضمان ذلك أن مسئولية المحيل عن أفعاله الشخصية تعتبر مسئولية تقصيرية لا يجوز الاتفاق على التحلل منها أو تعديلها وان ترك المحيل الخصومة فى دعوى البيوع بعد استيفاء دين المحجوز من أجله من المحال اليه يعد اخلالا بالتزامه قبله لما يتضمن هذا الترك من التنازل عن الحجز الذى اتفق المحيل معه على حلوله محله فيه. لما كان ذلك، وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه للمطعون ضدهما بالتعويض المقضى على ما خلص إليه. من أن البنك الطاعن لم يتخذ الحيطة والحذر الواجبين فى المحافظة على حقوق المطعون ضدهما واللذين يفرضهما عليه عقد الحوالة المبرم بينهم بعد أن قاما بسداد الدين المتقدم أجله وحلولهما محله مما كان من مقتضاه الا =

مدني، كما رأينا، إذ تقول: «يكون المحيل مسئولا عن أفعاله الشخصية، ولو كانت الحوالة بغير عوض أو لو اشترط عدم الضمان»(١).

٢٨١- الضمان في الحوالة بعوض بحكم القانون: إذا كانت الحوالة بعوض، ولم يكن هناك اتفاق خاص على الضمان بين المحيل له، فان المحيل يضمن للمحال له، بحكم القانون(٢)،

=يقرر بترك الخصومة في دعوى البيوع رقم ٣٦ لسنة ١٩٦٩ بيوع دمنهور. لما ترتب عليه هذا الترك من تنازل عن كافة اجراءات التنفيذ بعد أن قطعت شوطا كبيرا وكان من بين ذلك الحكم ببطلان تعجيل المطعون ضدهما للسير في تلك الإجراءات المؤيد استئنافيا في الاستئناف رقم ٣٢٤ لسنة ٣٦ق الاسكندرية (مأمورية دمنهور) ورتب على ذلك مسئوليته عن تعويضهما عما لحقهما من اضرار نتيجة هذا الخطأ الشخصي من جانبه فانه يكون قد أعمل صحيح القانون.

(الطعن ٢٣٤٧ لسنة ٥٨ق- جلسة ١٩٩١/٦/١٢)

ب- حق المحال له في التعويض في حالة ضمان المحيل لافعاله الشخصية وفقا للمادة ٣١١ من القانون المدني لا يقتصر على استرداد ما دفعه للمحيل عوضا على الحق المحال به مع الفوائد والمصروفات، كما هو الحال عندما يتحقق الضمان طبقا للمادتين ٣٠٨، ٣٠٩ من القانون المدني، بل يكون التعويض كاملا يشمل قيمة هذا الحق كله ولو زادت على ما دفعه المحال له للمحيل ويشمل أيضا التعويض عن أي ضرر آخر يلحق بالمحال له من جراء فعل المحيل.

(الطعن ٣٥٢ لسنة ٤١ق - جلسة ١٩٧٧/٣/٢٢ س٢٨ ص٧٣٢)

(الطعن ٥٠ لسنة ٣٣ق- جلسة ٦٧/٢/٩ س١٨ ص٣٢٥)

(١) وقد يقال أن المسئولية هنا ناشئة عن عقد الحوالة، وأن المادة ٣١١ مدني ليست تقريراً للقواعد العامة في المسئولية التقصيرية، بل هي تفرض على المحيل التزاما بضمان أفعاله الشخصية نشأ من تعاقده مع المحال له. ولكن يعترض هذا القول أنه لو صح لجاز للمحيل اشتراط عدم الضمان عن فعله الشخصي الذي لا يعتبر غشاً أو خطأ جسيماً، إذ يجوز للمدين في المسئولية العقدية أن يشترط إعفاءه من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطأه الجسيم (م٢/٢١٧ مدني)، في حين أن المادة ٣١١ مدني تبطل اشتراط عدم الضمان عن أي خطأ، دون تمييز بين خطأ وخطأ. ومهما يكن من أمر، فإنه إذا تحققت مسئولية المحيل عن أفعاله الشخصية، كان ملتزماً بتعويض المحال له تعويضاً كاملا، ولا يقتصر على رد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات. وهذا الحكم يتمشى، لا فحسب مع قواعد المسئولية التقصيرية، بل أيضاً مع قواعد المسئولية العقدية. أما ما نصت عليه المادة ٣١٠ مدني من أن التزام المحيل بالضمان يقتصر على رد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات ولو وجد اتفاق يقضي بغير ذلك، فإن هذا لا يشمل مسئولية المحيل عن أفعاله الشخصية، إذ أن هذه المسئولية لا يتناولها حكم المادة ٣١٠ مدني كما سيأتي (انظر فقرة ٢٨٥).

(٢) نقول بحكم القانون، أي دون أن تكون هناك حاجة إلى اتفاق خاص، وإلا فإن الالتزام بالضمان مصدره عقد الحوالة، الذي التزم المحيل بموجبه أن ينقل الحق المحال به إلى المحال له، ولم يقم بالتزامه. تبقى حالة ما إذا كان الحق المحال به غير موجود أصلا، إذ قد يقال إن الحوالة في هذه الحالة تكون باطلة لانعدام محلها، والعقد الباطل لا ينشئ التزاماً بالضمان، إذ لا يترتب أثر على العقد الباطل. والقول بأن أساس الالتزام بالضمان في هذه الحالة هو الخطأ عند تكوين العقد (انظر الأستاذ شفيق=

وجود الحق المحال به وقت الحوالة[1](1). وهذا هو ما تقضى به الفقرة الأولى من المادة ٣٠٨ مدنى، فقد رأينا أنها تنص على أنه «إذا كانت الحوالة بعوض، فلا يضمن المحيل إلا وجود الحق المحال به وقت الحوالة»[2].

ويكون الحق المحال به غير موجود وقت صدور الحوالة، فيجب على المحيل الضمان، إذا كان مصدر هذا الحق عقداً باطلاً[3]. فإذا كان مصدر الحق عقداً قابلا للابطال لمصلحة

= شحاته فى حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية ص٢٦ هامش رقم ١) يعارضه أن المشرع المصرى قد استبعد هذه النظرية بعد أن كان المشروع التمهيدى (م٢٠٤ من المشروع) قد نص عليها. فلا يبقى إذن إلا القول بأن المسئولية هنا مسئولية قانونية، حدد القانون (م٨-٣مدنى) نطاقها، فجعل الجزاء فيها مقصوراً على رد الثمن والمصروفات ولم يجعله تعويضاً كاملا، وأجاز استبعادها باتفاق خاص. أما إذا قلنا بأن المسئولية لا تزال مسئولية عقدية، فلابد من افتراض أن عقد الحوالة إذا وقع على حق غير موجود يبقى قائماً من حيث إلزام المحيل بالضمان. فكأن الحوالة تفترض وجود عقد آخر إلى جانبها يلزم المحيل بالضمان إذا كان الحق المحال به غير موجود، فإذا كانت الحوالة باطلة لانعدام محلها، فان هذا العقد الآخر يبقى قائما وهو مصدر الالتزام بالضمان (ويؤيد ذلك أن الحوالة فى التقنين الألمانى تشتمل على اتفاق ناقل للالتزام وهذا عقد مجرد واتفاق منشئ لالتزامات شخصية: انظر ما يلى فقرة ٢١٣ فى الهامش). أو يقال إن عقد الحوالة الباطل قد تحول هو ذاته إلى عقد منشئ للالتزام بالضمان، طبقاً لنظرية تحول العقد: انظر المادة ١٤٤ مدنى، وانظر فى هذا المعنى فيما يتعلق ببيع ملك الغير الأستاذ سليمان مرقس والأستاذ محمد على امام فى عقد البيع فقرة ٢٨١ ص٤٦١ - ص٤٦٢.

(١) استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩٠١ م١٣ ص٢٠٢ - مصر مستعجل ٢٨ يوليه سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٩ رقم ١٨١ ص٤١٨.

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص١٢٧.

(٣) ومثل ذلك أيضاً إذا أعطى صراف عميلا ورقة «بنكنوت» مزورة، ولو كان الصراف يجهل تزويرها، فان تسليم الورقة إلى العميل يعد بمثابة حوالة حق غير موجود، فيلتزم الصراف بالضمان (بودرى وسينيا فقرة ٨١٩). وكان فى عهد التقنين المدنى الأهلى السابق يجب الضمان على المحيل إذا لم يقبل المدين الحوالة (استئناف مختلط ٢٣ مايو سنة ١٩١٢ م٢٤ ص٣٥٨).

(1) أ- يتعين الرجوع فى شأن الحوالة إلى احكام الضمان المنصوص عليها فى المواد ٣٠٨ إلى ٣١٠ دون احكام الضمان الواردة فى باب البيع.

(جلسة ١٩٦٧/٢/٩ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ ص٣٢٥)

ب- يتضمن التنازل عن الايجار حوالة حق بالنسبة إلى حقوق المستأجر وحوالة دين بالنسبة لالتزاماته ويعتبر المستأجر المتنازل - فيما يختص بحق الانتفاع بالعين المؤجرة والذى حوله إلى المتنازل له فى مركز المحيل ومن ثم فان ضمانه لهذا الحق ولو كان التنازل بعوض يخضع للقواعد المقررة للضامن فى حوالة الحق وليس للقواعد المقررة لضمان البائع فإذا تحقق سبب الضمان وفقاً للمادة ٣٠٨ من القانون المدنى فان المستأجر المتنازل لا يلزم طبقا للمادة ٣١٠ إلا برد ما استولى عليه مقابل حق الانتفاع الذى حرم منه المتنازل له مع الفوائد والمصروفات ولو وجد اتفاق يقضى بغير ذلك.

(جلسة ١٩٦٦/١٢/٨ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ ص١٨٥٥)

المدين الذى ترتب الحق فى ذمته، وأبطله هذا فعلا، صار الحق غير موجود ووجب الضمان على المحيل، حتى لو كان الحكم بالإبطال قد صدر بعد صدور الحوالة، لأن للابطال أثراً رجعياً فيعتبر الحق كأنه لم يوجد أصلا، ومن ثم لا يكون موجوداً وقت صدور الحوالة(١).

ويجب الضمان أيضاً على المحيل إذا كان الحق المحال به قد انقضى قبل صدور الحوالة بأى سبب من أسباب الانقضاء، كأن يكون المحيل قد استوفاه أو قضاه بالتجديد أو بالمقاصة أو باتحاد الذمة أو بالإبراء أو أن يكون الحق قد انقضى بالتقادم. أما إذا كان الحق قد انقضى بعد صدور الحوالة بفعل المحيل، كما إذا كان قد استوفاه أو جدده أو أبرأ منه ذمة المدين بعد أن صدرت منه الحوالة، فانه يكون ملتزماً بالضمان، ولكن بسبب فعل شخصى قد صدر منه على النحو الذى قدمناه. ويصح أيضاً أن يكون الحق المحال به قد انعدم وقت صدور الحوالة، فيجب الضمان على المحيل، إذا كان هذا الحق معلقاً على شرط فاسخ ولا يعلم المحال له بهذا الشرط، ثم تحقق الشرط الفاسخ قبل صدور الحوالة أو بعد صدورها، فينعدم الحق بأثر رجعى ويتبين أنه لم يكن موجوداً وقت الحوالة، فيكون المحيل ملتزماً بالضمان. أما لو كان المحال له يعلم أن الحق معلق على شرط فاسخ وقبل الحوالة على هذا الوصف، ثم تحقق الشرط بعد صدور الحوالة، فانه لا يرجع بالضمان على المحيل.

كذلك يكون الحق غير موجود قبل صدور الحوالة، فيجب على المحيل الضمان، إذا ظهر أن المحيل كان قد تصرف فيه قبل حوالته، بأن كان مثلا، بموجب حوالة سابقة، قد باعه أو وهبه أو رهنه وأصبحت هذه الحوالة السابقة نافذة فى حق الغير. أما إذا كان التصرف قد صدر بعد انعقاد الحوالة ولكنه أصبح نافذاً قبل نفاذها، فان المحيل يكون ملتزماً بضمان فعله الشخصى على النحو الذى قدمناه(٢).

---

(١) بودرى وسينيا فقرة ٨١٩- ولكن إذا كان الحق المحال به فى ذمة قاصر، وحوله الدائن إلى محال له يعلم بأن الحق قابل للابطال بسبب قصر المدين، لم يكن للمحال له الرجوع بالضمان على المحيل إذا طلب القاصر إبطال العقد (استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٨٩٢ م٤ ص١٥٦).

(٢) كذلك إذا تبين أن دائناً للمحيل قد حجز حجزاً تحفظياً على الحق المحال به قبل صدور الحوالة، فإن المحيل يكون ملتزماً بالضمان. أما إذا كان الحجز قد وقع بعد صدور الحوالة ولكن قبل نفاذها فى حق الدائن، فإن المحيل يكون مسئولا عن ضمان فعله الشخصى كما سبق القول.

وللمحال له، إذا كان قد اشترط الحق المحال به وخشى من استحقاقه، أن يحبس الثمن حتى يزول التعرض أو حتى يقدم المحيل كفيلا، لأن المحال له يكون فى مركز المشترى (م٢/٤٥٧ مدنى). ويتحقق ذلك، فيجوز للمحال له حبس الثمن، إذا وقع المدين حجزاً تحفظياً تحت يد نفسه قبل نفاذ الحوالة فى حقه (استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩٠١ م١٣ ص٢٠٢). ويكفى أن يكون الحق المحال به معرضاً لخطر الاستحقاق، دون أن يكون قد استحق فعلا (استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩٠١ م١٣ ص٢٠٣).

وكما يكون المحيل ملتزماً بضمان وجود الحق، يكون أيضاً ملتزماً بضمان وجود توابعه التي تنتقل معه. فان كان للحق المحال به تأمين، كرهن أو امتياز أو كفالة، ضمن المحيل للمحال له، بحكم القانون ودون حاجة إلى اتفاق خاص، هذا التأمين[1]. وهو لا يضمن إلا وجود التأمين في ذاته، أي وجود الرهن أو الامتياز أو الكفالة، دون أن يضمن كفاية الرهن أو الامتياز أو ملاءة الكفيل إلا إذا كان بينه ومن المحال له اتفاق خاص على ذلك، وفي هذه الحالة نخرج من نطاق الضمان بحكم القانون إلى نطاق الضمان الاتفاقي[2].

وضمان وجود الحق وتوابعه بحكم القانون إنما ينصب على هذا الوجود وقت انعقاد الحوالة. فإذا كان كل من الحق وتوابعه موجوداً في ذلك الوقت، فقد برئت ذمة المحيل من الضمان، ولو انقضى الحق أو شيء من توابعه بعد ذلك بسبب لا يرجع إلى المحيل. مثل ذلك أن يكون الحق قد بدأ التقادم يسري ضده قبل صدور الحوالة دون أن يكتمل. فالحق يكون موجوداً وقت الحوالة ولا ضمان على المحيل، حتى لو أن التقادم اكتمل بعد ذلك وسقط الحق[3]. كذلك لو كان للحق المحال به تأمين هو رهن رسمي مقيد، ولم يكن قد مضى على القيد وقت الحوالة عشر سنوات، فان الرهن يكون محفوظاً وقت صدور الحوالة، فلا ضمان على المحيل، حتى لو انقضت العشر السنوات بعد صدور الحوالة فسقط القيد قبل أن يجدده المحال له[4].

---

(١) وقد قضت محكمة طنطا بأن الضمان يشمل وجود الدين والتأمينات المتعلقة به والتي تعتبر من توابعه، فإذا ثبت أن العين المرهونة رهن تأمين لدين محول لآخر لم تكن مملوكة للراهن بل مملوكة لغيره من وقت البيع، كان التحويل لاغياً، وترتب عليه إلزام المحيل برد القيمة للمحال له (٢٠ مارس سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ١٦١ ص٢٢٤).

(٢) استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٨٩١ م٣ ص٢٧٤ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٣٢ ص٥٢٧.

(٣) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن التزام المحيل باعتباره ضامناً بالاتفاق هو كالالتزام كل كفيل التزام تبعي، فإذا زال الدين بمضي المدة سقط تبعا التزام المحيل (١٥ نوفمبر سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٦/٧ و٨ و٩ و١٠/١٣٦). ويمكن تخريج هذا الحكم على أساس أن ذمة المحيل قد برئت من الضمان لوجود الحق وقت صدور الحوالة، دون حاجة إلى تشبيه المحيل بكفيل للمدين.

(٤) بودري وسينيا فقرة ٨٢١- بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٣٢ - الموجز للمؤلف فقرة ٥٢٠. لكن إذا كان سبب زوال التأمين يرجع إلى وقت سابق على الحوالة، فان المحيل يكون ضامنا لزوال التأمين. مثل ذلك أن يحول البائع الثمن بما يضمنه من حق امتياز، ثم يشهر إفلاس المشتري ويحكم ببطلان الامتياز لحصول القيد في المدة المثبتة فيها (période suspecte) وهي سابقة على الحوالة. ففي هذه الحالة يرجع سبب بطلان الامتياز إلى وقت سابق على الحوالة، إذ المفروض أن البيع الذي هو مصدر الامتياز قد صدر قبل الحوالة، وأبطل الامتياز بعد الحوالة ولكن لسبب يرجع إلى وقت سابق عليها، فيلتزم المحيل بالضمان. وهذا بخلاف ما إذا كانت الحوالة قد صدرت قبل المدة =

وما دام المحيل لا يضمن إلا وجود الحق وتوابعه، فهو لا يضمن يسار المدين[1]، إلا إذا كان هناك اتفاق بينه وبين المحال له على هذا الضمان، وعندئذ نخرج من نطاق الضمان بحكم القانون إلى نطاق الضمان الاتفاقي. ومع ذلك يضمن المحيل يسار المدين دون أن يدخل في نطاق الضمان الاتفاقي، إذا كان يعلم أن المدين معسر وقد أخفى غشاً هذا الإعسار عن المحال له، وهنا يكون الضمان ناشئاً عن الغش لا عن عقد الحوالة[2].

وغنى عن البيان أن المحيل إنما يضمن وجود الحق إذا كان غير متنازع فيه. أما إذا كان الحق متنازعاً فيه وقد حوله بهذا الوصف، فانه لا يضمن للمحال له وجوده، إذ أنه إنما حول مجرد إدعاء يحق ولم يحول حقاً محقق الوجود، فالحوالة هنا عقد احتمالي[3].

٢٨٢- الضمان في الحوالة بعوض بحكم الاتفاق: وما قدمناه هو الضمان بحكم القانون في الحوالة بعوض. ولكن قد يتفق المحيل والمحال له على تخفيف هذا الضمان أو على تشديده.

يتفقان على تخفيف الضمان إذا اشترط المحيل مثلا أنه لا يضمن توابع الحق المحال به. فإذا كان هذا الحق مضموناً برهن، واشترط المحيل عدم ضمان هذا الرهن، فانه لا يكون مسئولا إذا تبين أن الرهن باطل، أو أنه قابل للإبطال وأبطله الراهن، أو أنه غير موجود لأى سبب آخر. وتوابع الحق المحال به تنتقل معه كما قدمنا دون حاجة إلى ذكر ذلك في عقد الحوالة، ويضمن المحيل، دون حاجة إلى ذكر ذلك أيضاً، وجود هذه التوابع. فإذا أراد المحيل ألا يضمن وجودها، فلابد في ذلك من اتفاق خاص مع المحال له يقضى بعدم ضمان توابع الحق، وفي هذا الاتفاق تخفيف الضمان بحكم القانون كما هو ظاهر.

بل قد يصل الاتفاق على تخفيف الضمان بحكم القانون إلى محوه أصلا، فيشترط المحيل ألا يضمن وجود الحق المحال به ذاته. ويقع ذلك غالباً إذا كان المحيل غير مستوثق من أن الحق الذى يحوله هو حقه، فيشترط عدم الضمان حتى إذا تبين أن الحق ليس له لم يكن مسئولا عن الضمان، أو يكون المحيل غير متأكد من أن الحق الذى يحوله غير خال من العيوب، فيصطنع الحيطة ويشترط عدم الضمان[1]. ولا شك في أن المحيل، باشتراطه عدم

=المشتبه فيها، فرجع سبب بطلان الامتياز إلى سبب لاحق لصدور الحوالة، فإن المحيل لا يلتزم في هذه الحالة بالضمان (بودرى وسينيا فقرة ٨٢١- بلانيول وريبير ورودان ٧ فقرة ١١٣٢).

(١) استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩١٥ م٢٧ ص٣٦٦.

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٨٢٣ وفقرة ٨٢٩.

(٣) وفي هذه الحالة يجوز للمدين أن يتخلص من مطالبة المحال له إذا هو رد إليه الثمن الحقيقي الذى دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع (م٤٦٩ مدنى)، وقد سبقت الأشارة إلى ذلك.

الضمان على هذا الوجه، يعرض المحال له لخطر له عادة ما يقابله، فيغلب أن يكون الثمن الذى يتقاضاه أقل بكثير من قيمة الحق المحال به. وقد يستخلص شرط عدم الضمان من الظروف، فإذا باع المحيل حقاً متنازعاً فيه، سواء رفعت به الدعوى أو قام فى شأنه نزاع جدى، وكان المحال له يعلم شأن هذا النزاع، فالمفروض – ما لم يتفق على غير ذلك – أن البائع لا يضمن وجود الحق. ويؤكد هذا الافتراض أن يبيع المحيل الحق المتنازع فيه بثمن بخس، يدخل فى تقديره احتمال خسارة الدعوى(٢).

ويقع كثيراً أن الاتفاق على الضمان بين المحيل والمحال له يكون الغرض منه التشديد من أحكام الضمان المقررة بحكم القانون، بدلا من التخفيف فيها. وأكثر ما يكون ذلك فى اشتراط المحال له على المحيل أن يضمن له، لا وجود الحق المحال به فحسب، بل أيضاً يسار المدين. وقد رأينا أن المادة ٣٠٩ مدنى تنص على أنه «لا يضمن المحيل يسار المدين إلا إذا وجد اتفاق خاص على هذا الضمان. ٢ – وإذا ضمن المحيل يسار المدين، فلا ينصرف هذا الضمان إلا إلى اليسار وقت الحوالة، ما لم يتفق على غير ذلك»(٣).

---

(١) وفى مثل هذه الأحوال يكون المفروض أن المحيل إنما يحتاط لأمره، فإذا تحققت مخاوفه وظهر أن الحق غير موجود أو أن به عيوباً تشوبه، لم يكن مسئولا عن تعريض المحال له، وإنما يبقى ملتزماً برد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات كما سنرى. ولكن قد يصل الاتفاق على محو الضمان إلى حد أن تصبح الحوالة عقداً احتمالياً، فيشترط المحيل ألا يكون ضامناً لوجود الحق وأنه غير ملتزم برد شئ إلى المحال له إذا ظهر أن الحق غير موجود، وفى هذه الحالة يكون الحق المحال به هو مجرد إدعاء قد يثبت وقد لا يثبت، فإذا لم يثبت لم يرجع المحال له على المحيل بشئ ولا يلتزم المحيل حتى برد ما استولى عليه. ولكن مثل هذا الشرط لا يفترض، بل يجب أن يكون واضحاً لا شك فيه. وأكثر ما يقع ذلك فى حوالة الحقوق المتنازع فيها (بودرى وسينيا فقرة ٨٢٥ ص٨٦٤ – ص٨٦٦ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٣٣ – ص٥٢٨ ص٥٢٩– وانظر أيضاً: استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٩١٣ م٢٥ ص١٨٩– ١١ ديسمبر سنة ١٩٤٠ م٥٣ ص٢٦).

(٢) ومثل هذه الحوالة تسرى عليها أحكام بيع الحقوق المتنازع فيها (م٤٦٩ – ٤٧٢ مدنى) وقد سبقت الإشارة إلى ذلك. وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً فى هذا المعنى، فكانت المادة ٤٤٣ من المشروع تجرى على الوجه الآتى: «إذا كان الحق المحال به متنازعاً فيه، فتسرى على الحوالة أحكام المواد الخاصة باسترداد الحقوق المتنازع عليها». وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة، إذ أن حكمه يستفاد بداهة من وجود نصوص خاصة ببيع الحقوق المتنازع فيها (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص١٣٤ فى الهامش).

ومما يقع فى العمل من الحوالات التى يشترط فيها عدم الضمان أن السنديك أو المصفى، بعد أن يستوفى الحقوق الثابتة والحقوق التى يسهل استيفاؤها، يبيع الحقوق الأخرى جملة واحدة مع اشتراط عدم الضمان (بودرى وسينيا فقرة ٨٢٧).

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص١٢٧.

فإذا اشترط المحال له على المحيل ضمان يسار المدين[1]، ولم يبين أى يسار يعنى، فان اليسار المضمون ينصرف إلى يسار المدين وقت انعقاد الحوالة، وذلك تفسيراً للشرط بما هو فى مصلحة الملتزم وهو هنا المحيل. فإذا كان المدين موسراً وقت انعقاد الحوالة، فان ذمة المحيل تبرأ من الضمان، حتى لو أعسر المدين بعد ذلك ولو قبل صيرورة الحوالة نافذة فى حقه. وغنى عن البيان أن ضمان المحيل ليسار المدين وقت الحوالة لا يكون إلا باتفاق خاص، ومن غير هذا الاتفاق لا يضمن المحيل إلا وجود الحق، فلا يضمن يسار المدين أصلا ولو وقت انعقاد الحوالة، وحتى لو كان عالماً بأعساره. فما دام لم يضمن اليسار باتفاق خاص، فان علمه بهذا الاعسار لا يقوم مقام الاتفاق[2]. وعلى المحال له قبل أن يقدم على قبول الحوالة أن يتحرى عن حالة المدين ومقدار ملاءته، فإذا لم يستطيع أن يثبت من ذلك ففى القليل كان الواجب عليه أن يشترط على المحيل ضمان اليسار. فإذا هو لم يفعل، لا هذا ولا ذاك، كان التقصير فى جانبه ولا يلومن إلا نفسه[3]. على أنه إذا أخفى المحيل غشاً عن المحال له إعسار المدين، كان مسئولا، لا بموجب عقد الحوالة، بل بسبب الغش، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك[4].

فإذا أراد المحال له أن يضمن المحيل يسار المدين فى الاستقبال، أى عند حلول ميعاد الوفاء بالحق المحال به، وجب عليه أن يبين ذلك فى الشرط الذى يأخذه على المحيل، فلا يكتفى باشتراط ضمان اليسار دون تعيين. واشتراط يسار المدين عند حلول الحق المحال به هو الذى يقع فى الكثير من الأحوال، لأنه هو الذى يكفل للمحال له أكبر قدر من الضمان[5]. وعند

---

(١) ولا يكفى اشتراط الضمان إطلاقاً، فإن هذا يتصرف إلى الضمان بحكم القانون، بل يجب تعيين الواقعة المضمونة، فيشترط ضمان اليسار (بودرى وسينيا فقرة ٨٣٠ – فقرة ٨٣١). انظر فى بعض عبارات مألوفة فى اشتراط الضمان وفى تفسير هذه العبارات: أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص١٦٥ – ص١٦٦ – بودرى وسينيا فقرة ٨٣٢ – فقرة ٨٣٣ – أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ cession de créance فقرة ٥١٤ وما بعدها.

(٢) وقد جاء فى الموجز للمؤلف: «ويلاحظ أن هذا التشديد يجب أن يكون باتفاق صريح، فلا يمكن افتراضه، كما إذا أعطى المدين على نفسه سنداً مدنياً تحت إذن الدائن متبعاً فى ذلك الشكل التجارى. فإذا حول الدائن هذا السند المدنى إلى آخر، فإنه لا يكون ضامناً ليسار المحال عليه إلا بشرط صريح، ولا يكفى أن نقيس هذا السند المدنى، ولو كان قد اتخذ الشكل التجارى، على السند التجارى المحض الذى يضمن فيه المحيل يسار المحال عليه وقت الوفاء. على أن هذا الحكم ليس محل اتفاق» (الموجز للمؤلف فقرة ٥٢٠ ص٥٣٨ هامش رقم ١).

(٣) بودرى وسينيا فقرة ٨٢٩.

(٤) شبين الكوم ١١ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٢٩ ص٦٤٦ – انظر آنفاً فقرة ٢٨١.

(٥) بودرى وسينيا فقرة ٨٣٢ – فقرة ٨٣٣ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٣٣ ص٥٣٠ هامش رقم ١.

ذلك يكون المحيل مسئولا إذا طالب المحال له المدين بالحق عند حلوله، فوجده معسراً[1]. وليس من الضرورى أن تكون المطالبة فى اليوم نفسه الذى يحل فيه الحق، بل يجوز أن تكون المطالبة فى خلال مدة معقولة من يوم الحلول، فإذا كان المدين قد أعسر خلال هذه المدة المعقولة، فان المحيل يكون مسئولا عن إعساره بموجب شرط الضمان. لكن إذا تأخر المحال له مدة طويلة بعد حلول ميعاد الوفاء فى مطالبة المدين، وكان المدين موسراً خلال المدة المعقولة ثم أعسر بعد ذلك، لم يكن المحيل مسئولا، لأن المحال له قد قصر بتأخره فى مطالبة المدين فى وقت كان فيه موسراً[2]. ومن باب أولى لا يكون المحيل مسئولا عن إعسار المدين لو أن هذا الإعسار كان بفعل المحال له نفسه، كما لو كان للحق المحال به ضمان فنزل عنه المحال باختياره بأن شطب الرهن مثلا أو أبرأ ذمة الكفيل[3].

---

(١) وقد قضت محكمة استئناف أسيوط بأن مركز المحيل فى حال الضمان الاتفاقى ليس إلا مركز ضامن تتحدد مدى التزاماته بعبارة الضمان الواردة فى الحوالة، فقد يكون ضامناً ليسار المدين وقت الحوالة، وقد يكون ضامنا ليساره فى المستقبل، وقد يكون ضامنا بسيطا، وقد يكون متضامنا. على أنه فى هذه الصور كلها لا يعدو صفة الضامن، وإن كان فى بعض النتائج القانونية أقل مسئولية منه (استئناف أسيوط ١٥ نوفمبر سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٦ رقم ٧ و٨ و٩ و١٠ ص١٣٦).

(٢) وقد قضت محكمة طنطا بأن ضمان المحيل يسار المدين فى الاستقبال ينصرف إلى موعد استحقاق الدين، فانه فيه يلتزم بالوفاء ويضمنه مجموع ماله، وعلى المحال له أن يسعى لاستيفاء قيمة الدين. فإذا أعسر المدين بعد ذلك، فلا يضمن المحيل ذلك الإعسار، الا إذا كانت الفترة التى وقعت بين موعد السداد والاعسار قليلة – لا تتسع لاستيفاء المحال به. فلا يملك المحال له تأجيل السداد صراحة باعطاء المدين مهلة أخرى، أو ضمنا باهمال اتخاذ الإجراءات التحفظية أو التنفيذية على مال المدين. فان فعل، وأعسر المدين فى هذه الأثناء، فلا رجوع على المحيل. وإذا كان تأجيل الدائن سداد الدين لا يبرئ الكفيل من الكفالة بينما يبرئ المحيل من الضمان، فلأن للكفيل الحق قانوناً فى مطالبة المدين بالوفاء عند حلول أجل الاستحقاق فتتوافر لديه بذلك الوسيلة لاتقاء إعسار المدين، فإذا لم يفعل فيجب أن يتحمل النتيجة. أما المحيل فلا يملك ذلك بداهة، فانه لم يعد دائناً بعد الحوالة (طنطا ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٣ رقم ٢٨٧ ص٥٥٤). ومن هذا الحكم يتبين الفرق بين مركز المحيل الضامن ليسار المدين وقت حلول الحق المحال به ومركز الكفيل. فان ذمة الكفيل لا تبرأ لمجرد أن الدائن تأخر فى اتخاذ الإجراءات أو لمجرد أنه لم يتخذها وانما تبرأ ذمته – طبقاً لأحكام التقنين المدنى الجديد (م٢/٧٨٥) – إذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن، ما لم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً. هذا إلى أن مصدر التزام الكفيل هو عقد الكفالة، وهذا العقد يفترض عادة قيام علاقة وكالة أو فضالة بين الكفيل والمدين، فإن دفع الكفيل الدين عن المدين رجع عليه بدعوى الوكالة أو بدعوى الفضالة. أما مصدر التزام المحيل بالضمان فمصدره عقد الحوالة نفسه الذى ورد فيه شرط الضمان، ولا يفترض هذا الشرط عادة قيام علاقة وكالة أو فضالة بين المحيل والمدين، فان دفع المحيل الدين للمحال له وفاء لالتزامه بالضمان، فالغالب ألا يجد أمامه للرجوع على المدين بما دفعه إلا دعوى الإثراء بلا سبب.

(٣) بودرى وسينيا فقرة ٨٣٧ – فقرة ٨٣٨.

وحتى يستطيع المحال له الرجوع على المحيل بضمان اليسار، يجب عليه أولا أن يثبت أن المدين معسر. ولا يتسنى له ذلك إلا إذا كان قد رجع فعلا على المدين وعلى جميع الضمانات التى تكفل الدين[1]، فلم يتهيأ له أن يستوفى حقه. ومن ثم يكون للمحيل أن يطالب المحال له بتجريد المدين قبل أن يرجع عليه بضمان اليسار[2]. وليس على المحيل أن يقدم للمحال له مصروفات التجريد، فهو ليس بكفيل للمدين حتى يلتزم بذلك، على أن للمحال له، فى أثناء تجريده للمدين، أن يتخذ ما يلزم من إجراءات تحفظية ضد المحيل، حتى يتيسر له الرجوع عليه عند ما يثبت بوجه قاطع إعسار المدين[3].

وإذا ضمن المحيل يسار الدين وقت حلول الحق المحال به، فانه لا يستطيع أن يأتى عملا من شأنه أن يناقض هذا الضمان، وإلا كان ساعياً فى نقض ما تم من جهته، وكان سعيه مردوداً عليه. ويتضح ذلك فى الحالة الآتية: إذا كان حق الدائن مقداره ألف، وقد حول منه خمسمائة واستبقى لنفسه خمسمائة، ولم يكن قد ضمن يسار المدين، فان كلا من المحيل والمحال له يطالب المدين بخمسمائة مقدار حصته فى الحق. فإذا لم يكن عند المدين إلا

---

(١) وهذا فرق آخر بين مركز المحيل الضامن ليسار المدين ومركز الكفيل. فالكفيل ليس له فى الأصل إلا أن يطلب تجريد المدين نفسه، فإذا كان للدين كفالة عينية، كان للدائن أن يرجع على الكفيل الشخصى دون الكفيل العينى، وعند ذلك يحل الكفيل الشخصى محل الدائن فى الرجوع على الكفيل العينى. أما المحيل الضامن ليسار المدين فله أن يطلب من المحال له الرجوع على الكفيل العينى للحق المحال به قبل الرجوع عليه هو. وسنرى حالا أن الكفيل، دون المحيل الضامن لليسار، يلتزم بتقديم مصروفات التجريد. ومن ذلك يتبين أن التزام المحيل الضامن لليسار هو بوجه عام أيسر من التزام الكفيل.

(٢) وقد قضى بأن حق المحال له فى الرجوع على المحيل بالضمان مقيد بحصول تجريد أموال المدين تجريداً فعلياً بالبيع عقب استحقاق الوفاء، إذ قبل ذلك لا يتحقق الإعسار. وهذا البيع يجب أن يشمل المدين وملك الغير المرتهن وفاء للسداد إذا كان هناك شئ من ذلك. وبمعنى آخر يجب أن يستنفد المحال له جميع وسائل السداد قبل الرجوع على المحيل (استئناف مصر ٨ يونيه سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٨٠ ص٥٤٣ – طنطا ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٣ رقم ٢٨٧ ص٥٥٤).

(٣) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص١٦٦ – بودرى وسينيا فقرة ٨٣٩ – فقرة ٨٤٠ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٣٣ ص٥٢٩ – ص٥٣٠.

ومع ذلك فقد قضت محكمة الأسكندرية بأن شرط الرجوع على المحيل بالضمان قد جاء من إنه كفيل وضامن للمدين فى تحصيل الدين وقبضه، ويجوز فى هذه الحالة أن يطلب المحيل، إذا لم يكن ضامناً متضامناً، رجوع المحال له أولا على المدين بطلب حق التجريد إذا توافرت شروطه، وأيسرها ألا يكون المحيل ضامنا متضامنا، وبشرط أن يرشد المحيل إلى أموال المدين، وأن يقدم للمحال له مصروفات التجريد والمستندات الخاصة بذلك، وأن يطلب ذلك صراحة قبل التكلم فى موضوع الدعوى (الأسكندرية ٢٣ مارس سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٥٠٣ ص١١٩٠).

خمسمائة، فليست هناك أفضلية للمحال له على المحيل[1]، ولا يبقى إلا أن يقتسم الاثنان ما عند المدين اقتسام الغرماء، فيأخذ كل منهما مائتين وخمسين. أما إذا كان المحيل قد ضمن للمحال له يسار المدين وقت حلول الحق المحال به، فعند ذلك لا يستطيع أن يزاحم المحال له فى الخمسمائة التى عند المدين، بل يتقدم عليه المحال له ويأخذ كل الخمسمائة. ذلك أن مزاحمة المحيل للمحال له تناقض ضمانه ليسار المدين، وما دام المحال له لم يستوف كل حقه بقى ضمان المحيل قائماً، فلا يستطيع المحيل إذن أن يأخذ أى شئ من مال المدين قبل أن يستوفى المحال له كل حقه كما قدمنا[2].

٢٨٣ - الضمان فى الحوالة بغير عوض بحكم القانون: رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٣٠٨ مدنى تقضى بأنه إذا كانت الحوالة بغير عوض «فلا يكون المحيل ضامناً حتى لوجود الحق[1]. وقد كان المشروع التمهيدى لهذا النص يضيف عبارة «ما لم يتفق على غير ذلك»[3]. فحذفت هذه العبارة فى لجنة المراجعة حتى يتمشى حكم النص مع حكم المادة ٣١٠ مدنى، وهى تقضى كما رأينا بأنه إذا رجع المحال له بالضمان لم يلزم المحيل إلا برد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات ولو وجد اتفاق يقضى بغير ذلك. والمحيل بغير عوض لم يستول على شئ حتى يرده، فلا يجوز إذن أن يلزم ولو باتفاق خاص أن يرد شيئاً إلى المحال له[4].

وقد يفهم مما قدمناه أن المحيل بغير عوض لا يضمن شيئاً للمحال له، لا بحكم القانون ولا بموجب الاتفاق. إلا أننا مع ذلك لا نسلم بهذا الحكم على إطلاقه، إذ يجب تنسيق أحكام التقنين وتكميل نصوصه بعضها ببعض. فهناك المادة ٤٩٤ مدنى، وهى تضع القاعدة العامة فى ضمان الواهب لاستحقاق الشئ الموهوب، وتجرى على الوجه الآتى: «١ - لا يضمن الواهب استحقاق الشئ الموهوب، إلا إذا تعمد إخفاء سبب الاستحقاق أو كانت الهبة بعوض. وفى الحالة الأولى يقدر القاضى للموهوب له تعويضاً عادلا عما أصابه من الضرر،

---

(١) كذلك لا توجد أفضلية للمحيل على المحال له كما توجد هذه الأفضلية للدائن الأصلى الذى حل محله شخص آخر فى جزء من الدين: انظر الفقرة الأولى من المادة ٣٣٠.

(٢) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص١٦٧ - بودرى وسينيا فقرة ٨٤٣ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٧.

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص١٢٨.

(٤) انظر آنفا فقرة ٢٧١ فى الهامش - مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص١٢٣.

(1) عدم دفع المقابل فى الحوالة لا يجعلها صورية إذ تجيز المادة ٣٠٨ من القانون المدنى الحوالة بغير مقابل. (الطعن ٣٨- لسنة ٣٥ق- جلسة ١٩٦٩/١١/٢٠ س٢٠ ص١٢٢٠)

وفى الحالة الثانية لا يضمن الواهب الاستحقاق إلا بقدر ما أداه الموهوب له من عوض. كل هذا ما لم يتفق على غيره. ٢ – وإذا استحق الشئ الموهوب، حل الموهوب له محل الواهب فيما له من حقوق ودعاوى».

فحتى يمكن التوفيق بين نصوص التقنين المدنى، نرى أن نطاق تطبيق المادة ٣١٠ هى الحوالة بعوض ويدخل فى ذلك الهبة بعوض، لأن النص صريح فى أن المحيل قد استولى على شئ من المحال له فى مقابل الحوالة، وهذا الشئ هو الذى يرده مع المصروفات والفوائد فى حالة تحقق الضمان. أما المادة ٤٩٤ مدنى فنطاق تطبيقها الحوالة بغير عوض، أى الحوالة الصادرة على سبيل الهبة المحضة من غير أى عوض مقابل.

فإذا كانت الحوالة هبة بعوض، ضمن المحيل بحكم القانون وجود الحق المحال به وفقاً للفقرة الأولى من المادة ٣٠٨. فإذا كان هذا الحق غير موجود وقت الحوالة، على الوجه الذى قدمناه، وجب الضمان على المحيل، ورجع المحال له بهذا الضمان وفقاً للمادة ٣١٠ مدنى، فلا يلزم المحيل إلا برد ما استولى عليه من عوض مع الفوائد والمصروفات على الوجه الذى سنبينه فيما يلى.

وأما إذا كانت الحوالة هبة محضة لا عوض فيها، فان الذى ينطبق هو نص المادة ٤٩٤ مدنى. فإذا استحق الحق المحال به، كأن كان المحيل وارثاً ظاهراً لهذا الحق مثلا، أو تبين أن الحق غير موجود أصلا، لم يجب الضمان على المحيل (الواهب) إلا إذا تعمد إخفاء سبب الاستحقاق أو إلا إذا كان عالماً بانعدام الحق المحال به وأخفى ذلك غشاً عن المحال له. فعند ذلك يقدر القاضى – كما تقرر الفقرة الأولى من المادة ٤٩٤ مدنى – للمحال له (الموهوب له) تعويضاً عادلا عما أصابه من الضرر. فيجب إذن أن يكون هناك ضرر أصاب الموهوب له من جراء استحقاق الحق المحال به أو من جراء انعدامه. ويبدو أنه لا يكفى أن يكون هذا الضرر هو مجرد فوات الحق الموهوب له، وإلا لوجب الضمان دائماً فى التبرعات وجوبه فى المعاوضات. وإنما يجب أن يكون الضرر خسارة إيجابية لحقت الموهوب له، بأن يكون مثلا قد اعتمد على الحق الموهوب فى سداد دين أو فى القيام بمشروع، فلما فات عليه هذا الحق تحمل خسارة من جراء ذلك. وفى هذه الحالة يقدر القاضى تعويضاً عادلاً للموهوب له من الضرر، ملاحظاً فى ذلك أن المحيل متبرع، فلا يكون للتعويض مدى مماثل للتعويض الذى يدفعه المحيل لو كانت الحوالة بعوض. ومصدر التعويض هنا ليس هو عقد الحوالة، وإنما هو الخطأ الذى ارتكبه المحيل باخفائه عمداً سبب الاستحقاق أو انعدام الحق حتى ألحق الضرر بالمحال له.

ثم إن الفقرة الثانية من المادة ٤٩٤ مدنى تقضى بأنه «ردا استحق الشئ الموهوب، حل الموهوب له محل الواهب فيما له من حقوق ودعاوى». ونفرض، لتطبيق هذا النص،

أن البائع قبل أن يسلم المبيع وهب الثمن المستحق فى ذمة المشترى إلى آخر عن طريق الحوالة، ثم هلك المبيع قبل تسليمه للمشترى بفعل أجنبى. فالثمن فى هذه الحالة يسقط عن المشترى، ولا يستطيع المحال له الرجوع عليه بشئ. ولكن لما كان الأجنبى متعدياً فى هلاك الشئ، فان للبائع أن يرجع عليه بدعوى تعويض، فهذه الدعوى قد حلت محل الثمن المحال به، ومن ثم يحل المحال له محل المحيل (البائع) فى هذه الدعوى قبل الأجنبى.

٢٨٤ – الضمان فى الحوالة بغير عوض بحكم الاتفاق: ولما كانت الفقرة الأولى من المادة ٤٩٤ مدنى عندما رتبت الضمان على الواهب إذا هو أخفى سبب استحقاق الشئ الموهوب ذكرت بعد ذلك أن هذا الحكم يسرى «ما لم يتفق على غيره»، فإنه يجوز إذن أن يتفق المحيل مع المحال له، إذا كانت الحوالة بغير عوض أصلا، أنه فى حالة استحقاق الحق المحال به أو فى حالة انعدامه، يرجع المحال له على المحيل بتعويض عادل، حتى لو كان المحيل يجهل أن الحق المحال به مستحق للغير أو منعدم. وفى هذا تشديد للضمان الذى قرره القانون والذى بسطنا أحكامه فيما تقدم، فان المحيل لا يكون ملتزماً طبقاً لهذه الأحكام إلا إذا كان يعلم بانعدام الحق أو باستحقاقه للغير ثم يتعمد إخفاء ذلك على المحال له. على أنه لا يجوز أن يكون هذا الاتفاق على الضمان مصدر ربح غير مشروع للمحال له، فلا يجوز مثلا أن يتفق المحال له مع المحيل على ضمان الاستحقاق فى الحوالة بغير عوض حتى لو لم يصب المحال له أى ضرر.

ثم إنه لا يجوز الاتفاق على تخفيف الضمان الواجب بحكم القانون فى ذمة المحيل المتبرع للمحال له، فلا يصح أن يتفق الاثنان على ألا يكون المحيل مسئولا عن الضرر الذى يصيب المحال له، حتى لو تعمد إخفاء سبب الاستحقاق أو أخفى غشاً انعدام الحق. ذلك أنه لا يجوز لشخص أن يشترط عدم المسئولية عن خطأه التقصيرى.

المطلب الثانى

ما يرجع به المحال له على المحيل عند تحقق الضمان

٢٨٥ – المبدأ العام: رأينا أن المادة ٣١٠ مدنى تنص على أنه «إذا رجع المحال له بالضمان على المحيل طبقاً للمادتين السابقتين، فلا يلزم المحيل إلا برد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات، ولو وجد اتفاق يقضى بغير ذلك».

فالمبدأ العام إذن هو أنه عند تحقق الضمان، يكون أقصى ما يرجع به المحال له على المحيل هو أن يسترد منه ما دفعه له عوضاً عن الحق المحال به، مع الفوائد من يوم الدفع

بالسعر القانونى[1]، ومع المصروفات التى يكون قد أنفقها فى إبرام الحوالة أولا ثم فى مطالبة المدين ثانياً فى الرجوع بالضمان على المحيل أخيراً. وهذا سواء كان الضمان بحكم القانون ولم يجد المحال له الحق موجوداً، أو كان بحكم الاتفاق ولم يجد المحال له المدين موسراً.

ويجوز أن يرجع المحال له بأقل من ذلك، إذا وجد شرط يخفف من الضمان. بل يجوز إلا يرجع بشئ أصلا، إذا اشترط المحيل عدم الضمان وكان الحق المحال به هو مجرد ادعاء قد يثبت وقد لا يثبت ورضى المحال له بذلك، كما أسلفنا القول.

ولكن لا يجوز أن يرجع المحال له بأكثر من استرداد ما دفعه مع الفوائد والمصروفات، إلا في حالة واحدة هى حالة ضمان المحيل لأفعاله الشخصية. فان التعويض فى هذه الحالة الأخيرة يكون مصدره خطأ تقصيرياً فى جانب المحيل، فوجب أن يكون كاملا يشمل قيمة الحق المحال به كلها ولو زادت على ما دفعه المحال له للمحيل، ويشمل أيضاً التعويض عن أى ضرر آخر[2]. ويبقى هذا الحكم صحيحاً حتى لو قلنا إن التعويض مصدره عقد الحوالة لا الخطأ التقصيرى، فان التعويض فى المسئولية العقدية يتناول كل الضرر المباشر المتوقع، فيشمل قيمة الحق المحال به كما يشمل التعويض عن أى ضرر آخر يكون مباشراً متوقعاً. وإذا كانت المادة ٣١٠ مدنى قد قصرت الرجوع بالضمان على إلزام المحيل برد ما استولى عليه مع الفوائد

---

(1) إذ نصت المادة ٣١٠ من القانون المدنى على أنه «إذا رجع المحال له بالضمان على المحيل.. فلا يلزم المحيل إلا برد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات ولو وجد اتفاق يخالف ذلك» فإن قصد المشرع من هذا النص هو تحديد اقصى ما يرجع به المحال له على المحيل من تعويض عند تحقق الضمان وهذا الحكم يغاير الحكم الوارد بالمادة ٢٢٦ من القانون المدنى الذى يجرى سريان الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية إذا كان موضوع الإلتزام مبلغا من النقود تأخر المدين فى الوفاء به ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذا لم يعمل حكم المادة ٢٢٦ من القانون المدنى، وقضى للمحال له بالفوائد من تاريخ دفعه مبلغ الحوالة للطاعن وهو المحيل فانه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون.

(الطعن ٢٨٩ لسنة ٣٠ق - جلسة ١٩٦٦/١/١١ س١٧ ص٦٥)

(2) حق المحال له فى التعويض لا يقتصر - فى حالة ضمان المحيل لافعاله الشخصية وفقا للمادة ٣١١ من القانون المدنى - على استرداد ما دفعه المحيل عوضا عن الحق المحال به مع الفوائد والمصروفات كما هو الحال عندما يتحقق الضمان طبقا للمادتين ٣٠٨ و٣٠٩ من القانون المدنى بل يكون التعويض كاملا يشمل قيمة هذا الحق كلها ولو زادت على ما دفعه المحال له للمحيل ويشمل أيضا التعويض عن أى ضرر آخر يلحق بالمحال له من جراء فعل المحيل.

(جلسة ١٩٦٧/٢/٩ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ ص٣٢٥)

(جلسة ١٩٧٧/٣/٢٢ الطعن ٣٥٢ لسنة ٤١ق السنة ٢٨ ص٧٣٢)

(جلسة ٢٠٠١/٢/٢٦ الطعن ٨٧٦٧ لسنة ٦٣ق)

والمصروفات ولم تجز الاتفاق على غير ذلك، فان هذا الحكم خاص بالضمان الذى لا يرجع إلى أفعال المحيل الشخصية. وهو الضمان المنصوص عليه فى المادتين ٣٠٨ و٣٠٩ مدنى. ونص المادة ٣١٠ مدنى صريح فى هذا المعنى، ولا يتناول مسئولية المحيل عن أفعاله الشخصية المنصوص عليها بعد ذلك فى المادة ٣١١ مدنى[١].

وفى غير مسئولية المحيل عن أفعاله الشخصية، لا يجوز للمحال له فى إلزامه المحيل بالضمان، أن يرجع عليه بأكثر مما دفعه له مع الفوائد والمصروفات. فلا يجوز له أن يرجع عليه بقيمة الحق المحال به كله إذا كانت هذه القيمة أكثر مما دفعه، حتى لو اتفق معه على ذلك. فالمبدأ الذى يضع الحد الأقصى لمقدار ما يرجع به المحال له هو إذن من النظام العام، لا يجوز الاتفاق على مخالفته[1].

وقد أخذ التقنين المدنى المصرى الجديد هذا الحكم عن المشروع الفرنسى الإيطالى (م٢٦٨ من هذا المشروع)[٢]، وقصد به إلى قطع السبيل على المرابين الذين يستغلون حاجة

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٨٠ فى الهامش.

(1) إذا نظم المشرع فى المواد من ٣٠٨ إلى ٣١١ من القانون المدنى احكام الضمان فى حوالة الحق بنصوص خاصة، فانه لا يجوز مع وجود هذه الأحكام الخاصة تطبيق احكام الضمان الواردة فى باب البيع على الحوالة.

(جلسة ١٩٦٧/٢/٩ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ ص٣٢٥)

(٢) أما التقنين المدنى الفرنسى فقد أغفل النص على وضع حد أقصى لضمان المحيل بحكم القانون، ولكنه وضع هذا الحد لضمان المحيل بحكم الاتفاق. فنصت المادة ١٦٩٤ من هذا التقنين على أن المحيل لا يكون مسئولا عن يسار المدين إلا إذا التزم بذلك، وفى حدود الثمن الذى تقاضاه عن الحق. فانقسم الفقه الفرنسى فى المقدار الذى يرجع به المحيل له على المحا له عند تحقق الضمان بحكم القانون. ففريق يذهب إلى أن المحال له لا يرجع على المحيل إلا بالثمن الذى دفعه، قياساً على الرجوع فى حالة ضمان اليسار بموجب المادة ١٦٩٤ السالفة الذكر (ديرانتون ١٦ فقرة ٥١٢ – ترولونج فى البيع ٢ فقرة ٩٤٣ – ديفرجييه فى البيع ٢ فقرة ٢٦٣ – أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص١٦٤ – جيللوار فى البيع والمقايضة ٢ فقرة ٨٣٦). وفريق آخر يجعل الرجوع فى الضمان بحكم القانون بقيمة الحق كله لا بالثمن وحده، قياساً على ضمان الاستحقاق فى عقد البيع. ويوجهون هذا الرأى بأن الضمان بحكم القانون هو ضمان لوجود الحق، فإذا اشترى المحال له حقاً غير موجود كان له أن يرجع بقيمته على المحيل، لأنه لم يضارب على وجود الحق بل ضارب على يسار المدين. فإذا كان الحق موجوداً، ولكن المدين كان معسراً، لم يكن له أن يرجع على المحيل إلا بالثمن الذى دفعه حتى لو اتفق معه على الرجوع بقيمة الحق كلها، لأنه لما ضارب على يسار المدين فقد تحمل تبعة إعساره، فإن كان المدين موسراً فقد خلص له كل الحق، وإن كان معسراً فليس له إلا الرجوع بالثمن على المحيل (كوليه دى سانتير ٧ فقرة ١٣٩ مكررة – لوران ٢٤ فقرة ٥٤٩ – هيك ٢ فقرة ٤٩٢ – بودرى وسينيا فقرة ٨٢٢ – أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ (cession de créance) فقرة ٤٧٦). =

الناس فيشترون حقوقهم بأبخس الأثمان، ثم يكفلون لأنفسهم حق الرجوع بها كاملة عليهم إذا لم يستوفوها كاملة من المحال عليهم. فإذا اشترى المرابى حقاً قيمته مائة بثمانين، ثم اشترط ضمان المحيل ليسار المدين بقيمة الحق كله، وأجيز هذا الشرط، لكان المرابى واثقاً من الحصول على مائة فى الثمانين التى دفعها، إما من المدين إذا كان موسراً، وإما من طريق الرجوع بالضمان على المحيل. وهذا هو عين الربا المحظور. فقصر حقه فى الرجوع بالضمان على الثمانين التى دفعها مع الفوائد والمصروفات، حتى إذا أخذ أكثر مما أعطى فى حالة استيفاء الحق من المدين، لم يأخذ إلا بمقدار ما أعطى فى حالة الرجوع بالضمان على المحيل، فيمتنع عليه أن يأخذ فى الحالتين أكثر مما أعطى. وقد قيل فى لجنة المراجعة فى صدد هذا الحكم إن المقصود به «أن يتحمل المحال له الغنم والغرم، لأن الحوالة تنطوى على معنى المضاربة»(١).

ونرى من ذلك أن هناك حكمين من أحكام الضمان يعتبران من النظام العام. أولهما هو هذا الحكم، والثانى هو الحكم القاضى بمسئولية المحيل عن أفعاله الشخصية فلا يستطيع التخلص من هذه المسئولية ولو باتفاق خاص(٢).

=ويذهب بلانيول وريبير وردوان إلى أن المحال له لا يرجع على المحيل، حالة الضمان القانونى، بقيمة الحق كله إلا على سبيل التعويض، فيجب عليه إذن أن يثبت أن الضرر الذى لحقه يعادل قيمة الحق، ولا يتأتى له ذلك، إلا إذا أثبت أن المدين موسر ولو أن الحق كان موجوداً لاستطاع أن يتقاضاه كله من المدين (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٣٢ ص٥٢٨). وينتصر الأستاذ شفيق شحاتة لهذا الرأى (حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية فقرة ٣٢).

أما ضمان المحيل ليسار المدين،، فإن نص المادة ١٦٩٤ من التقنين الفرنسى، كما رأينا، صريح فى أنه يقتصر على استرداد المحال له للثمن الذى دفعه. واختلف الفقهاء فى فرنسا هل يعتبر هذا الحكم من النظام العام. ففريق يذهب إلى أنه من النظام العام فلا يعتد بالاتفاق المخالف ولا يرجع المحال له على المحيل إلا بالثمن ولو اتفق معه على أن يرجع عليه بكل قيمة الحق (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٣٣ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٧١٧. جوسران ٢ فقرة ٨١١). وفريق آخر يذهب إلى أن هذا الحكم ليس من النظام العام، وأنه يجوز للمحال له أن يتفق مع المحيل الذى ضمن يسار المدين على أن يرجع عليه، فى حالة تحقق هذا الضمان، بقيمة الحق كله لا بالثمن وحده (بودرى وسينيا فقرة ٨٣٦ – انظر أيضاً المادة ٢٨٤ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى وقد سبق ذكرها آنفاً فقرة ٢٧١ فى الهامش).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص١٢٦ – وانظر آنفاً فقرة ٢٧١ فى الهامش.

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى، وهى تقول فى هذا الصدد: «على أن إعمال مبدأ سلطان الإدارة يرد عليه فى هذا النطاق قيدان. فيراعى من ناحية أن مدى التزام المحيل بالضمان لا يجاوز على وجه الاطلاق رد ما أدى إليه فعلا مع الفوائد والمصروفات. وقد قصد من نص المشروع على عدم جواز الاتفاق على خلاف هذا الحكم إلى قطع السبيل على المرابين. ويراعى من ناحية أخرى أن اشتراط الإعفاء من المسئولية عن ضمان الاستحقاق يقع باطلا إذا كان هذا الاستحقاق =

يبقى أن نعرف الحكم فيما إذا كان المدين معسراً إعساراً جزئياً بحيث يتمكن المحال له من استيفاء بعض حقه منه، وأن نعرف الحكم فيما إذا كان المحال له قد حول الحق إلى محال له تال بعوض يختلف عن العوض الذى دفعه هو للمحيل. ثم نعرف بعد ذلك مقدار ما يرجع به المحال له إذا كانت الحوالة بغير عوض وتحقق الضمان.

٢٨٦ - حالة إعسار المدين إعساراً جزئيا: يقع فى بعض الحالات أن يتمكن المحال له من استيفاء بعض حقه من المدين الذى لا يكون معسراً إلا إعساراً جزئياً، فإذا كان الحق المحال به مائة مثلاً، واستوفى منها المحال له خمسين ولم يستطع استيفاء الخمسين الباقية، وكان قد اشترى الحق من المحيل بثمانين، فما مقدار ما يرجع به على المحيل بدعوى الضمان؟.

يمكن أن نتصور حلولا ثلاثة:

(الحل الأول) أن يرجع المحال له على المحيل بكل الخمسين التى نقصته، فان المحيل ملزم فى حالة تحقق الضمان أن يرد للمحال له كل خسارته بحيث لا تزيد على الثمانين التى قبضها منه ثمناً للحوالة. وعيب هذا الحل أنه يمكن المحال له من أن يستوفى قيمة الحق المحال به كاملا عند تحقق الضمان، وفى هذا مخالفة صريحة لنص المادة ٣١٠ مدنى التى تقضى بأن المحال له لا يسترد عند تحقق الضمان أكثر مما دفعه، فلا يجوز أن تخلص له قيمة الحق كاملة.

(الحل الثانى) أن يرجع المحال له على المحيل بثلاثين لا بخمسين، ذلك أنه لا يجوز له كما قدمنا أن يسترد فى حالة تحقق الضمان أكثر مما دفعه، أى أكثر من ثمانين. وقد استوفى من هذه الثمانين خمسين من المدين، فيبقى له ثمانون هى التى يرجع بها على المحيل بدعوى الضمان.

(الحل الثالث) أن يرجع المحال له على المحيل بأربعين لا بخمسين ولا بثلاثين. ذلك أن المحال له، فى حالة إعسار المدين إعساراً كلياً، يسترد من المحيل ما دفعه له من الثمن، وهو ثمانون. ففى حالة إعسار المدين إعساراً جزئياً، يكون من العدل أن يسترد من المحيل نسبة مما يتبقى له تعادل النسبة ما بين الثمن الذى دفعه وقيمة الحق. وقد دفع ثمانين فى حق قيمته مائة، فيكون قد اشترى الحق بأربعة أخماس قيمته. وتبقى له خمسون لم يدفعها المدين لإعساره، فيرجع بأربعة أخماسها على المحال له، أى يرجع عليه بأربعين.

= يرجع إلى فعل المحيل نفسه.. وليس هذا الحكم سوى تطبيق للقواعد المقررة بشأن ضمان الاستحقاق بوجه عام» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص١٢٧ - ص١٢٨)

وقد تردد الفقه الفرنسى بين الحل الثانى والحل الثالث[1]. ونحن نؤثر الحل الثالث، لأنه يميز بين إعسار المدين إعساراً كلياً وإعساره إعساراً جزئياً، فيكون الضرر الذى يصيب المحال له من الإعسار الجزئى أقل من الضرر الذى يصيبه من الإعسار الكلى. وهو بعد لم يسترد من المحيل إلا جزءاً مما دفعه ثمناً للحوالة يتناسب مع الجزء الباقى له من حقه، فبقى بذلك فى الحدود التى رسمتها المادة ٣١٠ مدنى.

٢٨٧- حالة وقوع حوالة تالية بعوض يقل أو يزيد: وقد يقع أن المحال له يحول حقه إلى محال له تال بثمن أقل أو أكثر من الثمن الذى دفعه هو للمحيل، فهل يكون رجوع المحال له الثانى بدعوى الضمان مقيداً بما دفعه هو للمحال له الأول أو بما دفعه المحال له الأول للمحيل؟

نفرض أن المحيل قد قبض فى الحق وقيمته مائة ثمناً مقداره ثمانون، ثم حول المحال له هذا الحق نفسه إلى محال له تال وقبض ثمناً له مقداره سبعون. ولما طالب المحال له الثانى المدين وجده معسراً. فى هذه الحالة يجوز للمحال له الثانى أن يرجع بالضمان إما على المحال له الأول وإما على المحيل. فان رجع على المحال له الأول، استرد السبعين التى دفعها له. وكذلك لا يجوز أن يسترد إلا السبعين التى دفعها، حتى لو رجع على المحيل، إذ لا يجوز له أن يسترد بدعوى الضمان أكثر مما دفعه.

أما إذا كان المحال له الثانى دفع ثمناً للحوالة تسعين لا سبعين، فانه يرجع بالتسعين على المحال له الأول، إذ هو قد دفعها له فيستردها منه. ولكن إذا أراد الرجوع على المحيل، فانه لا يسترد منه إلا الثمانين التى استولى هذا عليها، ذلك أن المحيل لا يلزم إلا برد ما استولى عليه[2].

٢٨٨- حالة الحوالة بغير عوض: وفى كل ما قدمناه افترضنا أن الحوالة بعوض، ولذلك جعلنا رجوع المحال له على المحيل مقيداً بمقدار هذا العوض، ويستوى فى ذلك أن تكون الحوالة بيعاً أو هبة بعوض.

أما إذا كانت الحوالة بغير عوض، وتحقق الضمان على الوجه الذى قدمناه، فان المحال له لم يدفع شيئاً حتى يسترده. لذلك لا يكون له، كما سبق القول، إلا أن يرجع بتعويض عادل عن الضرر الذى أصابه، يقدره القاضى على الوجه الذى أسلفناه[3].

---

(١) ممن يقولون بالحل الثانى بودرى وسينيا فقرة ٨٣٤، وبلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٣٣. وكنا نقول به أيضاً فى الموجز فقرة ٥٢٠ ص٥٣٨ هامش رقم ١.

وممن يقولون بالحل الثالث هيك فقرة ٧٤٢.

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٨٤١.

(٣) انظر آنفاً فقرتى ٢٨٣ و٢٨٤.

الفرع الثانى
علاقة المحال له بالمحال عليه

٢٨٩- النصوص القانونية: تنص المادة ٣٠٦ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«يجوز قبل إعلان الحوالة أو قبولها أن يتخذ الدائن المحال له من الإجراءات ما يحافظ به على الحق الذى انتقل إليه».

وتنص المادة ٣١٢ على ما يأتى:

«للمدين أن يتمسك قبل المحال له بالدفوع التى كان له أن يتمسك بها قبل المحيل وقت نفاذ الحوالة فى حقه، كما يجوز له أن يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة(١).

ولا مقابل لهذين النصين فى التقنين المدنى السابق، ولكن أحكامهما كان معمولا بها دون نص لأنها تطبيق للقواعد العامة.

ويقابل النصان فى التقنين المدنى السابق: فى التقنين المدنى السورى المادتين ٣٠٦ و٣١٢- وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٢٩٣ و٢٩٩ - وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٦٦- وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٢/٢٨٥(٢).

---

(١) **تاريخ النصوص:**

م٣٠٦: ورد هذا النص فى المادة ٤٣١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٣١٨ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٠٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص١١٨- ص١١٩).

م٣١٢: ورد هذا النص فى المادة ٤٣٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «يجوز للمدين أن يحتج على المحال إليه بالدفوع التى كان له، وقت نفاذ الحوالة فى حقه، أن يحتج بها على المحيل، كما يجوز له أن يحتج بالدفوع الخاصة بالمحال إليه وحده». وفى لجنة المراجعة عدل النص بما جعله مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، وأصبح رقمه ٣٢٤ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣١٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص١٢٩ - ١٣١).

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى: م٣٠٦ وم٣١٢ (مطابقتان للمادتين ٣٠٦ و٣١٢ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى الليبى: م٢٩٣ وم٣٠٠ (مطابقتان للمادتين ٣٠٦ و٣١٢ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى العراقى: م٣٦٦ (تطابق المادة ٣١٢ من التقنين المدنى المصرى، فيما عدا العبارة الأخيرة فهى تجرى فى التقنين العراقى على الوجه الآتى: «كما يجوز له أن يحتج بالدفوع الخاصة بالمحال له=

ويؤخذ من هذه النصوص أن علاقة المحال له بالمحال عليه (المدين) تتأثر كثيراً بالوقت الذى تصبح فيه الحوالة نافذة فى حق المحال عليه بالاعلان أو بالقبول. فقبل هذا الوقت لا تكون علاقة المحال له بالمحال عليه إلا علاقة دائنية مستقبلة، إلا أنها علاقة تسمح ببعض آثار محدودة، أهمها أن المحال له يستطيع أن يتخذ إجراءات تحفظية للمحافظة على حقه المستقبل قبل المحال عليه كما يمتنع على المحال عليه أن يأتى من الأعمال ما يضر بهذا الحق. ومنذ إعلان الحوالة أو قبولها يصبح المحال له هو وحده الدائن – الحالى لا المستقبل – للمحال عليه، وتقوم بينهما علاقة المديونية كاملة بما يترتب عليها من آثار.

المبحث الأول

علاقة المحال له بالمحال عليه قبل إعلان الحوالة أو قبولها

٢٩٠– دائنية المحال له للمحال عليه دائنيه محدودة: قبل إعلان الحوالة أو قبولها يبقى المحيل دائناً للمحال عليه، لأن الحوالة لم تنفذ بعد فى حق المحال عليه. أما المحال له فدائنيته للمحال عليه كامنة ينقصها النفاذ، فهى دائنية محدودة لا تولد آثاراً كاملة، ولكنها تولد بعض الآثار على كل حال.

فيستطيع المحال له من جانبه، أن يتخذ للمحافظة على حقه إجراءات تحفظية. ومن جانب المحال عليه يجب أن يمتنع، إذا كان قد علم بالحوالة فعلا دون أن يقبلها ودون أن تعلن إليه، من أن يأتى عملا من شأنه الإضرار بحق المحال له.

٢٩١– الاجراءات التحفظية التى يتخذها المحال له: يستطيع المحال له، قبل إعلان المدين بالحوالة أو قبوله لها، أن يتخذ من الإجراءات التحفظية ما هو واجب للمحافظة على الحق المحال به. وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٣٠٦ مدنى، فقد رأيناها تقضى بأنه «يجوز

=وحده. ولا مقابل فى التقنين العراقى للمادة ٣٠٦ من التقنين المصرى، ولكن حكمها متفق مع القواعد العامة: انظر الدكتور حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٢٥٢ – فقرة ٢٥٤).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٢/٢٨٥: فيحق إذن للمديون أن يدلى بأسباب الدفع والدفاع، التى كان يحق له أن يدلى بها، تجاه المتفرغ له. ويجرى الأمر بالعكس إذا كان المديون قد وافق على الانتقال بلا قيد ولا شرط، فهو يعد إذن عادلا عن وسائل الدفاع التى كان يملكها إلى ذلك الحين.

(وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المدنى المصرى: انظر الدكتور صبحى المحمصانى فى انتقال الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص٣٥ – ص٣٧).

قبل إعلان الحوالة أو قبولها أن يتخذ الدائن المحال له من الإجراءات ما يحافظ به على الحق الذى انتقل إليه»[1].

فيجوز للمحال له أن يقطع التقادم، إذا رأى أنه أوشك أن يتكامل. وبدلا من أن يبدأ باعلان الحوالة إلى المحال عليه لجعلها نافذة فى حقه، ثم يطالب بعد ذلك بالحق مطالبة قضائية ليقطع التقادم وقد لا يكون هناك وقت كاف قبل تكامل التقادم للقيام بهذين الإجرائين المتتالين، يعمد منذ البداية إلى مطالبة المحال عليه مطالبة قضائية تقطع التقادم فوراً، فيحفظ المحال له بذلك حقه من السقوط. والمطالبة القضائية تتضمن بطبيعة الحال إعلانا للحوالة، فهى تحدث الأثرين معاً فى وقت واحد: تقطع التقادم وتجعل الحوالة نافذة فى حق المحال عليه وفى حق الغير. ويستطيع المحال له أن يتلقى من المحال عليه اعترافاً بالحق فى ذاته فينقطع التقادم، وذلك قبل أن يكون المحال عليه مستعداً لقبول الحوالة، فهو يقر بالحق الذى فى ذمته، ويريد أن يتريث فى قبول الحوالة تحوطاً منه للنتائج التى تترتب على هذا القبول، وبخاصة أثر القبول فى منع التمسك بالمقاصة.

ويجوز للمحال له أيضاً أن يبادر إلى قيد رهن أو حق امتياز أو حق اختصاص يكفل الحق المحال به، فليس هذا إلا إجراء تحفظياً يستطيع القيام به قبل إعلان الحوالة أو قبولها. كما يستطيع أن يجدد القيد إذا كان قد مضى على القيد السابق عشر سنوات، ويكون القيد أو تجديده باسمه هو لا باسم المحيل[2].

ويجوز للمحال له أن يوقع حجزاً تحفظياً تحت يد مدين المحال عليه، ويتابع إجراءات هذا الحجز حتى يصل إلى الحكم بصحة الحجز. فيقف عند هذا الحد، إذ يصبح الحجز عندئذ إجراء تنفيذياً لا إجراء تحفظياً، فلا يستطيع المحال له الاستمرار فيه قبل أن يجعل الحوالة نافذة فى حق المحال عليه[3].

ويجوز كذلك للمحال له، إذا باع المحال عليه عقاراً مرهوناً فى الحق المحال به وأراد الحائز أن يطهر العقار، أن يطلب بيع العقار المطلوب تطهيره باعتباره دائناً مرتهناً إذا هو أودع

---

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص١١٩.

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٨٥١– بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٩ ص٥٢٠.

(٣) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص١٥٤ – ص١٥٥ – بودرى وسينيا فقرة ٨٥١ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٩ ص٥٢٠ – ولا يوقع المحال له حجزاً تحفظياً تحت يد المحال عليه، فان هذا ليس مديناً لمدينه بل هو مدينه المباشر. وإن فعل، عد هذا بمثابة إعلان للحوالة، ومن ثم لا يكون فى حاجة إلى طلب تثبيت الحجز التحفظى (استئناف مختلط أول أبريل سنة ١٨٩١ م٣ ص٢٧٩ – وانظر آنفاً فقرة ٢٦٦ فى الهامش).

خزانة المحكمة مبلغاً كافياً لتغطية مصروفات البيع بالمزاد، وذلك طبقاً للمادتين ١٠٦٧ – ١٠٦٨ من التقنين المدني[١].

وقد قيس المحال له قبل إعلان الحوالة أو قبولها على الدائن تحت شرط واقف قبل تحقق الشرط، فكل منهما يجوز له اتخاذ الإجراءات التحفظية[٢].

٢٩٢ – امتناع المحال عليه من الاضرار بحقوق المحال له: وبديهي أن المحال عليه، الذي لم يقبل الحوالة ولم يعلن بها، إذا كان لا يعلم فعلا بصدورها، يستطيع أن يعامل المحيل – وهو لا يزال الدائن له – في شأن الحق المحال به، فيوفيه إياه، أو يجدده معه، أو يجعله قصاصاً في دين له عليه، أو يستبرئه منه. وعلى هذا النحو أيضاً يعامل المحال عليه محالا له ثانياً يكون قد قبل حوالته أو أعلنت له، فهذا المحال له الثاني: الذي حوالته نافذة قبل الحوالة الأولى، هو وحده صاحب الحق بالنسبة إلى المحال عليه، علم هذا بالحوالة الأولى أو لم يعلم.

أما إذا علم المحال عليه بالحوالة الأولى فعلا، ولو قبل أن تصبح نافذة في حقه بالإعلان أو بالقبول، فمن واجبه حينئذ أن يمتنع من إتيان أي عمل ينطوي على غش ويكون من شأنه الإضرار بحقوق المحال له. فليس له أن يوفي الحق المحال به للمحيل غشا وتواطؤ معه. أما إذا أجبره المحيل على الوفاء فلا حيلة له، وقد تقدم بيان ذلك. وليس له أن يتواطأ غشا مع محال له تال للمحال له الأول، فيقبل الحوالة الثانية حتى يجعلها نافذة قبل الحوالة الأولى. بل إنه يستطيع ، قبل إعلان الحالة أو قبولها، أن يوفي الحق المحال به للمحال له، ويعتبر هذا الوفاء

---

(١) جيللوار ٢ فقرة ٨٠٦ وما بعدها – أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص١٥٥ – بودري وسينيا فقرة ٨٥١ ص٨٨٥ – عكس ذلك: ديفرجييه ٢ فقرة ٢٠٤ – لوران ٢٤ فقرة ٥١٨ وما بعدها.

وهناك شك فيما إذا كان المحال له يستطيع أن يطعن باسمه في حكم صدر ضد المحيل لمصلحة المحال عليه قبل صيرورة الحوالة نافذة في حق المحال عليه (انظر فيما يتعلق بالطعن بالنقض بلانيول وريبير وردوان ٧ ص٥٢٠ هامش رقم ٣). وسنرى أن المحال له يستطيع ذلك دون خلاف بعد صيرورة الحوالة نافذة في حق المحال عليه (انظر فقرة ٢٩٤ في الهامش).

(٢) ويقول بلانيول وريبير وردوان إن هذا قياس مع الفارق، فالمحال له لا وجود لحقه تجاه المحال عليه قبل صيرورة الحوالة نافذة في حق هذا الأخير، أما الدائن تحت شرط واقف فحقه موجود حتى قبل تحقق الشرط. ولكنهم يرون مع ذلك أن هذا الحكم تبرره فائدته العملية فهو يتعجل بعض آثار الحوالة في حق المدين من غير أن يلحق به كبير ضرر (بلانيول وريبير وردوان ٧ ص٥٢١).

وإذا كان المحال له يستطيع اتخاذ إجراءات تحفظية ضد المحال عليه، فهذه الإجراءات يستطيع أيضاً، ومن باب أولى، أن يتخذها المحيل، لأنه لا يزال دائناً للمحال عليه ما دامت لم تصبح نافذة في حق هذا الأخير. ومن ثم يكون للمحال عليه، بالنسبة إلى الإجراءات التحفظية، دائنان في وقت واحد: المحيل والمحال له (انظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٩ ص٥٢٠ – ص٥٢١ – وانظر أيضاً فلاتيه في العقود لحساب الغير).

بمثابة قبول منه للحوالة[1]. كما يستطيع المحال له أن يطالبه بالحق المحال به مطالبة قضائية، وتعتبر هذه المطالبة بمثابة إعلان للحوالة[2].

ونرى من ذلك أنه من وقت صدور الحوالة إلى وقت إعلانها أو قبولها، يكون للمحال عليه دائنان فى دين واحد، هما المحيل والمحال له. ولكل منهما أن يطالبه بالدين، وله أن يوفى الدين لأى منهما، وهما مع ذلك ليسا بدائنين متضامنين[3].

المبحث الثانى

علاقة المحال له بالمحال عليه بعد اعلان الحوالة أو قبولها

٢٩٣ – نفاذ الحوالة فى حق المحال عليه: باعلان الحوالة أو قبولها تصبح نافذة، كما قدمنا، فى حق المحال عليه، ويصبح الأثر الأول للحوالة – انتقال الحق المحال به من المحيل إلى المحال له – نافذاً بالنسبة إلى المحال عليه. ويترتب على ذلك نتيجتان رئيسيتان:

(الأولى) أن يحل المحال له محل المحيل، بالنسبة إلى المحال عليه، فى نفس الحق المحال به

---

(١) بودرى وسينيا فقرة ٨٥١– بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٩ ص٥٢١ وهامش رقم ٣.

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٩ ص٥٢١ – وانظر آنفاً فقرة ٢٩١.

(٣) ومن ثم لا يكون للاعلان أو القبول شأن عملى كبير فى العلاقة ما بين المحال له والمحال عليه، وهذا بعكس الغير من محال له ثان أو دائن حاجز أو دائن عادى فى حالة إفلاس المحيل أو إعساره، فإن للاعلان أو القبول شأناً حاسماً بالنسبة إلى هؤلاء. ونرى من ذلك أن المحال عليه فى مركز وسط بين أطراف الحوالة والغير، فهو لا يتمحص غيرا ولا يخلص طرفاً فى الحوالة (بلانيول وريبير وردوان ٧ ص٥٢٣ هامش رقم ١).

وهناك تياران متضاربان فى تقدير أهمية إجراءات الإعلان والقبول، وهى الإجراءات التى تجعل الحوالة نافذة فى حق المدين وفى حق الغير: تيار ينزع إلى الخفض من شأن هذه الإجراءات والتقليل من أهميتها وهذا هو المذهب الجرمانى، وتيار ينزع إلى الإكبار من شأنها وجعلها بمنزلة إجراءات للشهر كالتسجيل والقيد وهذا هو المذهب اللاتينى (قارب فى هذا المعنى بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٩ ص٥٢١– ص٥٢٣ – بلانيول وريبير وبولانجيه٢ فقرة ١٧٠٨) على أن هذه الإجراءات لا تستكمل مقوماتها كاجراءات للشهر فعالة، إلا إذا كان المدين المحال عليه ملزماً قانوناً باخطار الغير، متى طلب منه ذلك، بما يعلمه من حوالات سابقة عن طريق قبوله لها أو إعلانه بها، فيكون المحال عليه هو الجهة التى يتركز فيها الشهر (انظر اقتراحاً فى هذا المعنى لجمعية الدراسات التشريعية فى مجلتها سنة ١٩٣٧ ص٣٤٠ والتقرير الذى وضعه بولانجيه فى هذا الشأن).

فى الحالة التى يكون عليها وقت إعلان الحوالة أو قبولها[1]. أما انتقال الحق المحال فيما بين المحيل والمحال له فيكون بالحالة التى كان عليها وقت صدور الحوالة.

(الثانية) أن يكون للمحال عليه – وهذه نتيجة مترتبة على النتيجة الأولى – التمسك قبل المحال له بالدفوع التى كان له أن يتمسك بها قبل المحيل وقت الإعلان أو القبول، وكذلك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة.

٢٩٤ – حلول المحال له محل المحيل فى نفس الحق المحال به: ينتقل، بالنسبة إلى المحال عليه، الحق المحال به من المحيل إلى المحال له، كما قدمنا. وينتقل بالحالة التى يكون عليها وقت إعلان الحوالة أو قبولها[1].

فمن هذا الوقت لا يكون للمحال عليه إلا دائن واحد هو المحال له، وقد حل محل المحيل الدائن السابق، وأصبح هو دون المحيل صاحب الحق بالحالة التى يكون عليها وقت الإعلان أو القبول[2]. فلو أن هذا الحق كان موجوداً وقت صدور الحوالة، ولكنه انقضى

---

(١) وقد تقدم الكلام فى انتقال الحق فيما بين المحيل والمحال له (انظر آنفاً فقرة ٢٧٢ – ٢٧٧)، ونحن الآن فى صدد انتقال الحق إلى المحال له بالنسبة إلى المحال عليه.

(1) المقرر فى قضاء محكمة النقض، أن حوالة الحق لا تكون نافذة فى حق المدين المحال عليه إلا من تاريخ قبوله لها أو من تاريخ اعلانها بها بما يرتب حلول المحال إليه محل المحيل بالنسبة إلى المحال عليه فى ذات الحق المحال به بكامل قيمته وجميع مقوماته وخصائصه فيصبح المحال إليه دون المحيل – الذى أضحى أجنبيا – هو صاحب الصفة فى طلب الحق موضوع الحوالة، بما لا يصح معه على المحال عليه (المدين) الاتفاق مع المحيل (الغير) على انتقاص قيمته إلا بموافقة المحال إليه الذى أصبح طرفا فى هذه الحوالة فلا يجوز تجاهله فإذا ما تم هذا الانتقاص دون موافقته فلا يحتج به عليه باعتبار الحوالة عقدا ملزما للمحيل والمحال إليه فلا يجوز نقصه أو تعديله إلا باتفاقهما صراحة أو ضمنا.

(جلسة ٢٠٠١/٤/٢٤ الطعن رقم ٤٤٩ لسنة ٧٠ق)

(2) أ– حوالة الحق لا تنشئ التزاما جديدا فى ذمة المدين وانما هى تنقل الالتزام الثابت أصلا فى ذمته من دائن إلى دائن آخر باعتبار هذا الالتزام حقا للدائن المحيل، وينتقل بها الالتزام ذاته بجميع مقوماته وخصائصه.

(الطعن ٣٥٢ لسنة ٤١ق – جلسة ١٩٧٧/٣/٢٢ ص٢٨ ص٧٣٢)

(الطعن ٨٧٦٧ لسنة ٦٣ق جلسة ٢٠٠١/٢/٢٦)

ب– تعتبر الحوالة منتجة لجميع آثارها فى حدود المبلغ الثابت بذمة المدين حتى تاريخ إعلانه بالحوالة سواء بالنسبة للمحيل أو المحال عليه أو الغير.

(الطعن ٨٧ لسنة ٢٢ق– جلسة ١٩٥٦/٣/٢٩ س٧ ص٤١٢)

جـ– إذا كانت الحوالة نافذة قبل المحال عليه لإعلانه بها فإن للمحال له أن يقاضيه فى شأن الحقوق المحال بها دون حاجة إلى إختصام المحيل لأن الحق المحال به ينتقل إلى المحال له مع الدعاوى=

قبل الإعلان أو القبول بأن استوفاه المحيل مثلا أو قضاه بأى سبب من أسباب الانقضاء، فان المحال له لا ينتقل إليه شئ قبل المحال عليه، لأن الحق أصبح غير موجود وقت الإعلان أو القبول.

وينتقل الحق إلى المحال له بالصفات التى تكون له وقت الإعلان أو القبول[1]. فلو كان الحق ثابتاً فى سند تنفيذى فى هذا الوقت، ولو لم يكن ثابتاً فى هذا السند وقت صدور الحوالة، فان الحق ينتقل إلى المحال له قابلا للتنفيذ بفضل هذا السند التنفيذى. ولو كان الحق تجارياً أو ينتج فوائد أو كانت له صفات أخرى غير ذلك، فانه ينتقل بنفس هذه الصفات إلى المحال له قبل المحال عليه.

وينتقل الحق إلى المحال له بالضمانات التى تكفله وقت الإعلان أو القبول[1]. فلو أن

=التى تؤكده ومنها دعوى الفسخ لعدم تنفيذ البائع لإلتزامه لأنها تكفل للمشترى أن يسترد الثمن فيعتبر بمثابة ضمان له ينتقل بالحوالة مع حقه المحال به.

(الطعن ٢١٨ لسنة ٣٤ق – جلسة ١٩٦٨/٢/٢٢ س١٩ ص٣٥٧)

د– المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه يجوز لمشترى العقار المؤجر ولو لم يكن عقده مسجلا أن يطالب المستأجر بالحقوق الناشئة عن عقد الايجار ومنها الاجرة إذا ما قام البائع بتحويل العقد إليه وقبل المستأجر هذه الحوالة أو أعلن بها لأنها بهذا القبول أو الإعلان تكون نافذة فى حقه طبقا لنص الفقرة الثانية من المادة ٣٠٥ من القانون المدنى ويحق للمشترى – المحال إليه – تبعا لذلك أن يقاضى المستأجر – المحال عليه – فى شأن الحقوق المحال بها دون حاجة إلى إختصام المؤجر لأن الحق المحال به ينتقل إلى المحال له مع الدعاوى التى تؤكده ومنها دعوى الفسخ.

(الطعن ٥٩٧ لسنة ٤٨ق – جلسة ١٩٨٣/٥/١٢ س٣٤ ص١١٥٦)

(١) وكما ينتقل الحق بضماناته ينتقل أيضاً بما يثقله من تكاليف، فينتقل حق المقاول إلى المحال له مثقلا بامتياز المقاول من الباطن (استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩٢٠ م٣٢ ص١٦١: دوائر مجتمعة – ٣٠ مارس سنة ١٩٢٠ م٣٢ ص٢٤٢).

(1) أ– لئن كانت حوالة الحق تنعقد بمجرد تراضى المحيل والمحال إليه دون حاجة إلى رضاء المدين الذى يضحى محالا عليه بمجرد انعقاد الحوالة إلا أنها لا تنفذ فى حقه إلا باعلانه بها رسميا على يد محضر باعلان أو انذار مستقل أو فى صحيفة افتتاح الدعوى التى يقيمها المحال إليه على المحال عليه للمطالبة بالحق المحال به أو بالتنبيه أو التقدم فى توزيع أو توقيع المحال إليه حجزا تحفظياً تحت يد المحال عليه أو بالاجراءات الأخرى التى نص القانون عليها، أو بقبوله لها ويكون نفاذها فى حقه من هذا التاريخ الذى يحاج به بانتقال الحق المحال به بجميع مقوماته وخصائصه وتوابعه ومنها الدعاوى التى تؤكد، إلى المحال إليه وكذلك ما عليه من دفوع كان للمحال عليه مجابهة المحيل بها وقت اعلان الحوالة أو قبولها ومن ذلك الدفع بانقضاء الحق المحال به.

(الطعن ٢٢١٤ لسنة ٥٤ق – جلسة ١٩٩٠/٦/١١)

(الطعن ١٩٣٧ لسنة ٥٤ق – جلسة ١٩٨٨/١١/١٤) =

الحق المحال به كان مضموناً برهن أو اختصاص أو امتياز أو كفيل، فانه ينتقل بهذه الضمانات إلى المحال له قبل المحال عليه وقبل الكفيل. ولو كان الضمان الذى يكفل المحال به موجوداً وقت صدور الحوالة، ولكنه انقضى قبل إعلانها أو قبولهـــا، فانه يعتبر غير موجود ولا ينتقل مع الحق إلى المحال له، كما لو سقط قيد الرهن أو أبرأ المحيل الكفيل قبل الإعلان أو القبول، وإنما يرجع المحال له على المحيل بالضمان وفقاً للقواعد التى قدمناهـــا.

وما دام الحق نفسه قد انتقل من المحيل إلى المحال له بالنسبة إلى المحال عليه، فقد أصبح المحال عليه ليس له، كما قدمنا، إلا دائن واحد هو الذى يجب أن يوفيه الحق. فلا يجوز له أن يوفى الحق، بعد الإعلان أو القبول، إلى المحيل، ويكون هذا الوفاء غير مبرئ لذمته(1)،

=(الطعن ١٩٩ لسنة ٥٨ق - جلسة ١٩٨٩/٢/٦)

(نقض جلسة ١٩٧٧/٣/٢٢ س٢٨ ص٧٣)

(نقض جلسة ١٩٧٦/١/٥ س٢٧ ص١٣٢)

(نقض جلسة ١٩٧٥/١/٢٧ س٢٦ ص٢٥٧)

ب--أ- ليس للمدين فى حوالة مدنية أعلن بها أن يقيم الدليل فى وجه المحال له على صورية السبب الظاهر فى ورقة الدين متى كان المحال له يجهل المعاملة السابقة - التى اخفى سببها عليه - ويعتقد بصحة السبب المذكور فى تلك الورقة.

ب- عبء إثبات علم المحال له بصورية السبب الظاهر فى الورقة يقع على عاتق المدين.

أ، ب (الطعن ٥٥ لسنة ٣٤ ق - جلسة ١٩٦٧/٦/٢٢ س١٨ ص١٣٢٤)

(1) أ- علم المستأجر المعول عليه فى نفاذ حوالة عقد الإيجار والتزامه بدفع الأجرة لمشترى العقار المؤجر (المحال إليه)، هو علمه بأن هذا العقار بيع إلى مشتر سجل عقد شرائه وانتقلت إليه الملكية. فإذا توافر هذا العلم لدى المستأجر فان ذمته لا تبرأ من الأجرة إلا بالوفاء بها إلى المشترى.

(الطعن ٦٧ لسنة ٣١ق - جلسة ١٩٦٥/١١/٣٠ س١٦ ص١١٦٥)

ب- مناط نفاذ حوالة عقد الايجار فى حق المستأجر والتزامه بدفع الأجرة لمشترى العقار المؤجر (المحال له) هو علمه بأن العقار المؤجر إليه بيع إلى مشترى سجل عقد شرائه وانتقلت إليه الملكية فإذا توافر هذا العلم لدى المستأجر فإن ذمته لا تبرأ من أجرة العين المؤجرة إلا بالوفاء بها إلى هذا المشترى.

(الطعن ٥٩٧ لسنة ٤٨ق - جلسة ١٩٨٣/٥/١٢ س٣٤ ص١١٥٦)

جـ- يجوز لمشترى العقار غير المسجل أن يحيل الحقوق الشخصية الناشئة عن العقد لآخر وفقاً لاجراءات الحوالة، فإذا ما وافق المالك الأصلى على الحوالة وتعهد بالتوقيع للمحال له على عقد البيع ونقل الملكية إليه مباشرة سرت هذه الحوالة فى حقه ويترتب على ذلك حلول المحال له محل المحيل فى الحق نفسه بجميع مقوماته وخصائصه، ويصبح المحيل أجنبياً بالنسبة إلى المحال عليه، بما لا يجوز معه للمحال عليه والمحيل أن يتقايلا عن الحق موضوع الحوالة الا بموافقة المحال له الذى أصبح =

ويستطيع المحال له أن يستوفى الحق منه مرة ثانية، ولا يبقى للمحال عليه إلا الرجوع على المحيل بما دفعه إليه دون حق. ويجوز للمحال له، بعد الإعلان أو القبول، أن يجبر المحال عليه

=طرفا فى هذه العلاقة، فإذا ما تم هذا التقايل بدون موافقته فانه لا يحتج به عليه ولا يمس حقوقه باعتبار أنه وقد أصبح طرفا فى حوالة الحق فلا يجوز تجاهله إذا ما رغب الطرفان فى التقايل اعمالا للأثر الملزم للعقود، لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن ..... عن نفسه وبصفته وكيلا عن والدته ..... وأخوته الملاك الأصليين للأرض موضوع النزاع - باع للطاعنين مساحة ٢١ س، ٥ط، ٨٨ف بموجب عقد البيع المؤرخ ١٩٦٢/١٠/١٤ ووافق على أن يدخل المشتريان معها. من يريد ادخاله فيها، فباع الطاعن الأول للمطعون عليه الأول من هذا القدر مساحة ٣٩ق بموجب عقد البيع المؤرخ ١٩٦٤/٥/٢ وقد عرض هذا العقد على ..... فوافق عليه بموجب اقراره المؤرخ ١٩٦٤/٦/١ وابدى استعداده للتوقيع مباشرة للمطعون عليه الأول على عقد البيع النهائى بشرط حصوله على المبالغ المستحقة له طرف الطاعنين وبموجب الأتفاق المؤرخ ١٩٦٥/٩/٢١ اتفق الطاعن الأول والمطعون عليه الأول على قصر البيع على مساحة ٢ س، ٣ ط، ٢٢ف ووافق عليه ..... باقراره المؤرخ ١٩٦٥/٩/٢٢ واستلم من المطعون عليه الأول مبلغ خمسمائة جنيه من باقى الثمن المستحق على الطاعنين وحدد له موعدا لا يتجاوز ١٩٦٥/١١/١٥ للتوقيع على عقد البيع النهائى واستلام باقى الثمن ومقداره ٤٦٧,٣٨٠ ملجـ، ومفاد ذلك أن الملاك الأصليين- ممثلون فى شخص وكيلهم - وافقوا على حوالة الطاعن الأول حقه للمطعون عليه الأول بموجب عقد البيع المؤرخ ١٩٦٢/١٠/١٤ عن مساحة ٢ س، ٣ ط، ٢٢ف وبمقتضى هذه الحوالة حل المطعون عليه الأول محل الطاعنين فى هذا العقد بالنسبة لتلك المساحة، بما لا يجوز معه للطاعنين والملاك الأصليين التقايل عن هذا البيع إلا بموافقة المطعون عليه الأول الذى أصبح طرفا فى حوالة الحق اعمالا للأثر الملزم بها، وإذا انتهى الحكم المطعون فيه إلى هذا النظر ولم يعمل اثر تقايل الطاعنين مع الملاك الأصليين عن عقد البيع المؤرخ ١٩٦٢/١٠/١٤ بالنسبة لمساحة ٢س، ٣ ط، ٢٢ف فى حق المطعون عليه الأول وقضى بصحة ونفاذ هذا العقد بالنسبة للقدر المشار إليه فانه يكون قد وافق صحيح القانون.

(الطعن ٢٣٢٤ لسنة ٥٥ق - جلسة ١٩٩١/٥/٢٦)

د- المقرر فى قضاء محكمة النقض أنه يجوز للمشترى أن يحيل الحقوق الشخصية الناشئة عن عقد البيع لآخر، وأن الحق المحال به ينتقل إلى المحال له بصفاته ودفوعه كما تنتقل معه توابعه.

(الطعنان رقما ٢٨١٥، ٢٨٩٢ لسنة ٥٧ق - جلسة ١٩٩٢/١/٢٦)

هـ- من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن حوالة الحق لا تكون نافذة فى حق المدين المحال عليه إلا من تاريخ قبوله لها أو من تاريخ اعلانه بها بما يترتب حلول المحال إليه محل المحيل بالنسبة إلى المحال عليه فى ذات الحق المحال به بكامل قيمته وجميع مقوماته وخصائصه فيصبح المحال لـه دون المحيل - الذى أضحى أجنبياً - هو صاحب الصفة فى طلب الحق موضوع الحوالة، بما لا يصح معه على المحال عليه (المدين) الاتفاق مع المحيل (الغير) على انتقاص قيمته إلا بموافقة المحال له الذى أصبح طرفاً فى هذه الحوالة فلا يجوز تجاهله فإذا ما تم هذا الانتقاص دون موافقته فلا يحتج به عليه باعتبار الحوالة عقداً ملزماً للمحيل والمحال له فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاقهما صراحة أو ضمناً.

(الطعن رقم ٤٤٩ لسنة ٧٠ق - جلسة ٢٠٠١/٤/٢٤)

على الوفاء له بالحق كاملا[1]، كما يجوز له أن يقضى الحق بأى سبب من أسباب الانقضاء كالتجديد والمقاصة واتحاد الذمة والإبراء[2].

ولا يستطيع المحيل، بعد الإعلان أو القبول، أن يتصرف فى الحق المحال به مرة ثانية، لا ببيع ولا برهن ولا بأى نوع آخر من أنواع التصرفات[3]، كما لا يجوز أن يوقع أحد دائنى

---

(١) ولا يقتصر على استيفاء العوض الذى دفعه مقابلا للحق، إلا إذا كان متنازعاً فيه، وقد تقدم بيان ذلك.

(٢) ويجوز للمحال له أن يأخذ حق اختصاص بحكم حول له (استئناف مختلط ٢٠ مايو سنة ١٩٠٣ م١٥ ص٣٠٧)، كما يجوز له أن يرفع استئنافاً عن حكم صدر ضد المحيل (استئناف مختلط ١٤ نوفمبر سنة ١٩٠٠ م١٣ ص١٠ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٠٥ م١٧ ص٢٣٠ - ١٥ نوفمبر سنة ١٩٠٥ م١٨ ص١٢). وبالجملة يستطيع المحال له أن يتخذ الإجراءات القضائية ضد المحال عليه باسمه خاصة (استئناف مختلط ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٨ م١١ ص٦١- ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٩٩ م١٢ ص٢٢- ١٢ يونيه سنة ١٩٠٢ م١٤ ص٣٤٧).

وبالنسبة إلى الإجراءات القضائية يمكن تلخيص موقف المحال له فى المبادئ الآتية: (أولا) للمحال له رفع الدعوى باسمه ضد المحال عليه لمطالبته بالحق المحال به (محكمة مصر ١١ أبريل سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٨٨ ص١٦٩)، وله أن يدخل المحيل ضامناً فى الدعوى (استئناف مصر ٢٥ يونيه سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٥٣٣ ص٨٥٥). (ثانياً) إذا وجدت قضية قائمة بين المحيل والمحال عليه فى خصوص الحق المحال به، وجب على المحال له أن يأخذ مكان المحيل فيها، بأن يتدخل فى الدعوى فى أية حالة كانت عليها (استئناف مصر ٢ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٥٥ ص٧١٧- استئناف مختلط ٢٠ نوفمبر سنة ١٨٩٠ م٣ ص٢٤). (ثالثا) يعتبر المحيل وكيلا عن المحال له فى مواجهة دفاع المحال عليه، فالاستئناف المرفوع منه يفيد المحال له (استئناف مختلط ٢٤ نوفمبر سنة ١٩١٠ م٢٣ ص٤٧)، وكذلك يستفيد المحال له من الطلبات التى وجهها المحيل إلى المحال عليه، فالطلبات التى كانت موجهة من المحيل فى الدعوى الابتدائية تعتبر قائمة أمام محكمة الاستئناف (استئناف مصر ١٩ فبراير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٤٣ ص٦٩٠). (رابعاً) للمحال له الحق فى التنفيذ باسمه ولو كانت الحوالة فى ورقة عرفية، ما دام الحق المحال به قد استجمع الشرائط القانونية ليكون قابلا للتنفيذ بأن كان ثابتاً فى ورقة رسمية أو صدر به حكم قابل للتنفيذ (مصر مستعجل ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٢٣٣ ص٦٦٣).

(٣) ومن باب أولى لا يستطيع المحيل أن يبرئ ذمة المحال عليه من الدين إذا كان إعلان الحوالة للمحال عليه سابقاً على إعلان الإبراء (استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩١٩ م٣٢ ص١٤). كذلك لا يستطيع المحال عليه أن يتمسك قبل المحال له، فى حوالة الأجرة، بحقه فى إنقاص الأجرة قبل المحيل إذا كان هذا الحق لم يستعمل إلا بعد أن أصبحت الحوالة نافذة فى حقه (استئناف مختلط ٢٣ يناير سنة ١٩٢٣ م٣٥ ص١٦٠). ولا يستطيع المحيل بعد نفاذ الحوالة فى حق المحال عليه أن يصالحه (استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٩٠١ م١٣ ص٩٣). ولا يحتج على المحال له بالاتفاقات التى تكون قد تمت بين المحيل والمحال عليه بعد إعلان الحوالة للمحال عليه (نقض مدنى ٢٩ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص٤١٢).

المحيل حجزاً تحفظياً على الحق المحال به تحت يد المحال عليه بعد الإعلان أو القبول. وعلى العكس من ذلك، يستطيع المحال له، بعد الإعلان أو القبول، أن يتصرف فى الحق بحوالة تالية، كبيع أو هبة أو رهن، ويجوز لدائنيه أن يوقعوا حجزاً تحفظياً على الحق تحت يد المحال عليه.

على أن حلول المحال له محل المحيل قبل المحال عليه ليس من شأنه أن ينقل الصفات اللصيقة بشخص أحدهما إلى شخص الآخر. فلو أن المحيلة كانت زوجة المحال عليه، ومن ثم يكون سريان التقادم موقوفاً لمصلحة الزوجة، لم ينتقل أثر هذه الظروف الشخصية إلى المحال له، ويبدأ سريان التقادم من وقت أن تصبح الحوالة نافذة فى حق الزوج المحال عليه[1].

٢٩٥- الدفوع التى للمحال عليه أن يتمسك بها قبل المحال له: رأينا أن المادة ٣١٢ مدنى تنص على أن «للمدين أن يتمسك قبل المحال له بالدفوع التى كان له أن يتمسك بها قبل المحيل وقت نفاذ الحوالة فى حقه، كما يجوز له أن يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة». وهذه نتيجة منطقية مترتبة على كون الحق المحال به هو الذى ينتقل من المحيل إلى المحال له قبل المحال عليه، كما قدمنا. فما دام الحق نفسه هو الذى ينتقل، فانه ينتقل بالدفوع التى عليه كما انتقل بالصفات والضمانات التى له. فيستطيع المحال عليه إذن أن يتمسك بهذه الدفوع قبل المحال له، كما كان يستطيع التمسك بها قبل المحيل[2]. ويستطيع أيضاً أن يتمسك بالدفوع التى يستمدها من عقد الحوالة ذاته، وهو العقد الذى نقل الحق المحال به من المحيل إلى المحال له.

---

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٦ ص٥١٤ - ص٥١٥- وعلى العكس من ذلك، إذا حول الحق لزوجة المدين، وقف سريان التقادم لمصلحتها، ولم يكن موقوفاً من قبل لمصلحة المحيل (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص١٦٠ - بودرى وسينيا فقرة ٨٤٦). وإذا حول الوارث حقاً للتركة انتقل إليه بالميراث، وأصبح المحال له خلفاً خاصاً فى هذا الحق، لم يصبح بالحوالة مسئولا عن شئ من ديون التركة، بل يبقى الوارث المحيل هو المسئول عن هذه الديون فى حدود حصته فى الميراث (استئناف مختلط ٢٦ أبريل سنة ١٩٠٠ م١٢ ص٢٢١).

(٢) نقض مدنى ٣ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٧٦ ص٥٩٤- استئناف أهلى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٢٩ ص٧٩- ٢١ مايو سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ١٣٠ ص٢٦٩ - ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٤٦ ص٨٧- ٣ أبريل سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٤١٦ ص٥١٢- استئناف مصر ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٤١ ص١٨٧ - ١٠ مارس سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٧٠ ص١٦٦ - ٢أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٥٥ ص٧١٧- استئناف مختلط ٦ نوفمبر سنة ١٨٨٩ م١ ص٣٩٣- ٢٧ نوفمبر سنة ١٨٩٠ م٣ ص٣٧- ٢ يونيه سنة ١٨٩٨ م١٠ ص٣٠٥- ٢٢ مارس سنة ١٩٠٠ م١٢ ص١٧١- ٢٦ يناير سنة ١٩٠٥ م١٧ ص١٠٠- ٢٠ مارس سنة ١٩١٢ م٢٤ ص٢٠٣ - ٥ مارس سنة ١٩١٣ م٢٥ ص٢٠٧- ٢٣ فبراير سنة ١٩١٦ م٢٨ =

يستطيع المحال عليه أولا أن يتمسك قبل المحال له، بالنسبة إلى الحق المحال به، بالدفوع التى كان يستطيع أن يتمسك بها قبل المحيل وقت إعلان الحوالة أو قبولها. فإذا كان هناك، فى هذا الوقت، دفع يمكن أن يدفع به هذا الحق قبل المحيل، فان هذا الدفع يصلح للتمسك به قبل المحال له. والدفوع قد ترجع إلى انقضاء الحق أو إلى بطلانه أو إلى انفساخه. فيجوز أن يكون الحق المحال به قد انقضى وقت إعلان الحوالة أو قبولها، حتى لو كان موجوداً وقت صدور الحوالة. فيصبح مثلا للمحال عليه أن يدفع بأن الحق قد انقضى إما بالوفاء[1] أو بالتجديد أو بالمقاصة أو باتحاد الذمة أو بالإبراء أو بغير ذلك من أسباب الانقضاء، سواء كان الانقضاء سابقاً على صدور الحوالة أو تالياً له، ما دام الحق قد انقضى قبل إعلان الحوالة أو قبولها[2]. ويجوز كذلك أن يكون الحق قد انقضى بتصرف المحيل فيه لمحال له آخر ونفذت الحوالة الثانية قبل نفاذ الحوالة الأولى، ففى هذه الحالة يدفع المحال عليه مطالبة المحال له الأول بأن الحوالة الثانية هى النافذة فى حقه وفى حق المحال له الأول على السواء. ويجوز أن يكون أحد دائنى المحيل قد وقع حجزاً تحفظياً تحت يد المحال عليه قبل إعلان الحوالة أو قبولها، وعندئذ يكون للمحال عليه أن يدفع مطالبة المحال له بالحق كله بأن الدائن الحاجز يشاركه فيه. كل هذه دفوع ترجع إلى انقضاء الحق، كان المحال عليه يستطيع أن يدفع بها مطالبة المحيل، فيجوز له أن يتمسك بها قبل المحال له. وهناك دفوع ترجع إلى بطلان الحق المحال به أو إلى انفساخه، كأن يكون الحق مصدره عقد باطل أو عقد قابل للإبطال أو عقد قابل للفسخ، أو يكون الحق معلقاً على شرط واقف لم يتحقق أو معلقاً على شرط فاسخ تحقق[3]. كل هذه دفوع كان المحال عليه يستطيع أن يتمسك بها قبل المحيل، ليستطيع كذلك أن يتمسك بها قبل المحال له[4].

=ص١٦٧ – ٧ يونيه سنة ١٩١٧ م٢٩ ص٤٨٦ – ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ م٤٤ ص٨٦ – ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م٤٦ ص٣٨ – ٨ فبراير سنة ١٩٣٨ م٥٠ ص ١٢٣ – ١٦ مايو سنة ١٩٣٩ م٥١ ص٣٢٧ – ١٧ مايو سنة ١٩٤٥ م٥٧ ص١٣٤.

(١) وليس من الضرورى أن تكون المخالصة ثابتة التاريخ لأمكان أن يتمسك بها المحال عليه قبل المحال له، ولكن للمحال له أن يثبت عدم جديتها (استئناف مختلط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م١٥ ص٧١ – أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص١٥٣ – بودرى وسينيا فقرة ٨٤٧ ص٨٨٠ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٨ ص٥١٧ هامش رقم ٤).

(٢) انظر الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص٣٦٠ – وقارن الأستاذ شفيق شحاتة فى حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية فقرة ٥٢ وفقرة ٥٤.

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص١٢٩ – ص١٣٠.

(٤) كذلك يستطيع المحال عليه أن يتمسك قبل المحال له بالفوائد الربوية التى دفعها للمحيل ويطلب استنزالها من أصل الدين (بودرى وسينيا فقرة ٨٤٧ ص٨٨١). =

على أن هناك دفعين يخرجان على القواعد التى قدمناها، هما الدفع باتحاد الذمة والدفع بالمقاصة. فإذا كان المحال عليه هو وارث المحيل، وبعد صدور الحوالة، ولكن قبل إعلانها أو قبولها، مات المحيل فورثه المحال عليه وانقضى الحق المحال به باتحاد الذمة، فقد كان ينبغى أن يستطيع المحال عليه أن يدفع مطالبة المحال له بعد إعلان الحوالة بانقضاء الحق. ولكنه لما وارثاً للمحيل، وكان للمحال له أن يرجع بالضمان على المحيل أو على تركته التى يمثلها الوارث، فان الأمر ينتهى إلى أن المحال عليه لا يجوز أن يتمسك بهذا السبب من أسباب الانقضاء[1]. كذلك إذا كان هناك حق للمحال عليه فى ذمة المحيل بحيث ينقضى الحق المحال به بالمقاصة، ولكن المحال عليه قبل الحوالة دون تحفظ، فانه لا يستطيع أن يدفع مطالبة المحال له بالمقاصة[2] كما كان يستطيع دفعها بالدفوع الأخرى. فقد رأينا أن المادة ٣٦٨ مدنى تنص على أنه «١- إذا حول الدائن حقه للغير وقبل المدين الحوالة دون تحفظ، فلا يجوز لهذا المدين أن يتمسك قبل المحال له بالمقاصة التى كان له أن يتمسك بها قبل قبوله للحوالة، ولا يكون له إلا الرجوع بحقه على المحيل. ٢- أما إذا كان المدين لم يقبل الحوالة ولكن أعلن بها، فلا تمنعه هذه الحوالة من أن يتمسك بالمقاصة»[3].

= أما إذا كان الحق ما بين المحيل والمحال عليه صورياً، وحوله المحيل إلى آخر فإن المحال له يعتبر من الغير فى الصورية إذا كان حسن النية، ولا يستطيع المحال عليه أن يتمسك قبله بانعدام الحق لصوريته. وقد قضت محكمة النقض بأن ليس للمدين فى حوالة مدنية قبلها المدين والضامن قبولا ناقلا للملك أن يقيم الدليل فى وجه المحال له على صورية السبب الظاهر فى ورقة الدين، متى كان المحال له يجهل المعاملة السابقة التى أخفى سببها عليه، وكان يعتقد أن السبب الظاهر حقيقى، وكان المدين لم يدفع بعلم هذا المحال له للسبب الحقيقى وقت احتياله بالدين، ولأن إخفاء السبب الحقيقى تحت ستار السبب المنتحل لا يمكن الاحتجاج به على غير المتعاقدين ومنهم المحال له (نقض مدنى ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٧ ص٦٨٤ - انظر أيضاً: استئناف مصر ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ رقم ١٠٣ ص٢٩٣ - استئناف مختلط ٧ فبراير سنة ١٩٢٩ م٤١ ص٢٠٩ - ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م٤٣ ص٧٧- ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م٤٩ ص٥٥- ١٦ مايو سنة ١٩٤٤ م٥٦ ص١٤٧ - ٢٦ فبراير سنة ١٩٤٦ م٥٨ ص٥٩ - وانظر الوسيط جزء ٢ فقرة ٦٢١ ص١٠٩٠ هامش رقم ١).

(١) هيك ٢ فقرة ٣٧٨ - بودرى وسينيا فقرة ٨٤٧ ص٨٨٠- ص٨٨١.

(٢) استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٨٩٧ م٩ ص١٥٤.

(٣) أما تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فيعمم حكم المقاصة على جميع الدفوع الأخرى، فتنص المادة ٢/٢٨٥ منه، كما رأينا، على أنه يجوز «للمديون أن يدلى بأسباب الدفع والدفاع التى كان يحق له أن يدلى بها تجاه المتفرغ له. ويجرى الأمر بالعكس إذا كان المديون قد وافق على الانتقال بلا قيد ولا شرط، فهو يعد إذن عادلا عن وسائل الدفاع التى كان يملكها إلى ذلك الحين». وهذا الحكم =

ويستطيع المحال عليه ثانياً أن يتمسك بالدفوع التى ترجع إلى عقد الحوالة ذاته. مثل ذلك أن يكون عقد الحوالة باطلا، وهو سند المحال له فى الرجوع على المحال عليه، فلهذا أن يدفع ببطلانه أو يجوز أن يتمسك بالبطلان كل ذى مصلحة. أما إذا كان عقد الحوالة قابلا للإبطال لمصلحة المحيل فان المحيل وحده هو الذى يستطيع أن يتمسك بابطال الحوالة، ولا يستطيع المحال عليه ذلك لأن الإبطال لم يتقرر لمصلحته، بل ولا يستطيع أن يتمسك بالإبطال باسم المحيل لأنه ليس دائناً له بل مديناً. فلا يبقى أمامه إلا أن يدخل المحيل خصما فى الدعوى التى يرفعها عليه المحال له، ويطلب منه إما أن يتمسك بابطال العقد وإلا دفع المحال عليه الحق المحال به للمحال له معتبراً سكوت المحيل عن التمسك بابطال العقد إجازة ضمنية منه للحوالة. وهذا هو أيضاً شأن ما إذا كان عقد الحوالة قابلا للفسخ. فإذا كانت الحوالة فى مقابل ثمن لم يدفعه المحال له للمحيل، وكان للمحيل أن يفسخ العقد لعدم دفع الثمن، فليس للمحال عليه أن يتمسك بالفسخ، فان الذى يتمسك به هو المحيل. وللمحال عليه أن

=منتقد، وهو مخالف للمعنى الذى ينطوى عليه قبول الحوالة، إذ لا يعدو هذا المعنى أن يكون إقراراً من المحال عليه بعلمه للحوالة، ولا يتضمن هذا القبول نزولا منه عن الدفوع التى كان له أن يتمسك بها قبل المحيل (انظر فى هذا المعنى بودرى وسينيا فقرة ٨٤٨ – الأستاذ شفيق شحاتة فى حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية فقرة ٥١ ص٤٥ – الدكتور صبحى المحمصانى فى انتقال الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص٣٦ – ص٣٧). على أن قبول المحال عليه للحوالة قبولا لا تحفظ فيه، ومتضمناً معنى أنه قد التزم شخصياً نحو المحال له، قد يفيد نزوله عن الدفوع التى كان يستطيع أن يدفع بها مطالبة المحال له، فلا يجوز له بعد ذلك أن يتمسك بأى دفع من هذه الدفوع، ويجب عليه أن يفى بالحق المحال به للمحال له، ثم يرجع بعد ذلك على المحيل إن كان هناك وجه للرجوع (استئناف مختلط ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٧ م٢٠ ص٨– الأسكندرية ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٢ رقم ٢٢٦ ص٤٥٠– بودرى وسينيا فقرة ٨٤٩ – فقرة ٨٥٠– قارن الموسكى ١٦ أكتوبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٢٨٠ ص٥٥٠). ولكن تضمين قبول المحال عليه للحوالة معنى النزول عن الدفوع التى كانت له قبل المحيل لا يفترض، بل لابد أن يكون هذا المعنى واضحاً من قبول الحوالة، فان قام شك فسر القبول لمصلحة المحال عليه، لأنه هو المدين، واعتبر قبولا للحوالة مع الاحتفاظ بما للمحال عليه من دفوع كان له أن يتمسك بها قبل المحيل (بودرى وسينيا فقرة ٨٤٩ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢١ ص٥٠١ – ٥٠٢ – وانظر آنفا فقرة ٢٦٧).

ويعرض التقنين المدنى الألمانى لدفع المحال عليه بالمقاصة، فتنص المادة ٤٠٦ من هذا التقنين على ما يأتى: «يجوز للمدين أيضاً أن يتمسك بالمقاصة قبل الدائن الجديد (المحال له) فى حق ثبت له فى ذمة الدائن السابق (المحيل)، إلا إذا كان وقت أن كسب هذا الحق قد أحاط علماً بوقوع الحوالة، وإلا إذا كان حقه لم يحل إلا بعد علمه بالحوالة، ويشترط فى هذه الحالة الأخيرة ألا يكون هذا الحق قد حل إلا فى وقت لاحق لحلول الحق المحال به». وانظر فى التعليق على هذا النص التعليقات على التقنين المدنى الألمانى ١ م٤٠٦ ص٥٧٦ – ص٥٧٨.

يدخل المحيل خصماً فى الدعوى، حتى إذا رأى هذا أن يطالب بفسخ العقد فعل، وإلا كان المحال عليه ملزماً بدفع الحق المحال به للمحال له، ثم يطالب المحيل المحال له بثمن الحوالة[1]. وقد يكون عقد الحوالة صورياً. فيجوز للمحال عليه أن يدفع بصوريته[2]، وأن يثبتها بجميع الطرق، حتى بالبينة وبالقرائن[3]، لأنه ليس طرفاً فى الصورية. ولكنه لا يعتبر غيراً فيها، إذ هو ليس بدائن ولا بخلف خاص لأى من طرفى الصورية، فإذا وفى الحق المحال به للمحال له معتقداً بحسن نية أن الحوالة جدية، كان الدفع صحيحاً مبرئاً للذمة، لا لأنه من الغير فى الصورية ومن حقه أن يتمسك بالعقد الصورى، بل لأنه وفى الحق إلى الدائن الظاهر بحسن نية[4]. على أنه إذا تمسك المحال عليه بصورية الحوالة، جاز مع ذلك اعتبار الحوالة الصورية توكيلا من المحيل للمحال له فى قبض الحق المحال به من المحال عليه، فيصح للمحال له

---

(١) ويبدو مما قدمناه أن من الأسراف القول بأن للمحال عليه أن يتمسك بالدفوع التى ترجع إلى عقد الحوالة ذاته، فقد رأيناه لا يستطيع أن يتمسك بإبطال العقد أو بفسخه، ويجب عليه أن يدخل المحيل خصما فى الدعوى ليتولى بنفسه التمسك بذلك. وإذا كان المحال عليه يستطيع التمسك ببطلان العقد، فإن ذلك لا يرجع إلى قواعد الحوالة بل إلى قواعد البطلان المطلق، إذ يستطيع التمسك بالبطلان المطلق كل ذى مصلحة. وسنرى حالا أن المحال عليه يستطيع أن يتمسك بصورية الحوالة، ولكن هذا أيضاً يرجع إلى قواعد الصورية لا إلى الحوالة، فإن الصورية كالبطلان المطلق يستطيع كل ذى مصلحة أن يتمسك بها. وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٣١٢ مدنى، وهو النص الذى يجيز للمحال عليه أن يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة، يجرى على الوجه الآتى: «كما يجوز له أن يحتج بالدفوع الخاصة بالمحال إليه وحده»، أى يستطيع المحال عليه أن يتمسك ضد المحال له مثلا بمقاصة وقعت بين الحق المحال به وحق آخر مقابل ترتب فى ذمة المحال له للمحال عليه. فكان النص مستقيماً على هذا الوجه. إلا أنه عدل فى لجنة المراجعة، لتنسيقه مع المادة ٣٢٠ الواردة فى حوالة الدين، مع أن هناك فرقاً واضحاً بين حوالة الدين وحوالة الحق فى هذا الصدد. ففى حوالة الدين – دون حوالة الحق – يكون المحال عليه دائماً طرفاً فى عقد الحوالة، فمن حقه إذن أن يتمسك بالدفوع المستمدة من هذا العقد. (انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص١٢٩ – ص١٣١ – انظر آنفاً فقرة ٣٨٩ فى الهامش). وكان الأولى إبقاء النص على أصله دون تعديل، وهذا ما وقع فى التقنين المدنى العراقى فى المادة ٣٦٦، فقد بقيت هذه المادة على أصلها فى المشروع التمهيدى المصرى دون تعديل كما بينا ذلك آنفاً فى فقرة ٣٨٩ فى الهامش. (انظر فى هذا المعنى الأستاذ شفيق شحاتة فى حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية فقرة ٥٥ – الدكتور صبحى المحمصانى فى انتقال الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص٣٧ – وقارن الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص٣٦٠).

(٢) قارن استئناف مختلط ١٤ يونيه سنة ١٩٣٨ م٥٠ ص٣٦٣ – ٦ نوفمبر سنة ١٩٤٢ ٣ ص٣٦٠).

(٣) ولا يكفى لإثبات صورية الحوالة أن المقابل المدفوع يعادل قيمة الحق المحال به مع أن هذا الحق لا ينتج فوائد ومع أن استيفاءه يقتضى وقتاً وإجراءات طويلة (استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٣٩ م٥١ ص٢٣٥).

(٤) الوسيط جزء ٢ فقرة ٦٢١ ص٩٠٠-١ هامش رقم ١.

باعتباره وكيلا إلزام المحال عليه بدفع الحق المحال به، كما يجوز للمحيل الرجوع فى هذا التوكيل[1].

الفرع الثالث
علاقة المحيل بالمحال عليه

٢٩٦ – التمييز بين مرحلتين: فى علاقة المحيل بالمحال عليه يجب أن نميز بين مرحلتين: (١) المرحلة التى تسبق إعلان الحوالة أو قبولها (٢) ثم المرحلة التى تلى الإعلان أو القبول.

٢٩٧ – المرحلة التى تسبق اعلان الحوالة أو قبولها: فى هذه المرحلة لا تزال الحوالة غير نافذة فى حق المحال عليه، ولا يزال صاحب الحق بالنسبة إليه هو المحيل. فيستطيع المحيل إذن أن يقوم باتخاذ جميع الإجراءات التحفظية اللازمة، كأن يقطع التقادم وأن يقيد الرهن وأن يجدد القيد وأن يتقدم فى التوزيع ونحو ذلك[2]. وما ينتج من أثر يفيد بطبيعة الحال المحال له. وقد رأينا فيما قدمناه أن هذه الإجراءات التحفظية يستطيع المحال له أيضاً، فى هذه المرحلة نفسها، أن يتخذها باسمه.

كذلك يستطيع المحيل، فى المرحلة التى نحن بصددها، أن يجاوز الأعمال التحفظية إلى الأعمال التنفيذية، فهو بالنسبة إلى المحال عليه لا يزال صاحب الحق كما قدمنا. فله أن يستوفى الحق من المحال عليه، وله أن يجبره على الوفاء. وليس للمحال عليه فى هذه الحالة الأخيرة إلا أن يبادر إلى قبول الحوالة حتى يجعلها نافذة فى حقه فلا يوفى الحق المحال به إلا للمحال له، أو أن يدخل المحال له خصما فى الدعوى ويدعوه إلى تحديد موقفه من الحوالة. كذلك يستطيع المحيل أن يقضى الحق بأى سبب من أسباب الانقضاء، كالتجديد والمقاصة واتحاد الذمة والإبراء ،ولا يكون للمحال له فى هذه الحالة إلا الرجوع عليه بالضمان إن كان هناك محل للرجوع[3].

ويستطيع المحيل أيضاً أن يتصرف فى الحق المحال به، فهو لا يزال صاحبه بالنسبة إلى

---

(١) استئناف مختلط ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٨ م٥١ ص٩. وانظر فى إمكان أن تكون الحوالة وكالة بالقبض بقصد التحصيل ما ذكرناه آنفاً فقرة ٢٤٦ فى الهامش.

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٩١ فى الهامش.

(٣) بودرى وسينيا فقرة ٨٥٢– بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٨.

المحال عليه وبالنسبة إلى الغير، فيحول الحق مرة أخرى إلى محال له ثان على سبيل البيع أو الهبة أو الرهن أو غير ذلك. ويجوز لدائنى المحيل أن يحجزوا حجزاً تحفظياً على الحق المحال به تحت يد المحال عليه(١). فالمحال له إذن يخلص له الحق المحال به بالحالة التى يكون عليها وقت الإعلان أو القبول، لا بحالته وقت صدور الحوالة، وإذ انتقص الحق بفعل المحيل، فى الفترة ما بين وقت صدور الحوالة ووقت إعلانها أو قبولها، فليس للمحال له إلا الرجوع على المحيل(٢).

٢٩٨ - المرحلة التى تلى اعلان الحوالة أو قبولها: فإذا ما أعلنت الحوالة أو قبلت، فقد رأينا أنها تصبح نافذة فى حق المحال عليه وفى حق الغير، ويصبح المحيل أجنبياً بالنسبة إلى المحال عليه.

ومن ثم لا يستطيع المحيل فى هذه المرحلة أن يفعل شيئاً مما كان يستطيع أن يفعله فى المرحلة الأولى. لا يستطيع أن يستوفى الحق من المحال عليه(1)، وإن استوفاه كان الوفاء غير مبرئ لذمة المحال عليه كما قدمنا. ولا يستطيع بالأولى إلزام المحال عليه بالوفاء، كما لا يستطيع أن يقضى الحق بأى سبب من أسباب الانقضاء، لا بالتجديد ولا بالمقاصة(٣) ولا باتحاد الذمة ولا بالإبراء ولا بغير ذلك.

كذلك لا يستطيع المحيل أن يتصرف فى الحق المحال به بعد إعلان الحوالة أو قبولها، لا

---

(١) ولكن لا يجوز لدائنى المحال له أن يوقعوا حجزاً تحفظياً تحت يد المحال عليه، لأن هذا لا يعتبر قبل الإعلان أو القبول مديناً لمدينهم.

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٨ ص٥١٨ - وقد رأينا فيما قدمناه أن المحال له هو أيضاً يستطيع أن يقوم بإجراءات تحفظية وإجراءات تنفيذية فى المرحلة التى نحن بصددها، بحيث يكون للحق المحال به صاحبان فى وقت واحد.

(٣) وإذا كان الحق المحال به مضافاً إلى أجل، وكان الأجل فى صالح المحيل، لم يستطع هذا، بعد الإعلان أو القبول، أن ينزل عن الأجل حتى يتمسك بالمقاصة فى دين كان قد حل فى ذمته للمحال عليه. وإذا كان الأجل فى صالح المحال عليه، لم يستطيع هو أيضاً، بعد الإعلان أو القبول، أن ينزل عن الأجل ليتمسك بالمقاصة (بلانيول وردوان ٧ فقرة ١١٢٨ ص٥١٨ هامش رقم ٣).

(1) أنه إذا كان يبين من وثيقة التأمين على البضاعة المنقولة بحرا أن الطاعنة (وزارة التموين) قد وافقت بمقتضاها على أن تحل شركة التأمين بما تدفعه من تعويض عن الخسائر والاضرار بمقتضى هذه الوثيقة - محلها فى جميع الدعاوى والحقوق التى لها قبل الغير المسئول فمفاد ذلك أن الطاعنة حولت حقها فى التعويض عن الضرر قبل المسئول لشركة التأمين، مما لا يجوز معه للطاعنة (وهى المؤمن لها) أن تجمع بين مبلغ التعويض ومقابل التأمين وإلا استحال تنفيذ ما اتفق عليه بالمشارطة من رجوع شركة التأمين على الناقلة وهى المسئولة عن الضرر.

(جلسة ١٩٧٤/٤/٢٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٥ ص٧٤٩)

ببيع ولا بهبة ولا برهن ولا بغير ذلك من التصرفات، فقد أصبح المحال له هو صاحب الحق كما سبق القول. ولا يجوز فى هذه المرحلة لدائنى المحيل أن يحجزوا على الحق المحال به تحت يد المحال عليه، والحجز بعد إعلان الحوالة أو قبولها لا يسرى فى حق المحال له. والذين يستطيعون أن يوقعوا الحجز تحت يد المحال عليه هم دائنو المحال له، فقد أصبح الحق ملك مدينهم وحده(١).

الفرع الرابع
علاقة المحال له بالغير

٢٩٩- النصوص القانونية: تنص المادة ٣١٣ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«إذا تعددت الحوالة بحق واحد، فضلت الحوالة التى تصبح قبل غيرها نافذة فى حق الغير».

وتنص المادة ٣١٤ على ما يأتى:

«١- إذا وقع تحت المحال عليه حجز قبل أن تصبح الحوالة نافذة فى حق الغير، كانت الحوالة بالنسبة إلى الحاجز بمثابة حجز آخر».

«٢- وفى هذه الحالة إذا وقع حجز آخر بعد أن أصبحت الحوالة نافذة فى حق الغير، فان الدين يقسم بين الحاجز المتقدم والمحال له، والحاجز المتأخر قسمة غرماء، على أن يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له قيمة الحوالة»(٢).

وليس للنص الأول مقابل فى التقنين المدنى السابق، ولكن الحكم كان معمولا به دون

---

(١) بودرى وسينيا فقرة ٨٥٢- بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٨ ص٥١٨.

(٢) **تاريخ النصوص:**

م٣١٣: ورد هذا النص فى المادة ٤٤٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٢٥ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣١٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص١٣١ - ١٣٢).

م٣١٤: ورد هذا النص فى المادة ٤٤١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٢٦ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣١٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص١٣٣- ص١٣٥).

نص لانطباقه على القواعد العامة. أما النص الثانى فيقابله فى تقنين المرافعات السابق المادة ٤٣٣/٤٩٥[1].

ويقابل النصان فى التقينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادتين ٣١٣ – ٣١٤، وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٣٠٠ – ٣٠١، وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٣٧٣ – ٣٧٤، وفى تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانية المواد ٦٤٧ – ٦٤٩[2]. وقد عرضت هذه النصوص لطائفتين من الغير، لتقرر لمن يكون التقدم إذا تزاحم

---

(١) **تقنين المرافعات السابق** م٤٣٣/٤٩٥: إذا وقع الحجز على مال المدين عند الغير، ثم أحال المدين أجنبياً بالزائد له عند المحجوز لديه أو بعضه وأعلنت الحوالة إعلاناً صحيحاً، ثم ظهر بعد ذلك مداينون آخرون ووقعوا الحجز، فهؤلاء يتحاصون مع الحاجزين السابقين ومع المحتال بشرط أن ينقص من حصة كل من الحاجزين المتأخرين قدر ما يفى بإتمام مبلغ الحوالة، كل منهم بحسب ما يخصه بالنسبة لدينه. (وهذا الحكم يتفق مع الحكم الوارد فى المادة ٣١٤ من التقنين المدنى الجديد).

(٢) **التقينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى م٣١٣ – ٣١٤ (مطابقتان للمادتين ٣١٣ – ٣١٤ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى الليبى م٣٠٠ – ٣٠١ (مطابقتان للمادتين ٣١٣– ٣١٤ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى العراقى م٣٧٣ – ٣٧٤ (مطابقتان للمادتين ٣١٣ – ٣١٤ من التقنين المدنى المصرى).

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى م٦٤٧: إن التفرغ عن الدين المطلوب للمحجوز عليه يجعل الحجز باطلا إذا جرى هذا التفرغ قبل إبلاغ ورقة الحجز إلى الشخص الثالث المحجوز لديه.

م٦٤٨: إذا حدث بعد الحجز لدى شخص ثالث، وقبل كل حكم بإثبات الحجز وكل قرار بحصر امتياز الحجز، أن المديون تفرغ لأحد عن الدين المحجوز لدى الشخص الثالث، فإن التفرغ يكون باطلا بهذه الصفة، بيد أن المتفرغ له يصبح تجاه الحاجز الأول بمنزلة حاجز ثان، ويشترك معه على نسبة ماله من الدين.

م٦٤٩: إذا حدث بعد أول حجز لدى شخص ثالث، وقبل كل حكم بإثبات الحجز وكل قرار بحصر امتياز الحجز، أنه جرى أولا تفرغ عن الدين ثم حجز ثان، فإن المتفرغ له يأخذ نصيبه وقت التوزيع مع الحاجز الأول ويكون مقدماً على الحاجز الثانى. ويتم التوزيع على الوجه الآتى: تحدد أولا حصة الحاجز الأول بإجراء توزيع نسبى بين ذوى الشأن الثلاثة، ثم تعطى الزيادة للمتفرغ له بالأفضلية على الحاجز الثانى.

وهذه النصوص تتفق أحكامها مع أحكام التقنين المصرى. أنظر مع ذلك الدكتور صبحى محمصانى، وهو يقول: «إن الفرق واضح فى الأحكام ما بين التقنين اللبنانى والتقنينات العربية، فإن أفضلية المحال له بالنسبة للحاجز الثانى محدودة بقيمة الحوالة فى هذه القوانين، على حين أن الأفضلية مطلقة فى القانون اللبنانى» (انتقال الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص٣٩). ولا نظن، مهما تكن الأفضلية مطلقة فى التقنين اللبنانى، أن المحال له يحصل فى التوزيع على أكثر من قيمة الحوالة، وهذا هو الحكم أيضاً فى التقنينات العربية الأخرى.

المحال له مع الغير. وهاتان الطائفتان هما: (١) محال له آخر بنفس الحق المحال به أولا، سواء تضمنت الحوالة بيعاً أو هبة أو رهناً أو غير ذلك من التصرفات. (٢) دائن حاجز من جهة المحيل يكون قد حجز على الحق المحال به تحت يد المحال عليه.

وقد رأينا فيما تقدم[١] أن الغير في يشمل هاتين الطائفتين ويشمل أيضاً طائفة ثالثة هي دائنو المحيل إذا شهر أفلاسه أو إعساره. ورأينا أن العبرة في نفاذ الحوالة في حق هؤلاء الأغيار – أي الطوائف الثلاثة – بالتاريخ الثابت لإعلان المحال عليه بالحوالة أو لقبوله بها.

ولا تقوم صعوبة في تطبيق هذا المبدأ بالنسبة إلى طائفتين من هذه الطوائف الثلاث، وهما طائفة دائن المحيل المفلس أو المعسر وطائفة المحال له الثاني. وإنما تقوم الصعوبة في تطبيق المبدأ بالنسبة إلى الدائن الحاجز. فنبحث أولا الطائفتين الأولين، ثم نفرد بعد ذلك مبحثا خاصا بالدائن الحاجز.

المبحث الأول

التزاحم بين المحال له وبين دائن المحيل المفلس أو المعسر أو محال له آخر

٣٠٠– التزاحم بين المحال له وبين دائن المحيل المفلس أو المعسر: إذا صدرت الحوالة من المحيل، وقبل أن تصبح نافذة في حق الغير بالإعلان أو القبول شهر إفلاس المحيل أو شهر إعساره، فأن دائني المحيل في هذه الحالة يصبحون من الغير بالنسبة إلى المحال له، وذلك من وقت صدور الحكم بالإفلاس أو من وقت تسجيل صحيفة دعوى الإعسار.

أما فيما يتعلق بالإفلاس، فقد نصت المادة ٥٨٩ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ «أن تغل يد المفلس بمجرد صدور حكم شهر الافلاس عن ادارة امواله والتصرف فيها». ومن المجمع عليه في الفقه التجاري أن غل يد المفلس من تاريخ صدور الحكم بالإفلاس لا يقتصر فحسب على إدارة الأموال، بل هو يشمل أيضاً، ومن باب أولى، التصرف في هذه الأموال[٢]. ومن النتائج التي يرتبها فقهاء القانون التجاري على هذا المبدأ أنه «إذا اشترط القانون لسريان التصرف على الغير إتمام إجراءات أو أشكال معينة، فلا يعتبر التصرف بالنسبة إلى جماعة الدائنين قد كمل إلا إذا تمت الإجراءات أو الأشكال المذكورة قبل

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٦٤.

(٢) الأستاذ محسن شفيق في الإفلاس فقرة ٢٤٤ ص٣٣٨.

صدور حكم الإفلاس. فإذا لم تكن قد تمت حتى هذا الوقت، فلا يجوز إجراؤها بعد ذلك، ومن ثم لا يحتج بالتصرف على جماعة الدائنين لأنها من الغير[1]». وتطبيقاً لهذا المبدأ، إذا حول الدائن قبل شهر إفلاسه الحق الذى له فى ذمة مدينه إلى شخص آخر، ولم يكن التاريخ الثابت لإعلان هذه الحوالة إلى المدين أو لقبوله إياها سابقاً على تاريخ الحكم بشهر الإفلاس، فان دائنى المحيل المفلس يعتبرون من الغير بالنسبة إلى هذه الحوالة، ولما كان تاريخ نفاذها تالياً لصيرورتهم من الغير، فان الحوالة لا تنفذ فى حقهم. وفى هذه الحالة يبقى الحق المحال به فى «روكية» المحيل المفلس تتناوله إجراءات الإفلاس، ويدخل المحال له ضمن دائنى التفليسة بما له من حق الرجوع على المحيل، ويقاسم هؤلاء الدائنين قسمة الغرماء[2].

وأما فيما يتعلق بالإعسار، فقد نصت المادة ٣٥٧ مدنى على أنه «متى سجلت صحيفة دعوى الإعسار، فلا يسرى فى حق الدائنين أى تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد فى التزاماته، كما لا يسرى فى حقهم أى وفاء يقوم به المدين». ويتبين من هذا النص أنه بعد شهر إعسار المدين، كل تصرف يصدر منه منذ تاريخ تسجيل صحيفة دعوى

---

(١) الأستاذ محسن شفيق فى الإفلاس فقرة ٢٥٥ ص٣٥٨. ويشير إلى حكم محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٢ أبريل سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص٢٣٣.

(٢) ليون كان ورينو ٧ فقرة ٧٠٣- الأستاذ محسن شفيق فى الإفلاس فقرة ٢٥٥ ص٣٥٩.

رقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الدفع بعدم جواز إعلان الحوالة للمدين المحال عليه بعد إفلاس المحيل لا يجوز التمسك به إلا من دائنى هذا الأخير الذين تتكون منهم جماعة الدائنين (٢٧ مارس ١٩٣٠ م٤٢ ص٣٨٥ – وانظر أيضاً: استئناف مختلط ٢٤ فبراير سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص٢٠٢). ريقول الأستاذ محسن شفيق فى هذا الصدد: «ويسرى ذات الحكم إذا كان الحق مما يتداول بالطرق التجارية، أى بطريق التسليم إذا كان لحامله، أو التظهير إذا كان إذنيا، أو القيد فى دفاتر المحال عليه إذا كان اسمياً، لأن التسليم أو التظهير أو القيد فى الدفاتر يقوم مقام الإجراءات الخاصة بالحوالة المدنية. وعلى هذا الأساس إذا تنازل المفلس عن ورقة تجارية أو مالية لحاملها، ولم يقع التسليم حتى صدور حكم الإفلاس، فلا يحتج بالتنازل فى مواجهة جماعة الدائنين. وإذا تنازل عن ورقة تجارية أو مالية إذنية ولم توضع صيغة التظهير الناقل للملكية على الورقة حتى صدور حكم الإفلاس، فلا يجوز وضعها بعد ذلك، ولا يكون للمتنازل إليه أن يحتج بالتظهير فى مواجهة جماعة الدائنين ولو كان الصك فى حيازته، ومن هنا تبدو أهمية تاريخ التظهير. ولما كان القانون لا يتطلب أن يكون هذا التاريخ ثابتاً بوجه رسمى، فقد أراد أن يعوض ذلك بتوقيع العقوبة على الكذب فيه، وعلى الأخص إذا كان هذا الكذب بتقديمه، فقضى فى المادة ١٣٦ تجارى بأن تقديم التواريخ فى التحاويل ممنوع، وإن حصل يعد تزويراً. وإذا تنازل المفلس عن سهم أو سند اسمى، ولم تتم إجراءات التنازل فى دفاتر للشركة حتى وقت صدور حكم الإفلاس، فلا يجوز بعد ذلك إتمامها، ولا يحتج بالتنازل فى مواجهة جماعة الدائنين، فيكون لها أن تعتبر السهم أو السند لا يزال فى ملكية المفلس: استئناف مختلط ١٢ أبريل سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص٢٣٣» (الأستاذ محسن شفيق فى الإفلاس فقرة ٢٥٥ ص٣٥٩ – ص٣٦٠).

الإعسار، ويكون من شأنه أن ينقص من حقوقه كالبيع والهبة والرهن ويدخل فى ذلك حوالة الحق على سبيل البيع أو الهبة أو الرهن، أو يزيد فى التزاماته كالقرض، وأى وفاء يقوم به ولو لدين حال، يكون غير سار فى حق الدائنين، وذلك دون حاجة إلى إثبات إعسار المدين فهو ثابت بحكم شهر الإعسار، ودون حاجة إلى إثبات سوء نية المدين أو سوء نية المتصرف إليه ولو كان التصرف معاوضة. وهذه الوقاية تفضل العلاج الذى تقدمه الدعوى البوليصية(١). وكما أن الحوالة التى صدرت بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار لا تسرى فى حق دائنى المعسر إذ يعتبرون من الغير بالنسبة إليها، كذلك إذا لم تتم الإجراءات اللازمة لجعل الحوالة نافذة فى حق الغير قبل تسجيل صحيفة دعوى الإعسار، فان الحوالة لا تسرى فى حق دائنى المعسر باعتبارهم من الغير. فإذا صدرت الحوالة من المحيل ولو قبل تسجيل صحيفة دعوى الإعسار، ولكن التاريخ الثابت لإعلانها أو لقبولها لاحق لتسجيل صحيفة دعوى الإعسار، فان الحوالة لا تنفذ فى حق دائنى المعسر، ويبقى الحق المحال به داخلا فى الضمان العام لجميع الدائنين، ومنهم المحال بما له من حق الرجوع بالضمان على المحيل، فيكون أسوة الدائنين الآخرين فى التنفيذ على أموال المدين المعسر، وذلك وفقاً للمادة ٢٥٦ مدنى.

٣٠١- التزاحم بين محال له ومحال له آخر: رأينا أن المادة ٣١٣ مدنى تنص على أنه «إذا تعددت الحوالة بحق واحد، فضلت الحوالة التى تصبح قبل غيرها نافذة فى حق الغير». فالمفروض أن المحيل قد حول حقه مرة أولى، ثم حول نفس الحق مرة أخرى، سواء كانت الحوالة فى أية مرة من المرتين على سبيل البيع أو الهبة أو الرهن أو غير ذلك، فتزاحم المحال له الأول مع المحال له الثانى، فأيهما يقدم على الآخر؟

يقول النص إن الحوالة التى تصبح قبل غيرها نافذة فى حق الغير هى التى تفضل. ولا تنفذ الحوالة فى حق الغير، كما قدمنا، إلا إذا أعلنت إلى المحال عليه أو إلا إذا قبلها وكان لهذا القبول تاريخ ثابت. فمن من المحال لهما سبق الآخر إلى إعلان الحوالة للمحال عليه، أو سبق الآخر إلى الحصول على قبول ذى تاريخ ثابت من المحال عليه للحوالة، كان هو المقدم(٢). فالعبرة إذن، عند تزاحم هذين، فى المفاضلة بينهما، ليس بتاريخ صدور الحوالة،

---

(١) الوسيط جزء٢ فقرة ٧٠٨ ص١٢٣٢.

(٢) ولو كان المحال له الأسبق فى التاريخ الثابت قد انتقل إليه الحق المحال به ببيع أو هبة مثلا، فإنه يجبُ المحال له المتأخر، سواء كان هذا قد كسب الحق أو اقتصر على رهنه. أما إذا كان المحال له المتقدم لم ينتقل إليه الحق إلا على سبيل الرهن، وكان المحال له المتأخر قد كسب الحق ببيع أو هبة مثلا، فإن المحال له الأول لا يجبُ المحال له الثانى إلا فى حدود حق الرهن، فينتقل الحق المحال به إلى المحال له الثانى مثقلا بحق الرهن الثابت للمحال له الأول. فإذا استوفى المحال له الأول الحق المضمون بالرهن من الحق المحال به المرهون، وبقى شئ من هذا الحق الأخير، فإن الباقى يؤول إلى المحال له الثانى.

بل بالتاريخ الثابت لإعلانها أو لقبولها من المحال عليه[1].

وقد يقع أن يحول الدائن جزءاً من حقه إلى محال له أول، والجزء الباقي إلى محال له ثان. فهنا لا يقوم تزاحم بين المحال لهما، إذ كل منهما قد حول بجزء من الحق غير الجزء الذى حول به الآخر. فيرجع كل منهما بالجزء المحول به على المحال عليه، ويستوفيه منه كاملا. فلو كان الحق مائة، وحول كل من المحال لهما بخمسين، رجع كل منهما على المحال عليه بالخمسين التى له دون تزاحم. وإنما يقع التزاحم إذا كان المحال عليه معسراً إعساراً جزئياً، فإذا فرضنا فى المثل المتقدم أنه لم يخلص للمحال لهما من مال المحال عليه إلا خمسون، فلكل منهما خمسة وعشرون، إذ لا وجه لتفضيل أحدهما على الآخر فى هذه الحالة، ولو كانت حوالته نافذة فى حق الغير قبل نفاذ حوالة الآخر، لأننا لسنا فى مقام تزاحم بين حوالتين بحق واحد، بل فى مقام تزاحم دائنين لا يستطيعان أن يستوفيا الحق كاملا فيقسم مال المدين بينهما قسمة غرماء. وقد رأينا أن هذا الحكم ينطبق أيضاً فيما إذا كان المحيل قد حول جزءاً من حقه إلى محال له واستبقى لنفسه الجزء الآخر، فإذا كان مال المحال عليه لا يفى بحق كل منهما، قسما هذا المال بينهما قسمة الغرماء هنا أيضاً، وهذا ما لم يكن المحيل قد ضمن للمحال له يسار المحال عليه وقت حلول الحق المحال به، ففى هذه الحالة يتقدم المحال له على المحيل[2].

على أن من الجائز، عند تحويل الدائن جزءاً من حقه، أن يتفق مع المحال له، وقت الحوالة أو بعدها، على أن يكون هذا الجزء مقدماً فى الاستيفاء على الجزء الباقى، سواء استبقى هذا الجزء الباقي لنفسه أو حوله إلى محال له آخر. ففى هذه الحالة يسرى الاتفاق على المحيل إذا كان قد استبقى لنفسه الجزء الباقي، وعلى المحال له الآخر إذا كان قد حول له هذا الجزء الباقي لأنه يكون قد علم – أو من المفروض أنه علم – بأسبقية الجزء المحول أولا على الجزء الذى حول له أخيراً بالاستعلام عن ذلك من المحال عليه وقت صدور الحوالة له. ومن ثم يتقدم الجزء الأول المحال به فى الاستيفاء على الجزء الباقى. أما إذا أراد الدائن أن

---

(١) استئناف مختلط ٢٠ مارس سنة ١٨٨٩ م١ ص١٧٩ – المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص١٣١ – هذا ويشترط فى تفضيل صاحب التاريخ الثابت المتقدم أن يكون حسن النية (استئناف مختلط ٧ مايو سنة ١٨٩٨ م١٠ ص٢٠٨ – الوسيط جزء ٢ فقرة ١٢٤ ص٢٣٣). وهذا بخلاف التسجيل فى شهر الحقوق العينية الأصلية، فإن الذى يسجل أولا يفضل على من سجل بعد ذلك ولو كان هذا الأخير قد تلقى التصرف قبل الأول، ولا يشترط فيمن سجل أولا، حتى يفضل، أن يكون حسن النية. بل إن القضاء المصرى قد ذهب فى بعض أحكامه إلى تفضيل من سجل أولا ولو كان متواطئاً مع من صدر منه التصرف (الوسيط جزء ٢ فقرة ٥٨٨ ص١٠٣٠ هامش رقم ٤).

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٨٢ فى آخرها.

يجعل الأسبقية للجزء الباقى من الحق فلابد أن يحتفظ له بهذه الأسبقية عند إجراء حوالة الجزء الأول(١)(1).

المبحث الثانى
التزاحم بين المحال له والدائنين الحاجزين

٣٠٢- حالات ثلاث: رأينا أن المادة ٣١٤ مدنى تنص على أنه: «١- إذا وقع تحت يد المحال عليه حجز قبل أن تصبح الحوالة نافذة فى حق الغير، كانت الحوالة بالنسبة إلى الحاجز بمثابة حجز آخر؛ ٢- وفى هذه الحالة، إذا وقع حجز آخر بعد أن أصبحت الحوالة نافذة فى حق الغير، فأن الدين يقسم بين الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر قسمة غرماء، على أن يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له قيمة الحوالة».

ويوحى هذا النص بأنه يجب التمييز بين حالات ثلاث: (١) بعد صيرورة الحوالة نافذة فى حق الغير عمد أحد دائنى المحيل إلى توقيع حجز على الحق المحال به تحت يد المحال عليه، فقام التزاحم بين المحال له والدائن الحاجز. (٢) قبل صيرورة الحوالة نافذة فى حق الغير بادر أحد دائنى المحيل إلى توقيع الحجز على الحق المحال به تحت يد المحال عليه، فقام التزاحم بين الدائن الحاجز والمحال له. (٣) قبل صيرورة الحوالة نافذة فى حق الغير، بادر أحد دائنى المحيل إلى توقيع الحجز، ثم بعد صيرورتها نافذة فى حق الغير وقع دائن آخر حجزاً ثانياً، فقام

---

(١) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص١٦٧ - ص١٦٨ - بودرى وسينيا فقرة ٨٥٤.

(1) النص فى الفقرة الثالثة من القانون على أن حقوق المقاولين من الباطن والعمال المقررة بمقتضى هذه المادة المقدمة على حقوق من ينزل له المقاول عن دينه قبل رب العمل، يقتضى أن تكون ذمة رب العمل مشغولة بدين للمقاول الأصلى ناشئ عن عقد المقاولة، وألا يكون قد تم الوفاء به للمحال إليه، أما إذا كان هذا الأخير قد اقتضى الحق المحال فعندئذ يجب التفرقة بين حالتين الأولى: أن يكون هذا الوفاء قد تم قبل ان يوقع المقاول من الباطن الحجز تحت يد رب العمل على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلى قبل رب العمل، يقتضى أن تكون ذمة رب العمل مشغولة بدين للمقاول المذكور، ففى هذه الحالة يكون الوفاء للمحال له مبرئا لذمة رب العمل وساريا فى حق المقاول من الباطن، والحالة الثانية، أن يكون الوفاء لاحقا للحجز أو الانذار فلا يسرى - عندئذ - فى حق المقاول من الباطن، ويكون له - رغم ذلك - أن يستوفى حقه قبل المقاول الأصلى بما كان لهذا الأخير وقت الحجز أو الانذار فى ذمة رب العمل، ولو كان نزول المقاول الأصلى عن حقه للغير سابقا على الحجز أو الانذار.
(جلسة ١٩٧٩/٤/١٠ الطعن ٨١ لسنة ٤٣ق)

التزاحم بين الدائن الحاجز الأول والمحال له والدائن الحاجز الثانى. ولكل من هذه الحالات الثلاث حكمها الخاص.

٣٠٣- التزاحم بين المحال له والدائن الحاجز: نفرض فى هذه الحالة أن الحوالة قد صارت نافذة فى حق الغير قبل توقيع الحجز، بأن استطاع المحال له أن يعلن المحال عليه بها قبل أن يعلنه الدائن بالحجز، أو استطاع أن يحصل من المحال عليه على قبول ذى تاريخ ثابت سابق على تاريخ اعلان الحجز للمحال عليه.

لم يرد فى هذه الحالة نص لوضوحها[١]. فمن البديهى أن الحوالة وقد نفذت فى حق الغير - أى فى حق الدائن الحاجز - قبل تاريخ إعلان الحجز، فقد انتقل الحق المحال به من المحيل إلى المحال له بالنسبة إلى الدائن الحاجز قبل توقيع الحجز. فيكون الحجز وقت توقيعه قد وقع على حق غير مملوك للمدين، فيقع باطلا لانعدام المحل. ومن ثم يتقدم المحال له فى هذه الحالة على الدائن الحاجز، ويستولى أولا على قيمة حوالته[٢]. فان كانت الحوالة بكل الحق، أخذه كله من المحال عليه، ولا يبقى للدائن الحاجز شئ. وإن كانت الحوالة بجزء من الحق، استولى المحال له على هذا الجزء كاملا قبل الدائن الحاجز، وما يبقى من الحق بعد ذلك يستوفى منه الدائن الحاجز حقه أو بعض حقه بحسب الأحوال[٣].

٣٠٤- التزاحم بين الدائن الحاجز والمحال له: نفرض فى هذه الحالة أن الدائن الحاجز قد سبق المحال له، فأعلن الحجز المحال عليه قبل أن يعلن المحال له الحوالة أو قبل أن يحصل على قبول بها ذى تاريخ ثابت من المحال عليه[٤].

لا شك فى أن الحجز هنا وقع على الحق المحال به فى وقت كان هذا الحق فى ملك المدين، فالحجز صحيح منتج لأثره. ولكن الحوالة المتأخرة تعتبر هى نفسها بمثابة حجز متأخر، فان المحال له دائن بالضمان للمحيل، وباعلانه الحوالة أو بقبولها من المحال عليه يكون كأنه أوقع بحقه فى الضمان حجزاً آخر تحت يد المحال عليه. وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الأولى من المادة ٣١٤ مدنى، فهى تقول: «إذا وقع تحت يد المحال عليه

---

(١) ورد فى تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى نص صريح فى هذا المعنى، هو المادة ٦٤٧ من هذا التقنين (انظر آنفاً فقرة ٢٩٩ فى الهامش).

(٢) استئناف مختلط ٢٥ يناير سنة ١٩١١ م٢٣ ص١٣٧ - ٢٤ أبريل سنة ١٩١٢ م٢٤ ص٣٠٣ - ٥ مارس سنة ١٩١٣ م٢٥ ص٢٠٧.

(٣) بودرى وسينيا فقرة ٨٥٦.

(٤) وهذا حتى لو كان حق الدائن الحاجز متأخراً عن صدور الحوالة، ما دام إعلان الحجز سابقاً على الإعلان أو التاريخ الثابت للقبول.

حجز قبل أن تصبح الحوالة نافذة فى حق الغير، كانت الحوالة بالنسبة إلى الحاجز بمثابة حجز آخر(١)».

ولما كان الحجز المتقدم لا يفضل على الحجز المتأخر، بل كل من الدائنين الحاجزين يزاحم الآخر ويقسم مال المحيل بينهما قسمة الغرماء، فان وجد مال عند المحال عليه يفى بكل من الحجز كاملا والحوالة كاملة، أخذ كل منهما جميع حقه. أما إذا ضاق المال الذى للمحيل عند المحال عليه عن ذلك، فان هذا المال يقسم بين الحاجز والمحال له قسمة غرماء كما قدمنا. فلو كان حق الحاجز مائتين، والحوالة بثلثمائة، ولم يوجد عند المحال عليه للمحيل إلا أربعمائة، أخذ الحاجز خمسى هذا المبلغ أى مائة وستين، وأخذ المحال له ثلاثة الأخماس الباقية أى مائتين وأربعين(٢).

٣٠٥- التزاحم بين الدائن الحاجز الأول والمحال له والدائن الحاجز الثانى: نفرض فى هذه الحالة أن الحاجز الأول أعلن حجزه قبل صيرورة الحوالة نافذة فى حقه، ثم صارت الحوالة نافذة فى حق الغير، وبعد ذلك أعلن الحاجز الثانى حجزه. فعندنا إذن حاجز متقدم، ثم محال له، ثم حاجز متأخر(٣).

لو لم يوجد نص صريح فى هذه المسألة، لكان الحكم الذى يتفق مع القواعد العامة هو على الوجه الآتى: لا محل للاعتداد بالحجز المتأخر، فأن الحجز الذى يتأخر عن الحوالة

---

(١) أما إذا كان الحجز باطلا، بأن كان لم يعلن أو لم يعقبه دعوى بصحة الحجز، فلا يعتد به، وتكون الحوالة نافذة فى حق الحاجز (استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٠٦ ص١٦).

(٢) أما إذا كان الدائن الحاجز قد استطاع الحصول على حكم بصحة الحجز قبل إعلان الحوالة أو قبولها، ولم يقع الإعلان أو القبول إلا بعد انقضاء خمسة عشر يوماً من يوم تقرير المحجوز لديه بما فى ذمته فى قلم كتاب المحكمة (م٣٣٩ مرافعات)، فإن الدائن الحاجز يكون فى هذه الحالة بمثابة محال له سابق، ويتقدم على المحال له فى استيفاء حقه من الحق المحجوز عليه. ويفهم هذا الحكم من نص المادة ٣٤٤ مرافعات، إذ تقضى بأنه «يجب على المحجوز لديه بعد خمسة عشر يوماً من تاريخ تقريره (بما فى ذمته) أن يدفع إلى الحاجز المبلغ الذى أقر به أو ما يفى منه بحق الحاجز، وذلك متى كان حقه وقت الدفع ثابتاً بسند تنفيذى وكانت الإجراءات المنصوص عليها فى المادة ٢٨٥ قد روعيت وكانت المادة ٥٦٧ من قانون المرافعات السابق نصت فقرة ثانية على النحو التالى: «فإذا وقع حجز جديد بعد انقضاء الميعاد المذكور، فلا يكون له أثر إلا فيما زاد على دين الحاجز الأول. وإذا تعدد الحاجزون مع عدم كفاية المبلغ لوفاء حقوقهم جميعاً، وجب على المحجوز لديه إيداعه خزانة المحكمة لتقسيمه» (انظر فى هذه المسألة فى القانون الفرنسى بودرى وسينيا فقرة ٨٥٨).

(٣) وغنى عن البيان أن الحوالة إذا تأخرت عن الحجز الثانى، فتزاحم الدائن الحاجز الأول والدائن الحاجز الثانى والمحال له بهذا الترتيب، اعتبرت الحوالة بمثابة حجز ثالث، وقسم الحق المحجوز على الجميع قسمة غرماء.

يكون باطلا لانعدام محله. ولا محل إذن للقول بمزاحمة الحاجز الثانى للحاجز الأول باعتبار أن كلا منهما دائن حاجز، فقبل القول بهذه المزاحمة يجب أن يكون كل من الحجزين قد وقع صحيحاً. وهنا قد وقع الحجز الثانى باطلاً، فلا محل للقول بالتزاحم بين حجز صحيح وحجز باطل. ويترتب على ذلك أنه يجب استبعاد الحاجز المتأخر إذا كانت الحوالة المتقدمة عليه حوالة بكل الحق، ثم يقسم هذا الحق بين الحاجز المتقدم والمحال له قسمة غرماء، كما فعلنا فى الحالة الثانية(١).

ولكن التقنين المدنى الجديد أراد أن يحتفظ بالحل الذى كان منصوصاً عليه فى تقنين المرافعات الاسبق(٢)، توخياً لاستقرار التعامل فى مسألة حسم التردد والاضطراب فيها بنص تشريعى فى العهد السابق. فنصت الفقرة الثانية من المادة ٣١٤ مدنى على أن «الدين يقسم بين الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر قسمة غرباء، على أن يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له قيمة الحوالة».

فإذا فرضنا أن الحق الذى للمحيل فى ذمة المحال عليه هو تسعمائة، وكان حق الحاجز المتقدم ثلثمائة، وحق المحال له ستمائة أى أن المحال له حول بجزء من الحق، وحق الحاجز المتأخر ثلثمائة، فاننا أولا نقسم الحق وقيمته تسعمائة بين الثلاثة قسمة غرماء، فينال الحاجز المتقدم ٢٢٥، والمحال له ٤٥٠، والحاجز المتأخر ٢٢٥، ثم تستكمل حصة المحال له إلى ٦٠٠ من حصة الحاجز المتأخر حتى يستوفى قيمة الحوالة كلها، فتنزل حصة الحاجز المتأخر إلى ٧٥. وتكون حصص الثلاثة نهائياً على الوجه الآتى: للحاجز المتقدم ٢٢٥، وللمحال له ٦٠٠، وللحاجز المتأخر ٧٥.

والعلة فى هذا الحكم المنصوص عليه أن المشرع أراد أن يجعل الحاجز المتأخر يزاحم الحاجز المتقدم إذ لا محل لتفضيل أحدهما على الآخر، وأراد فى الوقت ذاته ألا يأخذ الحاجز المتأخر شيئاً قبل أن يستوفى المحال له كل حقه لأن الحوالة المتقدمة تجبُّ الحجز المتأخر، فأدى تطبيق هاتين الفكرتين معاً – مزاحمة الحاجز المتأخر للحاجز المتقدم وجبُّ الحوالة المتقدمة للحجز المتأخر – إلى هذا الحل التشريعى. والخطأ فى هذا الحل واضح، فقد كان ينبغى ألا يزاحم الحاجز المتأخر وحجزه باطل الحاجز المتقدم وحجزه وحده هو الصحيح، وكان الواجب أن المحال له وحده هو الذى يزاحم الحاجز المتقدم(٣).

---

(١) انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٣٠ ص٥٢٤ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٧٢٩ – وقارن بودرى وسينيا فقرة ٨٦٠ ص٨٩١– ص٨٩٢.

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٥٢٧ ص٥٤٧ – ص٥٤٨ – المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص١٣٤.

(٣) ولا يقال إن هذا الحل التشريعى يستقيم إذا كانت الحوالة بكل الحق، فتجبُّ الحوالة الحجز المتأخر=

ومهما يكن من أمر، فان هذا الحل التشريعى أقل عيباً من حل آخر ساد الفقه والقضاء فى فرنسا[1]، ويقضى بأن الحاجز المتقدم يزاحمه كل من المحال له والحاجز المتأخر كما فى الحل الأول. ثم تحدد حصة المحال له على أساس ألا يزاحمه إلا الحاجز المتقدم إذ الحجز المتأخر لا يزاحم الحوالة المتقدمة، وما يتبقى بعد ذلك يأخذه الحاجز المتأخر. فلو أن الحق الذى للمحيل فى ذمة المحال عليه هو تسعمائة حوله كله إلى محال له، وتقدم الحوالة حجز بثلثمائة، وتأخر عنها حجز بثلثمائة أخرى، فان حصة الحاجز المتقدم تحدد على أساس تزاحم الدائنين الثلاثة، فتكون ١٨٠ . ثم تحدد حصة المحال له على أساس تزاحمه مع الحاجز المتقدم وحده، فتكون ٦٧٥ . وما يتبقى بعد ذلك يعطى للحاجز المتأخر، فتكون حصته ٤٥[2].

=ولا يأخذ الحاجز المتأخر شيئاً. فلا يزال الحاجز المتأخر – وحجزه باطل – يزاحم الحاجز المتقدم. وهذه المزاحمة غير الحقة من شأنها أن تنقص حصة الحاجز المتقدم من جهة، وأن تزيد فى حصة المحال له من جهة أخرى. ففى المثل الذى أوردناه، لو كانت الحوالة بكل الحق أى بتسعمائة، فان حصة الحاجز المتقدم على أساس تزاحم الدائنين الثلاثة تكون ١٨٠ . وتحدد حصة كل من المحال له والحاجز المتأخر مبدئياً على أساس هذا التزاحم، فتكون حصة المحال له ٥٤٠، وحصة الحاجز المتأخر ١٨٠ . ثم تستكمل حصة المحال له من حصة الحاجز المتأخر حتى يستوفى المحال له قيمة الحوالة، فيستغرق ذلك حصة الحاجز المتأخر كلها دون أن يصل المحال له إلى استيفاء كل القيمة، وتصبح حصة المحال له نهائياً ٧٢٠، ولا يأخذ الحاجز المتأخر شيئاً. هذا هو الحل التشريعى، وهو لا يزال متحيفاً للحاجز المتقدم ومحابياً للمحال له، إذ ينبغى بعد استبعاد الحاجز المتأخر لبطلان حجزه، ألا يزاحم الحاجز المتقدم غير المحال له. فيأخذ الحاجز المتقدم ٢٢٥ بدلا من ١٨٠، ويأخذ المحال له ٦٧٥ بدلا من ٧٢٠.

وإذا كان ينبغى ألا يضار المحال له بالحجز المتأخر وهو حجز باطل، فلا يزاحمه مع الحاجز المتقدم الحاجز المتأخر لتنزل حصته إلى ٥٤٠، فإنه ينبغى أيضاً ألا يحابى المحال له بسبب هذا الحجز الباطل، فيزاحم الحاجز المتأخر الحاجز المتقدم وينقص من حصته ما يضيفه إلى المحال له فترتفع هذه الحصة إلى ٧٢٠. فالمحال له إذا نزلت حصته إلى ٥٤٠ يكون قد خسر دون حق بسبب حجز باطل، وإذا ارتفعت حصته إلى ٧٢٠ يكون قد كسب دون حق بسبب هذا الحجز الباطل. والواجب هو ألا يخسر ولا يكسب، فتكون حصته ٦٧٥، لا تنزل إلى ٥٤٠، ولا ترتفع إلى ٧٢٠.

(١) هيك ٢ فقرة ٤٠١– بودرى وسينيا فقرة ٨٦١– كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٣٢ ص٤٣٠ – ص٤٣١ – وانظر القضاء الفرنسى فى بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٣٠ . ولم يتضمن التشريع الفرنسى حلا تشريعياً لهذه المسألة، كما تضمن التشريع المصرى.

(٢) وقد يتفق هذا الحل مع الحل الأول فى النتائج النهائية، إذا كان المحال له قد حول بجزء من الحق يستطيع أن يستوفيه بالرغم من مزاحمة الحاجز المتقدم له، كما هو الأمر فى المثل الذى فرضناه فى إيضاح الحل الأول. وقد جاء فى الموجز فى هذا الصدد ما يأتى: «ويمكن أن نصور فرضاً يتفق فيه الحلان – الحل المأخوذ به فى فرنسا والحل الذى أخذ به المشرع المصرى – فى النتيجة العملية على ما بينهما من خلاف، ويكفى فى ذلك أن نجعل المحال له يستوفى كل حقه دون حاجة إلى أن =

ويجمع هذا الحل بين عيب الحل الأول بجعله الحجز المتأخر وهو باطل يزاحم الحجز المتقدم وهو وحده الحجز الصحيح، وبين عيب آخر إذ يجعل للحجز المتأخر حصة مع الحوالة المتقدمة وينبغي ألا يأخذ الحاجز المتأخر شيئاً حتى يستوفى المحال له كل حوالته(١).

=يستكمل هذا الحق من نصيب الحاجز الثانى، فيكون نصيب المحال له واحداً فى الحلين، ولما كان نصيب الحاجز الأول واحداً فى الحلين أيضاً، فيتحد نصيب الحاجز الثانى كذلك. ونوضح ذلك بمثال: نجعل فى ذمة المدين ستمائة، ونوقع حجزاً أولا بمبلغ ثلثمائة، ثم حوالة بمبلغ ثلثمائة، ثم حجزاً بمبلغ ثلثمائة، فالحل الفرنسى يقضى بأن المحال له يزاحم ولا يزاحم، فيأخذ كل حقه وهو ثلثمائة، ثم يأخذ الحاجز الأول مائتين على اعتبار أن الثلاثة قسموا المبلغ فيما بينهم قسمة الغرماء، ويأخذ الحاجز الثانى الباقى وهو مائة. وهذه هى النتيجة التى يؤدى إليها الحل المصرى، فهو يقضى باعطاء الحاجز الأول مائتين على اعتبار قسمة الغرماء، ثم يكل المائتين اللتين تصيبان المحال له من قسمة الغرماء حتى يستوفى كل حقه فيأخذ ثلثمائة، ويأخذ الحاجز الثانى الباقى وهو مائة. هذا ويلاحظ أن المثال المتقدم هو الذى ينطبق على حرفية المادتين ٤٩٥/٤٣٣ من قانون المرافعات، وقد جاء فيهما: ثم أحال المدين أجنبياً بالزائد له عند المحجوز لديه، فكأن المشرع المصرى أراد الوصول إلى النتيجة العملية المأخوذ بها فى فرنسا ولكن من طريق آخر» (الموجز للمؤلف فقرة ٥٢٧ ص٥٤٨ هامش رقم ١).

(١) وهناك حلول فقهية أخرى كثيرة لهذه المسألة المعروفة، نذكر منها ما يأتى:

١ – نفرض أن الحق المحال به هو ٣٠٠، وقد توسطت الحوالة حجزين قيمة كل منهما ١٥٠. فيقسم الحق المحال به بين الحاجز الأول والمحال له قسمة غرماء، فيصيب الأول ١٠٠، ويصيب الثانى ٢٠٠. ثم يقسم ما يصيب الحاجز الأول – وهو ١٠٠ – بينه وبين الحاجز الثانى قسمة غرماء، فيصيب كلا منهما ٥٠. وعيب هذا الحل أنه يحمل الحاجز الأول مسئولية تأخر الحاجز الثانى فى الحجز، ولا يجعل الحوالة المتقدمة تجبُّ الحجز المتأخر.

٢ – يقسم المبلغ قسمة أولى، كما فى الحل الأول، بين الحاجز الأول والمحال له، فيصيب الأول ١٠٠، ويصيب الثانى ٢٠٠. ثم يقسم، كما فى الحل الأول أيضاً، ما يصيب الحاجز الأول – وهو ١٠٠ – بينه وبين الحاجز الثانى فيصيب كل منهما ٥٠. ثم يرجع الحاجز الأول على المحال له بالخمسين التى نقصته من جراء مزاحمة الحاجز الثانى له، فتكون الأنصبة فى النهاية: ١٠٠ للحاجز الأول و١٥٠ للمحال له و٥٠ للحاجز الثانى. وعيب هذا الحل أنه يحمل المحال له مسئولية تأخر الحاجز الثانى فى الحجز، ثم لا يجعل الحوالة المتقدمة تجبُّ الحجز المتأخر.

٣ – يقسم المبلغ بين الثلاثة جميعاً قسمة غرماء، فيصيب الحاجز الأول ٧٥، ويصيب المحال له ١٥٠، ويصيب الحاجز الثانى ٧٥. وعيب هذا الحل أنه يجعل الحجز الثانى الباطل يزاحم الحجز الأول الصحيح، ثم لا يجعل الحوالة المتقدمة تجبُّ الحجز المتأخر.

(انظر فى هذه الحلول المختلفة: أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص١٥٨ هامش رقم ٤٤ – بودرى وسينيا فقرة ٨٥٩ – فقرة ٨٦١ – أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ cession de créance فقرة ٧١٣– فقرة ٧١٨– الأستاذ أحمد نجيب الهلالى فى البيع فقرة ٩٤٩ – الموجز للمؤلف فقرة ٥٢٧).

الباب الثانى

حوالـــة الديـــن(*)

(Cession de dette)

٣٠٦- أطراف حوالة الدين: فى حوالة الدين، يتفق المدين مع أجنبى على أن يتحمل عنه الدين الذى فى ذمته للدائن، فيحل الأجنبى محل المدين فى هذا الدين نفسه بجميع مقوماته وخصائصه وضماناته ودفوعه. وقد رأينا فى حوالة الحق أن الدائن هو الذى يتفق مع أجنبى على أن يحول له الحق الذى فى ذمة المدين، فيحل الأجنبى محل الدائن فى هذا الحق نفسه.

وفى حوالة الدين يسمى المدين محيلا (cédant)، لأنه يحيل على الأجنبى الدين الذى فى ذمته. أما المحيل فى حوالة الحق فهو الدائن.

ويسمى الأجنبى محالا عليه (cessionnaire)، لأن المدين أحال عليه الدين. والمحال عليه فى حوالة الحق هو المدين.

ويسمى الدائن محالا (cédé)، لأن المدين أحاله على الأجنبى. والمحال - أو المحال له - فى حوالة الحق هو الأجنبى.

(*) مراجع: سالى فى نظرية الالتزام فى مشروع التقنين المدنى الألمانى (فقرات ٨١ و١٠٥ وما بعدها) - سالى فى حوالة الدين (مقال فى حوليات القانون التجارى سنة ١٨٩٠) - التقنين المدنى الألمانى مع التعليقات الجزء الأول ص٥٩٨- ص٦٢٣- جودميه (Gaudement) بحث فى حوالة الدين كاستخلاف خاص رسالة من ديجون سنة ١٨٩٨ - بنريه (Benrey) فى حوالة الدين رسالة من جنيف سنة ١٩١٠ - الأستاذان شيرون (Chéron) ومحمد صادق فهمى فى حوالة الدين فى التشريعات الأوروبية وفى الشريعة الإسلامية (مقال فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص٣٧ - ص٦٦ وص١٣٧ - ص١٩٠)- بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٥٨ وما بعدها - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٤١ وما بعدها - دى باج ٣ فقرة ٣٨٤ - فقرة ٣٨٨ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣١٢- فقرة ١٣١٦ - كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ٦٤٢ - فقرة ٦٤٦ - جوسران ٢ فقرة ٨٢٧ - فقرة ٨٣١ - أنسيكلوبيدى داللوز لفظ Cession de dette.

الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص٢٦٨ - ص٢٨٨ - الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٣٢ - فقرة ٢٣٩ - (ص٣٢٣ - ص٣٢٩) - الموجز للمؤلف فقرة ٥٢٨ فقرة ٥٣٢ (ص٥٤٩ - ص٥٥١)- الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٧٤٠ - فقرة ٧٤٢ - (ص٥٦٠- ص٥٦٣).

على أن التقنين المدنى لم يستعمل من هذه المصطلحات فى حوالة الدين إلا المصطلح الخاص بالأجنبى الذى يتحمل الدين عن المدين الأصلى، فأسماه المحال عليه. واستبقى لكل من الدائن والمدين الأصلى اسميهما. فأطراف الحوالة إذن هم المدين الأصلى والمحال عليه والدائن. وسنتابع التقنين فيما فعل، حتى لا ننحرف عن نصوصه.

ويصح أن تتم حوالة المدين – بل هذا هو الأصل فيها – باتفاق بين الدائن والمحال عليه دون تدخل المدين الأصلى(1)، فيتفق الدائن مع أجنبى على أن يتحمل هذا الأجنبى الدين عن المدين الأصلى، وتبرأ ذمة المدين الأصلى دون حاجة إلى رضاه. وسنعود إلى كل ذلك فيما يلى:

٣٠٧– الأغراض المختلفة التى تفى بها حوالة الدين: ولحوالة الدين، كما لحوالة الحق، أغراض مختلفة تفى بها. ونذكر من هذه الأغراض ما يأتى:

(١) يحدث كثيراً أن شخصاً يكون طرفاً فى عقد ملزم للجانبين، إيجار أو وكالة أو مقاولة أو عقد أو توريد أو غير ذلك، ويكون فى حاجة إلى أن ينزل إلى الغير عن هذا العقد بما أكسبه من حقوق وما رتب فى ذمته من التزامات. يريد المؤجر مثلا أن ينزل عن عقد الايجار، بعد أن باع العين المؤجرة، إلى المشترى، فيقتضيه الأمر أن ينزل للمشترى عن حقوقه وعن التزاماته الناشئة من عقد الإيجار. يتفق الوكيل مع آخر على أن يقوم بعقد الوكالة نيابة

---

(1) أ– وإن كانت حوالة الدين – التى انعقدت بين المطعون عليه الأول وهو المدين الأصلى وبين مورث الطاعنين – غير نافذة فى حق الدائن – المطعون عليه الثانى – لعدم اعلانه بها وقبوله لها إلا أنها صحيحة ونافذة بين طرفيها، ومن مقتضاها طبقا للمادة ٣١٧ من القانون المدنى التزام المحال عليه بتحديد ميعاد آخر للوفاء فإذا خلت الحوالة من النص على شئ فى هذا الخصوص ، فأنه يكون على المحال عليه أن يدرأ عن المدين الأصلى كل مطالبة من الدائن، سواء بوفائه الدين المحال به للدائن، أو بتسليمه للمدين الأصلى ليقوم بنفسه بالوفاء به لدائنه، ولازم ذلك ومقتضاه أنه طالما كان الدين قائما قبل المدين الأصلى، فان التزام المحال عليه يظل قائما كذلك ولا يسقط بالتقادم.

(جلسة ١٩٧٢/١/٢٠ مجموعة احكام محكمة النقض السنة ٢٢ ص٨٨)

ب– يجوز أن تتم حوالة الدين وفقاً لنص المادة ٣٢١ من القانون المدنى فى صورة اتفاق مباشر بين الدائن والمحال عليه يتحول الدين بمقتضاه من ذمة المدين القديم إلى ذمة المدين الجديد دون حاجة إلى رضاء المدين القديم، وإذ كان القانون لم يتطلب فى هذا الاتفاق شكلا خاصا فانه يكفى أى تعبير عن الارادة يدل على تراضى الطرفين واتجاه نيتهما إلى أن يحل المدين الجديد محل المدين فى التزامه ولو كان هذا التراضى ضمنيا.

(الطعن ٦٢١ لسنة ٣٩ق – جلسة ١٩٧٦/٥/٣١ س٢٧ ص١٢٤٠)

عنه، فيقتضيه الأمر أن ينزل له عن حقوقه والتزاماته الناشئة من عقد الوكالة. وكذلك يريد المقاول أن ينزل عن عقد المقاولة لمقاول من الباطن بما له من حقوق وما عليه من التزامات. والمتعهد بالتوريد ينزل إلى مورد من الباطن عن عقد التوريد بما أنشأه من حقوق والتزامات. فى جميع هذه الفروض يتيسر النزول عن الحقوق عن طريق حوالة الحق. وينبغى أن يتيسر أيضاً النزول عن الالتزامات عن طريق حوالة الدين. فإذا لم يفتح باب حوالة الدين للوفاء بهذا الغرض، كان هذا حجر عثرة فى طريق ما تقتضيه حاجات التعامل من مرونة(١).

(٢) ومثل ذلك أيضاً أن تنتقل عين من شخص إلى آخر ويتصل بالعين التزام يجب أن ينتقل معها وفقاً لقواعد الخلافة الخاصة، كما فى المنزل المؤمن عليه من الحريق ينتقل من البائع إلى المشترى وتنتقل معه التزامات البائع نحو شركة التأمين. فيجب إذن أن تكون حوالة الدين مباحة منظمة حتى يتيسر الوفاء بهذا الغرض.

(٣) وقد تتصل الالتزامات بمجموع من المال، كمتجر أو حصة فى إرث، فانتقال هذا المجموع من المال من شخص إلى آخر يقتضى أن تنتقل الالتزامات، كما تنتقل الحقوق، من المالك الأصلى إلى المالك الجديد. ولا يتيسر ذلك إلا عن طريق حوالة الدين، فيجب أن تباح هذه الحوالة وأن تنظم(٢).

(٤) وقد يتصل التزام بالعين أوثق الاتصال، فيكون من المرغوب فيه أن ينتقل هذا الالتزام مع العين، لا وفقاً لقواعد الخلف الخاص إذ هى ليست منطبقة، بل مطاوعة لاعتبارات عملية. والمثل البارز لذلك هو بيع العين المرهونة، فإذا كان هناك عقار مرهون رهناً رسمياً، وباعه صاحبه، فان العقار ينتقل إلى المشترى مثقلا بحق الرهن، ويصبح المشترى مسئولا مسئولية عينية عن الدين المضمون بالرهن دون أن يكون مسئولا مسئولية شخصية عن هذا الدين الذى لم ينتقل إليه. ويبقى بائع العقار هو المسئول شخصياً عن الدين، مع أن العقار الضامن لهذا الدين قد خرج من ملكه. فيكون من المرغوب فيه أن ينتقل الدين أيضاً مع العقار المرهون من البائع إلى المشترى، ولا يتيسر ذلك إلا عن طريق حوالة الدين. وقد أفرد التقنين المدنى الجديد نصاً خاصاً، وهو المادة ٣٢٢ مدنى، لهذه المسألة لأهميتها العملية.

(٥) وقد يقع أخيراً أن المدين لا يجد عنده مالا يفى بدينه، ويكون لدائنه دائن. فيتفق مع دائنه على أن يحل محله فى الدين الذى فى ذمته لدائن الدائن، ويكون هذا الحلول بمثابة وفاء لدينه هو نحو دائنه. ولا يتيسر ذلك إلا عن طريق حوالة الدين. فإذا فرض مثلا أن (أ)

---

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٤٧ مكررة – دى باج ٣ فقرة ٣٨٨.

(٢) دى باج ٣ فقرة ٣٨٨ ص٣٦٠.

مدين بمائتين للدائن (ب) أخذها منه قرضاً، وأن (ب) مدين بمائتين هو أيضاً للدائن (جـ) التزم بها ثمناً لمبيع اشتراه منه، فان (أ) يستطيع أن يتحمل، عن طريق حوالة الدين، بالدين الذى للدائن (جـ) على (ب)، وفاء للدين الذى فى ذمته لدائنه (ب). وقد يقال إن (ب) يستطيع أن يحول حقه قبل (أ) إلى دائنه (جـ)، فيصل عن طريق حوالة الحق إلى ما يريد أن يصل إليه عن طريق حوالة الدين. ولكن حوالة الحق، فى هذا المثال، غير حوالة الدين. فان (جـ) قد لا يرضى بتحويل مبلغ القرض إليه وفاء بثمن المبيع، ويرضى بأن يحل (أ) محل (ب) مديناً بثمن المبيع، إذ يحتفظ عن طريق حوالة الدين بامتياز البائع ولا يحتفظ بهذا الامتياز عن طريق حوالة الحق[1].

٣٠٨- حوالة الدين نظام استحدثه التقنين المدنى الجديد - النظم الأخرى التى كانت تقوم مقامه: ولم يكن التقنين المدنى السابق، كما قدمنا، يعرف حوالة الدين، وكان لا يعرف إلا حوالة الحق، شأنه فى ذلك شأن التقنينات اللاتينية القديمة كالتقنين المدنى الفرنسى.

وكان التقنين السابق، كالتقنين الفرنسى، يسد هذا النقص عن طريق التجديد بتغيير المدين، وعن طريق الإنابة فى الوفاء، وعن طريق الاشتراط لمصلحة الغير. ولكن هذه الطرق ليس فيها غناء عن حوالة الدين، فقد بينا الفروق الجوهرية ما بين حوالة الدين من جهة والتجديد بتغيير المدين[2] والإنابة فى الوفاء[3] من جهة أخرى. أما الاشتراط لمصلحة الغير، فبينه هو أيضاً وبين حوالة الدين فروق جوهرية. وذلك أن المدين إذا اشترط على شخص آخر أن يفى بدينه للدائن، فيكسب الدائن من وراء هذا الاشتراط حقاً مباشراً قبل المتعهد أن يوفى له الدين، فلا يزال المدين الأصلى ملزماً هو أيضاً بالمدين ولم تبرأ ذمته منه، بل انضم إليه مدين جديد بموجب الاشتراط لمصلحة الدائن. هذا إلى أن الدائن نفسه، بصفاته وضماناته ودفوعه، لم ينتقل من مدين إلى مدين، بل وجد إلى جانب الدين الأصلى دين جديد بصفات وضمانات ودفوع مستقلة[4].

---

(١) بلانيول وريبير وبولانجيه٢ فقرة ١٣١٤ - وانظر فى أن حوالة الدين تهدر شخص المدين ولا تعتد إلا بالقيمة المادية للالتزام كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٤٣.

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٤٢.

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٤٣.

(٤) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٤٥ - دى باج ٣ فقرة ٣٨٧ ص٣٥٨- الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص٢٧١ - ص٢٧٣ - وقد جاء فى الموجز فى هذا المعنى ما يأتى: «.... فيتولد من هذا الاشتراط حق مباشر للدائن قبل المدين الجديد، وبذلك يتحقق غرض من الغرضين اللذين تحققهما حوالة المدين. أما الغرض الآخر، وهو براءة ذمة المدين القديم، فلا يتحقق من وراء الاشتراط لمصلحة=

وفيما عدا حالات خاصة نص عليها، كحلول المشترى للعين المؤجرة محل المؤجر فى التزاماته نحو المستأجر وكحلول المتنازل عن الإيجار محل المستأجر[1]، أو قامت بها نظريات فقهية كحلول الخلف الخاص محل السلف فى الالتزامات المتعلقة بالعين التى انتقلت إليه[2]، فان طريق حوالة الدين كان مسدوداً. وقد حاول كثير من الفقهاء فى فرنسا أن يفتحوا هذا الطريق، بالرغم من سكوت التشريع، متوسلين فى ذلك بمبدأ سلطان الإرادة، فيجوز لذوى الشأن أن يتفقوا على حوالة الدين ويكون اتفاقهم ملزماً منتجاً لآثاره ما دام لا يخالف النظام العام أو الآداب[3]، ولكن محاولاتهم لم تحقق الغرض المنشود.

=الدائن، لأن المدين القديم يبقى ملتزماً قبل الدائن ما لم يبرئه الدائن باتفاق آخر. على أن الغرض الأول، وهو التزام المدين الجديد مباشرة نحو الدائن، لا يتحقق فى الاشتراط لمصلحة الغير على النحو الذى يتحقق به فى حوالة الدين. وذلك لأن حوالة الدين تنقل إلى ذمة المدين الجديد نفس الدين الذى كان فى ذمة المدين القديم بتأميناته ودفوعه كما قدمنا. أما الاشتراط لمصلحة الغير فيوجد فى ذمة المدين الجديد ديناً جديداً مستقلا عن الدين القديم فى التأمينات والدفوع» (الموجز للمؤلف فقرة ٥٣٠).

والحالات العملية التى كان الاشتراط لمصلحة الغير يستخدم فيها ليقوم مقام حوالة الدين كثيرة. منها حلول شركة محل أخرى عند التصفية، فتصبح الشركة الأولى ملزمة نحو دائنى الشركة الأخرى بموجب الاشتراط لمصلحتهم، ولهؤلاء أن يرجعوا مباشرة على الشركة الأولى. وكذلك الأمر عندما تحل شركة تأمين محل شركة تأمين أخرى. فيرجع المؤمن لهم عند الشركة الأخرى مباشرة على شركة التأمين الأولى. وبيع المتجر يجعل دائنيه، بموجب الاشتراط لمصلحتهم، يرجعون مباشرة على مشتريه، وبيع العقار المرهون فى دين يجعل الدائن المرتهن، بفضل الاشتراط لمصلحته، يرجع مباشرة بدين شخصى، لا بالرهن فحسب، على مشترى العقار (انظر فى ذلك بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٤٦).

(١) انظر المادة ٤٧٤/٣٨٩ مدنى سابق فيما يتعلق بحلول المشترى محل المؤجر، والمادة ٤٥١/٣٦٨ مدنى سابق فيما يتعلق بحلول المتنازل له عن الإيجار محل المستأجر.

(٢) وقد قرر التقنين المدنى الحالى هذا الحكم فى نص تشريعى هو المادة ١٤٦.

(٣) وقد ذهب بودرى وبارد إلى إمكان الاتفاق على حوالة الدين فى القانون الفرنسى، فإن هذا القانون إذا كان لم ينظم حوالة الدين، فهو بحكم مبدأ سلطان الإرادة لم يقفل الباب دونها. ولا ينبغى أن يحول التقنين دون تطور النظم القانونية واستكمال ما يكون ناقصاً فى التقنين، وهذا هو عمل الفقه. ثم بودران مثل التقنين المدنى النمساوى، فإن هذا التقنين، كالتقنين المدنى الفرنسى، لم ينظم حوالة الدين. ومع ذلك لم يمنع سكوته من هذا التنظيم من أن تكون حوالة الدين معمولا بها فى النمسا بالقدر الذى أقره التقنين المدنى الألمانى ذاته (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٦٦ ص٩٣ - ص٩٤). ويشير جوسران إلى كثير من النظم التى أدخلها العمل فى القانون قبل أن يتولى المشرع تنظيمها، كعقود التأمين والمؤسسات وعقد النشر. فلا شئ يمنع إذن من إدخال حوالة الدين، أسوة بهذه النظم (جوسران٢ فقرة ٨٣٠ ص٤٤٩ - ص٤٥٠ - وفقرة ٨٣١). أنظر أيضاً فى هذا المعنى: سالى فى الالتزامات فقرة ٨٣- وفى حوالة الدين ص٣٩- جودميه ص٣٠٤ وص٥٣٨ - بلانيول وريبير =

لذلك كان تنظيم التقنين المدني المصري الجديد لحوالة الدين تنظيما تشريعياً خطوة موفقة سدت ثغرة كان من الضروري سدها من الناحية العملية. وقد استمد التقنين الجديد قواعد هذا التنظيم من التقنينات الجرمانية[1] ومن الفقه

=وردوان ٧ فقرة ١١٤٧ – دى باج ٣ فقرة ٣٨٦ – أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ cession de dette فقرة ٤٣ – فقرة ٤٧ – الموجز للمؤلف فقرة ٥٣٠ ص٥٥١.

على أنه قد لا يتيسر فى بعض الحالات أن ينتقل، بمجرد الاتفاق ودون حكم القانون، الدين بصفة لصيقة به من المدين الأصلى إلى مدين جديد. فالدين التجارى يصعب نقله بصفته التجارية إلى المدين الجديد ليكون من اختصاص القضاء التجارى، فإن الاختصاص النوعى يعتبر من النظام العام (أنظر فى هذا المعنى الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهمى فى المقال المنشور بمجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص٣٨). كذلك إذا كان هناك حكم صادر ضد المدين الأصلي، فإنه يصعب، فى نقل الدين إلى المدين الجديد، أن ينتقل معه الحكم ليكون نافذاً ضد هذا المدين الأخير.

(١) رأينا فيما قدمناه (أنظر آنفاً فقرة ٢٣٩) أن التقنينات الجرمانية هى التى سارت فى تطور الحوالة إلى نهاية الطريق، فأقرت حوالة الدين إقرارها لحوالة الحق. وكان القانون الرومانى – ولم يكن يقر كما رأينا انتقال الالتزام من دائن إلى دائن أو من مدين إلى مدين – هو العقبة التى أعاقت وقتاً طويلاً المضى فى هذا التطور، سواء فى البلاد اللاتينية أو فى البلاد الجرمانية. وكان التطور قد بلغ فى البلاد اللاتينية حد إقرار حوالة الحق دون حوالة الدين. ثم ظهر التقنين المدنى الفرنسى فوقف من هذا التطور، إذ نظم حوالة الحق دون أن ينظم حوالة الدين. وبقيت التقنينات اللاتينية التى اقتبست من التقنين المدنى الفرنسى، ومعها التقنين المدنى المصرى السابق، يشوبها هذا النقص، فهى مثله تنظم حوالة الحق دون حوالة الدين. أما فى ألمانيا – ولم يظهر التقنين المدنى الألمانى إلا فى آخر القرن التاسع عشر ومستهل القرن العشرين – فقد استمرت حركة التطور طوال القرن التاسع عشر. وإذا كان قد قاومها فى بداية الأمر الفقهاء الألمان الذين يشايعون القانون الرومانى، من أمثال ميلها نبريك (Mulhenbrick) وسافينى، فإنها ما لبثت، منذ النصف الثانى من القرن التاسع عشر، أن تغلب على هذه العقبة التى أقامتها مبادئ القانون الرومانى دون إقرار حوالة الدين. وقد تعاقب على هذا العمل الفقهى عدة من الفقهاء الألمان المعروفين:

فبدأ دلبريك (Delbrûch)، الأستاذ بجامعة برلين، بنشر كتاب فى سنة ١٨٥٣ حاول فيه أن يوفق بين الفكرة الرومانية وإمكان الحوالة. فميز بين الالتزام، حقاً كان أو ديناً، وهو رابطة شخصية لا يمكن أن تنتقل من شخص إلى آخر وهذا ما عناه القانون الرومانى، وبين ما ينتج عن الالتزام من قيم مادية (produits économiques)، فهذه من ناحيتها الإيجابية والسلبية يمكن أن تنتقل من ذمة مالية إلى ذمة مالية أخرى، وقد أحدثت نظرية دلبريك حركة فقهية قوية فى ألمانيا، واعترض الفقهاء على التمييز الذى يقول به فلا فرق بين الالتزام وبين قيمته المادية، ولكنهم انقسموا فيما إذا كان الالتزام قابلا للانتقال أو غير قابل ، وإذا كان قابلا فبأى أداة ينتقل.

وجاء كينتز (Kuntze) بعد دلبريك، ولكنه ظل أميناً على تقاليد القانون الرومانى. فلم يجز نقل المدين، ولكنه سلم بأن الدائن يستطيع أن يوجد مديناً آخر إلى جانب مدينه الأول كما فى الإنابة، أو يقضى الدين الأول ويحل محله ديناً جديداً كما فى التجديد.

ثم لجأ بير (Bâhr) إلى نظرية الاشتراط لمصلحة الغير، ففى الاتفاق ما بين المدين الأصلى والمحال =

الإسلامي[1]. وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى: «استحدث المشروع فى هذا الفصل نظاماً جديداً هو نظام حوالة الدين. ويراعى أن هذا النظام

=عليه يشترط الأول على الثانى لمصلحة الدائن أن يؤدى له الدين، فينشأ للدائن من هذا الاشتراط حق مباشر فى ذمة المحال عليه، ولكن يبقى المدين الأصلى بالإضافة إلى المحال عليه ملتزماً نحو الدائن.

وذهب فقهاء ثلاثة – سالبيس (Salpius) وجاريس (Gareis) ومنزل (Menzel)– إلى أن القانون الرومانى لا يستعصى على حوالة الدين، وتصوروا هذه الحوالة على النحو التالى: يقدم المدين الأصلى والمحال عليه إيجاباً مشتركاً إلى الدائن، فإن قبله الدائن أصبح المحال عليه هو المدين مكان المدين الأصلى، وبرئت ذمة المدين الأصلى. على أن أول هؤلاء الفقهاء – سالبيس – يجعل الحوالة تتم باتفاق الدائن والمحال عليه.

أما وندشايد (Windcheid) فقد عارض القانون الرومانى صراحة، وقال إن الالتزام قد تطور منذ عهد الرومان، وأصبح المعتبر فيه هو القيمة المادية لا الرابطة الشخصية، وبذلك تقضى التقاليد الجرمانية مناقضة فى ذلك التقاليد الرومانية. ومن ثم يجوز أن ينتقل الالتزام، باعتباره قيمة مادية، من ذمة مدين إلى ذمة مدين آخر باتفاق بين المدينين، ولما كان المحال عليه إنما يتصرف فى مال مملوك للغير – أى للدائن – فقد وجب أن يقر الدائن هذا التصرف، فإذا ما أقره أصبح سارياً فى حقه بأثر رجعى من وقت اتفاق المدينين لا من وقت إقراره.

وظهر التقنين المدنى الألمانى فى أعقاب هذه الحركة الفقهية، فأقر حوالة الدين إقراره لحوالة الحق كما قدمنا، وصاغ لها الأداة الفنية اللازمة. وقد أخذ بنظرية وندشايد ونظرية دلبريك فى صورة الحوالة التى تتم باتفاق ما بين المدين الأصلى والمحال عليه، وبنظرية سالبيس فى صورة الحوالة التى تتم باتفاق بين الدائن والمحال عليه.

(أنظر فى كل ذلك: التعليقات على التقنين المدنى الألمانى ١ م٤١٤ ص٥٩٨– ص٥٩٩ – بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٦٣ – ص٨٣ – ص٨٦ – مقال الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهمى فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص٤٣ – ص٥١– بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣١٥.

هذا ويعرف التقنين المدنى الألمانى طرقا خمسة لإحلال مدين جديد محل مدين قديم أو لإقامة مدين آخر إلى جانب المدين الأول. (١) الإنابة وفيها يقوم مدين آخر إلى جانب المدين الأول. (٢) التعهد بالوفاء، وفيه يتعهد شخص للمدين الأصلى أن يؤدى الدين عنه للدائن، ويقتصر أثر هذا التعهد على العلاقة فيما بين الاثنين، لا يجاوزها إلى الدائن. (٣) التعهد بالوفاء مع الاشتراط لمصلحة الدائن، ويزيد على سابقه بأن يكون هناك اشتراط لمصلحة الدائن، فينشئ التعهد حقاً مباشراً للدائن يستطيع بموجبه أن يرجع مباشرة على المتعهد. (٤) حوالة الدين باتفاق يتم بين الدائن والمحال عليه. (٥) حوالة الدين باتفاق يتم بين المدين الأصلى والمحال عليه، ويتوقف نفاذه فى حق الدائن على إقراره. أنظر فى ذلك التعليقات على التقنين المدنى الألمانى ١ م٤١٤ ص٦٠٠ – ص٦٠٢.

(٢) أنظر فى الفقه الإسلامى ما قدمناه آنفاً فقرة ٢٤٠ – وقد رأينا أن الفقه الإسلامى لا يسلم بحوالة الدين بمعناها الدقيق، خلافاً لما يقال عادة، ولا يسلم بحوالة الحق إلا فى المذهب المالكى وفى حدود معينة. على أن الفقه الإسلامى، فى قواعده التفصيلية، يصلح للاقتباس منه فى بعض أحكام حوالة الدين. وقد أمكن تحويره فى التقنين المدنى العراقى، فأقر هذا التقنين حوالة الدين بالمعنى المفهوم فى التقنينات الجرمانية.

إسلامى بحت، وإن كان له نظير فى التشريعات الجرمانية. وغنى عن البيان أن نفعه من الناحية العملية يقتضى إقراره فى نطاق التشريع[1]».

٣٠٩- أركان حوالة الدين والآثار التى تترتب عليها: ونبحث فى حوالة الدين، كما بحثنا فى حوالة الحق، أركان الحوالة والآثار التى تترتب عليها

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص١٣٦.

الفصل الأول
أركان حوالة الدين

٣١٠- أركان حوالة الدين هى أركان الاتفاق بوجه عام: حوالة الدين اتفاق بين طرفين على تحويل الدين من ذمة المدين الأصلى إلى ذمة مدين جديد يحل محله. فأركان هذه الحوالة، كأركان حوالة الحق، هى أركان أى اتفاق (Convention) يتم بين طرفين. ومن ثم تكون هذه الأركان هى التراضى والمحل والسبب.

ولابد أن يصدر التراضى من ذى أهلية، خالياً من عيوب الإرادة من غلط وتدليس وإكراه واستغلال.

كذلك يجب أن تتوافر فى المحل شرائطة العامة، ومحل حوالة الدين هو الدين الذى يحول من ذمة المدين الأصلى إلى ذمة المدين الجديد. وترد حوالة الدين على جميع الديون، لا فرق فى ذلك بين ما يكون منها مؤجلا أو معلقاً على شرط أومستقبلا. وهى تنعقد صحيحة فى الدين المستقل، ولكنها لا تنفذ إلا بوجود الدين[1].

والسبب فى حوالة الدين هو الباعث الذى دفع إلى عقدها، ويختلف باختلاف الأغراض المتنوعة التى تفى حوالة الدين بها، وقد سبق بيان ذلك. وفى القوانين الجرمانية تعتبر حوالة الدين، كحوالة الحق، مصدراً لالتزام مجرد.

فنحيل فى كل ذلك إلى القواعد العامة المتعلقة بنظرية العقد. ونكتفى هنا ببحث الصورتين اللتين تتم فى أحداهما حوالة الدين:

الصورة الأولى : اتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه ، ويقر الدائن هذا الاتفاق ليكون نافذاً فى حقه

الصورة الثانية: اتفاق بين الدائن والمحال عليه، دون تدخل المدين الأصلى بل ودون حاجة إلى رضائه. وهذه الصورة أكثر تمشياً مع إرادة الدائن، إذا الدائن فيها يتدخل مباشرة لإبرام الحوالة، ولا يقتصر على إقرارها كما فى الصورة الأولى.

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص١٥. وتوجد حالات يكون فيها الدين غير قابل للحوالة. ومن هذه الحالات ما نصت عليه المادة ٧٢١ مدنى من إنه «ليس للمودع عنده أن يحل غيره محله فى حفظ الوديعة دون إذن صريح من المودع، إلا أن يكون مضطراً إلى ذلك بسبب ضرورة ملجئة عاجلة». كذلك المدين فى عقد روعيت فيه شخصيته، كالمزارعة وشركة الأشخاص، لا تجوز له حوالة دينه بغير رضاء الدائن.

الفرع الأول
اتفاق المدين الأصلى والمحال عليه

٣١١- انعقاد حوالة الدين ونفاذها فى حق الدائن: فى الصورة التى تتم فيها حوالة الدين باتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه يجب التمييز بين أمرين: (١) انعقاد الحوالة، وتنعقد بمجرد الاتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه. (٢) ونفاذها فى حق الدائن، ولا تنفذ فى حقه إلا إذا أقرها.

المبحث الأول
انعقاد حوالة الدين

٣١٢- النصوص القانونية: تنص المادة ٣١٥ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«تتم حوالة الدين باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين»(١).

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق، إذا لم ينظم هذا التقنين حوالة الدين.

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٣١٥- وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٠٢- وفى التقنين المدنى العراقى المواد ٣٣٩ و١/٣٤٠ و٣٤٢ - ٣٤٥، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ١/٢٨٧ و٢(٢).

---

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ٤٤٤ من المشروع التمهيدى كفقرة أولى تليها فقرة ثانية على الوجه الآتى: «ولا تكون الحوالة نافذة فى حق الدائن إلا إذا أقرها». وفى لجنة المراجعة نقلت هذه الفقرة الثانية لتكون الفقرة الأولى من المادة التالية «لأن هذا هو المكان المناسب»، وأصبح نص المادة النهائى مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، وصار رقمها ٣٢٧ فى المشروع النهائى. ووافق عليها مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣١٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص١٣٦- ص١٣٨).

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى: التقنين المدنى السورى** م٣١٥ (مطابقة للمادة ٣١٥ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى الليبى م٣٠٢ (مطابقة للمادة ٣١٥ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى العراقى م٣٣٩: ١- حوالة الدين هى نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه. ٢- وتكون مطلقة إذا أحال المدين بدينه غريمه على المحال عليه حوالة غير مقيدة بأدائه من الدين الذى للمحيل فى ذمة المحال عليه، أو من العين التى له عنده وديعة أو مغصوبة، أو أحال على=

ويتبين من هذا النص أن حوالة الدين تتم باتفاق بين المدين والمحال عليه، أى بين المدين

=شخص ليس له شيء عليه أو عنده. ٣- وتكون مقيدة إذا أحال المدين بدينه من غريمه على المحال عليه حوالة مقيدة بأدائه الدين الذى للمحيل فى ذمة المحال عليه، أو من العين التى له عنده أمانة أو مغصوبة.

م١/٣٤٠: الحوالة التى تمت بين المحيل والمحال عليه تنعقد موقوفة على قبول المحال له.

م٣٤٢: يشترط لصحة الحوالة أن يكون المحيل مديناً للمحال له، وإلا فهى وكالة.

م٣٤٣: كل دين تصح به الكفالة تصح به الحوالة، بشرط أن يكون معلوماً.

م٣٤٤: تصح إحالة المستحق فى الوقف غريمه حوالة مقيدة باستحقاقه على متولى الوقف، إذا كانت غلة الوقف متحصلة فى يده وقبل الحوالة. ولا تصح الحوالة بالاستحقاق إذا لم تكن الغلة متحصلة فى يد المتولى.

م٣٤٥: قبول الأب أو الوصى الحوالة على الغير جائز إن كان فيه خير للصغير، بأن يكون المحال عليه أملا من المحيل، وغير جائز إن كان مقارباً أو مساوياً له فى اليسار.

ونصوص التقنين العراقى مأخوذة بوجه عام من الفقه الإسلامى، لا سيما المذهب الحنفى، مع تعديل يجعل حوالة الدين فى التقنين العراقى حوالة دين بالمعنى المفهوم فى التقنينات الجرمانية، إذ حوالة الدين فى المذهب الحنفى هى، كما قدمنا، أقرب إلى أن تكون صورة خاصة من الكفالة. وأول تعديل هام هو ما قررته الفقرة الأولى من المادة ٣٣٩ من أن حوالة الدين هى نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، وهذه مسألة مختلف فيها فى المذهب الحنفى، ونقل الدين والمطالبة معاً هو الذى يلائم حوالة الدين بمعناها الصحيح. ثم إن انعقاد الحوالة موقوفة على قبول المحال له (م١/٣٤٠ عراقى) واشتراط أن يكون المحيل مديناً للمحال له (م٣٤٢ عراقى) يتفق مع أحكام التقنين المصرى. وما ورد غير ذلك من أحكام خاصة بالفقه الإسلامى، من تقسيم الحوالة إلى مطلقة ومقيدة (م٢/٣٣٩ و٣ عراقى)، ومن أن كل دين تصح به الكفالة تصح به الحوالة (م٣٤٣ عراقى)، فهى لا تتعارض مع أحكام التقنين المصرى. بقيت الإحالة على متولى الوقف (م٣٤٤ عراقى) وقبول الولى أو الوصى الحوالة نائباً عن المحجور (م٣٤٥ عراقى)، فهذه هى أحكام الفقه الإسلامى فى موضعين لصيقين به - الوقف والولاية - ولا مانع من نقلهما عن هذا الفقه فى نصوص مأخوذة عنه فى مجموعها، وهى على كل حال لا تتعارض مع أحكام التقنين المصرى: انظر الدكتور حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٢٢٤ وفقرة ٢٢٧ - فقرة ٢٢٩).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م١/٢٨٧ و٢: ١- انتقال دين المديون يحصل إما بالاتفاق بين الدائنين ومن يأخذ الدين على عاتقه، وإما بالاتفاق بين هذا والمديون. ٢- وفى الحالة الثانية يبقى مفعول الاتفاق موقوفاً على إجازة الدائن، ويستطيع المتعاقدان، ما دامت الإجازة لم تعط - أن يعدلا اتفاقهما أو يلغياه.

ويبدو أن هذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المصرى، إلا أن التعبير بأن مفعول الاتفاق يبقى موقوفاً على إجازة الدائن يتعارض مع إنتاج الاتفاق لآثار قانونية إذا لم يجزه الدائن (انظر الدكتور صبحى محمصانى فى انتقال الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص٤٢ - ص٥٠ - وانظر ما يلى فقرة ٣٤٢ فى الهامش).

الأصلي والمدين الجديد. أما رضاء الدائن فليس بضرورى لانعقاد الحوالة، وإن كان ضرورياً لنفاذها فى حقه كما سنرى.

٣١٣- انعقاد الحوالة بالاتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه: يكفى فى انعقاد حوالة الدين أن يتفق المدين الأصلي مع المدين الجديد وهو المحال عليه على نقل الدين من ذمة الأول إلى ذمة الثانى. وهذا الاتفاق، ككل اتفاق آخر، يقتضي وجود التراضي والمحل والسبب، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك. والأهلية الواجبة في المدين الأصلي هى أهلية التعاقد بوجه عام، أما أهلية المحال عليه فهى أهلية الالتزام معاوضة أو تبرعاً تبعاً للعلاقة التى تقوم بينه وبين المدين الأصلي.

ومتى تم الاتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه، فقد انعقدت الحوالة. وسنرى أن المحال عليه يصبح ملتزماً بهذا الاتفاق، فلا يجوز له الرجوع فيه إلا باتفاق آخر بينه وبين المدين الأصلي، بشرط أن يتم هذا الاتفاق الآخر قبل أن يقر الدائن الحوالة. وقد ورد هذا الحكم صراحة فى التقنين المدنى الألمانى، إذ نصت المادة ٤١٥ من هذا التقنين على أنه «يجوز للطرفين تعديل الاتفاق أو إلغاؤه إلى حين إقرار الحوالة[١]».

وسنرى أيضاً أن الاتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه على حوالة الدين يرتب فى ذمة المحال عليه التزامات شخصية نحو المدين الأصلي، وهو فى الوقت ذاته ينقل الدين – فى العلاقة ما بين المدين الأصلي والمحال عليه – من ذمة الأول إلى ذمة الثانى[٢]. أما نقل الدين بالنسبة إلى الدائن فلا يتم إلا باقرار الدائن للحوالة كما سيأتى.

وهذه آثار بعيدة المدى. ولم يكن الاتفاق على حوالة الدين ما بين المدين الأصلي والمحال

---

(١) وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشتمل على نص، هو المادة ٤٤٩ من هذا المشروع، يجرى على الوجه الآتى: «يجوز لطرفى الحوالة، إلى أن يصدر إقرار الدائن، أن يعدلا فيها أو أن يعدلا عنها». وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة لأنه «مجرد تطبيق للقواعد العامة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص١٤٤ فى الهامش).

(٢) وقد جاء فى التعليقات على التقنين المدنى الألمانى أن الاتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه ينتج أثرين، أحدهما شخصى والآخر عينى. فهو كاتفاق منشئ لروابط شخصية يرتب التزامات بين المدين الأصلي والمحال عليه تصل من المدى إلى ما يبلغه التعهد بتأدية الدين المنصوص عليه فى المادة ٣٢٩ من التقنين المدنى الألمانى، وبخاصة يرتب التزاماً فى ذمة المحال عليه أن يؤدى الدين بدلاً من المدين الأصلي، فيضمن لهذا أية مطالب يوجهها إليه الدائن ولكن دون أن يلتزم بالحصول على إبراء ذمة المدين الأصلي قبل حلول الدين. أما الأثر العينى فهو انتقال الدين من ذمة المدين الأصلي إلى ذمة المحال عليه. والاتفاق – من حيث أنه ناقل للدين لا من حيث أنه منشئ لالتزامات شخصية – هو عقد مجرد، ويكون صحيحاً بقطع النظر عن سببه، على غرار حوالة الحق تطبيقاً للمادة ٤١٣ من التقنين المدنى الألمانى (التعليقات على التقنين المدنى الألمانى١ ص٦٠٦ – ص٦٠٧).

عليه يصل إلى هذا الحد فى مبدأ تطور الحوالة فى القوانين الجرمانية. فقد كان هذا الاتفاق فى البداية أثره مقصور على تعهد من قبل المحال عليه للمدين الأصلى بأداء الدين للدائن، فلم يكن يكسب الدائن أى حق. ثم تطور بعد ذلك، فأصبح اتفاقاً يكسب الدائن حقاً فى أن يستوفى الدين من المحال عليه، مع بقاء المدين الأصلى مديناً إلى جانب المحال عليه. وفى آخر مراحل التطور أصبح هذا الاتفاق ناقلا للدين فيما بين المدين الأصلى والمحال عليه، فإذا ما أقره الدائن انتقل الدين أيضاً بالنسبة إلى هذا الأخير ولم يعد للدائن إلا مدين واحد هو المحال عليه وقد حل محل المدين الأصلى(١).

٣١٤- لابد من تدخل الدائن على كل حال: على أن حوالة الدين، وهى تحل مديناً جديداً محل المدين الأصلى، لا يمكن تصورها دون تدخل الدائن، إما لانعقادها بالذات، وإما فى القليل لنفاذها فى حقه. ذلك أن تغير المدين فى حوالة الدين له شأن أخطر بكثير من تغير الدائن فى حوالة الحق. وإذا كان تغير الدائن على المدين ليس بأمر ذى خطر، فأن

---

(١) وقد اقتفى التقنين المدنى المصرى الجديد أثر التقنين المدنى الألمانى فى هذا التصوير الفنى: أنظر المادة ٤١٥ من التقنين المدنى الألمانى.

أما فى تقنين الالتزامات السويسرى، فحوالة الدين لا تتم إلا على مرحلتين: (المرحلة الأولى) يتم فيها اتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه، يتعهد بموجبه هذا الأخير نحو المدين الأصلى بأن يتحمل بالدين، إما بوفائه للدائن وإما بالاتفاق مع الدائن على أنه يلتزم هو به نحوه. (والمرحلة الثانية) يقوم فيها المحال عليه بتنفيذ التزامه بموجب الاتفاق الأول، فيعقد اتفاقاً آخر مع الدائن، وهذا الاتفاق الآخر هو الذى ينقل الدين من ذمة المدين الأصلى إلى المحال عليه. ولا ينتقل الدين إلا من وقت تمام الاتفاق الثانى، أما فى التقنين الألمانى والمصرى فينتقل الدين من وقت الاتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه إذا أقر الدائن هذا الاتفاق لأن لإقراره أثراً رجعياً. ويترتب على ذلك أن المحال عليه، فى تقنين الالتزامات السويسرى، إذا فقد الأهلية بعد إتمامه الاتفاق الأول وقبل إبرامه الاتفاق الثانى، لا يستطيع أن يعقد الاتفاق الثانى، فإن الدين لا ينتقل، ولكن يبقى الاتفاق الأول ملزما للمحال عليه.

وهذا ما تنص عليه المادتان ١٧٥ و١٧٦ من تقنين الالتزامات السويسرى. فقد نصت المادة ١٧٥ على أن «التعهد الذى يصدر من المحال عليه للمدين بأن يتحمل بالدين يلزم المحال عليه أن يبرئ ذمة المدين، إما بوفائه الدين للدائن، وإما بنقله الدين إلى ذمته برضاء الدائن». ونصت المادة ١٧٦ على أن «الحلول محل المدين الأصلى أو إبراء ذمته يتم باتفاق بين المحال عليه والدائن. ويصح استخلاص الايجاب لأبرام هذا الاتفاق من تبليغ يصدر للدائن من المحال عليه أو من المدين الأصلى بترخيص من المحال عليه، بما تم من اتفاق بين هذين الأخيرين. ويجوز أن يكون قبول الدائن لهذا الايجاب صريحاً أو ضمنياً يستخلص من الظروف. ويكون القبول ضمنياً إذا قبل الدائن دون تحفظ الوفاء من المحال عليه، أو قبل منه أى عمل آخر يقوم به باعتباره مديناً».

وأنظر فى ذلك مقال الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهمى فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١. ص٦٠- ص٦٢.

تغيـر المدين على الدائن أمـر بالـغ الخطـورة. إذ العـبـرة فى الالتـزام بشـخص المدين لا بشخص الدائن، فالمدين هو الذى يحدد قيمة الالتزام من الناحية العملية، وتتوقف هذه القيمة على ملاءته وعلى ما يبديه من يسر فى الوفاء أو مماطلة، فلابد إذن من رضاء الدائن بتغير مدينه.

ومن ثم كانت الصورة الأولى من صورتى حوالة الدين فى التقنين المدنى الألمانى هى الصورة التى تتم فيها الحوالة باتفاق بين الدائن نفسه والمحال عليه (م٤١٤ مدنى ألمانى)، دون حاجة إلى رضاء المدين الأصلى إذ حوالة الدين تتمحض لمصلحته، فيكون رضاء الدائن ضرورياً فى هذه الصورة لانعقاد الحوالة لا لنفاذها فى حقه فحسب. ولكن التقنين المدنى المصرى الجديد قدم الصورة الثانية التى تتم فيها الحوالة باتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه – وهى الصورة التى نحن بصددها – على الصورة الأولى التى كانت أولى بالتقديم، مراعاة للتنسيق بين حوالة الدين وحوالة الحق. فحوالة الحق تتم باتفاق بين الدائن الأصلى والدائن الجديد، وكذلك حوالة الدين تتم هى أيضاً باتفاق بين المدين الأصلى والمدين الجديد[1].

٣١٥– مركز المدين الاصلى من كل من الدائن والمحال عليه: وحوالة الدين – فى كل من صورتيها – تفترض أن هناك ديناً فى ذمة المدين الأصلى للدائن هو الذى جعل محلا للحوالة، وبدون هذا الدين لا تقوم الحوالة إذ ينعدم محلها. فإذا أحال شخص آخر، دون أن يكون مديناً له، ليقبض ديناً من شخص ثالث، فهذه ليست حوالة، بل هى وكالة، إذ يكون المحيل قد وكل المحال له فى قبض الدين. وهذا ما يقرره التقنين المدنى العراقى صراحة، إذ تنص المادة ٣٤٢ من هذا التقنين على أنه «يشترط لصحة الحوالة أن يكون المحيل مديناً للمحال له، وإلا فهى وكالة».

أما مركز المدين الأصلى بالنسبة إلى المحال عليه، فليس من الضرورى أن يكون الثانى مديناً للأول. فإذا لم يكن مديناً، أو كان مديناً ولم يقيد المحيل الحوالة بهذا الدين، فالحوالة تعتبر فى الفقه الإسلامى حوالة مطلقة. وإذا كان مديناً وقيد المحيل الحوالة بالدين، فهى حوالة مقيدة[2].

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى: «تعرض أول صورة من صور حوالة الدين حيث يتم التعاقد مباشرة بين المدين الأصلى والمحال عليه، وهو من يتحمل الدين. وفى هذه الحالة يعمد المدين إلى التصرف فى مركزه بوصفه هذا، شأنه شأن الدائن عند التصرف فى مركزه من طريق حوالة حقه» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص١٣٧).

(٢) أنظر المادة ٢/٣٣٩ و٣ من التقنين المدنى العراقى، وقد تقدم ذكر النص (أنظر آنفاً فقرة ٣١٢ فى الهامش).

المبحث الثانى

نفاذ الحوالة فى حق الدائن

٣١٦- النصوص القانونية: تنص المادة ٣١٦ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«١- لا تكون الحوالة نافذة فى حق الدائن إلا إذا أقرها».

«٢- وإذا قام المحال عليه أو المدين الأصلى باعلان الحوالة إلى الدائن، وعين له أجلا معقولا ليقر الحوالة، ثم انقضى الأجل دون أن يصدر الإقرار، اعتبر سكوت الدائن رفضاً للحوالة».

وتنص المادة ٣٢٢ على ما يأتى:

«١- لا يستتبع بيع العقار المرهون رهناً رسمياً انتقال الدين المضمون بالرهن إلى ذمة المشترى، إلا إذا كان هناك اتفاق على ذلك».

«٢- فإذا اتفق البائع والمشترى على حوالة الدين، وسجل عقد البيع، تعين على الدائن متى أعلن رسمياً بالحوالة أن يقرها أو يرفضها فى ميعاد لا يجاوز ستة أشهر، فإذا انقضى هذا الميعاد دون أن يبت برأى اعتبر سكوته إقراراً»(١).

---

(١) **تاريخ النصوص:**

م٣١٦: ورد هذا النص في نصوص عدة من المشروع التمهيدى: (١) فى الفقرة الثانية من المادة ٤٤٤ من هذا المشروع، وكانت تجرى على الوجه الآتى: «ولا تكون الحوالة نافذة فى حق الدائن إلا إذا أقرها». (٢) وفى الفقرة الثانية من المادة ٤٤٦ من المشروع، وكانت تجرى على الوجه الآتى: «على أنه لا يجوز للدائن أن يرفض الإقرار إذا كان حقه بعد الحوالة مكفول الوفاء». (٣) وفى المادة ٤٤٧ من المشروع، وكانت تجرى على الوجه الآتى: «إذا قام المحال عليه أو المدين الأصلى بإعلان الحوالة للدائن، وحدد له أجلا معقولا ليقر الحوالة، ثم انقضى الأجل دون أن يصدر الإقرار، اعتبر سكوت الدائن رفضاً للحوالة» - وفى لجنة المراجعة أدمجت هذه النصوص كلها فى مادة واحدة من فقرتين على الوجه الآتى: «(١) لا تكون الحوالة نافذة فى حق الدائن إلا إذا أقرها. على أنه لا يجوز للدائن دون مبرر أن يرفض الإقرار إذا كان حقه بعد الحوالة مكفول الوفاء. (٢) وإذا قام المحال عليه أو المدين الأصلى بإعلان الحوالة إلى الدائن، وعين له أجلا معقولا ليقر الحوالة، ثم انقضى الأجل دون أن يصدر الإقرار، اعتبر سكوت الدائن رفضاً للحوالة». وأصبحت المادة رقمها ٣٢٨ فى المشروع النهائى. ووافق عليها مجلس النواب. وفى لجنة مجلس الشيوخ اعترض على نظرية إجبار الدائن على قبول الحوالة ولو كان الحق بعد الحوالة مكفول الوفاء. فرد على هذا الاعتراض بأن هذه النظرية تتضمن قاعدة شرعية وردت فى حديث شريف عن النبى صلى الله عليه وسلم: «فإذا أحيل أحدكم على ملئ فليحتل». فأجيب على هذا الرد بأن «مجال تطبيق القاعدة الشرعية قد تغير الآن، فأصبحت النفوس مليئة بالشر والمكر فهناك أشخاص أغنياء لا يمكن التعامل معهم، وبالتالى لا يمكن اقتضاء =

ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق، لأن هذا التقنين لم ينظم حوالة الدين كما سبق القول.

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٣١٦ – وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٣٠٣ و٣٠٩ – وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٤٠ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٢٨٧(١).

=الحقوق منهم». وانتهى الأمر إلى أن حذفت من الفقرة الأولى عبارة «على أنه لا يجوز للدائن دون مبرر أن يرفض الإقرار إذا كان حقه بعد الحوالة مكفول الوفاء»، «لأن هذه العبارة تفتح باب المنازعات، وقد تسبب أضراراً كبيرة للدائن الذى ارتضى أن يعامل المدين دون غيره لأسباب متعددة. فرأت اللجنة أن من الأنسب لذلك كله سد هذا الباب، وبهذا لا تكون حوالة الدين نافذة إلا إذا أقرها الدائن». وأصبح رقم المادة ٣١٦. ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص١٣٩ وص١٤١ – ص١٤٣).

م٣٢٢: ورد هذا النص فى المادة ٤٥٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، فيما عدا عبارة وردت فى آخر الفقرة الثانية فى المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «وتنفذ الحوالة فى حقه حتى لو رفضها فى الميعاد المحدد إذا لم يستند فى رفضه إلى أسباب معقولة»، وفيما عدا فقرة ثالثة كانت فى المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «ولا يجوز للمشترى إذا انتقل الدين إلى ذمته أن يطهر العقار المرهون أو أن يتخلى عن هذا العقار»، وفيما عدا أن الميعاد الذى ورد فى المشروع التمهيدى لإقرار الحوالة أو رفضها كان ثلاثة أشهر لا ستة. وفى لجنة المراجعة أقر النص، وصار رقمه ٣٣٤ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب. وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت العبارة التى وردت فى آخر الفقرة الثانية تمشياً مع تعديل مماثل فى المادة ٣١٦ مدنى، وحذفت الفقرة الثالثة لأن المشترى بقبوله الحوالة يصبح مديناً أصلياً فلا يجوز له طبقاً للقواعد العامة تطهير العقار المرهون أو التخلية، وجعل ميعاد الإقرار أو الرفض ستة أشهر بدلا من ثلاثة. فأصبح نص المادة بذلك مطابقاً تماماً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، وصار رقمها ٣٢٢. ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٦٠ وص١٦٤ – ص١٦٥).

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى: م٣١٦ (مطابقة للمادة ٣١٦ من التقنين المدنى المصرى – ولا مقابل فى التقنين المدنى السورى للمادة ٣٢٢ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى الليبى: م٣٠٣ وم٣٠٩ (مطابقتان للمادتين ٣١٦ و٣٢٢ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى العراقى: م٣٤٠: ١ – الحوالة التى كانت تمت بين المحيل والمحال عليه تنعقد موقوفة على قبول المحال له. ٢ – وإذا قام المحيل أو المحال عليه بابلاغ الحوالة للمحال له، وحدد له أجلا معقولا لقبول الحوالة، ثم انقضى الأجل دون أن يصدر القبول، اعتبر سكوت المحال له رفضاً للحوالة.

وهذا الحكم يتفق مع حكم المادة ٣١٦ مصرى. ولا يوجد فى التقنين العراقى مقابل للمادة ٣٢٢ من التقنين المصرى.

=

٣١٧- مسائل أربع: ويتبين من هذه النصوص أن إقرار الدائن للحوالة ضرورى حتى تنفذ فى حقه، فنبحث فى هذا الصدد مسائل أربعاً: (١) متى يصدر إقرار الدائن (٢) وكيف يصدر هذا الإقرار (٣) وإلى أى مدى يلتزم الدائن باقرار الحوالة، وسنرى أنه حر فى الإقرار أو فى الرفض (٤) وما هو الأثر الذى يترتب على إقرار الدائن للحوالة أو على رفضه إياها.

٣١٨- متى يصدر اقرار الدائن: وإقرار الدائن كما رأينا ضرورى لنفاذ الحوالة فى حقه، حتى لا يتغير عليه المدين - وشخصه جوهرى فى الدين - دون رضاه. والإقرار إرادة منفردة تصدر من الدائن، ولا تنتج أثرها إلا إذا وصلت إلى علم من توجه إليه هذه الإرادة وفقاً للقواعد العامة. ونرى أنه يكفى أن يصل الإقرار إلى علم أى من المحال عليه أو المدين الأصلى لينتج أثره(1). ولا يجوز بعد ذلك لهذين الأخيرين أن يتفقا على العدول عن الحوالة أو التعديل فيها(١). ولكن قبل وصول الإقرار إلى علم أى منهما، يجوز لهما أن يتفقا معاً على أن يعدلا عن الحوالة فلا يكون لها أثر حتى لو صدر إقرار الدائن بعد علمه بهذا العدول، ويجوز لهما كذلك أن يدخلا على الحوالة من التعديل ما يتفقان عليه.

= **تقنين الموجبات والعقود اللبنانى** م٢٨٧ : انتقال دين المديون يحصل إما بالاتفاق بين الدائنين ومن يأخذ الدين على عاتقه، وإما بالاتفاق بين هذا والمديون - وفى الحالة الثانية يبقى مفعول الانتقال موقوفاً على إجازة الدائن. ويستطيع المتعاقدان، ما دامت الإجازة لم تعط، أن يعدلا اتفاقهما أو يلغياه - وإذا لم يجز الدائن الانتقال بطل. وإذا أجازه كان له مفعول رجعى منذ اليوم الذى تم فيه الاتفاق بين المديون ومن انتقل إليه الدين - ولا يجوز إعطاء الأجازة إلا بعد أن يبلغ المتعاقدون الانتقال إلى الدائن. ويجب اعطاؤها فى خلال المهلة المعينة فى البلاغ، وإذا لم تعين مهلة ففى خلال المدة التى تعتبر كافية للاختيار. وإذا انقضت المدة عدت الإجازة مرفوضة.

وتتفق هذه الأحكام مع أحكام المادة ٣١٦ من التقنين المصرى، فيما عدا عدم جواز صدور الإقرار قبل إعلان الحوالة فى التقنين اللبنانى، وهو حكم مأخوذ من التقنين المدنى الألمانى. ولا مقابل فى التقنين اللبنانى للمادة ٣٢٢ من التقنين المصرى.

(١) الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٣٧ ص٣٢٧.

(1) قبول الدائن للحوالة يغنى عن اعلانه بها رسمياً على نحو ما نص عليه بالمادة ٣٢٢ من القانون المدنى، وإذ كان من الجائز أن يكون هذا القبول ضمنياً كما لو صدر من الدائن أى تعبير عن الارادة يدل على رضائه بالحوالة، وكان الحكم المطعون فيه قد استخلص قبول البنك للحوالة من إرساله خطاباً للمحال عليه - المطعون ضده الأول - يحثه على تنفيذ ما سبق أن تعهد به فى عقد البيع الذى تضمن حوالة الدين عليه ..... وإذ كان ما خلص إليه الحكم سائغاً ويتفق مع الثابت فى المستندات المقدمة فى الدعوى فإن النعى عليه فى هذا الخصوص لا يعدو أن يكون جدلاً فيما لمحكمة الموضوع من حق تقدير أدلة الدعوى بما لا يجوز إثارته أمام محكمة النقض.

(الطعن رقم ٦١٥ لسنة ٤٩ق- جلسة ١٩٨٤/١٢/٢٥ س٣٥ ص٢٢٠١)

ويصح أن يصدر الإقرار فى أى وقت بعد انعقاد الحوالة. وليس من الضرورى، فى التقنين المدنى المصرى، أن يتربص الدائن بإقراره حتى يعلنه المحال عليه أو المدين الأصلى بالحوالة، بل يجوز أن يقر الدائن الحوالة قبل أن يعلن بها[1]. أما فى التقنين المدنى الألمانى فقد ورد نص صريح فى هذا الصدد يقضى بأن الدائن لا يجوز له أن يقر الحوالة إلا بعد أن يعلن بها[2]، وذلك لكى يبقى زمام الحوالة فى يد المدين الأصلى والمحال عليه، فيستطيعا أن يعدلا عنها أو يعدلا فيها قبل أن يعلناها للدائن.

إذن ليس فى التقنين المدنى المصرى بداية لميعاد صدور الإقرار إلا وقت انعقاد الحوالة. وكذلك ليس لهذا الميعاد نهاية، فيجوز للدائن أن يقر الحوالة فى أى وقت بعد انعقادها. على أنه يستطيع أى من المحال عليه أو المدين الأصلى أن يضع حداً لهذا الموقف غير المستقر، بأن يتولى إعلان الحوالة إلى الدائن ويعين له فى الوقت ذاته أجلاً معقولاً، يقدره هو تحت رقابة قاضى الموضوع، فإذا انقضى هذا الأجل دون أن يقر الدائن الحوالة، اعتبر سكوته رفضاً[3]. وعند ذلك يبقى عقد الحوالة قائماً فى العلاقة ما بين المدين الأصلى والمحال عليه، منتجاً لالتزامات شخصية فيما بينهما، دون أن ينتقل المدين إلى ذمة المحال عليه فى العلاقة ما بينه وبين الدائن، وسيأتى بيان ذلك.

٣١٩- حالة بيع العقار المرهون: على أن هناك حالة خاصة، نصت عليها المادة ٣٢٢ مدنى، عدل فيها الحكم المتقدم الذكر، وهذه هى حالة بيع العقار المرهون رسمياً. ففى هذه الحالة لا ينتقل الدين المضمون بالرهن إلى ذمة المشترى إلا باتفاق خاص بين البائع والمشترى على حوالة هذا الدين – وإلى هنا لا جديد، فان الحوالة لا تفترض، وبيع العقار المرهون ليس من شأنه افتراض حوالة الدين المضمون بالرهن، بل لابد أن يكون هناك اتفاق خاص على هذه الحوالة. فإذا ما عقد هذا الاتفاق بين البائع والمشترى – أى بين المدين الأصلى والمحال عليه – ثم سجل عقد المبيع، وأعلن الحوالة أى من البائع أو المشترى إعلاناً رسمياً للدائن،

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى: «وقد أجاز المشروع للدائن إقرار الحوالة متى اتصلت بعلمه، حتى قبل أن يقوم المدين أو المحال عليه باعلانه بها. ولكن ليس للدائن أن يتمسك بالحوالة ما دام إقراره لم يصل إلى المدين أو المحال عليه. وعلى هذا الاعتبار يكون لطرفى الحوالة أن يعدلا فيها أو يعدلا عنها قبل وصول هذا الإقرار إلى أحدهما» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص١٥٠). وانظر أيضاً الأستاذ عبد الحى حجازى٣ ص٢٧٨.

(٢) فقد نصت المادة ٤١٥ من التقنين المدنى الألمانى على أن «هذا الإقرار لا يجوز صدوره إلا بعد أن يعلن المدين أو الأجنبى الحوالة للدائن». وعلى نهج التقنين المدنى الألمانى سار تقنين الموجبات والعقود اللبنانى (أنظر المادة ٤/٢٨٧ من هذا التقنين الأخير آنفاً فقرة ٣١٨ فى الهامش).

(٣) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص١٤٠.

فان المادة ٣٢٢ مدنى قد تكفلت بتحديد الميعاد الذى يجب فيه أن يقر الدائن الحوالة أو يرفضها. وهذا الميعاد هو ستة أشهر من وقت إعلانه بالحوالة، فإذا انقضى هذا الميعاد دون أن يقر الحوالة أو رفضها. اعتبر سكوته إقراراً للحوالة لا يرفضاً لها(١).

ونرى من ذلك أن النص قد انحرف بهذه الحالة الخاصة عن الأحكام التى تقدم ذكرها فى أمرين: (١) قد تكفل بتحديد المدة المعقولة، وهى ستة أشهر كما قدمنا، ولم يتركها لتقدير أحد طرفى الحوالة. (٢) وجعل سكوت الدائن بعد انقضاء هذه المدة إقراراً للحوالة لا رفضاً لها(٢)، وهذا عكس للحكم الذى تقرر فيه غير هذه الحالة الخاصة.

---

(١) وقد استمدت المادة ٣٢٢ مدنى مصرى من المادة ٤١٦ من التقنين المدنى الألمانى. وكان المشروع الأول للنص الألمانى يجعل الدائن المرتهن مخيراً بين إقرار الحوالة أو إتخاذ إجراءات تنفيذ الرهن فى مدى ستة أشهر، حتى لا يظل المدين الراهن معلقاً مدة طويلة بعد أن باع العقار المرهون. ولكن النص النهائى عدل عن ذلك، وجعل الدائن المرتهن الحق فى رفض الحوالة إذا أعلن الرفض للمدين الراهن، حتى لا يضطر الدائن المرتهن إلى اتخاذ إجراءات تنفيذ الرهن فى وقت قد لا يكون ملائما. على أن النص الألمانى فى صورته النهائية يختلف عن النص المصرى فى أن إعلان الحوالة يصدر، وفقاً للنص الألمانى، من المدين الراهن وحده، فلا يجوز صدوره من المشترى للعقار المرهون، وفى أن رفض الحوالة يجب إعلانه لهذا المدين الراهن (التعليقات على التقنين المدنى الألمانى جزء أول م٤١٦ ص٦١٢ – ص٦١٣ – وانظر أيضاً مقال الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهمى فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص٥٧ – ص٥٨– وانظر فيما يتعلق بتقنين الالتزامات السويسرى المادة ١٨٣ والمقال المشار إليه ص٦٦. وانظر فيما يتعلق بالتقنين المدنى المصرى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص١٦٢ – ص١٦٣).

(٢) وقد يعلن الدائن المرتهن بالحوالة قبل تسجيل عقد البيع، فهل يكون الإعلان فى هذه الحالة باطلا لا يترتب عليه أى أثر، أو يبقى صحيحاً ولكن لا يترتب عليه أثره – أى لا يسرى ميعاد ستة الأشهر – إلا من تاريخ التسجيل؟. نرجح الرأى الثانى، لأن الأخذ به من شأنه إعمال إعلان الحوالة، وإعمال التصرفات خير من إهمالها (انظر الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص٢٨٧– ٢٨٨). وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى: «فيراعى من ناحية أنه لا يجوز إعلان الحوالة قبل التسجيل. وينهض لتوجيه هذا القيد أن المشروع قد قصد إلى تحامى الفصل بين المسئولية الشخصية والمسئولية العينية عن الدين ما أمكن، وإن من مصلحة المشترى أن تمتنع على الدائن مطالبته بمقتضى المسئولية الشخصية قبل أن تترتب مسئوليته العينية، فيما لو أعلن بالحوالة من قبل. أما فيما يتعلق بالجزاء الذى يكفل نفاذ هذا الحكم، فقد تعرض للذهن صورتان: فيجوز أن يعتبر الإعلان السابق على التسجيل غير ذى أثر فى بدء سريان الميعاد الحتمى المنصوص عليه فى هذه المادة، وعلى هذا لا يبدأ سريان هذا الميعاد إلا من تاريخ التسجيل – ويجوز أن يعتبر هذا الإعلان غير ذى أثر بالنسبة للمشترى. بيد أن الصورة الأولى هى الأولى بالقبول، نظراً لتمشيها مع وجوب إعمال التصرفات القانونية كما تيسر ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص١٦٣).

ويسوغ هذا الانحراف اعتبارات عملية. فمن المصلحة، بعد أن انتقل العقار المرهون إلى ملك المشترى، وأصبح هذا ملزماً بالدين عينياً بحكم ملكيته للعقار، أن ينتقل الدين إلى ذمته حتى تتفق مسئوليته الشخصية، مع مسئوليته العينية. ومن ثم شجع النص على الوصول إلى هذه النتيجة، بأن تولى تحديد ميعاد ليس بالطويل، يكون انقضاؤه مع سكوت الدائن إيذاناً باقرار الحوالة لا برفضها(١).

٣٢٠- كيف يكون الاقرار: والإقرار تعبير عن الإرادة، وليس له شكل خاص، فأى لفظ أو كتابة أو موقف يدل على رضاء الدائن بالحوالة يكفى. وقد يكون صريحاً كما يكون ضمنياً. ويكون إقرار الدائن للحوالة إقراراً ضمنياً إذا استوفى الدين أو جزءاً منه من المحال عليه دون تحفظ، أو قبل منه أى عمل آخر يقوم به على اعتبار أنه هو المدين(٢).

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد المادة ٣٢٢ مدنى ما يأتى: «تتناول هذه المادة صورة عملية بالغة الأهمية، تعرض عند التصرف فى عقار مرهون، مع تحمل الخلف بالدين الذى أنشئ الرهن لضمان الوفاء به. فالواقع إن إنشاء رهن رسمى لضمان الوفاء بالدين يجعل عنصر المسئولية العينية أغلب عن عنصر المسئولية الشخصية، وبعبارة أخرى يصبح حق الرهن الرسمى فى هذه الحالة أصلا، ولا يكون لمسئولية المدين الشخصية عن الدين إلا منزلة الفرع من حيث التبعية. والغالب أن من يتصرف فى العقار المرهون يقصد إلى نقل الدين إلى الخلف، والتحلل من المسئولية عنه، فليس أسوأ من مركز مدين يظل مسئولا عن الدين شخصياً فى خلال فترة طويلة بعد أن يكون قد تصرف فى العقار الذى رهن لضمان الوفاء بهذا الدين. فإذا انصرفت نية المتصرف إلى التخلص من الدين، أمكن أن يترتب على الحوالة التى تتم على هذا الوجه أن يصبح الخلف مسئولا عن الدين مسئولية عينية ومسئولية شخصية فى آن واحد. وهو بهذه المثابة يسأل فى جميع أمواله، إذا لم يكن العقار المرهون الذى آل إليه كافياً الوفاء بحق الدائن. بيد أن مثل هذا الوضع، رغم ما ينطوى فيه من نزوع إلى التمشى مع مقتضيات العمل، والنزول على حكم المنطق، قد يستتبع أحياناً تعرض الدائن لخطر جدى، ولا سيما إذا كان متأخراً فى الرتبة، وكان فى شك من استيفاء حقه من ثمن العقار المرهون. فأولى به فى هذه الحالة أن يبقى على دعواه قبل مدينه الأصلى، متى كان مأمون اليسار، من أن يرجع بهذه الدعوى على الخلف وقد لا يتوافر فيه من ضمانات الملاءة ما يتوافر لدى الأصيل. ومؤدى هذا أن مصالح الدائن قد تستهدف للخطر كلما كان نصيب المسئولية الشخصية من الأهمية أعظم من نصيب المسئولية العينية، كما هو الشأن فى الحالة الأخيرة. وقد قصر المشروع إلى التوفيق بين مصلحة الدائن ومصلحة المتصرف - ومن الواجب أن يصفى مركزه ما أمكن حتى لا يطول أمد بقاء مسئوليته عن الدين المضمون بالرهن بعد بيع العقار المرهون - فقضى باعتبار الدائن مقراً بالحوالة، إذا لم يقم برفضها صراحة خلال ثلاثة أشهر (أصبحت ستة أشهر) من إعلانه بها استئناء من أحكام القواعد العامة» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص١٦١ - ص١٦٢).

ويبدو من الأسباب التى علل بها الحكم الذى نحن بصدده أن هذا الحكم منطبق أيضاً فى حالة ما إذا كان العقار المبيع مثقلا بتأمين عينى آخر غير الرهن الرسمى، كحق امتياز أو حق اختصاص.

(١) وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً فى هذا المعنى، فكانت المادة ٤٤٥ من هذا المشروع تجرى على الوجه الآتى: «يكون إقرار الدائن للحوالة صريحاً أو ضمنياً. ويعتبر الدائن قد أقر الحوالة =

ويثبت إقرار الدائن للحوالة بجميع الطرق، وفقاً للقواعد العامة، لأنه إرادة منفردة.

٣٢١- الدائن حر فى اقرار الحوالة أو فى رفضها: والقاعدة أن الدائن حر فى إقرار الحوالة أو فى رفضها، فان أقرها انتقل بالنسبة إليه الدين من ذمة المدين الأصلى إلى ذمة المحال عليه كما سنرى، وإن رفضها بقى المدين الأصلى مديناً له كما كان ولم ينتقل الدين بالنسبة إلى الدائن من ذمة المدين الأصلى إلى ذمة المحال عليه. ولا شئ يجبر الدائن على إقرار الحوالة، مهما يكن المحال عليه مليئاً، حتى لو كان أكثر ملاءة من المدين الأصلى، أو كان له مال ظاهر أيسر فى التنفيذ العينى. فليس الدائن ملزماً أن يغير مدينه حتى إلى مدين أفضل، فهذا أمر يرجع تقديره إليه هو، وإذا رفض إقرار الحوالة فلابد أن يكون لديه من الأسباب ما يبرر فى نظره هذا الرفض، وهذا كاف ولا تعقيب عليه فى تقديره، بل هو لا يسأل عن أسباب رفضه.

وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن حكماً يخالف هذا الحكم، فقد كانت المادة ٤٤٦ من هذا المشروع تجرى على الوجه الآتى: «١- إذا رفض الدائن الإقرار، كانت الحوالة غير نافذة فى حقه. ٢- على أنه لا يجوز للدائن أن يرفض الإقرار، إذا كان حقه بعد الحوالة مكفول الوفاء». وكان يستفاد من هذا الحكم أن الدائن إذا أحيل على شخص ملئ مقتدر بحيث يكون حقه مكفول الوفاء، فليس له أن يرفض إقرار الحوالة، وإلا كان متعسفاً فى استعمال حقه فى الرفض، فيرد عليه قصده. ولا حاجة فى هذه الحالة لإقراره، بل لا عبرة برفضه، لتكن الحوالة نافذة فى حقه[1]. ولما عرض هذا النص على لجنة مجلس الشيوخ، قام

=إذا وفى المحال عليه الدين بصفته مديناً وقبل الدائن دون تحفظ هذا الوفاء، أو قبل أى عمل آخر يقوم به المحال عليه بصفته مديناً». وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى: «للدائن أن يتخذ من الحوالة مواقف مختلفة: (أ) فله أن يقرها، وقد يكون الإقرار صريحاً أو ضمنياً. وقد يفترض الإقرار إذا قبض الدائن دون تحفظ ما أوفى به المحال عليه - كالوفاء الجزئى بأصل الدين أو الوفاء بالفوائد - أو إذا قبل من المحال عليه أداء تكليف يقع على المدين، كما هو الشأن فى التجديد. بيد أنه يشترط فى هذه الحالة أن يكون المحال عليه قد أوفى بالدين، أو أدى تكليفاً آخر مما يجب على المدين، وأن يكون قد إضاف الوفاء أو الأداء إلى نفسه لا إلى المدين، إذ فى هذا الوضع فحسب يكون الدائن قد اعتبر المحال عليه مديناً له. وقد يستفاد إقرار الدائن للحوالة من مطالبته للمحال عليه بالتزام، أو من إنظاره إلى أجل معلوم. على أن القرينة التى تستخلص من تلك الظروف ليست بقاطعة، بل يجوز إسقاط دلالتها بإثبات العكس، كما إذا كان التحفظ ذاته مستفاداً من واقع الحال. (ب) وله أن يرفضها فتكون غير نافذة فى حقه». وقد حذفت لجنة المراجعة هذه المادة من المشروع، «لأنها ليست إلا مجرد تطبيق للقواعد العامة، بدليل أنه لا مقابل لها فى الفصل الخاص بحوالة الحق» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص١٣٧ - ص١٣٨ فى الهامش).

(١) أنظر فى هذا المعنى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص١٣٩ - ص١٤٠ - وقد جاء فيها ما يأتى: «والمشهور عند الحنفية هو ضرورة رضاء الدائن. =

اعتراض على فكرة إجبار الدائن على إقرار الحوالة ولو كان الحق بعد الحوالة مكفول الوفاء[1]، فوافقت اللجنة على حذف النص[2].

= ومن رأيهم أن قوله عليه السلام فى الحديث: فإذا أحيل أحدكم على ملئ فليحتل، يفيد فى ظاهره معنى الأمر، ولكنه أمر استحباب أو إباحة، لأن المدينين رغم يسارهم قد تتفاوت ذممهم فى حسن القضاء والمطل، ولهذه العلة قد يحرص الدائن على عدم إبدال مدينه. ويضيف ابن الهمام إلى ذلك أن الدائن قد يضار إذا أجبر على استيفاء دينه من مدين لا يوفيه: فتح القدير ٦ ص٣٤٧- والكاسانى ٦ ص١٦ - ولم يعرض مرشد الحيران لهذه المسألة، ولكن المادة ٦٨٣ من المجلة نصت صراحة على أن «الحوالة التى أجريت بين المحيل والمحال عليه تنعقد موقوفة على قبول المحال له». والواقع أن تعاقد المدين والمحال عليه يعتبر، فى اصطلاح الفقه الحنفى، عقداً موقوفاً. وهو بهذه المثابة غير لازم بالنسبة لكل من المتعاقدين: أنظر الكاسانى فى البدائع جـ٥ ص١٧٨ - ولم يرد المشروع أن يلتزم حدود هذا التصوير، ولو أن له شبيهاً فى أحكام التقنين الصينى (م٣٠٢). أما الحنابلة فلا يشترطون رضاء الدائن. ولمذهبهم فى هذه الناحية طابع خاص، فمن رأيهم - فيما عدا حالة الإعسار - أن الأمر المستفاد من الحديث الذى تقدمت الإشارة إليه أمر وجوب ينطوى على تكليف الدائن باستيفاء حقه ممن قبل تحمل الدين، ما دام المدين الأصلى قد أحال عليه. ويعتبر الدائن، وفقاً لهذا الرأى، غير محق فى الممانعة فى اتفاق لا يضار منه، فإن فعل، كان متعنتا، وكان للقاضى أن يجبره على إمضاء حكم هذا الاتفاق إن اقتضى الحال ذلك: منصور بن إدريس فى كشاف القناع جـ٢ ص١٨٧» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص١٤٠- ص١٤١).

(١) وقد رأينا فى بيان تاريخ نص المادة ٣١٦ أن هذا الاعتراض، لما قام فى لجنة مجلس الشيوخ، قيل فى الرد عليه أن النص يتضمن قاعدة شرعية وردت فى حديث شريف عن النبى صلى الله عليه وسلم: فإذا أحيل أحدكم على ملئ فليحتل. فأجيب بأن مجال تطبيق القاعدة الشرعية قد تغير، وأصبحت النفوس مليئة بالشر والمكر، فهناك أشخاص أغنياء لا يمكن التعامل معهم ولا يمكن اقتضاء الحقوق منهم» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص١٤٢. وأنظر آنفاً فقرة ٣١٦ فى الهامش).

(٢) وقد رأينا أن لجنة مجلس الشيوخ ذكرت فى تقريرها فى هذا الصدد ما يأتى «حذفت من الفقرة الأولى عبارة: على إنه لا يجوز للدائن دون مبرر أن يرفض الإقرار إذا كان حقه بعد الحوالة مكفول الوفاء - لأن هذه العبارة تفتح باب المنازعات، وقد تسبب أضراراً كبيرة للدائن الذى ارتضى أن يعامل المدين دون غيره لأسباب متعددة. رأت اللجنة أن من الأنسب لذلك كله سد هذا الباب، وبهذا لا تكون حوالة الدين نافذة إلا إذا أقرها الدائن (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص١٤٣ - وانظر آنفاً فقرة ٣١٦ فى الهامش).

هذا وهناك حالة واردة فى المشروع التمهيدى، هى حالة بيع المتجر بما له من حقوق وما عليه من ديون، ولم يكن المشروع التمهيدى يشترط فيها رضاء الدائن. فقد كانت المادة ٤٥٧ من هذا المشروع تجرى على الوجه الآتى: «١- إذا بيع متجر بما له من حقوق وما عليه من ديون، كان المشترى مسئولا عن الديون بقدر ما كسب من الحقوق. ٢- ومع ذلك يبقى المدين الأصلى ملزماً هو أيضاً بالديون مدة ثلاث سنوات. وتحسب هذه المدة بالنسبة للديون التى حلت من الوقت الذى يقوم فيه البائع بإخطار الدائنين بالحوالة وبالنسبة للديون التى لم تكن قد حلت وقت هذا الأخطار من وقت حلولها». وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى: =

٣٢٢- الاثر المترتب على اقرار الدائن للحوالة أو على رفضها: قدمنا أن الحوالة تنعقد بمجرد تراضي المحال عليه والمدين الأصلي عليها، وذلك قبل إقرار الدائن لها، لا يساهم الإقرار في تكوينه، بل كل ما له من أثر هو في نفاذ الحوالة في حق الدائن. ومن ثم لا يعتبر الإقرار قبولا ينتج أثره من وقت صدوره، بل هو إقرار لاتفاق تم من قبل، فيكون له أثر رجعي يستند إلى وقت انعقاد الحوالة لا إلى وقت صدور الإقرار.

ويترتب على أن للإقرار أثراً رجعياً أنه إذا كان أحد طرفي الحوالة - المدين الأصلي أو المحال عليه - فقد أهليته في الفترة ما بين صدور الحوالة وصدور الإقرار، فان هذا لا يمنع من صدور الإقرار. وهذا بخلاف ما إذا لم يكن للإقرار أثر رجعي، فانه يجب في هذه الحالة أن يكون كل من المدين الأصلي والمحال عليه باقيين على أهليتهما إلى وقت صدور الإقرار.

=«تتناول هذه المادة حكم حوالة الديون عند تفرعها على الاستخلاف على محتويات ذمة من الذمم جملة واحدة، بوصفها جزافاً، كما هو الشأن في بيع شركة أو متجر أو حصة في هذه أو تلك. ولا يشترط في الاستخلاف على محتويات الذمة أو المتجر شكل خاص بل تطبق القواعد العامة في العقود. بيد أنه لا يتيسر للمستخلف أن ينفذ التزامه بنقل عناصر الذمة أو المتجر إلى الخلف جملة واحدة وإنما يتعين عليه أن ينقل إليه كل عنصر من تلك العناصر إن كانت من قبيل الحقوق وفقاً للأوضاع الخاصة بانتقال هذه الحقوق. وقد استثنى المشروع من نطاق تطبيق القواعد العامة حكم حوالة الديون عند الاستخلاف على محتويات ذمة أو متجر، فلم يشترط رضاء الدائن لانعقادها، معتداً في ذلك بما شرع من ضمانات لحماية الدائن. وقد نص على احتفاظ الدائن بحقه في الرجوع على المدين الأصلي بوصفه مديناً متضامناً مع من يخلفه، في خلال ثلاث سنوات تبدأ من تاريخ إخطار الدائنين بالحوالة بالنسبة للديون التي حلت ومن تاريخ حلول الديون غير المستحقة الأداء. فاذا انقضت مدة السنوات الثلاث، سقط حق الدائن في الرجوع على المدين الأصلي. وغنى عن البيان أن في هذا الأجل فسحة تكفل للدائن حسن القيام على مصالحه. ولا يسأل المحال عليه عن الديون إلا بنسبة ما آل إليه، فمسئوليته تنحصر على هذا الوجه في حدود عناصر الذمة التي استخلف عليها، فإذا لم تكن جميع الأموال قد انتقلت إليه، جاز تأسيس هذه المسئولية على ما يكون له من حقوق أو دعاوى في تلك الأموال. ويسري حكم هذا النص متى اعتبرت محتويات الذمة التي يقع الاستخلاف عليها جزافاً، ولا يهم في ذلك أن تكون بعض الأموال قد أخرجت منها فرادى لاحتفاظ المدين الأصلي بها، لأن الدائن يستبقى حقه في الرجوع على هذا المدين في خلال ثلاث سنوات كما تقدم بيان ذلك». هذا وقد اقترح في لجنة المراجعة حذف هذا النص، فوافقت اللجنة على حذفه (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص١٦١). وكانت المادة ٤٥٧ من المشروع التمهيدي مأخوذة من المادة ٤١٩ من التقنين المدني الألماني (انظر التعليقات على التقنين المدني الألماني جزء أول م٤١٩ ص٦٢١- ص٦٢٣ - وانظر أيضاً مقال الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهمي في مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص٥٨ - ص٥٩ - وانظر في حالة بيع المتجر المادتين ٢٥ و٢٦ من التقنين التجاري الألماني - وانظر في تقنين الالتزامات السويسري المادتين ١٨١ و١٨٢ ومقال الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهمي المشار إليه ص٦٥ - ص٦٦).

ومتى صدر إقرار المدين على النحو الذى سبق بيانه، أصبحت الحوالة نافذة فى حقه، وانتقل الدين بالنسبة إليه من المدين الأصلى إلى المحال عليه. وسنبين ذلك تفصيلا فيما يلى:

أما إذا رفض الدائن إقرار الحوالة، بقيت الحوالة قائمة بين المدين الأصلى والمحال عليه على الوجه الذى سنبينه. غير أنها لا تنفذ فى حق الدائن، فلا يكون المحال عليه مديناً له مباشرة، ولا يحق للدائن أن يجبره على الوفاء[1]. ثم إن الدائن، إذا رفض إقرار الحوالة، لا يستطيع العودة إلى إقرارها بعد الرفض.

الفرع الثانى
اتفاق الدائن والمحال عليه

٣٢٣- النصوص القانونية: تنص المادة ٣٢١ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«١- يجوز أيضاً أن تتم حوالة الدين باتفاق بين الدائن والمحال عليه يتقرر فيه أن هذا يحل محل المدين الأصلى فى التزامه».

«٢- وتسرى فى هذه الحالة أحكام المادتين ٣١٨ و٣٢٠»[2].

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق، لأن هذا التقنين لم ينظم حوالة الدين كما قدمنا.

ويقابل هذا النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٢١ - وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٠٨ - وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٤١ -

---

(١) وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص فى هذا المعنى، هو الفقرة الأولى من المادة ٤٤٦ من هذا المشروع، وكانت تجرى على الوجه الآتى: «إذا رفض الدائن الإقرار، كانت الحوالة غير نافذة فى حقه». فحذف هذا النص فى لجنة المراجعة، لأنه مجرد تكرار للفقرة الأولى من المادة ٣١٦ مدنى، إذ تنص هذه الفقرة على أنه «لا تكون الحوالة نافذة فى حق الدائن إلا إذا أقرها» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص١٣٧ - ص١٣٨ فى الهامش).

(٢) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ٤٤٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٣٣٣ من المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٢١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص١٥٧ وص١٥٩).

وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ١/١٨٧(١).

ويتبين من هذا النص أن هناك صورة ثانية لانعقاد الحوالة. بل إن هذه هى الصورة الأصلية، لأن رضاء الدائن فيها يساهم فى تكوين الحوالة، لا فى نفاذها فحسب. وهذه الصورة هى اتفاق مباشر بين الدائن والمحال عليه، دون حاجة إلى رضاء المدين الأصلى لا فى انعقاد الحوالة، بل ولا فى نفاذها فى حق هذا المدين.

فنبين إذن: (١) كيف يتم الاتفاق بين الدائن والمحال عليه على الحوالة (٢) وما أثر هذا الاتفاق بالنسبة إلى المدين الأصلى.

٣٢٤- كيف يتم الاتفاق بين الدائن والمحال عليه: هذه الصورة الثانية لحوالة الدين تمتاز عن الصورة الأولى فى أن الدائن - وهو صاحب الدين - هو الذى يتولى بنفسه تحويل الدين الذى له من ذمة مدينه الأصلى إلى ذمة المحال عليه(٢). فالاتفاق يتم إذن مباشرة بين الدائن والمدين الجديد، وبموجبه يتحول الدين من ذمة المدين القديم إلى ذمة المدين الجديد، دون حاجة إلى رضاء المدين القديم.

وليس للاتفاق شكل خاص، فأى تعبير عن الإرادة يكفى. وقد يكون تراضى الطرفين صريحاً، كما يكون ضمنياً. فإذا عرض المحال عليه على الدائن الوفاء بجزء من الدين باعتباره هو المدين، لا باعتباره نائباً عن المدين الأصلى، وقبل منه الدائن دون تحفظ هذا الوفاء، فقد انعقدت حوالة الدين بتراض ضمنى، وتحول الدين إلى ذمة المحال عليه، ولزمه أن يفى للدائن بالباقى منه.

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى م٣٢١ (مطابقة للمادة ٣٢١ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى الليبى م٣٠٨ (مطابقة للمادة ٣٢١ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى العراقى م٣٤١: يصح عقد الحوالة بين الدائن والمحال عليه. ويلزم المحال عليه بالأداء، ولكن ليس له الرجوع على المدين الأصلى إلا إذا أقر المدين الحوالة.

(وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المصرى. غير أن رجوع المحال عليه على المدين الأصلى فى التقنين المصرى جائز بقاعدة الإثراء بلا سبب حتى لو لم يقر المدين الحوالة).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م١/٢٨٧: انتقال دين المديون يحصل إما بالاتفاق بين الدائنين ومن يأخذ الدين على عاتقه، وإما بالاتفاق بين هذا والمديون.

(وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المصرى).

(٢) أما فى الصورة الأولى، فإن المدين هو الذى يحول الدين من ذمته إلى ذمة المدين الجديد، ولذلك اقتضت هذه الصورة رضاء الدائن حتى تكون الحوالة نافذة فى حقه. ولم تقتض الصورة الثانية التى نحن بصددها رضاء المدين الأصلى، ولو لتكون الحوالة نافذة فى حقه، فإن الحوالة تنعقد فى هذه الصورة الثانية نافذة فى حق المدين الأصلى بمجرد انعقادها ودون حاجة إلى رضائه كما سنرى.

ويجب أن يقع اتفاق الحوالة على الدين ذاته، حتى ينتقل الدين بجميع ضماناته وصفاته وبجميع دفوعه إلى المدين الجديد، وذلك تطبيقاً للمادتين ٣١٨ و٣٢٠ مدنى اللتين تسريان فى الصورة التى نحن بصددها، كما تنص على ذلك الفقرة الثانية من المادة ٣٢١ مدنى[١].

ومن ثم يجب أن يكون الاتفاق متمحضاً بنية الحوالة. إذ يصح أن يتفق الطرفان، لا على حوالة الدين، بل على تجديده. وقد عرفنا الفرق بين الحوالة والتجديد، ففى الحوالة ينتقل الدين نفسه إلى ذمة المدين الجديد، أما فى التجديد فينقضى الدين الأصلى ويحل محله دين جديد. ونية الحوالة هى التى تميز الاتفاق على حوالة الدين عن الاتفاق على التجديد، فان التجديد يتم أيضاً، كما سنرى، باتفاق بين الدائن والمدين الجديد. وقد كان هذا التمييز نهاية لتطور طويل فى القانون، إذ كان الاتفاق على التجديد هو المعروف وحده، ثم عرف بعد ذلك التعهد بوفاء الدين (expromissio)، وتطور هذا التعهد إلى أن أصبح اتفاقاً على الحوالة[٢].

كذلك يجب التمييز بين الاتفاق على الحوالة على النحو الذى قدمناه والاتفاق على أن يكون المدين الجديد مضافاً إلى المدين الأصلى ومتضامناً معه فى الدين، ففى هذه الحالة الأخيرة لا ينتقل الدين إلى ذمة المدين الجديد، بل يبقى فى ذمة المدين الأصلى، ويتضامن معه فيه مدين جديد[٣].

٣٢٥- أثر الاتفاق بالنسبة إلى المدين الأصلى: قدمنا أن هذا الاتفاق لا يقتضى اشتراك المدين الأصلى فيه ولا إقراره له، فرضاؤه غير ضرورى لا لانعقاد الحوالة ولا لنفاذها فى حقه. ذلك أنه من القواعد المقررة أنه يجوز لأجنبى أن يفى بالدين دون رضاء المدين «المادة ٣٢٣ مدنى» ، ومتى قبل الدائن الوفاء ، ولو عارض المدين ، انقض الدين ، وكان للأجنبى الذى وفاه الرجوع على المدين الأصلى بمقتضى قواعد الإثراء بلا سبب إذا كان الوفاء بغير علمه أو برغم إرادته. ويقاس على الوفاء الحوالة، والأجنبى هنا - وهو المحال عليه أو المدين الجديد

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص١٥٨.

(٢) أنظر فى هذا المعنى التعليقات على التقنين المدنى الألمانى جزء أول م٤١٤ ص٦٠١- ص٦٠٢.

(٣) وفى هذا المعنى تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «ولا يشترط لانعقاد الحوالة فى هذه الصورة شكل خاص، بل تسرى القواعد العامة بشأن إثبات انعقادها، كما أن الرضاء فيها قد يكون صريحاً أو ضمنياً. بيد أنه يشترط على أى حال أن يفرغ رضاء الطرفين بحيث يتيسر للدائن أن يفهم أن المحال عليه لم يقصد إلى الاشتراك فى المسئولية عن الدين، أو إلى الالتزام به على سبيل التضامن، بل إلى إحلال نفسه محل المدين الأصلى فى أدائه» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص١٥٧ - ص١٥٨).

– لم يف بالدين فعلا، بل اتفق مع الدائن على أن ينقله إلى ذمته. فينقل الدين بهذا الاتفاق، وتبرأ ذمة المدين الأصلى، رضى بالحوالة أو لم يرض، علم بها أو لم يعلم، فالاتفاق يسرى فى حقه دون أن يكون طرفاً فيه بل ودون أن يقره، لأنه يتمحض لمصلحته[1]. ومن ذلك نرى أن الحوالة فى هذه الصورة الثانية، بخلاف الصورة الأولى، تنعقد نافذة فوراً فى حق المدين الأصلى بمجرد انعقادها ودون حاجة إلى إقرار هذا المدين.

بيد أن عدم اشتراك المدين الأصلى فى الحوالة يظهر أثره فى أمرين: (الأمر الأول) رجوع المحال عليه على المدين الأصلى بما وفاه للدائن. ففى الصورة الأولى التى تتم برضاء المدين الأصلى بموجب اتفاق بينه وبين المحال عليه، يحدد هذا الاتفاق كيف يرجع المحال عليه على المدين الأصلى بما يوفيه للدائن على النحو الذى سنبينه فيما يلى. أما هنا فى الصورة الثانية التى نحن بصددها فالمدين الأصلى لم يتدخل فى الحوالة، فيكون رجوع المحال عليه بالدين الذى وفاه عنه غير قائم على أى اتفاق بينهما، فلا يبقى ألا أن يرجع عليه بقاعدة الإثراء بلا سبب. (والأمر الثانى) ضمان المدين الأصلى ليسار المحال عليه. ففى الصورة الأولى التى تتم باتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه، تقضى المادة ٣١٩ مدنى بأن «يضمن المدين الأصلى أن يكون المحال عليه موسراً وقت إقرار الدائن للحوالة، ما لم يتفق على غير ذلك». أما فى الصورة الثانية التى نحن بصددها، حيث لا يتدخل المدين الأصلى فى الحوالة، فلا ضمان عليه، وقد رأينا الفقرة الثانية من المادة ٣٢١ مدنى تقضى، فى هذه الصورة الثانية، بسريان المادة ٣١٨ (انتقال الدين بضماناته) والمادة ٣٢٠ (انتقال الدين بدفوعه) دون المادة ٣١٩ (ضمان اليسار). وهذا أمر طبيعى، فضمان المدين الأصلى ليسار المحال عليه وقت إقرار الدائن للحوالة لا يكون إلا إذا كان هذا المدين قد اشترك فى الحوالة ورضى بها، أى فى الصورة الأولى. أما إذا لم يشترك فيها، كما هى الحال فى الصورة الثانية، فلا محل لهذا الضمان.

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى ما يأتى: «ولا يشترط رضاء المدين الأصلى بالحوالة فى هذه الصورة، فهى تنعقد صحيحة سواء أقرها أو مانع فيها، وذلك أنها تتمحض لمنفعته، إذ يترتب عليها أن تبرأ ذمته من الالتزام» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص١٥٨).

الفصل الثانى

الآثار التى تترتب على حوالة الدين

٣٢٦- علاقات متنوعة: هنا أيضاً، كما فى حوالة الحق، إذا انعقدت حوالة الدين تقوم علاقات متنوعة تتناول كلا من الدائن والمدين الأصلى والمحال عليه.

وتختلف حوالة الدين عن حوالة الحق فى أن هذه العلاقات لا تتناول الغير. ذلك أن الغير فى حوالة الحق هو، كما قدمنا، كل شخص كسب حقا على الحق المحال به، كمحال له ثان أو دائن حاجز، ولا يتصور «غير» على هذا النحو فى حوالة الدين[١].

فنستعرض: (١) علاقة الدائن بالمحال عليه (٢) علاقة الدائن بالمدين الأصلى (٣) علاقة المدين الأصلى بالمحال عليه.

الفرع الأول

علاقة الدائن بالمحال عليه

٣٢٧- مسائل ثلاث: نفرض هنا أن الحوالة قد انعقدت ونفذت فى حق الدائن، إما بأن تكون قد انعقدت باتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه ثم أقرها الدائن[٢] كما هو

---

(١) وإذا انعقدت الحوالة باتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه وأقر الدائن الحوالة، فقد انتقل الدين إلى ذمة المحال عليه بالنسبة إلى الدائن نفسه بمجرد إقراره. فإذا فرض أن المدين الأصلى اتفق مع شخص آخر على أن يحول له الدين، بعد الاتفاق الأول الذى أقره الدائن، فإن الدين، وقد سبق أن تحول إلى ذمة المحال عليه الأول بالحوالة الأولى، لا يمكن أن يتحول مرة أخرى إلى ذمة المحال عليه الثانى، لأن المدين الأصلى وقت الحوالة الثانية لم يكن مديناً.

وغنى عن البيان أن المدين الأصلى إذا عقد حوالتين متعاقبتين مع شخصين مختلفين، فأية حوالة منهما يقرها الدائن أولا هى التى تسرى. ولا عبرة بالحوالة الثانية بالنسبة إلى الدائن، وإن كانت هذه الحوالة الثانية تبقى قائمة بين المدين الأصلى والطرف الآخر فيها.

وهذا هو الحكم أيضاً فيما إذا عقدت حوالتان متعاقبتان، أحداهما أو كلتاهما باتفاق بين الدائن والمحال عليه، فأية حوالة منهما رضى الدائن بها أو أقرها أولاً هى التى تسرى.

(٢) أما قبل إقرار الدائن، فقد قدمنا أن الحوالة لا تكون نافذة فى حقه، ويكون المحال عليه أجنبياً بالنسبة إليه، ويبقى المدين الأصلى هو المدين تجاه الدائن.

الأمر فى الصورة الأولى، وإما بأن تكون قد انعقدت نافذة فوراً فى حق الجميع وذلك باتفاق بين الدائن والمحال عليه كما هو الأمر فى الصورة الثانية.

فى هذا الفرض ينتقل الدين، كما قدمنا، من ذمة المدين الأصلى إلى ذمة المحال عليه. فيستخلف المدين الأصلى المحال عليه فى الدين نفسه، ومن ثم تنتقل مع الدين ضماناته ودفوعه.

فعندنا إذن مسائل ثلاث: (١) استخلاف المحال عليه فى الدين، أى حلول المحال عليه محل المدين الأصلى فى الدين (٢) انتقال الدين بضماناته (٣) انتقال الدين بدفوعه.

المبحث الأول
حلول المحال عليه محل المدين الأصلى فى الدين

٣٢٨- ما يترتب على هذا الحلول: متى صارت حوالة الدين نافذة فى حق الدائن، يحل بالنسبة إليه المحال عليه محل المدين الأصلى فى الدين. ويترتب على ذلك: (١) أن تبرأ ذمة المدين الأصلى قبل الدائن (٢) وأن ينتقل الدين نفسه إلى المحال عليه.

٣٢٩- براءة ذمة المدين الأصلى قبل الدائن: براءة ذمة المدين الأصلى قبل الدائن هى النتيجة الحتمية المترتبة على انتقال الدين من ذمته إلى ذمة المحال عليه. وتتم براءة الذمة هذه من وقت انعقاد الحوالة فى كل من صورتيها. ذلك أن الحوالة إذا انعقدت باتفاق بين الدائن والمحال عليه، فانها تنعقد نافذة مباشرة فى حق الدائن، فتبرأ ذمة المدين الأصلى من وقت انعقاد الحوالة. وإذا هى انعقدت باتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه، فأنها لا تصبح نافذة فى حق الدائن إلا باقراره كما قدمنا، ولكن هذا الإقرار ينسحب أثره إلى وقت انعقاد الحوالة كما سبق القول، فتستند براءة المدين الأصلى فى هذه الصورة أيضاً إلى وقت انعقاد الحوالة[1].

---

(١) وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يتضمن نصاً فى هذا المعنى هو المادة ٤٥٠ من هذا المشروع، وكانت تجرى على الوجه الآتى: «١- إذا أقر الدائن الحوالة، برئت ذمة المدين الأصلى، وحل محله المحال عليه. ٢- وينسحب أثر الإقرار لليوم الذى تم فيه الاتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه». وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة، لأنه مجرد تطبيق للقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص١٤٤ هامش رقم ١).

وغنى عن البيان أن ذمة المدين الأصلى تبرأ على النحو الذى قدمناه دون حاجة إلى أن يصرح الدائن بذلك، فان هذا المعنى مستفاد من رضائه بالحوالة فى الصورة الأولى ومن إقراره لها فى الصورة الثانية[1].

ويترتب على أن ذمة المدين الأصلى تبرأ من وقت انعقاد الحوالة نتيجتان هامتان:

(١) تعتبر هذه البراءة نهائية من وقت انعقاد الحوالة. فلو أن المحال عليه، وقد انتقل الدين إلى ذمته من هذا الوقت، أعسر بعد ذلك ولم يستطع الدائن أن يستوفى منه الدائن، فان الدائن لا يستطيع الرجوع بالدين على المدين الأصلى بعد أن برئت ذمته من الدين كما قدمنا. وهذا ظاهر فى حالة انعقاد الحوالة باتفاق بين الدائن والمحال عليه، فان المدين الأصلى لا يكون مسئولا حتى عن ضمان يسار المحال عليه كما قدمنا. أما فى حالة الحوالة باتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه، فسنرى أن المدين الأصلى يضمن للدائن أن يكون المحال عليه موسراً وقت إقرار الدائن للحوالة (م٣١٩ مدنى). فلو أعسر المحال عليه بعد انعقاد الحوالة وقبل إقرار الدائن لها، فان الدائن، وإن كان لا يرجع على المدين الأصلى بالدين ذاته، إلا أنه يرجع عليه بالضمان. وإذا كان إعسار المحال عليه تالياً لإقرار الدائن للحوالة، فليس للدائن بغير اتفاق خاص أن يرجع حتى بالضمان على المدين الأصلى[2].

(٢) تبرأ ذمة المدين الأصلى من وقت انعقاد الحوالة، وتنشغل ذمة المحال عليه بالدين من هذا الوقت، بحيث لو زالت عن المحال عليه أهليته بعد انعقاد الحوالة وقبل الإقرار، فى إحدى صورتى الحوالة، لم يكن لذلك أثر فى صحة التزامه بالدين قبل الدائن ولا فى براءة ذمة المدين الأصلى، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك. ومن باب أولى لو أن الحوالة انعقدت، فى الصورة الأخرى، باتفاق بين الدائن الأصلى والمحال عليه، وفقد المحال عليه أهليته بعد ذلك، فان فقدانه لأهليته لا يؤثر فى صحة التزامه نحو الدائن بعد أن تم التعاقد بينهما على انتقال الدين إلى ذمته. ولو نشأ دين، فى الفترة ما بين انعقاد الحوالة وإقرار الدائن لها فى الصورة الأولى من صورتى الحوالة، لصالح المدين الأصلى فى ذمة الدائن، فان المقاصة، بعد إقرار الدائن للحوالة واستناد هذا الإقرار إلى وقت انعقادها، لا تقع بين المحال به وهذا الدين الذى نشأ. ذلك أن الدين المحال به يكون قد انتقل باقرار الدائن للحوالة إلى ذمة المحال عليه فلم تعد

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص١٥١ – ص١٥٢.

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «وتعتبر البراءة نهائية، فلو أعسر المدين الجديد فيما بعد، فليس للدائن أن يرجع على الأصيل» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص١٥٢).

ذمة المدين الأصلى مشغولة به، ويستند هذا الأثر إلى وقت انعقاد الحوالة أى إلى وقت سابق على نشوء الدين لصالح المدين الأصلى فى ذمة الدائن، فلا تقع المقاصة بين الدينين. ومن باب أولى لو أن الحوالة انعقدت، فى الصورة الثانية، باتفاق بين الدائن الأصلى والمحال عليه، فان الدين المحال به ينتقل بمجرد هذا الاتفاق إلى ذمة المحال عليه ولا تعود ذمة المدين الأصلى مشغولة به، فلو نشأ دين بعد ذلك لصالح المدين الأصلى فى ذمة الدائن لم تقع مقاصة بينه وبين الدين المحال به(١).

٣٣٠- انتقال الدين نفسه إلى المحال عليه: وبراءة ذمة المدين الأصلى من الدين إنما هى نتيجة ترتبت على انتقال هذا الدين نفسه إلى ذمة المحال عليه كما قدمنا. والدين الذى ينتقل هو نفس الدين الذى كان فى ذمة المدين الأصلى، وينتقل بصفاته وضماناته ودفوعه. وسنرى فيما يلى كيف تنتقل الضمانات والدفوع.

أما انتقال الدين بصفاته، فمثله أن يكون الدين معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل، فينتقل بشرط أو أجله(٢). ومثله أيضاً أن يكون الدين تجارياً فينتقل على هذا الوصف، أو أن يكون منتجاً لفوائد فينتقل منتجاً للفوائد بنفس السعر وبنفس الشروط، أو أن يكون قد بدأ سريان التقادم ضده فينتقل والتقادم مستمر فى سريانه إلى أن يعترضه وقف أو انقطاع، أو أن يكون مقترناً بسند تنفيذى كحكم قابل للنفاذ أو ورقة رسمية فينتقل قابلا للتنفيذ بهذا السند نفسه.

وينتقل الدين على هذا النحو إلى ذمة المحال عليه من الوقت الذى تبرأ فيه ذمة المدين الأصلى، أى من وقت انعقاد الحوالة على الوجه الذى قدمناه.

ومن هذا الوقت لا يستطيع الدائن أن يستوفى الدين إلا من المحال عليه(٣). وليس له أن

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «ومتى أقر الدائن الحوالة يجرى الحكم كما لو كان هذا الدائن قد اشترك فى التعاقد الذى تم من قبل بين المحيل والمحال عليه... ويراعى أن أثر براءة ذمة المدين الأصلى والتزام المدين الجديد قبل الدائن ينسحب إلى هذا التاريخ، فلو زالت عن المحال عليه أهليته بعد انعقاد الحوالة وقبل الإقرار، فلا يكون لذلك أثر فى صحة التزامه قبل الدائن، لأن الدائن يعتبر طرفاً فى التعاقد السابق، ولو نشأ سبب من أسباب المقاصة لصالح المدين الأصيل فى هذه الفترة، فلا يجوز التمسك بمثل هذا السبب، إذ المفروض أن الأصيل قد برئت ذمته من قبل» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص١٥٢).

(٢) وتنص المادة ٣٤٧ من التقنين المدنى العراقى فى هذا المعنى على ما يأتى: «يتحول الدين على المحال عليه بصفته التى على المحيل، فإن كان حالا تكون الحوالة به حالة، وإن كان مؤجلا تكون مؤجلة».

(٣) وفى الفقه الإسلامى، يوجد، كما قدمنا، ضرب من الحوالة يعرف بالحوالة المقيدة. وصورتها أن يتفق كل من المدين الأصلى والمحال عليه والدائن على أن يستوفى الدائن الدين الذى فى ذمة المدين الأصلى من دين فى ذمة المحال عليه لهذا الدين الأصلى، فتقيد حوالة الدين باستيفائه من دين آخر =

يطالب المدين الأصلى بشئ[1]. وللدائن أن يستوفى الدين من المحال عليه بأى سبب من أسباب الاستيفاء: بالوفاء، أو بالمقاصة ولو نشأ الدين الجديد فى ذمة الدائن لصالح المحال عليه فى الفترة ما بين انعقاد الحوالة وإقرار الدائن لها، أو بالتجديد، أو باتحاد الذمة، أو بالإبراء، أو بغير ذلك[2].

=للمدين الأصلى فى ذمة المحال عليه. وقد ورد فى التقنين المدنى العراقى طائفة من النصوص فى هذه الحوالة المقيدة، نكتفى بإبرازها فيما يلى:

م٣٥٢ عراقى: إذا اشترط المحيل فى الحوالة أن يبيع المحال عليه عيناً مملوكة للمحيل ويؤدى الدين المحال به من ثمنها وقبل المحال له الحوالة بهذا الشرط، صحت الحوالة، ولا يجبر المحال عليه على الدفع قبل البيع، ويجبر على البيع وتأدية الدين من الثمن.

م٣٥٣ عراقى: ١- إذا سقط الدين الذى قيدت به الحوالة بأمر عارض بعدها، فلا تبطل الحوالة. فلو أحال البائع غريمه على المشترى بثمن المبيع، فهلك المبيع عند البائع قبل تسليمه للمشترى وسقط لثمن عنه، أو رد المبيع بخيار عيب أو غيره، فلا تبطل الحوالة، ويكون للمحال عليه بعد الأداء الرجوع بما أداه. ٢- أما إذا سقط الدين الذى قيدت به الحوالة بأمر سابق عليها، وتبينت براءة المحال عليه منه، فإن الحوالة تبطل. فلو أحال البائع غريمه على المشترى بثمن المبيع، ثم استحق المبيع للغير، بطلت الحوالة وعاد الدين على المحيل.

م٣٥٤ عراقى: فى كل موضع رد فيه استحقاق المبيع الذى أحيل بثمنه، إذا أدى المحال عليه الثمن، كان له الخيار فى الرجوع، إن شاء رجع على المحال له القابض، وإن شاء رجع على المحيل.

م٣٥٥ عراقى: ١- إذا أحال المدين غريمه على الوديع حوالة مقيدة بالعين المودعة عنده، فهلكت الوديعة قبل أدائها للمحال له بلا تعد من الوديع، بطلت الحوالة وعاد الدين على المحيل. واستحقاق الوديعة للغير مبطل للحوالة كهلاكها. ٢- فإن كان هلاك الوديعة بتقصير الوديع أو تعديه، فلا تبطل الحوالة.

م٣٥٦ عراقى: ١- إذا حال المدين غريمه على الغاصب حوالة مقيدة بالعين المغصوبة، فهلكت العين فى يد الغاصب قبل أدائها للمحال له، فلا تبطل الحوالة. ٢- فإن استحقت العين المغصوبة للغير، بطلت الحوالة وعاد المحال له بحقه على المحيل.

أنظر أيضاً الفقرتين ٢ و٣ من المادة ٣٣٩ عراقى وقد سبق ذكرهما: آنفاً فقرة ٣١٢ فى الهامش.

(١) وتنص المادة ٣٤٦ من التقنين المدنى العراقى فى هذا المعنى على ما يأتى: «إذا قبل المحال له الحوالة ورضى المحال عليه بها، برئ المحيل من الدين ومن المطالبة معاً، وثبت للمحال له حق مطالبة المحال عليه».

(٢) وتنص المادة ٣٥٠ من التقنين المدنى العراقى فى هذا المعنى على ما يأتى: «تبرأ ذمة المحال عليه من الدين بأداء المحال به، أو بحوالته إياه على آخر، أو بالإبراء أو باتحاد الذمة، أو بأى سبب آخر يقضى الالتزام».

وإذا أراد الدائن استيفاء الدين من المحال عليه، فوجده معسراً إعساراً جزئياً، زاحم بقية دائنى المحال عليه، وما بقى له من الدين بعد ذلك يرجع به على المدين الأصلى إن كان له حق الرجوع عليه بالضمان، وذلك فيما إذا أعسر المحال عليه قبل إقرار الدائن للحوالة (م٣١٩مدنى). وفى هذا المعنى =

المبحث الثانى

انتقال الدين إلى المحال عليه بضماناته

٣٣١- النصوص القانونية: تنص المادة ٣١٨ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«١- تبقى للدين المحال به ضماناته.

«٢- ومع ذلك لا يبقى الكفيل، عينياً كان أو شخصياً، ملتزماً قبل الدائن إلا إذا رضى بالحوالة»(١).

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق، لأن هذا التقنين لم ينظم حوالة الدين كما سبق القول.

=تنص المادة ٣٥١ من التقنين المدنى العراقى على ما يأتى: «إذا مات المحال عليه مدينا، يقسم ماله بين الغرماء وبين المحال له بالحصص، وما بقى للمحال له بعد القسمة يرجع به على المحيل إذا كان له حق الرجوع».

وبديهى أن نص التقنين العراقى السالف الذكر لا يعرض لحالة ما إذا كان الدين المحال به مضموناً برهن أو بامتياز أو بأى تأمين آخر. فإن كان مضموناً بشئ من ذلك، فإن مزاحمة دائنى المحال عليه للدائن لا تنقطع فيما يتعلق بمال المحال عليه، وتنقطع بداهة فيما يتعلق بالضمان فلا يزاحم دائنو المحال عليه الدائن فى المال المثقل برهن أو امتياز أو نحو ذلك. والغريب أن الأستاذ حسن الذنون يأخذ على المادة ٣٥١ من التقنين المدنى العراقى أنها لم تذكر هذا الأمر البديهى، وهى لو ذكرته لكان هذا فضولا ليس له مبرر وتزيداً لا محل له. والأغرب من ذلك أن الأستاذ ينعى فى هذه المناسبة على التقنين المدنى العراقى أنه لم يوفق فى الجمع بين الفقه الإسلامى والفقه الغربى، فيقول فى صدد هذا النص: «وهذا مثل آخر من أمثلة كثيرة جداً (كذا) تدل دلالة واضحة على عدم توفيق المشرع فى الجمع بين الفقهين الإسلامى والمدنى جمعاً غير متنافر ولا متناقض» (أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٢٣٦). ونحسب أن الأستاذ حسن الذنون قد تسرع فى تقدمه بهذا الحكم، وكان واجب الأنصاف يقتضيه أن يكون أدق نظراً وأوسع أحاطة قبل أن ينعى على التقنين المدنى العراقى تناقضاً لا وجود له. أما المسألة التى أثارها فى خصوص حق الامتياز العام، كامتياز المبالغ المستحقة للخدم والكتبة والعمال وكل أجير آخر وكامتياز النفقة المستحقة فى ذمة المدين، وقد جزم الأستاذ أن هذا ينتقل باعتباره وصفاً للدين إلى مال المحال عليه بعد الحوالة، فهذه مسألة لا تزال محلا للنظر، وسنشير إليها فيما يلى (أنظر فقرة ٣٣٢ فى الهامش).

(٢) **تاريخ النص**: ورد هذا النص فى المادة ٤٥١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، فيما عدا عبارة وردت فى آخر الفقرة الأولى من المشروع التمهيدى هذا نصها: «بالرغم من تغير شخص المدين». وفى لجنة المراجعة حذفت هذه العبارة لعدم ضرورتها، وأصبح النص كامل التطابق، وصار رقمه ٣٣٠ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣١٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص١٤٦ - ص١٤٧).

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٣١٨ – وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٠٥ – وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٤٨ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٢٨٨[١].

والنص، كما نرى، يعرض للنوعين من الضمانات: (١) الضمانات العينية التى تأتى من جهة المدين الأصلى (٢) والضمانات الشخصية أو العينية التى يقدمها كفيل من المدين الأصلى للدائن.

٣٣٢ – الضمانات العينية التى تأتى من جهة المدين الأصلى: قد يكون المدين الأصلى قدم للدائن ضماناً للدين، رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً. أو يكون الدين مضموناً بحق امتياز أو حق اختصاص يثقل عيناً مملوكاً للمدين. فتنتقل كل هذه الضمانات العينية مع المدين لمصلحة الدائن[٢].

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى م٣١٨ (مطابقة للمادة ٣١٨ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى الليبى م٣٠٥ (مطابقة للمادة ٤١٨ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى العراقى م٣٤٨: ١ – تبقى للدين المحال به ضماناته بالرغم من تغيير شخص المدين، فإذا أحال الراهن المرتهن بالدين على آخر أو أحال المشترى البائع بالثمن على آخر، فلا يسقط حق المرتهن فى الرهن، ولا حق البائع فى حبس المبيع. أما إذا أحال المرتهن غريماً له على الراهن، فان حقه فى الرهن يسقط ولا يكون رهناً للمحال له، وكذا إذا أحال البائع غريماً له على المشترى بالثمن يسقط حقه فى حبس العين المبيعة. ٢ – على أن من كفل الدين المحال به كفالة شخصية أو عينية لا يكفل المحال عليه، إلا إذا رضى الكفيل بالحوالة.

(وهذا النص حكمه يتفق مع حكم نص التقنين المصرى. وسنعرض فيما يلى إلى الحالة التى يحول الدائن فيها على مدينه ديناً فى ذمته لدائن له، فيحيل المرتهن غريماً له على الرهن أو يحيل البائع غريماً له على المشترى بالثمن، وسنرى أن الحكم المنصوص عليه فى الفقرة الأولى من المادة ٣٨٤ من التقنين المدنى العراقى خاصاً بهذه الحالة ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٢٨٨: إن التأمينات العينية تبقى قائمة بعد انتقال الدين، أما التأمينات الشخصية فتسقط، إلا إذا وافق المسئولون على الاتفاق الذى عقد.

(وهذا النص حكمه يتفق فى جملته مع حكم التقنين المصرى، إلا أن عبارة «التأمينات العينية» الواردة فى التقنين اللبنانى واسعة، فهى تشمل الكفيل العينى، والكفيل العينى فى التقنين المصرى لا يضمن المحال عليه إلا إذ رضى بالحوالة: انظر الدكتور صبحى محمصانى فى انتقال الإلتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص٥٥).

(٢) أما التقنين المدنى الألمانى، فإن المادة ٤١٨ منه تقضى بأن حوالة الدين تنهى الكفالة ورهن الحيازة اللذين كانا يضمنان الدين قبل الحوالة. وإذا وجد رهن رسمى كان ضامناً للدين قبل حوالته، فإن رضاء الدائن بالحوالة يكون بمثابة نزول منه عن هذا الرهن. ولكن هذه الأحكام التى تسرى إذا =

=كان الكفيل الشخصى، أو من كان مالكاً وقت الحوالة للعين المرهونة فى الدين، قد رضى بالحوالة. وإذا كان للدين امتياز التقدم على غيره من الديون عند إفلاس المدين، فإن هذا الامتياز لا يجوز التمسك به فى مال المحال عليه إذا أفلس – ويقول المعلقون على التقنين المدنى الألمانى فى صدد هذا النص ما يأتى: ١ – إن الرهن الذى رتبه المدين على عين مملوكة له ضماناً للدين يبقى ضماناً له بعد الحوالة، إذا كان المدين هو الذى عقد الحوالة مع المحال عليه وأقرها الدائن. أما إذا كانت الحوالة قد تمت باتفاق بين الدائن والمحال عليه ولم يشترك فيها المدين، فرضا الدائن بالحوالة مع عدم اشتراك المدين فيها يعد نزولا منه عن الرهن. (٢) فى حالة ما إذا رتب المدين رهناً رسمياً على عقار مملوك له لضمان الدين، ثم انتقلت ملكية العقار إلى أجنبى (حائز للعقار) قبل الحوالة، فإن الرهن لا يكون ضامناً للدين بعد الحوالة، ولو انعقدت بالاتفاق مع المدين الأصلى، إلا إذا رضى الحائز للعقار أيضاً بهذه الحوالة. ذلك أن قبول الدائن للحوالة دون أن يرضى بها الحائز للعقار يعد بمثابة نزول من الدائن عن الرهن. ٣ – لا يضمن الكفيل ، شخصياً كان أو عينياً، الدين بعد انتقاله بالحوالة إلى ذمة المحال عليه، إلا إذا رضى بهذه الحوالة. ٤ – حق الامتياز الذى يكون ضامناً للدائن قبل الحوالة، ولو كان حق امتياز عام، لا ينتقل إلى مال المحال عليه بعد الحوالة. ذلك أن لحق الامتياز أسبقية يقررها القانون للمدين الممتاز، فلا يصح أن يسبق الدائن المحال دائنى المحال عليه فى مال هذا الأخير بمقتضى أسبقية قررها القانون فى مال آخر غير هذا المال. انظر فى كل ذلك التعليقات على التقنين المدنى الألمانى جزء أول م٤١٨ ص٦١٧ – ص٦٢١.

وأما تقنين الالتزامات السويسرى، فتقضى المادة ١٧٨ منه، على العكس من التقنين المدنى الألمانى، بأن التأمينات التى كانت تضمن الدين قبل الحوالة تبقى ضامنة له بعدها، ومع ذلك لا يكون الكفيل، شخصياً كان أو عينياً، ضامناً للدين بعد حوالته إلا إذا رضى بالحوالة.

ونرى من ذلك أن الأحكام التى تضمنها تقنين الالتزامات السويسرى هى التى سار عليها التقنين المدنى المصرى.

ويقول الأستاذان شيرون ومحمد صادق فهمى فى مقالهما فى مجلة مصر المعاصرة: (١) إن التقنين الألمانى والسويسرى يتقاربان فى الواقع، ولو أن كلا منهما أخذ بمبدأ يخالف المبدأ الذى أخذ به الآخر. ذلك أن كلا منهما أدخل من الاستثناءات على المبدأ الذى أخذ به ما جعل التقارب يتحقق بين التقنينين. فالتقنين الألمانى بدأ بتقرير أن التأمينات لا تنتقل، ولكنه استثنى الرهن الذى رتبه المدين على عين مملوكة له ثم رضى بالحوالة، واستثنى كذلك الكفيل، شخصياً كان أو عينياً، إذا رضى بالحوالة. والتقنين السويسرى بدأ بتقرير أن التأمينات تنتقل، ولكنه استثنى الكفيل، شخصياً كان أو عينياً، إذا لم يرض بالحوالة. (٢) إن حق الامتياز العام الذى كان ضماناً للدين قبل الحوالة ينبغى أن ينتقل إلى مال المحال عليه بعد الحوالة، ذلك أن الامتياز العام ليس إلا وصفاً للدين، والحوالة تنقل الدين بالوصف الذى هو عليه. أنظر فى كل ذلك مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص٥٦ وص٦٤ – ص٦٥.

ويتبين مما تقدم أن الأحكام التى أخذ بها كل من تقنين الالتزامات السويسرى والتقنين المدنى المصرى تختلف عن الأحكام التى أخذ بها التقنين المدنى الألمانى فيما يأتى: (١) الرهن الذى يرتبه المدين الأصلى على عين مملوكة له ضماناً للدين، فى التقنين الألمانى، لا يبقى بعد الحوالة ضامناً له إذا انعقدت الحوالة باتفاق بين الدائن والمحال عليه دون اشتراك المدين الأصلى. أما فى التقنينين المصرى والسويسرى، فإن هذا الرهن يبقى ضامناً للدين. (٢) إذا انتقل العقار المرهون رهناً رسمياً فى الدين =

فإذا كان المدين الأصلى قدم عقاراً مرهوناً رهناً رسمياً أو عيناً مرهونة رهن حيازة ضماناً لدينه، ثم تحول الدين إلى ذمة المحال عليه – سواء كان ذلك باتفاق المدين الأصلى مع المحال عليه وإقرار الدائن أو كان باتفاق مباشر بين الدائن والمحال عليه[1] – بقى هذا الدين مضموناً بالرهن الرسمي أو رهن الحيازة كما كان وهو فى ذمة المدين الأصلى. ويصبح المدين الأصلى فى هذه الحالة بمثابة كفيل عينى، فان ذمته قد برئت من الدين بالحوالة ولكن ماله بقى مرهوناً لضمان الدين. وإذا انتقلت ملكية العين المرهونة إلى أجنبى، فانها تبقى مثقلة بالرهن ضماناً للدين وهى فى يد هذا الحائز للعقار[2].

وإذا كان الدين المحال به قد صدر به حكم نهائى واستطاع الدائن أن يأخذ حق اختصاص على عقار للمدين، ثم تحول الدين إلى المحال عليه، فان حق الاختصاص يبقى ضامناً للدين على النحو الذى قدمناه فى الرهن، وتبرأ ذمة المدين الأصلى من الدين بالحوالة ولكن عقاره المأخوذ عليه حق اختصاص يبقى مثقلاً بهذا الحق ضماناً للدين.

وإذا كان الدين المحال به مضموناً بحق امتياز، بأن كان مثلا ثمن مبيع، وحول المشترى الثمن الذى فى ذمته إلى مدين جديد، فان الدائن يبقى محتفظاً بحق امتيازه على العين المبيعة وهى فى يد المشترى، كما فى الرهن وحق الاختصاص، ولو أن ذمة المشترى قد برئت من الدين[3].

=إلى أجنبى (حائز للعقار)، فى التقنين الألمانى، فإن الرهن لا يضمن الدين بعد حوالته إلا إذا رضى الحائز للعقار بالحوالة. أما فى التقنين المصرى والسويسرى، فإن هذا الرهن يبقى ضامناً للدين ولو لم يرض الحائز للعقار بالحوالة. (٣) حق الامتياز العام الذى كان يضمن الدين قبل حوالته لا ينتقل، بنص صريح فى التقنين الألمانى، إلى مال المحال عليه بعد الحوالة. ولا يوجد نص فى هذه المسألة فى أى من التقنينين المصرى والسويسرى.

(١) وقد رأينا أن التقنين المدنى الألمانى لا يجعل الرهن فى هذه الحالة ضامناً للدين بعد الحوالة إذا انعقدت باتفاق بين الدائن والمحال عليه دون اشتراك المدين الأصلى.

(٢) وقد رأينا أن التقنين المدنى الألمانى لا يجعل الرهن فى هذه الحالة ضامناً للدين إلا إذا رضى الحائز للعقار بالحوالة.

(٣) أما إذا كان هناك حق امتياز عام، كامتياز المبالغ المستحقة للخدم والكتبة والعمال والمبالغ المستحقة عما تم توريده للمدين ولمن يعوله من مأكل وملبس والنفقة المستحقة في ذمة المدين لأقاربه (م١١٤١ مدنى)، فقد رأينا أن التقنين المدنى الألمانى (م٤١٨) ينص صراحة على أنه لا ينتقل إلى مال المحال عليه بعد الحوالة، ورأينا الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهمى فى مقالهما بمجلة مصر المعاصرة يذهبان إلى أن هذا الامتياز ينبغى أن ينتقل إلى مال المحال عليه. وإذا قسنا حق الامتياز العام على حقوق الأمتياز الخاصة، ولم نقل إن حق الامتياز العام هو مجرد وصف في الدين الممتاز، وجب القول بأن هذا الحق لا ينتقل إلى مال المحال عليه، ولكنه يبقى فى مال المدين الأصلى، كما كان قبل الحوالة، ضامناً للدين الذى انتقل إلى ذمة المحال عليه.

كذلك يبقى الدائن محتفظاً بحقه فى حبس العين المبيعة إذا لم يكن قد سلمها للمشترى، إلى أن يستوفى الثمن من المحال عليه الذى انتقل الدين إلى ذمته. ويلحق هنا الحق فى الحبس بالضمانات العينية، وإن لم يكن هو نفسه ضماناً عينياً فى التقنين المدنى الجديد[1]. وهذا الحكم قد ورد صراحة فى الفقرة الأولى من المادة ٣٤٨ من التقنين المدنى العراقى[2].

٣٣٣- الضمانات الشخصية أو العينية التى يقدمها كفيل المدين للدائن: وقد يكون الدين المحال به مكفولا بشخص غير المدين الأصلى كفالة شخصية أو كفالة عينية، بأن يكون للمدين كفيل شخصى، أو كفيل عينى قدم رهناً لضمان الدين. وتنص الفقرة الثانية من المادة ٣١٨ مدنى فى هذه الحالة، كما رأينا، على أنه «لا يبقى الكفيل، عينياً كان أو شخصياً، ملتزماً قبل الدائن إلا إذا رضى بالحوالة».

---

(١) أنظر الوسيط الجزء الثانى فقرة ٦٣٩.

(٢) انظر نص هذه المادة آنفا فقرة ٣٣١ فى الهامش - وقد ورد فى آخر الفقرة الأولى من هذه المادة العبارة الآتية: «أما إذا أحال المرتهن غريماً له على الرهن، فان حقه فى الرهن يسقط ولا يكون رهناً للمحال له، وكذا إذا أحال البائع غريماً له على المشترى بالثمن يسقط حقه فى حبس العين المبيعة». وواضح أن الحوالة هنا حوالة دين لا حوالة حق، ولو كانت حوالة حق لما سقط حق الرهن أو الحق فى حبس العين المبيعة. ففى حالة الدائن المرتهن، المفروض أن لهذا الدائن غريماً أى دائناً، فأراد أن يوفيه حقه، فوفاه إياه عن طريق إحالته على مدينه الراهن. وهذه حوالة دين، فان الدائن المرتهن نقل الدين الذى فى ذمته إلى مدينه الراهن فى مقابل الدين الذى له فى ذمة هذا المدين وهو الدين المضمون بالرهن، فانقضى الدين المضمون بالرهن قصاصاً وسقط الرهن تبعاً لذلك. وبرئت ذمة الدائن المرتهن من الدين الذى كان فى ذمته لدائنه. وأصبح هذا الدائن الأخير دائناً للمدين الراهن، ولكن لا بالدين المضمون بالرهن فهذا الدين قد انقضى كما قدمنا، بل بالدين الذى كان فى ذمة الدائن المرتهن ثم حول إلى ذمة المدين الراهن، ومن ثم لا يكون هذا الدين مضموناً بالرهن - وهذا هو الأمر فى حالة البائع الذى أحال غريمه على المشترى بالثمن، فقد نقل البائع الدين الذى فى ذمته لغريمه إلى ذمة المشترى فى مقابل الثمن الذى له، فسقط الثمن قصاصاً وانقضى بسقوطه الحق فى حبس العين المبيعة. وأصبح دائن البائع هو الدائن المشترى، ولكن لا بدين الثمن الذى كان للبائع فقد سقط هذا الدين كما قدمنا، بل بالدين الذى كان فى ذمة البائع لدائنه وقد حوله البائع إلى ذمة المشترى.

ويتبين فى وضوح مما تقدم أنه لا شك فى أن الحوالة التى نحن بصددها هى، كما سبق القول، حوالة دين لا حوالة حق. وقد ظن الأستاذ حسن الذنون (أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٢٢٣) أنها حوالة حق، فقال عند الكلام فى الفقرة الأولى من المادة ٣٤٨ عراقى ما يأتى: «على أن هذه الفقرة تقرر فى قسمها الأخير بأنه إذا أحال الدائن المرتهن غريماً له على الراهن فإن حقه فى الرهن يسقط ولا يكون رهناً للمحال له، وكذلك إذا أحال البائع غريماً له على المشترى فقد سقط حقه فى حبس العين المبيعة. وواضح جداً ألا علاقة لهذه الأمثلة بحوالة الدين، فهى حوالة حق. وهذا مظهر من مظاهر الخلط والارتباك اللذين وقع فيهما المشرع العراقى كثيراً عندما حاول التوفيق بين فقه القانون المدنى وفقه الشريعة الإسلامية» (انتهى فتأمل!!).

وهذا الحكم طبيعي، فان الكفيل، ولو كان عينيا، أجنبي عن الحوالة. وهو إنما رضي بكفالة المدين الأصلي بالذات، كفالة شخصية أو كفالة عينية. فإذا تحول الدين إلى ذمة شخص آخر غير المدين الأصلي، أي إلى المحال عليه، وجب أن يرضى الكفيل بهذه الحوالة أيضاً حتى يعتبر كفيلا لشخص غير المدين الأصلي الذي رضي أن يكفله.

ويستوي في ذلك أن يكون الكفيل متمتعاً بحق تجريد المدين الأصلي أو محروماً من هذا الحق، وأن يكون غير متضامن مع المدين الأصلي أو متضامناً معه. ولا يعترض على ذلك بأن الكفيل، في حالتي الحرمان من حق التجريد والتضامن، يمكن الرجوع عليه قبل الرجوع على المدين الأصلي، فلم يعد يعنيه شخص هذا المدين ما دام الدائن يستطيع أن يتخطاه وأن يرجع على الكفيل أولا. فان هذا الاعتراض يمكن دفعه بأن الكفيل، حتى إذا جاز الرجوع عليه أولا، لا يزال معتمداً على شخص المدين الأصلي، لأنه إن دفع الدين كان له الرجوع به على هذا المدين، فيبقى شخصه هاماً بالنسبة إليه، ولا يجوز أن يتغير عليه عن طريق الحوالة إلا إذا رضي بذلك[1].

ويدعو هذا إلى بحث نوع من الكفالة الشخصية هو التضامن. فلو فرضنا أن المدين الأصلي الذي حول دينه إلى مدين جديد كان معه مدينون متضامنون في هذا الدين، فهل يبقى هؤلاء المدينون متضامنين مع المدين الجديد (المحال عليه) كما كانوا متضامنين مع المدين الأصلي؟ لا شك في أنهم إذا رضوا بالحوالة أصبحوا متضامنين مع المدين الجديد، وسرت الحوالة في حقهم لرضائهم بها. أما إذا لم يرضوا بالحوالة، فيبدو أنها لا تسري في حقهم فيما يضرهم ويستطيعون التمسك بها فيما ينفعهم، تطبيقاً لمبدأ أساسي قررناه في

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد: «لما كانت حوالة الدين تقتصر على إبدال المدين مع بقاء الدين ذاته، فمن الطبيعي أن يظل ما يتبع هذا الدين من التأمينات ملحقاً به... بيد أن كفيل المدين الأصلي، شخصياً كان أو عينياً، قد لا يرتضي كفالة المدين الجديد، كما لو كان أقل ملاءة. ولهذا عني المشروع بحمايته، فاشترط في الفقرة الثانية من المادة ٤٥١ (م٣١٨ مدني) رضاءه بالحوالة، وإلا برئت ذمته من الكفالة. وقد يقال إن تنازل الكفيل عن حق التجريد يفيد أنه ارتضى أن توجه إليه المطالبة قبل توجيهها إلى المدين، وأنه لم يعلق أهمية خاصة على شخص المدين وملاءته، وبهذا تنتفي ضرورة اشتراط رضائه بالحوالة لبقاء الكفالة. بيد أنه يراعى أن الكفيل لا يكفل معتمداً على ثقته في وفاء الدين من ماله فحسب، بل وعلى ثقته في قيام هذا المدين بالوفاء عند حلول الأجل وانتفاء الحاجة إلى الرجوع عليه تفريعاً على ذلك. فعلة الكفالة، والحال هذه، هي الثقة الشخصية، وهذه لا تتأثر في قليل أو كثير بالنزول عن حق التجريد. وصفوة القول أن التزام الكفيل لا يظل قائماً في جميع الأحوال إلا إذا رضي بالحوالة» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص١٥٢ – ص١٥٣). ويضاف إلى ما جاء في المذكرة الإيضاحية ما قدمناه أن الكفيل يعتمد في كل حال على ما له من حق الرجوع على المدين الأصلي، فشخص هذا المدين له أكبر الأثر في قبوله الكفالة.

التضامن. فإذا طالب الدائن أحدهم بالدين، كان لهذا المدين أن يدخل المحال عليه فى الدعوى للحكم عليه بحصته فى الدين. وإذا وفى هذا المدين الدين كله للدائن دون أن يدخل المحال عليه فى الدعوى، ورأى أن المدين الأصلى أكثر ملاءة من المحال عليه، كان له أن يرجع عليه هو – لا على المحال عليه – بحصته فى الدين[1].

المبحث الثالث

انتقال الدين إلى المحال عليه بدفوعه

٣٣٤– النصوص القانونية: تنص المادة ٣٢٠ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«للمحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بالدفوع التى كان للمدين الأصلى أن يتمسك بها. كما يجوز له أن يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة[2].

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق الذى لم ينظم حوالة الدين كما مر.

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٢٠– وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٠٧ – وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٤٩ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٢٨٩[3].

---

(١) أما إذا حول الدائن حقه قبل أحد المدينين المتضامنين إلى محال له واستبقى المدينين الباقين، فقد قدمنا أنه يصبح هو والمحال له، بالنسبة إلى هؤلاء المدينين، دائنين بالتضامن، على غرار المدينين بالتضامن (انظر آنفاً فقرة ١٢٧ فى الهامش).

(٢) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ٤٥٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى «١– للمحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بما كان للمدين الأصلى من دفوع متعلقة بذات الدين، وليس له أن يتمسك بما كان منها خاصاً بشخص المدين، وإنما يجوز له أن يتمسك بالدفوع الخاصة بشخصه هو. ٢– وله أيضاً أن يتمسك قبل الدائن بأوجه الدفع المستفادة من الرابطة القانونية التى كانت تربطه بالمدين الأصلى إذا كانت تلك الرابطة هى السبب فى حوالة الدين وكان الدائن يعلم ذلك». وفى لجنة المراجعة أدخلت تعديلات فى الفقرة الأولى تجعل المعنى أدق، وحذفت الفقرة الثانية لعدم ضرورتها، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، وصار رقمه ٣٣٢ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٢٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص١٤٨ – ص١٤٩ وص١٥٦).

(٣) **التقنينات المدنية العربية الأخرى: التقنين المدنى السورى** م٣٢٠ (مطابقة للمادة ٣٢٠ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى الليبى م٣٠٧ (مطابقة للمادة ٣٢٠ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى العراقى م٣٤٩: للمحال عليه أن يتمسك قبل المحال له بما كان للمحيل من دفوع =

ونستعرض فى هذا الصدد: (١) الدفوع التى كان للمدين الأصلى أن يتمسك بها (٢) الدفوع المستمدة من عقد الحوالة (٣) الدفوع المستمدة من العلاقة ما بين المدين الأصلى والمحال عليه.

٣٣٥- الدفوع التى كان للمدين الاصلى أن يتمسك بها: لما كان الدين الذى ينتقل إلى ذمة المحال عليه هو نفس الدين الذى كان فى ذمة المدين الأصلى، وقد أصبح المحال عليه خلفاً للمدين الأصلى فى هذا الدين، فانه يترتب على ذلك أن جميع الدفوع التى كان المدين الأصلى يستطيع أن يدفع بها هذا الدين يجوز للمحال عليه أن يتمسك بها قبل الدائن(1).

وهذه الدفوع كثيرة متنوعة، منها ما يرجع إلى بطلان الدين، ومنها ما يرجع إلى فسخه، ومنها ما يرجع إلى انقضائه.

فمن أوجه البطلان أن يكون الدين ناشئاً من عقد باطل لسبب يرجع إلى التراضى، أو يرجع لعدم توافر الشروط اللازمة فى المحل، أو يرجع لعدم مشروعية السبب. أو يكون الدين ناشئاً من عقد قابل للإبطال بسبب نقص الأهلية أو بسبب الغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال، ولكن يلاحظ أنه إذا كان الدين ناشئاً من عقد قابل للإبطال بسبب نقص الأهلية، فمن ناحية قد يكون هذا الدفع شخصياً للمدين الأصلى وليس للمحال عليه أن يتمسك بدفع خاص بشخص المدين الأصلى(١)، ومن ناحية أخرى أن الحوالة إذا انعقدت

=متعلقة بذات الدين، وليس له أن يتمسك بما كان من الدفوع خاصاً بشخص المحيل، وإنما يجوز له أن يتمسك بما كان خاصاً بشخصه هو. (وهذا النص يطابق نص المشروع التمهيدى من التقنين المدنى المصرى فى فقرته الأولى، ويتفق فى الحكم مع التقنين المدنى المصرى - انظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٢٣٥).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٢٨٩: إن أسباب الدفع ووسائل الدفاع الملازمة للدين تنتقل من المديون إلى من التزم الدين. أما الوسائل المختصة بشخص المديون السابق، فلا يحق للمديون الجديد أن يتذرع بها، بل يحق له أن يدلى بأسباب الدفع ووسائل للدفاع المختصة بشخصه (وهذا النص يتفق فى الحكم مع نص التقنين المصرى - انظر الأستاذ صبحى محمصانى فى انتقال الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص٥٧ - ص٥٩).

(١) انظر المشروع التمهيدى لنص المادة ٣٢٠ وانظر تاريخ هذا النص آنفاً فقرة ٣٣٤ فى الهامش - وهذا ما يقضى به تقنين الالتزامات السويسرى (م٢/١٧٩) بخلاف التقنين المدنى الألمانى (انظر فى ذلك مقال الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهمى فى مجلة مصر المعاصرة سنة١٩٣١ ص٦٣- ص٦٤).

(1) إذ كان مفاد المادة ٣٢١ من القانون المدنى أنه يجوز أن تتم حوالة الدين فى صورة اتفاق مباشر بين الدائن والمحال عليه يتحول الدين بمقتضاه من ذمة المدين القديم إلى ذمة المدين الجديد، دون حاجة إلى رضاء المدين القديم، وللمحال عليه عملا بالمادة ٣٢٠ من ذات القانون أن يتمسك قبل الدائن =

باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه فقد يعتبر انعقادها برضاء المدين الأصلي إجازة للبطلان المستمد من نقص الأهلية. كذلك إذا كانت أوجه البطلان راجعة إلى الغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال، وعلم المدين الأصلي بسبب البطلان، وبالرغم من علمه هذا اتفق على الحوالة مع المحال عليه، فان هذا الاتفاق قد يعتبر إجازة ضمنية لسبب البطلان. أما إذا كانت الحوالة قد انعقدت باتفاق بين الدائن والمحال عليه، وكانت هناك أوجه البطلان ترجع إلى عيوب في إرادة المدين الأصلي، فانه لا يمكن القول في هذه الحالة أن الحوالة – ولم يكن المدين الأصلي طرفاً فيها – تعتبر إجازة ضمنية للبطلان، بل يجوز للمحال عليه أن يتمسك من هذه الأوجه بما كان يستطيع المدين الأصلي أن يتمسك به. وكذلك لو كان وجه البطلان نقصاً في أهلية المدين الأصلي، وتمت الحوالة باتفاق بين الدائن والمحال عليه دون تدخل المدين الأصلي، فما لم يكن الحال عليه وقت الحوالة عالماً بنقص الأهلية حيث يمكن القول إنه قد نزل بقبوله الحوالة عن التمسك بهذا الدفع، فانه يبدو أن المحال عليه يستطيع أن يتمسك قبل الدائن بنقص أهلية المدين الأصلي، وإن كان هناك رأى يذهب إلى أن الدفع بنقص الأهلية خاص بشخص المدين الأصلي فلا يجوز للمحال عليه أن يتمسك به في أية حال.

ومن الدفوع ما يرجع إلى فسخ الدين. ويتحقق ذلك مثلا إذا كان الدين المحال به ثمناً في عقد بيع تم بين الدائن والمدين الأصلي، ثم لم يسلم الدائن المبيع إلى المدين الأصلي. فان هذا الدين كان له – لو بقي الثمن في ذمته ولم يحل به على غيره أن يدفع بالمطالبة بفسخ البيع، وكذلك يستطيع المحال عليه أن يطالب بفسخ البيع مكانه[1].

ومن الدفوع أخيراً ما يرجع إلى انقضاء الدين. فقد يكون الدين انقضى بالوفاء، ويتحقق ذلك إذا كانت الحوالة قد تمت باتفاق بين الدائن والمحال عليه دون تدخل المدين الأصلي ويكون هذا قد وفى بالدين، فيجوز للمحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بانقضاء الدين عن طريق الوفاء. ومثل الوفاء التجديد واستحالة الوفاء والإبراء والتقادم. أما المقاصة التي تكون بين الدائن المحال به ودين للمدين الأصلي في ذمة الدائن، فالظاهر أن المحال عليه في إحدى صورتي الحوالة لا يستطيع أن يتمسك بها قبل الدائن، ويستطيع التمسك بها في الصورة

=بالدفوع التي كان للمدين الأصلي أن يتمسك بها، ذلك أن الدين ذاته ينتقل بأوصافه وضماناته ودفوعه من المدين الأصلي إلى المحال عليه.

(الطعن رقم ٢٧٨ لسنة ٦٩ق جلسة ١٥/١١/٢٠٠٠)

(١) ويستطيع المشترى كذلك أن يدفع بوقف تنفيذ العقد، فيجوز للمحال عليه أن يدفع بذلك هو أيضاً، إلا إذا قيل إن الدفع بوقف التنفيذ دفع خاص بشخص المدين.

الأخرى. ذلك أن المقاصة لا تقع إلا إذا تمسك بها المدين الأصلي (م٣٦٥ مدني)، ويجوز له النزول عن التمسك بها. فإذا كان هو الذى عقد الحوالة مع المحال عليه، فهذا دليل على أنه لا يريد التمسك بالمقاصة، فحول الدين الذى فى ذمته إلى المحال عليه ليطالب بالدين الذى فى ذمة المدين، فلا يجوز فى هذه الصورة أن يتمسك المحال عليه بالمقاصة بعد أن نزل عنها المدين الأصلي. أما إذا كانت الحوالة قد انعقدت باتفاق بين الدائن والمحال عليه قبل أن يتمسك المدين الأصلي بالمقاصة، فيبدو لنا أن المحال عليه يستطيع فى هذه الصورة أن يتمسك بالمقاصة كما يستطيع المدين الأصلي أن يتمسك بها، إذ أن كلا منهما له مصلحة فى ذلك(١). وهذا ما لم يكن المحال عليه يعلم بسبب المقاصة وقت أن قبل الحوالة، فقد يستخلص من هذا العلم أنه نزل عن التمسك بالمقاصة. ولكن هذا لا يمنع المدين الأصلي من التمسك بها، فاذا ما فعل أمكن المحال عليه بعد ذلك أن يدفع بسقوط الدين بالمقاصة.

---

(١) أما التقنين المدنى الألمانى، فيقضى بنص صريح (م٤١٧)، بأن المحال عليه لا يستطيع أن يتمسك بالمقاصة التى كان المدين الأصلي يستطيع أن يتمسك بها، وذلك لأن المقاصة، فى هذا التقنين لا تقع إلا بإعلان عن الإرادة كما سيأتى (انظر التعليقات على التقنين المدنى الألمانى جزء أول م٤١٧ ص٦١٥) – وهذا هو الحكم أيضاً فى القانون السويسرى، دون أن يرد نص صريح بذلك فى تقنين الالتزامات السويسرى كما ورد فى التقنين المدنى الألمانى (انظر فى هذا المعنى مقال الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهمى فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص٦٣).

وقد رأينا، فى حوالة الحق، أن الفقرة الثانية من المادة ٣٦٨ مدنى تقضى بأنه «إذا كان المدين لم يقبل الحوالة ولكن أعلن بها، فلا تمنعه هذه الحوالة من أن يتمسك بالمقاصة». ويظهر الفرق واضحاً فى هذه المسألة بين حوالة الحق وحوالة الدين فيما لو كانت حوالة الدين قد انعقدت باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه، فإن المدين فى حوالة الدين رضى بالحوالة فنزل عن المقاصة كما قدمنا، أما المدين فى حوالة الحق فلم يقبل الحوالة ولكن أعلن بها فلا يمكن القول هنا بأنه نزل عن المقاصة كما أمكن القول بذلك فى حوالة الدين. بقيت الحالة التى تنعقد فيها حوالة الدين باتفاق بين الدائن والمحال عليه دون تدخل من المدين الأصلي، فإن المدين الأصلي فى هذه الحالة لم يقبل الحوالة حتى يفترض أنه قد نزل بهذا القبول عن المقاصة. وقد قدمنا أن المحال عليه يستطيع فى هذه الحالة أن يتمسك بالمقاصة لأن له مصلحة فى ذلك. وكذلك المدين الأصلي يبقى محتفظاً بحقه فى التمسك بالمقاصة. فإذا تمسك بها سقط الدين الذى كان فى ذمته للدائن قصاصاً فى الدين الذى كان فى ذمة الدائن له، وذلك بأثر رجعي من وقت تلاقى الدينين أى فى وقت سابق على الحوالة. فيستطيع المحال عليه من هذا الطريق أيضاً أن يدفع بسقوط الدين بالمقاصة إذا طالبه به الدائن، ويمتنع عليه الرجوع بشئ على المدين الأصلي لأنه لم يدفع شيئاً لحسابه، وهذه هى المصلحة التى تدفع المدين الأصلي إلى التمسك بالمقاصة. ونحن فى هذا الرأى الذى نقول به إنما نقيس المدين الذى يتمسك بالمقاصة بعد حوالة دينه على المدين الذى يتمسك بالمقاصة بعد تقادم حقه (انظر م٣٦٦ مدنى)، فكلاهما يتمسك بالمقاصة فى دين أو حق قد سقط عنه – الدين بالحوالة والحق بالتقادم – ما دام التلاقى بالحق أو الدين المقابل قد تم فى وقت سابق على هذا السقوط.

هـذا وقـد كـان المشـروع التـمـهـيـدى (م١/٤٥٣ من هذا المشـروع) ينص على أن «للمحال عليه أن يتـمـسك قبل الدائن بما كان للمدين من دفوع متعلقة بذات الدين، وليس له أن يتـمـسك بما كـان منهـا خـاصـا بشـخص المدين، وإنما يجوز له أن يتـمـسك بالدفوع الخاصة بشخصه هو[1]». وبالرغـم من تعـديل هذا النـص، فـان الاحكام التى وردت فيه صحيحة. وقد رأينا أنه لا يجوز للمحال عليه أن يتمسك بالدفوع الخاصة بشخص المدين الأصلى، كـالدفع باتحـاد الذمـة أو بالحق فـى الحبس[2]، وكـالدفع بنقص الأهليـة وبوقف تنفيذ العقد فى رأى. أما الدفـوع الخاصـة بشخص المحال عليه، فيستطيع هذا بداهة أن يتـمسك بهـا، ومن ثم يستطيع المحال عليه أن يتـمسك قبل الدائن بمقاصة وقعت بين الدين المحال به ودين له فى ذمـة الدائن، كـمـا يستطيع أن يتـمسك باتحاد الذمة بينه وبين الدائن[3].

٣٣٦- الدفوع المستمدة من عقد الحوالة: كذلك للمحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بجميع الدفوع المستمدة من عقد الحوالة. ذلك أن الحوالة كما رأينا إما أن تتم باتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه، وإما أن تتم باتفاق بين الدائن والمحال عليه.

فان تمت باتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه، ثم أقرها الدائن، فان حق الدائن فى مطالبة المحال عليه بالدين مستمد من هذا الاتفاق الذى أقرته، فان كان للمحال عليه دفع مستمد من هذا الاتفاق، فمن حقه أن يتمسك به قبل الدائن. مثل ذلك أن يدفع المحال عليه ببطلان الحوالة لانعدام التراضى، أو لعدم مشروعية المحل بأن كان الدين المحال به دين قمار مثلا، أو لعدم مشروعية السبب بأن قبل الحوالة مثلا لاستدامة علاقة جنسية غير مشروعة. ومثل ذلك أيضاً أن يطالب المحال عليه بابطال الحوالة لنقص فى أهليته أو لعيب وقع فى

---

(١) انظر تاريخ نص المادة ٣٢٠ مدنى آنفاً فقرة ٣٣٤ فى الهامش.

(٢) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى: «وعلى نقيض ذلك لا يجوز للمحال عليه أن يتمسك بالدفوع الخاصة بشخص الأصيل، كالدفع باتحاد الذمة أو بالحق فى الحبس. وقد يقصد إيثار الأصيل شخصياً بالإبراء من الدين أو بامتداد الأجل وعندئذ يمتنع التمسك بهما على المحال عليه» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص١٥٤).

(٣) وقد يقال إنه ما دامت الحوالة لا تنعقد فى كل من صورتيها إلا برضاء المحال عليه، وما دام المحال عليه قد رضى بأن يتحول الدين إلى ذمته، فإنه يكون قد أقر بوجود الدين، فينبغى أن يرتبط بهذا الإقرار، ومن ثم لا يجوز له التمسك بأى دفع ولو كان متعلقاً بذات الدين وغير خاص بشخص المدين. وهذا اعتراض يمكن دفعه بأن رضاء المحال عليه بالحوالة انما ينصرف إلى قبوله تحمل المدين. وهذا اعتراض يمكن دفعه بأن رضاء المحال عليه بالحوالة انما ينصرف إلى قبوله تحمل الدين فى حدود التزام المدين الأصلى به، فإذا قبل أن يلتزم إلى مدى أبعد من هذه الحدود، وجب أن يكون ذلك باتفاق خاص (أنظر فى هذا المعنى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص١٥٤ - التعليقات على التقنين المدنى الألمانى جزء أول م٤١٧ ص٦١٤).

إرادته، أو أن يطالب بانعدام الحوالة إذا كانت معلقة على شرط فاسخ تحقق أو شرط واقف لم يتحقق.

وإن تمت الحوالة باتفاق بين الدائن والمحال عليه، فمن باب أولى يجوز للمحال عليه أن يتمسك قبل الدائن – الذى كان طرفاً فى العقد – بجميع العيوب التى تلحق هذا الاتفاق، من تراض معدوم، أو محل غير مشروع، أو سبب غير مشروع، أو نقص فى الأهلية، أو عيب فى الإرادة، أو تحقق شرط فاسخ، أو عدم تحقق شرط واقف.

٣٣٧– الدفوع المستمدة من العلاقة ما بين المدين الأصلى والمحال عليه: يحدث كثيراً أن يكون سبب الحوالة موجوداً فى العلاقة التى تقوم ما بين المدين الأصلى والمحال عليه. مثل ذلك أن يبيع شخص عقاراً مرهوناً رهناً رسمياً إلى آخر، وفى عقد البيع ذاته يحول إلى المشترى الدين المضمون بالرهن حتى ينتقل إليه مع العقار المرهون (٣٢٢ مدنى). ومثل ذلك أيضاً أن يبيع صاحب المتجر متجره، ويحول إلى المشترى فى عقد البيع ذاته الديون التى على المتجر. فالمحال عليه فى هذين المثلين هو المشترى: مشترى العقار المرهون أو مشترى المتجر. وعلاقته بالمدين الأصلى – وهو البائع – يحددها عقد البيع: بيع العقار أو بيع المتجر. وفى هذه العلاقة بالذات يقوم سبب الحوالة، فلولا البيع لما كانت الحوالة. فإذا فرضنا أن البيع قد فسخ لسبب يقتضى الفسخ، بأن أخل البائع بأحد التزاماته مثلا، فهل يستطيع المشترى المحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بفسخ البيع، فيمتنع عن دفع الدين المحال به الذى ما كان ليقبل نقله إلى ذمته لولا أنه اشترى العقار المرهون أو المتجر؟

تجيب الفقرة الثانية من المادة ٤٥٣ من المشروع التمهيدى – وهى أصل المادة ٣٢٠ مدنى – على هذا السؤال بما يأتى: «وله (أى للمحال عليه) أيضاً أن يتمسك قبل الدائن بأوجه الدفع المستفادة من الرابطة القانونية التى كانت تربطه بالمدين الأصلى، إذا كانت تلك الرابطة هى السبب فى حوالة الدين وكان الدائن يعلم ذلك»[1]. ويستخلص من مفهوم هذا النص أن الدائن إذا كان يعلم وقت الحوالة أن المحال عليه ما كان ليقبل الحوالة لولا أنه اشترى العقار المرهون أو اشترى المتجر، فانه يكون من حق المحال عليه عندئذ أن يتمسك قبله بفسخ البيع، فيمتنع عن الوفاء له بالدين المحال به. وبمقتضى مفهوم العكس، إذا لم يكن الدائن قد علم وقت الحوالة بهذا السبب. لم يجز للمحال عليه أن يتمسك قبله بفسخ البيع، بل يبقى ملتزماً أن يفى بالدين المحال به بالرغم من هذا الفسخ، وله الرجوع على المدين الأصلى بما يدفع للدائن[2].

---

(١) انظر تاريخ نص المادة ٣٢٠ مدنى آنفاً فقرة ٣٣٤ فى الهامش.

(٢) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى: «وقد عرضت الفقرة الثانية من المادة ٤٥٣ لحكم حوالة الدين من حيث إمكان اعتبارها تصرفاً قانونياً مجرداً ينعزل عن =

وهذا هو الحكم الذى نرى الأخذ به فى هذه المسألة الدقيقة. وإذا كانت الفقرة الثانية من المادة ٤٥٣ من المشروع التمهيدى، وهى النص الذى نستمد منه هذا الحكم، قد حذفت فى لجنة المراجعة، فهى لم تحذف لأن الحكم المستمد منها غير صحيح، بل لعدم ضرورتها[١]، إذ يغنى عنها تطبيق القواعد العامة. وإذا رجعنا إلى القواعد العامة فى نظرية السبب، رأينا أن سبب الحوالة فيما قدمناه من الأمثلة، أى الباعث الذى دفع المحال عليه إلى قبول الحوالة، هو شراؤه للعقار المرهون أو للمتجر، وهو سبب فرضنا أن الدائن يعلم به. فإذا فسخ بيع العقار أو المتجر، انعدم السبب، وبطلت الحوالة. ولا يمكن أن تجرد التزام المحال عليه من سببه، فيكون التزاماً مجرداً (obligation abstraite)، إلا بنص صريح. وهذا النص قد وجد فى كل من التقنين المدنى الألمانى (م٤١٧) وتقنين الالتزامات السويسرى (م١٧٩)، فكان التزام المحال عليه فى هذين التقنينين التزاماً مجرداً، ولا يستطيع المحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بالدفوع المستمدة من العلاقة بينه وبين المدين الأصلى والتى كانت سبباً لالتزامه[٢]. أما فى التقنين المدنى المصرى، فلا يوجد نص بهذا المعنى.

=سببه، كما هو الشأن فى حوالة الحق. ويراعى أن وجه الحكم بين لا سبيل إلى الشك فيه متى انعقدت حوالة الدين بين الدائن والمحال عليه مباشرة بمعزل عن الأصيل. فالواقع أن الحوالة تكون فى هذه الحالة مستقلة كل الاستقلال عن رابطة المدين الأصيل بالمدين الجديد، ولا يكون للمحال عليه أن يحتج على الدائن بأوجه الدفع المستفادة من الرابطة القانونية التى كانت تربطه بالمدين الأصلى. ولكن وجه الحكم يختلف عن ذلك متى كانت هذه الرابطة قد قامت مقام السبب من الحوالة، كما هو الشأن فى بيع محل تجارى أو بيع عقار مع حوالة الديون المضمونة برهون عقارية على المشترى، فإن الحوالة تعتبر شقاً من البيع. وغنى عن البيان أن هذه الحالة تختلف كل الاختلاف عن حالة انعقاد الحوالة بين الدائن والمحال عليه مباشرة، إذ أن هذا التعاقد مستقل من كل وجه من علاقة المحال عليه بالمدين الأصيل. أما الحالة الثانية فيعرض فيها وضع مركب، فعلاقات المدينين هى التى تعتبر سبباً قانونياً لالتزام المحال عليه قبل الدائن. ولو قيل بغير ذلك لندر أن يتصدى شخص لتحمل دين عن شخص آخر فى مثل هذه الحالة. وللمحال عليه وفقاً لنص الفقرة الثانية من المادة ٤٥٣، أن يحتج على الدائن بالدفع بعدم الوفاء استناداً إلى تخلف الأصيل عن الوفاء بالتزامه فى بيع عقد بينهما، وله كذلك أن يحتج عليه بالتقايل فى هذا البيع. على إنه يشترط للتمسك بمثل هذه الدفوع أن يكون الدائن – والمفروض أنه يظل بمعزل عن الحوالة – قد علم بشروطها. وليس ينبغى أن يغيب عن البال أن هذه القاعدة مفسرة أو متممة فللمتعاقدين ملء الخيار فى الخروج عليها.. ويراعى من ناحية أخرى إنه إذا خصص دين كان المحال عليه ملزماً به قبل المدين الأصيل، وكان هذا الدين باطلاً، فلا يكون المحال عليه ملزماً قبل الدائن بأكثر من التزامه قبل المدين الأصيل، ويكون له أن يتمسك قبل الدائن ببطلان دينه قبل المدين الأصيل (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص١٥٤ – ص١٥٥).

(١) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص١٥٦ – وانظر تاريخ نص المادة ٣٢٠ مدنى آنفا فقرة ٣٣٤ فى الهامش.

(٢) فإذا اشترى شخص داراً، وتحمل فى عقد البيع بدين على البائع كان هذا قد اقترضه من آخر،، فإن المشترى المحال عليه يستطيع فى التقنين المدنى الألمانى، أن يحتج على الدائن المقرض بالدفوع =

بل كان قد وجد نص بعكسه، ولم يحذف هذا النص إلا لعدم الحاجة إليه، واكتفاء بتطبيق القواعد العامة. وقد رأينا أن تطبيق هذه القواعد فى نظرية السبب يؤدى إلى الحكم الذى نقول به[1].

الفرع الثانى
علاقة الدائن بالمدين الأصلى

٣٣٨- النصوص القانونية: تنص المادة ٣١٩ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«يضمن المدين الأصلى أن يكون المحال عليه موسراً وقت إقرار الدائن للحوالة، ما لم يتفق على غير ذلك»[2].

= المستمدة من عقد القرض وهو مصدر الدين المحال به، ولكنه لا يستطيع أن يحتج على هذا الدائن بالدفوع المستمدة من الرابطة التى قامت بينه وبين المدين الأصلى، وهى رابطة البيع، فلا يجوز مثلا أن يحتج على الدائن المقرض بعيب خفى فى الدار المبيعة (مقال الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهمى فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص٥٥- وانظر فيما يتعلق بتقنين الالتزامات السويسرى مثل ذلك أيضاً فى نفس المقال ص٦٤).

وانظر فى التقنين المدنى الألمانى التعليقات على هذا التقنين جزء أول م٤١٧ ص٦١٥ - ص٦١٦.

(١) وهذا بخلاف الإنابة فى الوفاء (délégation)، فسنرى أن المناب لا يحتج على المناب لديه بالدفوع التى يستطيع أن يحتج بها على المنيب، فالإنابة تصرف مجرد فى هذه الناحية، وذلك بموجب نص صريح ورد فى القانون هو المادة ٣٦١ مدنى (أنظر فقرة ٥٢٤ فيما يلى). وقد فرضنا فى الأمثلة التى قدمناها أن حوالة الدين انعقدت باتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه ثم أقرها الدائن، فأمكنه بذلك أن يتصل بالسبب الذى التزم من أجله المحال عليه بتحمل الدين، وأن يعلم به. أما إذا كانت الحوالة قد انعقدت باتفاق بين الدائن والمحال عليه دون اشتراك المدين الأصلى، فلا مناص من القول بأن العلاقة التى تربط المدين الأصلى بالمحال عليه لا شأن لها بهذا الاتفاق، بل هى أجنبية عنه، فلا يجوز إذن للمحال عليه أن يحتج على الدائن بدفوع يستمدها من هذه العلاقة. وهذا هو الحكم أيضاً فى حوالة الحق، فإن المحال عليه لا يحتج على المحال له بدفوع مستمدة من العلاقة التى تقوم بين المحال له والمحيل: أنظر آنفاً فقرة ٢٩٥. وأنظر فى كل ذلك ما سبق أن أوردناه فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص١٥٤- ص١٥٥ - وأنظر آنفاً فقرة ٣٣٧ فى الهامش.

(٢) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ٤٥٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٣١ من المشروع النهائى. ثم وافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣١٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص١٤٧ - ص١٤٨).

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق، إذ لم ينظم هذا التقنين حوالة الدين كما قدمنا.

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٣١٩- وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٠٦- وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٣٥٧-٣٥٨- ولا مقابل له فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى(١).

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى: م٣١٩ (مطابقة للمادة ٣١٩ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى الليبى: م٣٠٦ (مطابقة للمادة ٣١٩ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى العراقى: م٣٥٧: ١- لا يرجع المحال له بدينه على المحيل، إلا إذا اشترط فى الحوالة خيار الرجوع أو بطلت الحوالة المقيدة بسقوط الدين أو هلاك العين أو استحقاقها وفقاً للأحكام السابقة. ٢- أما مجرد تعذر استيفاء الدين من المحال عليه وتفليسه ولو بأمر المحكمة، فلا يوجبان بطلان الحوالة وعود الدين على المحيل.

م٣٥٨: الحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة عارية من حق التجريد، وللمحال له فى هذه الحالة أن يطالب إياً شاء من المحيل والمحال عليه.

ويلاحظ أن حوالة الدين فى التقنين المدنى العراقى تسير فى نصوصها على غرار الفقه الحنفى. ولما كانت حوالة الدين فى هذا الفقه أقرب إلى أن تكون كفالة كما قدمنا، إذ يجوز للدائن إذا وجد المحال عليه معسراً أن يرجع بالدين نفسه على المدين الأصلى، فكأن هذا الدين لم ينتقل من ذمة المدين الأصلى إلى ذمة المحال عليه وإنما انتقل حق المطالبة، فقد أراد التقنين المدنى العراقى فى هذا الموضع أن ينحرف عن الفقه الحنفى، ليماشى الفقه الغربى ويميز بين الحوالة والكفالة. فنص على أن مجرد تعذر استيفاء الدين من المحال عليه وتفليسه ولو بأمر المحكمة لا يوجبان بطلان الحوالة وعود الدين على المحيل. ولكنه أجاز للدائن أن يشترط فى الحوالة خيار الرجوع على المدين الأصلى، والرجوع هنا يكون لا بالدين نفسه كما يوهم النص، بل بالضمان، وهذا يضاهى فى التقنين المدنى المصرى ضمان الدين الأصلى ليسار المحال عليه. كذلك أجاز رجوع الدائن بالضمان على المدين الأصلى، إذا كان هذا قد قيد الحوالة بحق له فى ذمة المحال عليه أو بعين فسقط هذا الحق أو هلكت العين أو استحقت، فإن المفروض فى هذه الحالة أن الدائن عندما أجاز هذه الحوالة المقيدة قد احتفظ لنفسه بحق الرجوع بالضمان على المدين الأصلى. أما إذا أصر الدائن على استبقاء الدين فى ذمة المدين الأصلى واشترط عدم براءته من هذا الدين - وهذا غير اشتراطه الرجوع بالضمان الذى رأيناه فى الفرض المتقدم فإنه هنا يشترط الرجوع بنفس الدين - فإن الحوالة تكون فى هذه الحالة كفالة يستطيع الدائن فيها أن يطالب أياً شاء المدين الأصلى أو الكفيل (المحال عليه)، فهى كفالة عارية من حق التجريد، وهذا ما حرص التقنين المدنى العراقى على أن يذكره صراحة فى المادة ٣٥٨ (انظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٢٣٨ - فقرة ٢٣٩).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى: لا يوجد نص فى هذا التقنين يقابل النص الذى نحن بصدده. ويبدو أن المدين الأصلى، فى التقنين اللبنانى، لا يضمن يسار المحال عليه إلا باتفاق خاص. وإذا كان فى الحوالة تدليس أو غلط، فإن الحوالة تكون فى هذه الحالة قابلة للإبطال لمصلحة الدائن (انظر الأستاذ صبحى محمصانى فى انتقال الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص٥٧).

ويمكن تلخيص العلاقة ما بين الدائن والمدين الأصلى فى مسألتين: (١) براءة ذمة المدين الأصلى نحو الدائن (٢) وضمان المدين الأصلى للدائن يسار المحال عليه وقت إقرار الدائن للحوالة فى الصورة التى تنعقد بها الحوالة باتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه.

٣٣٩- براءة ذمة المدين الأصلى نحو الدائن: إذا انعقدت الحوالة باتفاق بين المحال عليه والدائن مباشرة دون تدخل المدين الأصلى، فان ذمة هذا المدين تبرأ من الدين بمجرد انعقاد الحوالة كما قدمنا دون حاجة إلى رضائه بذلك. فان الأجنبى يستطيع وفاء الدين عن المدين دون علمه ودون قبوله، فيستطيع كذلك أن يلتزم عنه بالدين، ومن ثم تبرأ ذمة المدين، وقد تقدم بيان ذلك.

أما إذا انعقدت الحوالة باتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه، فلا تبرأ ذمة المدين الأصلى نحو الدائن إلا إذا أقر الدائن الحوالة، فان الحوالة لا تسرى فى حقه إلا باقراره، فإذا لم يقرها بقى المدين الأصلى بالنسبة إليه، دون المحال عليه، هو المدين. أما بعد الإقرار فتبرأ ذمة المدين الأصلى من الدين نحو الدائن، ويصبح المحال عليه هو المدين[1].

ويترتب على ذلك أنه من وقت صيرورة الحوالة نافذة فى حق الدائن - سواء بعقدها معه مباشرة أو باقراره لها - تبرأ ذمة المدين الأصلى، فلا يستطيع الدائن أن يطالبه بالدين المحال به، ولا يطالب بهذا الدين إلا المحال عليه الذى انتقل الدين إلى ذمته.

٣٤٠- ضمان المدين الأصلى ليسار المحال عليه: هنا يجب التمييز بين صورتى الحوالة.

فان انعقدت الحوالة باتفاق بين الدائن والمحال عليه مباشرة دون تدخل المدين الأصلى، فان المدين الأصلى لا يضمن للدائن شيئاً، إذ هو لم يتدخل فى الحوالة، بل انعقدت دون رضائه، والذى عقدها هو الدائن، وعقدها مباشرة مع المحال عليه، فعلى الدائن فى هذه الحالة أن يتحمل إعسار المحال عليه ما دام هو الذى اختار الاتفاق معه[2]. وإنما تبرأ ذمة المدين الأصلى من الدين، كما تقدم القول، بالرغم من عدم ضمانه ليسار المحال عليه.

---

(١) وقد سبق القول أن الفقرة الأولى من المادة ٤٥٠ من المشروع التمهيدى كانت تنص على أنه « إذا أقر الدائن الحوالة، برئت ذمة المدين الأصلى وحل محله المحال عليه». وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة، لأنه مجرد تطبيق للقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص١٤٤ فى الهامش - وانظر آنفاً فقرة ٣٢٩ فى الهامش).

(٢) على أنه لا يوجد ما يمنع، بالرغم من أن الحوالة تكون قد انعقدت باتفاق بين الدائن والمحال عليه دون تدخل المدين الأصلى، من أن يتفق الدائن مع المدين الأصلى اتفاقاً مستقلا عن عقد الحوالة، يلتزم به المدين الأصلى بضمان يسار المحال عليه.

أما إذا انعقدت الحوالة باتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه وأقرها الدائن، ففى هذه الصورة يكون المدين الأصلى هو الذى عقد الحوالة، وهو الذى اختار المدين الجديد، ودعا الدائن إلى إقرار الحوالة، فافترض القانون أن المدين الأصلى قد أخذ على نفسه فى هذه الحالة أن يضمن للدائن يسار المحال عليه وقت إقرار الدائن للحوالة، كما تقرر ذلك صراحة المادة ٣١٩ مدنى التى تقدم ذكرها.

ولا شك فى أن هذا النص يقتصر على تفسير نية المتعاقدين، فيجوز الاتفاق على غير هذا الحكم، كما ورد ذلك فى النص ذاته. ومن ثم يجوز للمدين الأصلى أن يخلى نفسه من هذا الضمان فى هذا الاتفاق الذى يتم بينه وبين المحال عليه ويدعو الدائن إلى إقراره، أو فى اتفاق خاص بعد ذلك ولكن قبل إقرار الدائن للحوالة. فإذا اشترط المدين الأصلى عدم ضمانه ليسار المحال عليه، ورضى الدائن بهذا الشرط، فلا ضمان على المدين الأصلى.

كذلك يجوز – على النقيض مما تقدم – أن يشدد المدين الأصلى على نفسه الضمان، فيضمن يسار المحال عليه، لا وقت إقرار الدائن للحوالة فحسب، بل وقت حلول الدين المحال به، فيكون فى هذه الحالة بالنسبة إلى المحال عليه فى موقف يشبه موقف الكفيل.

لكن إذا لم يذكر المدين الأصلى فى الحوالة شيئا عن الضمان، فالمفروض أنه يضمن دون شرط يسار المحال عليه وقت إقرار الدائن للحوالة كما تقدم القول. فإذا كان الدين المحال به وقت إقرار الدائن للحوالة حالا، فعلى الدائن أن يبادر إلى استيفائه. فان وجد المحال عليه معسراً، رجع بالضمان على المدين الأصلى. وهو فى رجوعه على المدين الأصلى لا يرجع بالدين المحال به نفسه[1]، فان هذا الدين قد انتقل نهائياً بالحوالة إلى ذمة المحال عليه، وإنما يرجع بدين جديد نشأ من عقد الحوالة، وهو عقد يرتب فى ذمة الدين الأصلى بالضمان إلا بعد أن يرجع أولا على المحال عليه فيجده معسراً، فان رجع مباشرة على المدين الأصلى، كان لهذا أن يطلب منه البدء بتجريد المحال عليه. ولا يكلف بأن يدل الدائن على مال للمحال عليه يستوفى منه الدائن حقه، كما يكلف الكفيل بذلك، فان المدين الأصلى لا يكون مسئولا إلا إذا أثبت الدائن أنه رجع على المحال عليه أولا فوجده معسراً.

أما إذا تراخى الدائن فى مطالبة المحال عليه حتى أعسر، وذلك بالرغم من حلول الدين، فان المدين الأصلى لا يكون مسئولا ما دام المحال عليه كان موسراً وقت إقرار الدائن للحوالة. والدائن هو المقصر، فقد كان الدين حالا وقت إقراره للحوالة وكان المحال عليه موسراً، فبتراخيه

---

(١) أما فى المذهب الحنفى، فقد قدمنا أن الدائن يرجع بالدين نفسه على المدين الأصلى.

وإهماله ترك المحال عليه حتى أعسر، فيرجع باللائمة على نفسه، ولا يرجع على المدين الأصلى بشئ.

بقيت حالة ما إذا كان الدين المحال به لم يحل وقت إقرار الدائن للحوالة، وكان المحال عليه فى هذا الوقت موسراً ثم أعسر عند حلول الدين. فى هذه الحالة أيضاً لا يكون المدين الأصلى مسئولا، فان الضمان بحكم القانون يقتصر كما قدمنا على ضمان اليسار وقت إقرار الدائن للحوالة، وقد كان المحال عليه موسراً فعلا فى هذا الوقت، فتبرأ ذمة المدين الأصلى من التزامه بالضمان حتى لو أعسر المحال عليه بعد ذلك عند حلول الدين. وإذا أراد الدائن أن يجعل المدين الأصلى ضامناً ليسار المحال عليه وقت حلول الدين، فعليه أن يشترط ذلك صراحة قبل إقراره للحوالة.

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى: «تقضى الفقرة الأولى من المادة ٤٥٠ بأن إقرار الدائن للحوالة يستتبع براءة ذمة المدين الأصلى وإحلال المحال عليه محله. بيد أن أحكام هذه البراءة لا يجرى على إطلاقه، فإذا أقيم الدليل على أن المحال عليه كان معسراً عند انعقاد الحوالة (الصحيح عند إقرار الدائن للحوالة)، وأن الدائن كان يجهل هذا الإعسار، فلا تبرأ ذمة المدين الأصلى فى هذه الحالة. وتسرى هذه القاعدة من باب أولى متى كان الجهل راجعاً إلى تدليس أو إلى عيب من عيوب الرضاء»[1]. ويؤخذ على ما جاء فى هذه المذكرة ما يأتى: (١) أنها، على ما يبدو، تجعل ذمة المدين الأصلى فى حالة الضمان مشغولة بالدين المحال به ذاته. والصحيح أن الدين المحال به قد انتقل إلى ذمة المحال عليه، أما المدين الأصلى فمسئوليته قائمة على التزامه بالضمان. وهو التزام مستقل عن الدين المحال به، ولكل منهما مصدر يختلف عن مصدر الآخر. فمصدر الالتزام بالضمان عقد الحوالة، أما الدين المحال به فمصدره سبب آخر، قد يكون عقداً وقد يكون غير عقد، وفى جميع الأحوال ليس هو عقد الحوالة. (٢) يبدو أن المذكرة الإيضاحية تشترط، فى ضمان المدين الأصلى ليسار المحال عليه، أن يكون الدائن جاهلا أن المحال عليه معسر. والصحيح أن علم الدائن بهذا الإعسار أو جهله إياه لا شأن له بضمان المدين الأصلى ليسار المحال عليه وقت إقرار الحوالة، فهذا الضمان مقرر بصريح النص. أما علم الدائن باعسار المحال عليه، فغايته أنه قد يؤخذ قرينة على أن الدائن قد نزل عن هذا الضمان، والنزول عن الضمان لا يستخلص إلا إذا كانت نية الدائن واضحة فى ذلك[2]. (٣) فى حالة ما إذا كان جهل

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص١٥٥.

(٢) قارن الأستاذ عبد الحى حجازى٣ ص٢٨١- ص٢٨٢- والأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٣٨.

الدائن لإعسار المحال عليه راجعاً إلى تدليس أو إلى عيب آخر من عيوب الرضاء، يكون المدين الأصلي ضامناً ليسار المحال عليه، ولكن لا يرجع هذا الضمان إلى ما شاب الرضاء من عيب، وإنما يرجع إلى حكم القانون نفسه، فقد أوجب على المدين الأصلي بمقتضى عقد الحوالة ضمان يسار المحال عليه. فإذا كان الدائن قد أوقع فى تدليس جعله يظن أن المحال عليه موسر بينما هو معسر، فانه يستطيع فى هذه الحالة أن يرجع بتعويض للتدليس فوق رجوعه بالضمان(١).

الفرع الثالث
علاقة المدين الأصلي بالمحال عليه

٣٤١- التمييز بين حالتين: نميز هنا بين حالتين:

(الحالة الأولى) حالة الحوالة غير النافذة فى حق الدائن، بأن تكون قد انعقدت باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه، ولم يصدر إقرار لها من الدائن، أو صدر رفض منه لها.

(الحالة الثانية) حالة الحوالة النافذة فى حق الدائن، ويتحقق ذلك إما بأن تنفذ الحوالة باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه ويقرها الدائن، وإما بأن تنعقد رأساً بين الدائن والمحال عليه فان الحوالة تنعقد فى هذه الحالة نافذة فوراً فى حق الدائن.

المبحث الأول
الحوالة لم تنفذ فى حق الدائن

٣٤٢- النصوص القانونية: تنص المادة ٣١٧ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«١- ما دام الدائن لم يحدد موقفه من الحوالة إقراراً أو رفضاً، كان المحال عليه ملزماً قبل المدين الأصلي بالوفاء للدائن فى الوقت المناسب، ما لم يوجد اتفاق بغير ذلك. ويسرى هذا الحكم ولو رفض الدائن الحوالة».

«٢- على أنه لا يجوز للمدين الأصلي أن يطالب المحال عليه بالوفاء للدائن، ما دام هو

---

(١) ولا يوجب التقنين المدنى الألمانى، ولا تقنين الالتزامات السويسرى، ضمانا ليسار المحال عليه فى جانب المدين الأصلي (انظر بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٦٤ ص٨٨- ومقال الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهمى فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص٥٥).

لم يقم بما التزم به نحو المحال عليه بمقتضى عقد الحوالة»[1].

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق، لأن هذا التقنين كما قدمنا لم ينظم حوالة الدين.

ويقابل النص فى التقنينات العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٣١٧- وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٠٤ - ولا مقابل له لا فى التقنين المدنى العراقى ولا فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى[2].

ويتبين من النص المتقدم الذكر:

(١) إن الاتفاق ما بين المحال عليه والمدين الأصلى على حوالة الدين يلزم الأول نحو الثانى أن يفى بالدين المحال به للدائن فى الوقت المناسب، سواء أقر الدائن الحوالة أو رفضها، وذلك ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره.

(٢) ولكن هناك فرقاً بين هذا الاتفاق وبين الاشتراط لمصلحة الغير، فان المدين الأصلى لم يشترط لمصلحة الدائن أن يفى له المحال عليه بالدين، بل ذهب إلى مدى أبعد من ذلك واشترط تخليص ذمته هو من الدين، بأن اتفق مع المحال عليه على نقل الدين إلى ذمته وذلك فيما بينهما.

---

(١) **تاريخ النص**: ورد هذا النص فى المادة ٤٤٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. وفى لجنة المراجعة سئل عن تحديد معنى عبارة «فى الوقت المناسب»، فأجيب بأن المفروض على المحال عليه أن يدرأ عن المدين الأصلى كل مطالبة، ووافقت اللجنة على النص تحت رقم ٣٢٩ من المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣١٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص١٤٤- ص١٤٥).

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى: التقنين المدنى السورى** م٣١٧ (مطابقة للمادة ٣١٧ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى الليبى م٣٠٤ (مطابقة للمادة ٣١٧ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى العراقى: لم يرد نص مقابل، ولكن الحكم الذى يستخلص من نص التقنين المدنى المصرى متفق مع القواعد العامة، فلا مانع من تطبيقه فى العراق. أما ما ورد فى التقنين المدنى العراقى من نصوص فى علاقة المدين الأصلى بالمحال عليه، فكلها تفترض أن الحوالة نافذة فى حق الدائن، وسنذكرها فى موضعها.

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى: لم يرد نص مقابل. على أنه قد ورد فى صدر الفقرة الثالثة من المادة ٢٨٧ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى العبارة الآتية «وإذا لم يجز الدائن الانتقال بطل». ويفهم من هذا النص أن التقنين اللبنانى، خلافاً للتقنين المصرى، يفرض أن نية المدين الأصلى والمحال عليه، فى اتفاقهما على الحوالة، قد انصرفت إلى عدم ترتيب أى أثر على هذا الاتفاق إذا لم يقره الدائن.

(٣) وهذا الاتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه على الحوالة هو كل لا يقبل التجزئة، فإذا كان المدين الأصلى قد التزم بشئ نحو المحال عليه فى نظير التزام المحال عليه نحوه ولم يقم بالتزامه، لم يكن له أن يطالب المحال عليه أن يقوم هو بالتزامه.

(٤) والاتفاق على النحو الذى فصلناه هو على كل حال قابل للتعديل فيه أو للعدول عنه باتفاق آخر بين الطرفين، وذلك إلى أن يصدر إقرار الدائن للحوالة.

ونعالج هذه المسائل متعاقبة.

٣٤٣- الاتفاق على الحوالة يلزم المحال عليه نحو المدين الأصلي: قدمنا أن المفروض فى الحالة التى نحن بصددها أن الحوالة انعقدت باتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه. فقبل أن يصدر الدائن إقراره، يكون هذا الاتفاق ملزماً للمحال عليه نحو المدين الأصلى. والذى يلتزم به المحال عليه هو التزام بعمل (obligation de faire)، إذ يلتزم بتخليص ذمة المدين الأصلى من الدين فى الوقت المناسب. والوقت المناسب هو عادة وقت حلول الدين المحال به. ولا يوجد ما يمنع من الاتفاق على أن يكون الوقت المناسب غير ذلك، كأن يكون وقت مطالبة الدائن للمدين الأصلى بالدين. وإذا لم يذكر الطرفان شيئاً فى هذا الخصوص، فالمهم هو أن يدرأ المحال عليه عن المدين الأصلى كل مطالبة من الدائن[١].

وقيام المحال عليه بالتزامه هذا يكون عادة بوفائه الدين المحال به للدائن. ويجوز أن يسلم المحال عليه مقدار الدين للمدين الأصلى ليقوم هذا بنفسه بالوفاء لدائنه، فان ذلك يكفى لتخليص المدين الأصلى من مطالبة الدائن[٢].

---

(١) أنظر ما دار فى لجنة المراجعة هذا الصدد (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص١٤٥- وانظر تاريخ نص المادة ٣١٧ مدنى آنفا فقرة ٣٤٢ فى الهامش).

(٢) وليس من الضرورى أن يخلص المحال عليه ذمة المدين الأصلى من الدين نحو الدائن فوراً عقب الاتفاق كما أنه لا يكفى أن يرد المحال عليه إلى المدين الأصلى ما دفعه للدائن عقب مطالبة هذا إياه، فإن المدين الأصلى باتفاقه على الحوالة مع المحال عليه أراد أن يدرأ عن نفسه هذه المطالبة. بل الواجب أن يقوم المحال عليه بوفاء الدين عندما يطالب الدائن به المدين الأصلى، أو أن يسلم المدين الأصلى مقدار الدين ليدفعه للدائن فيدرأ مطالبته (أنظر فى هذا المعنى مقال الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهمى فى مجلة مصر المعاصرة ٣ ص١٥٠).

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «ولا يستتبع التزام المحال عليه بقضاء حق الدائن عند الاستحقاق تخويل المدين حق مطالبة المحال عليه بأن يعمل على إبراء ذمته قبل الدائن فور الوقت. بل كل ما هنالك أن هذا الالتزام يخول للمدين، إذا طالبه الدائن قضائياً، حق الرجوع على المحال عليه باعتبار أنه قد تعهد بالوفاء عنه ليجنبه هذه المطالبة (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص١٥٠).

فإذا لـم يقم المحال عليه بالتزامه هذا، كان للمدين الأصلى أن يرجع عليه بالتعويض وفقاً للقواعد العامة[1]. فهـو لا يرجـع عليه بالدين المحال به ذاته، بل يرجع عليه بتعويض من جراء إخلاله بالتزامه من درء مطالبة الدائن. ويجوز للمدين الأصلى أن يتفق مع المحال عليه أن يقدم له تأمينات خاصة، كرهن أو كفيل، لضمان الوفاء بهذا الالتزام، أما التأمينات التى تكفل الدين المحال به فهى لا تكفل رجوع المدين الأصلى بالتعويض على المحال عليه[2].

وهذا الالتزام فى ذمة المحال عليه نحو المدين الأصلى يبقى قائماً حتى لو رفض الدائن إقرار الحوالة، فان عدم إقرار الدائن للحوالة لا يستتبع سقوط الاتفاق على حوالة الدين بين المدين الأصلى والمحال عليه. بل يبقى المحال عليه ملتزماً نحو المدين الأصلى، بعد رفض الدائن إقرار الحوالة، بأن يخلصه من مطالبة الدائن. وله، فى الوفاء بالتزامه هذا، إما أن يفى بالدين فعلا للدائن – وليس للدائن أن يرفض قبول الوفاء فهو مجبر على قبوله ولو من أجنبى – وإما أن يعطى للمدين الأصلى مقدار الدين لدفعه للدائن[3](1).

هذا هو الأثر الذى يترتب على الاتفـاق بين المحـال عليـه والمدين الأصلى على حـوالة

---

(١) الأستاذ عبد الحى حجازى٣ ص٢٨٠.

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «وإذا تخلف المحال عليه عن الوفاء بالتزامه، فللمدين الأصلى متى طولب بالدين أن يرجع عليه بالتعويضات. وينص تقنين الالتزامات السويسرى (م٣/١٧٥) على أن للمدين المحيل أن يطلب إلى المحال عليه تقديم تأمينات خاصة لضمان الوفاء بالتزامه. وبديهى أن للمتعاقدين أن يشترطا ذلك فى عقد الحوالة.دون حاجة إلى نص فى القانون» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص١٥٠).

(٣) وقد ورد فى التعليقات على التقنين المدنى الألمانى فى هذا الصدد ما يأتى: «ويجب أن يلاحظ أخيراً أن رفض الدائن إقرار الحوالة، إذا لم يوجد اتفاق مخالف، يبطل العقد العينى الذى ينقل الدين، ولكنه يبقى قائماً العقد المنشئ لالتزامات شخصية الذى تنطوى عليه الحوالة، ومن ثم تبقى التزامات المحال عليه نحو المحيل» (التعليقات على التقنين المدنى الألمانى جزء أول م٤١٥ ص٦٠٨).

(1) وان كـانت حـوالة الدين – التى انعـقـدت بين المطعـون عليـه الأول وهو المدين الأصلى وبين مـورث الطاعنين – غير نافذة فى حق الدائن المطعون عليه الثانى لعدم اعلانه بها وقبولها لها إلا أنها صحيحة ونافذة بين طرفيها، ومن مقتضاها طبقاً للمادة ٣١٧ من القانون المدنى التزام المحال عليه بالوفاء بالدين فى الوقت المناسب، وهو عادة وقت حلول الدين، وقد يتفق الطرفان على تحديد ميعاد آخر للوفاء، فإذا خلت الحوالة من النص على شئ فى هذا الخصوص، فانه يكـون على المحـال عليه أن يدرأ عن المدين الأصلى كل مطالبة من الدائن – سواء بوفائه الدين المحال به للدائن، أو بتسليمه للدين الأصلى ليقوم بنفسه بالوفاء به لدائنه ولازم ذلك ومقتضاه أنه طالما كان الدين قائما قبل المدين الأصلى، فان التزام المحال عليه يظل قائما كذلك ولا يسقط بالتقادم.

(جلسة ١٩٧٣/١/٢٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ ص٨٨)

الدين، من حيث إلزام المحال عليه نحو المدين الأصلي. وغنى عن البيان أن الطرفين يستطيعان في عقد الحوالة الاتفاق على غير ذلك، إذ أن لهما الحرية الكاملة في تحديد العلاقة التي تقوم بينهما بموجب هذا العقد. فلهما مثلا أن يتفقا على أنه إذا لم يقر الدائن الحوالة، فان الاتفاق الذي كان قائماً بينهما يسقط تبعاً لذلك، ولا يعود المحال عليه ملزماً لا نحو الدائن ولا نحو المدين الأصلي نفسه بأداء الدين المحال به ولا بتخليص المدين الأصلي من مطالبة الدائن. ولهما كذلك أن يتفقا على أن عقد الحوالة لا ينتج أثره منذ البداية إلا إذا أقره الدائن، بحيث لا يرتب هذا العقد في ذمة المحال عليه، قبل إقرار الدائن له، أي التزام نحو المدين الأصلي، فإذا ما صدر إقرار الدائن أصبح المحال عليه، ليس ملزماً فحسب بتخليص المدين الأصلي من مطالبة الدائن، بل ملزماً أيضاً نحو الدائن مباشرة بوفاء الدين له[1]. ونفرض فيما قدمناه أن الاتفاق المخالف قد ورد في عقد الحوالة ذاته. وسنرى فيما يلي أن للطرفين فوق ذلك، بعد إبرام عقد الحوالة وفي اتفاق مستقل، أن يعدلا في هذا العقد أو أن يعدلا عنه.

٣٤٤- الفرق بين الاتفاق على الحوالة والاشتراط لمصلحة الغير: وقد يقال، بعد تحليلنا للاتفاق الذي يتم على الحوالة بين المدين الأصلي والمحال عليه على النحو الذي قدمناه، أن هذا الاتفاق فيه اشتراط لمصلحة الغير، فقد اشترط المدين الأصلي على المحال عليه لمصلحة الدائن أن يفي له بالدين المحال به، ومن ثم يتولد من هذا الاتفاق حق مباشر للدائن يصبح باقراره غير قابل للنقض، وذلك وفقاً للقواعد المعروفة في الاشتراط لمصلحة الغير.

ولكن هذا التأصيل لا يتفق مع التأصيل الصحيح للاتفاق على الحوالة ما بين المدين الأصلي والمحال عليه، وذلك من وجهين:

(الوجه الأول) ليس الغرض من هذا الاتفاق أن يشترط المدين الأصلي على المحال عليه

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «من المسلم أن للمتعاقدين كامل الخيار في تحديد ما يترتب بينهما من الآثار بمقتضى تعاقد صريح. فلهما أن يشترطا اعتبار الحوالة غير قائمة إلى أن يتم إقرارها، كما أن لهما أن يشترطا اقتصار الحوالة على إنشاء مجرد التزام على عاتق المحال عليه بقضاء حق الدائن. ويختلف الحكم باختلاف التشريعات عند سكوت المتعاقدين عن اشتراط أمر معين. فالتقنين اللبناني (م٣/٢٨٧) والتقنين الصيني (م٣٠٢) يفترضان أن نية المحيل والمحال عليه تنصرف، في هذه الحالة، إلى عدم ترتيب أي أثر لتعاقدهما إذا لم يقره الدائن. أما المشروع (م١/٤٤٨)، فقد اقتفى، على نقيض ذلك، أثر التقنين الألماني (م٣/٤١٥)، واختار الحكم الوارد في النص طبقاً لمبدأ إعمال التصرفات القانونية ما وجد سبيل إلى ذلك» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص١٤٩).

لمصلحة الدائن أن يفى له بالدين المحال به. بل الغرض أن يشترط المدين الأصلى لمصلحة نفسه هو، لا لمصلحة الدائن، أن يخلصه المحال عليه من الدين الذى فى ذمته للدائن بأن يدرأ عنه أية مطالبة من هذا الدائن.

(الوجه الثانى) وعندما يقر الدائن هذا الاتفاق الذى تم بين المدين الأصلى والمحال عليه، فليس يفعل ذلك كما يفعل المنتفع فى إقراره الاشتراط لمصلحته ليصبح نافذاً فى حقه. ذلك أن الاتفاق ما بين المدين الأصلى والمحال عليه ليس إشتراطاً لمصلحة الغير كما قدمنا، بل هو أبعد مدى من ذلك. هو اتفاق ينقل الدين المحال به فعلا من ذمة المدين الأصلى إلى ذمة المحال عليه فى العلاقة فيما بينهما، فهو اتفاق ناقل للدين منذ البداية. فإذا أقره الدائن، أصبح انتقال الدين سارياً فى حقه هو أيضاً، وأصبح المحال عليه، ليس فحسب فى علاقته بالمدين الأصلى بل أيضاً فى علاقته بالدائن، هو الملتزم وحده بالدين.

وهذا التصوير هو تصوير التقنين المدنى الألمانى، نقله عنه التقنين المدنى المصرى الجديد(١).

---

(١) وقد أوردت التعليقات على التقنين المدنى الألمانى التصويرات الفنية لحوالة الدين فى المراحل المختلفة التى مر عليها المشروعان الأول والثانى للتقنين المدنى الألمانى. ففى المشروع الأول صورت حوالة الدين التصوير الفنى الذى قال به وندشايد (Windcheid) (انظر آنفاً فقرة ٣٠٨ فى الهامش) على النحو الآتى: كما أن الدائن فى حوالة الحق يتصرف فى الحق بإحالته إلى غيره، كذلك المحال عليه فى حوالة الدين يتصرف فى الدين بإحالته إلى ذمته. ولكن الدائن فى حوالة الحق يتصرف فى حق مملوك له، أما المحال عليه فى حوالة الدين فيتصرف فى دين مملوك لغيره وهو الدائن. ومن ثم وجب أن يقر الدائن هذا التصرف، حتى يكون نافذاً فى حقه. على أن الاتفاق الذى تم بين المحال عليه والمدين الأصلى، وهو تصرف ناقل للدين، ينطوى فى الوقت ذاته على عقد منشئ لالتزامات شخصية، منها التزام فى ذمة المحال عليه أن يحصل على إقرار الدائن للتصرف. وقد هوجم هذا التصوير أمام اللجنة الثانية للمشروع، ووجه بتصوير آخر، هو أن المحال عليه والمدين الأصلى باتفاقهما على الحوالة قد صدر منهما إيجاب مشترك موجه إلى الدائن. والاتفاق على الحوالة، فى هذا التصوير الآخر، ليس إلا عقداً منشئاً لالتزامات شخصية وليس بعقد ناقل للدين، كما أنه لا يرتب فى ذمة المحال عليه التزاماً بالحصول على إقرار الدائن للحوالة. وما دام المحال عليه إنما يعرض على الدائن إيجاباً يشترك فيه مع المدين الأصلى، فإنه يجوز له العدول عن هذا الإيجاب قبل صدور الإقرار من الدائن. وحتى إذا صدر الإقرار فإن الدين ينتقل من وقت صدوره، ولا يستند بأثر رجعى إلى وقت الاتفاق على الحوالة الذى تم بين المحال عليه والمدين الأصلى. وقد رفضت اللجنة الثانية هذا التصوير الآخر بأغلبية كبيرة، إذ هو لا يستجيب إلى مقتضيات التعامل فى أمرين جوهريين: فهو يجيز للمحال عليه أن يرجع فى الحوالة بعقد اتفاقه عليها مع المدين الأصلى، وهو يؤخر انتقال الدين إلى وقت إقرار الدائن للحوالة. فأدخلت تعديلات على هذا التصوير الثانى انتهت به إلى تصوير ثالث، يكون فيه الاتفاق على الحوالة بين المحال عليه والمدين الأصلى اتفاقاً منشئاً لالتزامات شخصية كما هو الأمر فى التصوير الثانى، وليس بعقد =ناقل للدين على خلاف التصوير الأول، ولكن=

٣٤٥- الاتفاق على الحوالة كل لا يقبل التجزئة - عدم الوفاء بالتزام يستتبع عدم الوفاء بالالتزام المقابل: وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٣١٧ مدنى تنص على ما يأتى: «على أنه لا يجوز للمدين الأصلى أن يطالب المحال عليه بالوفاء للدائن، ما دام هو لم يقم بما التزم به نحو المحال عليه بمقتضى عقد الحوالة». فالاتفاق على الحوالة بين المدين الأصلى والمحال عليه قد يكون اتفاقاً ملزماً للجانبين. مثل ذلك أن يبيع المدين الأصلى للمحال عليه داراً، وفى مقابل ثمنها يتحمل المحال عليه بدين فى ذمة البائع. فى مثل هذه الحالة يكون التزام المحال عليه بتحمل الدين هو فى مقابل الدار التى اشتراها، فإذا لم يقم البائع بتسليم الدار إلى المحال عليه أو بنقل ملكيتها إليه وفقاً للقواعد المقررة، لم يكن له أن يطالب المحال عليه بوفاء الدين المحال به للدائن، ما دام هو - البائع - لم يقم بما التزم به نحو المحال عليه[1].

= الإيجاب المشترك المعروض على الدائن مستخلصاً من هذا الاتفاق هو إيجاب ملزم لا يجوز الرجوع فيه. وبذلك زال أحد الاعتراضين الجوهريين الموجهين إلى التصوير الثانى، وأصبح لا يجوز للمحال عليه أن يرجع فى الحوالة بعد اتفاقه عليها مع المدين الأصلى. ولكن بقى الاعتراض الثانى، وهو الوقت الذى ينتقل فيه الدين. ففى التصويرين الثانى والثالث، ما دام الاتفاق على الحوالة بين المحال عليه والمدين الأصلى هو مجرد إيجاب مشترك معروض على الدائن، فإن انتقال الدين لا يتم إلا من وقت إقرار الدائن، ولا يستند بأثر رجعى إلى وقت الاتفاق. من أجل ذلك رجعت اللجنة إلى التصوير الأول بعد أن أعادت النظر فيه. ففى هذا التصوير الأول يعتبر الاتفاق على الحوالة بين المحال عليه والمدين الأصلى تصرفاً فى الدين صادراً من المحال عليه، فرأت اللجنة أن هذا التصرف ليس صادراً من المحال عليه فحسب، بل هو صادر أيضاً من المدين الأصلى، ومن ثم لا محل لقيام التزام فى ذمة المحال عليه نحو المدين الأصلى للحصول على إقرار الدائن للحوالة، وقد كان قيام هذا الالتزام هو الاعتراض الجوهرى على التصوير الأول. ومنذ عدل التصوير الأول على هذا الوجه قبلته اللجنة نهائياً كتصوير فنى لحوالة الدين على الأساس الآتى: يعد الاتفاق على الحوالة الذى تم بين المحال عليه والمدين الأصلى مشتملا على عقدين، ١- عقد منشئ لالتزامات شخصية، فالمحال عليه قد التزم نحو المدين الأصلى أن يخلص ذمته من الدين المحال به، دون أن يلتزم بالحصول على إقرار الدائن للحوالة ودون أن يلتزم بتخليص ذمة المدين الأصلى قبل حلول الدين المحال به، ٢- وعقد ناقل للدين، وهو عقد مجرد (contrat abstrait)، قد نقل الدين من ذمة المدين الأصلى إلى ذمة المحال عليه فى حدود العلاقة فيما بينهما، دون اعتداد بسبب هذا العقد إذ هو عقد مجرد كما سبق القول. فإذا ما أقر الدائن هذا العقد، أصبح انتقال الدين نافذاً فى حقه لا من وقت الإقرار فحسب، بل مستنداً بأثر رجعى إلى وقت قيام العقد، أى إلى وقت الاتفاق بين المحال عليه والمدين الأصلى. وإذا لم يقر الدائن العقد الناقل للدين، بطل هذا العقد وحده، وبقى العقد الأول المنشئ لالتزامات شخصية قائماً بين المحال عليه والمدين الأصلى (انظر التعليقات على التقنين المدنى الألمانى جزء أول م٦٠٢ - ص٦٠٨).

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص١٥٠.

ويلاحظ أن ما قدمناه لا يسري فحسب في علاقة المحال عليه بالمدين الأصلي، بل هو يسري أيضاً في علاقة المحال عليه بالدائن فيما إذا أقر الدائن الحوالة. فقد رأينا أنه يجوز للمحال عليه أن يحتج على الدائن بالدفوع المستمدة من العلاقة بينه وبين المدين الأصلي، إذا كان الدائن عالماً بهذه العلاقة وبما يترتب عليها من الدفوع، وفقاً للقواعد العامة في نظرية السبب[1]. ففي المثل المتقدم إذا طالب الدائن المحال عليه بالدين المحال به بعد إقراره للحوالة، وكان يعلم أن المحال عليه إنما التزم بالحوالة في مقابل الدار التي اشتراها من المدين الأصلي، جاز للمحال عليه أن يمتنع عن الوفاء ما دام المدين الأصلي لم يسلم له الدار التي باعها إياه والتي كان ثمنها هو السبب في الحوالة.

٣٤٦- الاتفاق على الحوالة قابل للتعديل فيه وللعدول عنه باتفاق آخر: هذا وإذا كان الاتفاق على الحوالة بين المدين الأصلي والمحال عليه ملزماً للمحال عليه على النحو الذي قدمناه، فانه من جهة أخرى قابل للتعديل فيه أو للعدول عنه. ولكن ذلك لا يكون بارادة المحال عليه وحدها، لأنه قد التزم نهائياً بموجب الاتفاق فلا يستطيع أن يتنصل من التزامه، وإنما يجوز، باتفاق جديد بينه وبين المدين الأصلي، أن يعدل في الاتفاق الأول أو أن يلغيه أصلا فتزول الحوالة[2].

وكل هذا جائز إلى أن يقر الدائن الحوالة. فإذا ما أقرها تعلق حقه بها، ولم يعد يجوز، حتى باتفاق كل من المدين الأصلي والمحال عليه، تعديل الاتفاق أو العدول عنه. بل يصبح انتقال الدين المحال به من ذمة المدين الأصلي إلى ذمة المحال عليه بالنسبة إلى الدائن انتقالا نهائيا، ويستند بأثر رجعي إلى وقت الاتفاق على الحوالة بين المدين الأصلي والمحال عليه. وللدائن مطالبة المحال عليه بالدين المحال به، بل ليس له أن يطالب به غيره إذ قد برئت ذمة المدين الأصلي منه بموجب الحوالة، وذلك حتى لو اتفق المدين الأصلي والمحال عليه بعد إقرار الدائن للحوالة على إلغائها[3].

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٣٧.

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص١٥٠.

(٣) انظر التعليقات على التقنين المدني الألماني جزء أول م٤١٥ ص٦٠٧.

المبحث الثانى

الحوالة نافذة فى حق الدائن

٣٤٧- الحالتان اللتان تكون الحوالة فيهما نافذة فى حق الدائن: قدمنا أن هناك حالتين تكون الحوالة فيهما نافذة فى حق الدائن: (أولاهما) حالة ما إذا تمت الحوالة باتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه وأقرها الدائن. و(الحالة الثانية) حالة ما إذا تمت الحوالة رأساً باتفاق بين الدائن والمحال عليه دون تدخل من المدين الأصلى، ففى هذه الحالة تنعقد الحوالة نافذة فوراً فى حق الدائن، كما قدمنا، إذ هو نفسه كان طرفا فيها.

٣٤٨- يعتبر المحال عليه قد أدى للمدين الاصلى التزاماً بقيمة الحوالة: ومنذ أصبحت الحوالة نافذة فى حق الدائن، فان المحال عليه يكون ملتزماً نحوه بالدين المحال به، وتبرأ ذمة المدين الأصلى من هذا الدين. ويترتب على ذلك أن المدين الأصلى يكون قد أفاد من الحوالة بمقدار الدين المحال به، وقد حصل على هذه الفائدة منذ برئت ذمته من الدين، أى منذ أصبحت الحوالة نافذة فى حق الدائن فالتزم المحال عليه بالدين نحوه. فكأن المحال عليه قد أدى للمدين الأصلى التزاماً بقيمة الدين المحال به، وأداه منذ أن أصبحت الحوالة نافذة فى حق الدائن، أى منذ أن أصبح هو ملزماً نحو الدائن بالدين المحال به دون حاجة إلى أن يفى فعلا بهذا الدين[1].

وقد يكون المحال عليه، فى تأديته للمدين الأصلى التزاماً بقيمة الدين المحال به، قد قصد

---

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص١٥١- وقارن مقال الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهمى فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص٥٤.

وهذا بخلاف التقنين المدنى العراقى فى الحوالة المطلقة، فقد ورد فى شأن هذه الحوالة نصان فى هذا التقنين، هما المادتان ٣٥٩ و٣٦٠. فتنص المادة ٣٥٩ على أنه «إذا أحال المحيل حوالة مطلقة، فإن لم يكن عند المحال عليه دين أو عين مودعة أو مغصوبة، فله أن يطالب المحال عليه بعد الحوالة إلى أن يؤدى المحال عليه الدين للمحال له، فإن أداه سقط ما عليه قصاصاً بقدر ما أدى. وواضح من ذلك أن التقنين المدنى العراقى يفرض فى الحوالة المطلقة أنه ما دام المدين الأصلى لم يقيد الحوالة بالدين أو العين، فقد احتفظ لنفسه بالحق فى المطالبة بهما حتى بعد الحوالة، إلى أن يؤدى المحال عليه الدين المحال به للدائن، فعندئذ تقع المقاصة بين ما على المدين الأصلى للمحال عليه وماله عنده. ولو أراد هذان أن ينقطع بعد الحوالة حق المحال عليه فى مطالبة المدين الأصلى بالدين أو بالعين، فأمامهما للحوالة المقيدة وقد وردت فيها نصوص كثيرة فى التقنين المدنى العراقى، فما عليهما إلا أن يقيدا الحوالة بما للمدين الأصلى فى ذمة المحال عليه. وتنظيم الحوالة المقيدة إلى جانب الحوالة المطلقة فى التقنين المدنى العراقى هو الذى يبرر الحكم المتقدم. على أنه ليس هناك إطلاقا ما يمنع المشرع - من ناحية السياسة التشريعية التى يختطها - من أن يرجئ رجوع المحال عليه على المدين الأصلى إلى وقت وفاء المحال عليه بالدين للدائن، فيفترض أن نية الطرفين قد انصرفت إلى هذا الحكم ما لم يوجد اتفاق مخالف (انظر فى هذا المعنى مقال الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهمى فى مجلة مصر المعاصرة =

أن يؤدى هذه القيمة على سبيل القرض، ففى هذه الحالة يرجع على المدين الأصلى بما أقرضه إياه طبقاً لشروط القرض الذى تم بينهما. وقد يكون قاصداً أن يفى للمدين الأصلى بدين ترتب فى ذمته قبله[1] كثمن لم يتم أداؤه، ففى هذه الحالة تبرأ ذمة المحال عليه من الثمن بمجرد قيام الدين المحال به فى ذمته للدائن وقبل الوفاء بهذا الدين. وقد يكون قاصداً أن يتبرع للمدين الأصلى بقيمة الدين الذى تحمل عنه به، ففى هذه الحالة تكون العلاقة بينهما علاقة تبرع تطبق فى خصوصها القواعد العامة فى التبرع. والأمر بعد متعلق بنية الطرفين، فقد تنصرف إلى خلاف ما قدمناه، وقد يشترط المحال عليه الرجوع على المدين الأصلى بما التزم به نحو الدائن، ولو قبل الوفاء للدائن، بل ولو كان فى ذمته للمدين الأصلى دين يصلح للمقاصة[2].

فرجوع المحال عليه على المدين الأصلى، بعد أن يلتزم بالدين المحال به نحو الدائن، يتوقف على العلاقة التى قامت بينه وبين المدين الأصلى. وهذه العلاقة هى التى تحدد متى يكون هناك رجوع، وكيف يكون.

=سنة ١٩٣١ ص٥٤– وقارن الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٢٤٠ ص٢٢٢، وهو ينعى هنا أيضاً، دون مبرر، على المادتين ٣٥٩ و٣٦٠ من التقنين المدنى العراقى التعقيد والغموض!).

ويلاحظ أخيراً أن المحال عليه يرجع على المدين الأصلى، فى التقنين العراقى، بالدين المحال به لا بما أدى، أى يرجع بدعوى الحلول، والحلول هنا قانونى إلا إذا كان متفقاً عليه قبل وفاء الدين المحال به.

(١) وهذا هو ما يعرف بالحوالة المقيدة فى الفقه الإسلامى وسيأتى ذكرها. وللتمييز بين الحوالة المقيدة والحوالة المطلقة فى الفقه الإسلامى أهمية بالغة سبقت الإشارة إليها (انظر آنفاً فقرة ٢٤٠).

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «يقصد المحال عليه من تحمل الدين إلى النتيجة التى كان يصل إليها لو إنه التزم قبل المدين بأداء تكليف معادل لقيمة هذا الدين. فلو فرض أن المحال عليه تحمل عن المدين ديناً مقداره ١٠٠ جنيه، فهو يقصد من ذلك إما إلى إقراض المدين مثل هذا المبلغ، وإما إلى التبرع له به، وإما إلى الوفاء له بدين ترتب فى ذمته من قبل كباقى ثمن لم يتم أداؤه. ويراعى أن نية المحال عليه تنصرف، فى هذه الحالة الأخيرة، إلى الوفاء بباقى الثمن من طريق تحمل الدين عن المحيل، وبهذا تبرأ ذمته على الفور من المطالبة بمقتضى عقد البيع ... بيد أن إرادة المتعاقدين قد تنصرف إلى خلاف ذلك، فالأمر لا يعدو والحال هذه مجرد التنويه بقاعدة مفسرة أو متممة، للأفراد مطلق الخيار فى الخروج عليها» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص١٥٠– ص١٥١).

هذا وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً هو المادة ٤٥٢ من هذا المشروع، وكان يجرى على الوجه الآتى: «إذا أقر الدائن حوالة الدين، اعتبر المحال عليه قد أدى للمدين الأصلى التزاماً بقيمتها». فحذفت هذه المادة فى لجنة المراجعة «لأن حكمها مستفاد من القواعد العامة» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص١٤٦ فى الهامش).

٣٤٩- الحوالة المقيدة: ونفرض أن المحال عليه كان فى ذمته دين للمدين الأصلى، وأن الحوالة حين تمت على أساس أن يؤدى المحال عليه الدين المحال به من الدين الذى فى ذمته للمدين الأصلى. وهذا ما يعرف فى الفقه الإسلامى بالحوالة المقيدة، فهى حوالة قيدت بوفاء الدين المحال به من الدين الذى فى ذمة المدين الأصلى.

وحكم الفقه الحنفى فى هذه الحوالة المقيدة أن الدين الذى فى ذمة المحال عليه للمدين الأصلى يكون مخصصاً لأداء الدين المحال به. وينقطع حق المدين الأصلى فى مطالبة المحال عليه بهذا الدين، ويكون هذا الدين بمنزلة الرهن عند الدائن، وإن لم يكن رهناً لسببين: (١) إذا أفلس المدين الأصلى قبل أن يؤدى المحال عليه الدين المحال به للدائن، فليس الدائن أحق من سائر الغرماء بالدين الذى تقيدت به الحوالة. (٢) ولو توى هذا الدين عند المحال عليه، لا يسقط الدين المحال به فى مقابلة هلاك الرهن، خلافا لقواعد الرهن المقررة فى الفقه الإسلامى[١]. ويستخلص من ذلك أن ملكية الدين الذى تقيدت به الحوالة لم تنتقل إلى الدائن، بل ان هذا الدين ليس رهناً عنده[٢].

وهذه الأحكام المقررة فى الفقه الحنفى تخالف القواعد العامة عندنا، فان المدين الأصلى إذا قيد الحوالة بدين له فى ذمة المحال عليه، فالمفروض أنه قد انصرفت نيته فى ذلك إلى جعل المحال عليه يفى بالدين المحال به من الدين الذى تقيدت به الحوالة. فبمجرد أن تصبح الحوالة نافذة فى حق الدائن، ويصبح المحال عليه ملتزماً نحوه بالدين المحال به، فان المحال عليه يكون قد أدى للمدين الأصلى التزاماً بقيمة هذا الدين، أى يكون قد أدى الدين الذى تقيدت به الحوالة. فتبرأ ذمته منه نحو المدين الأصلى، كما تبرأ ذمة المدين الأصلى من الدين المحال به نحو الدائن. ولو أعسر المدين الأصلى قبل أداء المحال عليه الدين المحال به للدائن، فليس لدائنى المدين الأصلى أن يشاركوا الدائن فى الدين الذى تقيدت به الحوالة. ونظير ذلك مقابل الوفاء (provision) فى الكمبيالة، فان قواعد القانون التجارى تقضى بجعل مقابل الوفاء هذا بمثابة الدين الذى تقيدت به الكمبيالة والكمبيالة نفسها بمثابة حوالة. ويعتبر ساحب الكمبيالة هو المدين الأصلى، والمسحوب عليه هو المحال عليه، وحامل الكمبيالة هو الدائن. ونصوص التقنين التجارى صريحة فى أن مقابل الوفاء يكون ملكاً لحامل الكمبيالة، فقد نصت المادة ٤٠٤ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ (كانت تقابلها المادة ١١٤ من قانون التجارة السابق) ١ - تنتقل ملكية تقابل الوفاء بحكم القانون إلى حملة

---

(١) وقد سبق بحث هذه المسألة تفصيلا فى الفقه الإسلامى انظر آنفا فقرة ٢٤٠.

(٢) ولكن لو ظهرت براءة المحال عليه من الدين الذى قيدت به الحوالة - كما إذا كان الدين ثمن مبيع فاستحق المبيع أو كان وديعة فهلكت - فإن الحوالة تبطل، لأن الدين الذى قيدت به يعتبر سبباً لها، وقد انعدم فانعدمت.

الكمبيالة المتعاقبين ٢ – وإذا كان يقابل الوفاء أقل من قيمة الكمبيالة كان للحامل على هذا المقابل الناقص الحقوق المقررة له على المقابل الكامل . ويسرى هذا الحكم إذا تقابل الوفاء دينا تنازعا عليه أو غير حال عند استحقاق الكمبيالة . فيكفى إذن أن يكون لساحب الكمبيالة (المدين الأصلى) دين فى ذمة المسحوب عليه (المحال عليه) ليتعلق حق حامل الكمبيالة (الدائن) بهذا الدين، ويترتب على ذلك أن إفلاس الساحب قبل حلول ميعاد استحقاق الكمبيالة لا يؤثر فى حق حامل الكمبيالة، فيكون لهذا وحده دون سائر دائنى الساحب الاستيلاء على مقابل الوفاء[1] . وقد نصت المادة ٤٠٦ من قانون التجارة الجديد (كانت تقابلها المادة ١١٥ من قانون التجارة السابق) على هذا الحكم «إذا أفلس الساحب ولو قبل حلول ميعاد استحقاق الكمبيالة فللحامل دون غيره منه» دائنى الساحب استيفاء حقه من قبل الوفاء الموجود على وجه صحيح لدى المسحوب عليه.

وعلى هذا الوجه حورت أحكام الفقه الحنفى فى الحوالة المقيدة فى التقنين المدنى العراقى، حتى تتفق هذه الأحكام مع القواعد العامة المقررة فى كل من التقنينين المصرى والعراقى. فنصت المادة ٣٦١ من التقنين المدنى العراقى على ما يأتى:

«١– إذا كانت الحوالة مقيدة بدين للمحيل على المحال عليه أو عين مودعة أو مغصوبة، فلا يملك المحيل بعد الحوالة مطالبة المحال عليه، ولا المحال عليه الدفع للمحيل، فلو دفع له ضمن للمحال له ويكون له الرجوع على المحيل» .

«٢– ولو أعسر المحيل قبل أداء المحال عليه الدين، فليس لسائر الغرماء أن يشاركوا المحال له» .

ويلاحظ أن الأحكام المتقدمة التى نص عليها التقنين المدنى العراقى إنما هى نتيجة

(١) الأستاذ محمد صالح فى شرح القانون التجارى جزء ٢ فقرة ٥٣– أما فى التقنين التجارى المختلط، فقد كان حامل الكمبيالة لا يتملك مقابل الوفاء إلا فى حالتين: حالة تخصيص المقابل (وهذا التخصيص هو الذى يضاهى فى الفقه الإسلامى تقييد الحوالة) وحالة قبول المسحوب عليه للكمبيالة. وكانت المادة ١٢٠ من التقنين المدنى المختلط تجرى فى هذا المعنى على الوجه الآتى: «ومع ذلك يكون مقابل الوفاء ملكاً لحامل الكمبيالة فى يوم استحقاق دفع قيمتها إذا كان عين خصيصاً لوفائها، وكان المسحوب عليه قد قبل مع علمه هذا التعيين أو أخبر به قبل إفلاس الساحب سواء كان باخبار الساحب أو بعمل بروتستو عدم القبول أو عدم الدفع ولو كان عمله بعد الميعاد. أما إذا لم يحصل التعيين المذكور فيدخل مقابل الوفاء فى روكية غرماء الساحب إذا كان القبول لم يحصل قبل علم القابل بالإفلاس». ومن هذا يتبين أن مقابل الوفاء يكون مملوكاً لحامل الكمبيالة فى التقنين التجارى الوطنى، سواء كانت الحوالة المقيدة أو مطلقة. وكذلك كان الحكم فى التقنين التجارى المختلط، فإن مقابل للوفاء فى هذا التقنين كان يعتبر مملوكاً لحامل الكمبيالة فى حالة التخصيص وهذه هى الحوالة المقيدة، وفى حالة قبول الكمبيالة من المسحوب عليه وهذا هو شأن كل حوالة، مقيدة كانت أو مطلقة، فإن قبول المحال عليه ضرورى لانعقاد الحوالة فى جميع الأحوال.

مستخلصة من تطبيـــق القواعد العامة، فتسرى دون نص، فيما يتعلق بالحوالـــة المقيـدة على الوجه الذى حددناه، فى البلاد العربية الأخرى: مصر وسورية وليبيا ولبنـــان[1].

٣٥٠- حالة ابطال الحوالة: والأحكام التى قدمناها فى تحديد العلاقة ما بين المدين الأصلى والمحال عليه إنما تسرى إذا بقيت الحوالة قائمة، فانها مبنية على التزام المحال عليه بموجب الحوالة بالدين المحال به نحو الدائن.

فإذا عرض للحوالة ما يبطلها - سواء كانت باتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه وأقرها الدائن أو كانت باتفاق بين الدائن والمحال عليه - فان التزام المحال عليه بالدين المحال به نحو الدائن يزول بزوال الحوالة، ويعود الدين إلى ذمة المدين الأصلى بجميع توابعه، دون إخلال بحقوق الغير[2]. ويقتضى الدائن من المحال عليه أو من المدين الأصلى تعويضاً فى مقابل ما لحقه من الضرر، إما بسبب فقد تأمينات سبق ترتيبها وإما لأى سبب آخر، ما لم يثبت المحال عليه أو المدين الأصلى أنه لا يد له فى إبطال الحوالة (م١٨٠ من تقنين الالتزامات السويسرى). ومتى أبطلت الحوالة، وعاد الدين المحال به إلى ذمة المدين الأصلى كما قدمنا، لم يعد للمحال عليه رجوع على المدين الأصلى، فقد كان حقه فى الرجوع قائماً على أساس التزامه بالدين المحال به نحو الدائن، وقد زال هذا الالتزام بابطال الحوالة، فزال تبعاً لذلك حقه فى الرجوع[3].

---

(١) قارن الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٢٤١.

(٢) وذلك ككفيل عينى لم يرض بالحوالة، فزال الرهن المترتب على ماله، ثم عاد الرهن بإبطال الحوالة، وكان هذا الكفيل قد رتب للغير حقاً على المال المرهون فى الفترة ما بين انعقاد الحوالة وإبطالها.

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى ما يأتى: «وتطبق القواعد العامة عند إبطال الحوالة، فيراعى أولا أن الدين القديم يعود سيرته الأولى بجميع توابعه، دون إخلال بحقوق الغير، ويراعى من ناحية أخرى أن الدائن يكون له أن يقتضى من المحال عليه تعويضاً فى مقابل ما لحقه من الضرر، إما بسبب فقد تأمينات سبق ترتيبها وإما بأى سبب آخر، ما لم يثبت المحال عليه أن بطلان الحوالة والضرر الحادث يرجعان إلى سبب لا يد له فيه: انظر المادة ١٨٠ من تقنين الالتزامات السويسرى والمادة ٢/٤٥٣ من المشروع. ويلاحظ أخيراً أنه لا يجوز للمدين الأصيل فى الشريعة الإسلامية أن يطالب المحال عليه بما له قبله إلا فى حدود ما يربو عن الدين المحال به» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص١٥١).

القسم الثالث

انقضاء الالتزام

(Extinction des Obligations)

تمهيد

تحديد أسباب انقضاء الالتزام وتقسيم هذه الأسباب

٣٥١- مصير الالتزام حتما إلى الانقضاء: الحق الشخصي أى الالتزام، بخلاف الحق العينى، مصيره حتما إلى الزوال، فلا يجوز أن يبقى المدين ملتزماً للدائن إلى الأبد، فان ذلك يتعارض مع الحرية الشخصية. والأصل براءة الذمة، أما شغلها بالالتزام فأمر عارض، والعارض لا يدوم. وهذا لا يمنع بطبيعة الحال أن يكون المدين ملتزماً مدى حياة الدائن - لا مدى حياته هو - كما فى الإيراد المرتب مدى الحياة. أما إذا التزم المدين فعلا طول حياته، فان القانون يعالج هذا الموقف بطريقة أو بأخرى حتى لا يجعل الالتزام أبدياً. فمثلا إذا تعهد شخص بأن يؤدى على الدوام إلى شخص آخر وإلى خلفائه من بعده دخلا دائماً (م٥٤٥ مدنى)، فان هذا الدخل الدائم يكون قابلا للاستبدال فى أى وقت شاء المدين، ويقع باطلا كل اتفاق يقضى بغير ذلك (م١/٥٤٦ مدنى). وإذا جاز الاتفاق على ألا يحصل الاستبدال ما دام مستحق الدخل حياً، أو على ألا يحصل قبل انقضاء مدة لا يجوز أن تزيد على خمس عشرة سنة (م٢/٥٤٦ مدنى)، فانه لا يجوز الاتفاق على ألا يحصل الاستبدال ما دام المدين بالدخل حياً، فان هذا تأبيد للالتزام فلا يجوز.

وإذا كان عقد الشركة غير معين المدة، انتهت الشركة بانسحاب أحد الشركاء، على أن يعلن الشريك إرادته فى الإنسحاب إلى سائر الشركاء قبل حصوله، وألا يكون انسحابه عن غش أو فى وقت غير لائق (م١/٥٢٩ مدنى).

وعقد الإيجار يلزم كلا من المؤجر والمستأجر لمدة محدودة، فإذا عقد الإيجار دون اتفاق على مدة، أو عقد لمدة غير معينة، اعتبر الإيجار منعقداً للفترة المعينة لدفع الأجرة، وينتهى بانقضاء هذه الفترة بناء على طلب أحد المتعاقدين إذا هو نبّه على المتعاقد الآخر بالإخلاء فى مواعيد بينها القانون (م٥٦٣ مدنى).

وعقد العمل يبرم لخدمة معينة أو لمدة معينة، فإذا أبرم لمدة حياة العامل أو رب العمل أو لأكثر من خمس سنوات، جاز للعامل بعد انقضاء خمس سنوات أن يفسخ العقد دون تعويض على أن ينظر رب العمل إلى ستة أشهر (م٦٧٨ مدنى).

وهكذا نستطيع أن نعدد الأمثلة التى تدل على أن الالتزام لا يجوز أن يكون أبدياً، بل إن مصيره حتما إلى الزوال.

وفى هذا يختلف الالتزام، كما قدمنا، عن الحق العينى. فان أهم الحقوق العينية، وهو حق الملكية، حق مؤبد بطبيعته، ولا يصح إلا أن يكون مؤبداً، حتى إذا انتقل إلى مالك آخر

فانه يتأبد بهذا الانتقال. والحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية – كحق الانتفاع وحق الارتفاق – بعضها قد يكون مؤبداً، كحق الارتفاق إذا لم تحدد له مدة فانه يتأبد مع حق الملكية الذى يلزمه، وحق الانتفاع مدى الحياة، وبعضها قد يكون مؤقتاً، كما إذا حددت مدة معينة لحق الانتفاع أو لحق الارتفاق.

ومن ثم كانت نظرية انقضاء الحقوق العينية محدودة الأهمية، بعكس نظرية أسباب كسب الحقوق العينية فان لها المكان الأول من الأهمية. وعلى النقيض من ذلك الالتزام. فان نظرية أسباب انقضائه قد لا تقل فى الأهمية عن نظرية مصادره، بل إن هناك تقابلا ملحوظاً بين مصادر الالتزام وأسباب انقضائه، فالالتزام ينشأ وينقضى بالتصرف القانونى وبالواقعة المادية، ولابد له من مصدر ينشئه كما لا بد له من سبب يقضيه.

٣٥٢– تحديد أسباب انقضاء الالتزام: ونرى من ذلك الأهمية البالغة لمعرفة متى ينقضى الالتزام ما دام أنه حتما سينقضى، فلابد إذن من تحديد أسباب انقضاء الالتزام.

وقد حددها التقنين المدنى الجديد فى ثمانية أسباب: (١) الوفاء (٢) الوفاء بمقابل (٣) التجديد والإنابة فى الوفاء (٤) المقاصة (٥) اتحاد الذمة (٦) الإبراء (٧) استحالة التنفيذ (٨) التقادم.

وكثيراً ما تختلط هذه الأسباب بأسباب لا تمت لها بصلة، كالإبطال والفسخ والرجوع ونحو ذلك من أسباب زوال العقد. فهناك فرق واضح بين زوال العقد – وهو مصدر الالتزام – وزوال الالتزام ذاته. غير أنه قد يكون هناك تفاعل ما بين الشيئين، إذ قد يزول العقد بسبب من أسباب زواله فتنقضى بذلك تبعاً الالتزامات الناشئة من هذا العقد، وقد تزول الالتزامات الناشئة من العقد بسبب من أسباب انقضائها فينقضى العقد تبعاً لذلك أو يصبح غير ذى موضوع(١).

على أنه من الخير أن نفصل ما بين أسباب انقضاء الالتزام وأسباب زوال العقد، كما فصلنا ما بين الالتزام والعقد، إذ أن الخلط بين الشيئين من شأنه أن يورث الغموض والاضطراب(٢).

---

(١) دى باج ٣ فقرة ٣٩١.

(٢) وقد ينقضى الالتزام بتحقق الشرط الفاسخ أو عدم تحقق الشرط الواقف، ولكن الشرط وصف فى الالتزام كما رأينا لا سبب لانقضائه. وله أثر رجعى، فيعتبر الالتزام كأنه لم يوجد بتحقق الشرط الفاسخ أو بعدم تحقق الشرط الواقف، والفرق واضح بين التزام لم يوجد والتزام وجد ثم انقضى. أما الأجل الفاسخ فى الالتزام الزمنى فقد رأينا أنه عنصر الزمن الجوهرى فى الالتزام، بل هو محل الالتزام، فانقضاؤه هو استيفاء للالتزام فيكون انقضاء الالتزام آتياً عن طريق الوفاء.

والموت قد يكون سبباً فى انتهاء العقد فينقضى بانتهائه الالتزام، كما فى الوكالة وعقد العمل والإيراد المرتب مدى الحياة.

فتقتصر إذن على أسباب انقضاء الالتزام الثمانية التى حددها التقنين المدنى، وننظر كيف يمكن تقسيم هذه الأسباب.

٣٥٣- طريقان لتقسيم أسباب انقضاء الالتزام: ويمكن تقسيم هذه الأسباب من وجوه عدة. ولكننا نقف عند تقسيمين اثنين، أحدهما تقسيم علمى، والآخر تقسيم عملى[١]. وبالتقسيم العملى أخذ التقنين المدنى المصرى الجديد، وسنتابعه فى الأخذ به.

٣٥٤- التقسيم العلمى - التصرف القانونى والواقعة المادية: والتقسيم العلمى لأسباب انقضاء الالتزام هو نفس التقسيم العلمى لمصادره، كما سبق القول، فتنقسم أسباب الانقضاء، كما تنقسم المصادر، إلى التصرف القانونى (acte juridique) والواقعة المادية (fait matériel). وقد سبق أن ميزنا، فى الجزء الأول من الوسيط، بين التصرف القانونى والواقعة المادية، فلا نعود إلى ذلك. ونقتصر هنا على بيان ما يعتبر من أسباب الانقضاء واقعة مادية، وما يعتبر منها تصرفاً قانونياً.

فأسباب الانقضاء التى تعتبر واقعة مادية هى: (١) اتحاد الذمة، ويتلخص فى واقعة اجتماع صفتى المدين والدائن فى شخص واحد. (٢) استحالة التنفيذ، فالسبب الأجنبى الذى يجعل الالتزام ينقضى هو واقعة مادية لا تنسب إلى خطأ المدين. فإذا استحال تنفيذ الالتزام بخطأ المدين، فان الخطأ، وهو أيضاً واقعة مادية، لا يقضى الالتزام، بل يحوله إلى تعويض. (٣) التقادم، وهو واقعة مادية هى انقضاء زمن معين، فينقض الالتزام بانقضائه. (٤) المقاصة إذ هى تقابل دينين من نوع واحد بشروط معينة. وتقترن هذه الواقعة المادية، فى التقنين المدنى الجديد، على غرار التقنينين الألمانى والسويسرى، بتصرف قانونى هو إعلان أحد طرفى المقاصة لإرادته فى التمسك بها، فالمقاصة إذن واقعة مركبة (fait com-plexe)، كالشفعة فى أسباب كسب الملكية. أما فى التقنين المدنى السابق وفى التقنين المدنى الفرنسى، فالمقاصة واقعة مادية محضة تقع بمجرد تقابل الدينين دون حاجة إلى التمسك بها.

وأسباب الانقضاء التى تعتبر تصرفاً قانونياً هى: (١) الوفاء، وهو واقعة مختلطة (fait

---

(١) وهناك تقسيمات أخرى، نشير منها إلى اثنين: (أ) هناك أسباب تقضى الالتزام بطريق غير مباشر عن طريق انقضاء العقد بالإبطال أو الفسخ أو الرجوع أو نحو ذلك، وأسباب تقضى الالتزام بطريق مباشر كالوفاء والتجديد والإبراء والتقادم (بيدان ولاجارد٩ فقرة ٩٩٠). (ب) أسباب انقضاء الالتزام ترجع إما لإرادة المتعاقدين كما فى الأجل الفاسخ والإبراء، وإما لانعدام أحد أركان الالتزام كما فى اتحاد الذمة وهلاك المحل، وإما للتنفيذ بمقابل كما فى الوفاء بمقابل والمقاصة، وإما للتقادم (بلانيول وريبير وبولانجيه٢ فقرة ١٩٨٣). أنظر أيضاً فى تقسيم أسباب الالتزام دى باج ٣ فقرة ٣٩٠- فقرة ٣٩١.

(١) أنظر أيضاً جوسران٢ فقرة ٨٣٣.

(mixte)، إذ هو مزيج من تصرف قانونى وعمل مادى، ولكن التصرف القانونى هو الغالب. (٢) الوفاء بمقابل، وهو مثل الوفاء. (٣) التجديد، إذ هو اتفاق بين أطراف متعددين كما سنرى. (٤) الإبراء، إذ هو إرادة منفردة، وقد كان اتفاقاً فى التقنين المدنى السابق.

٣٥٥- أهمية هذا التقسيم العلمى محدودة: وهذا التقسيم يعين على تفهم حقيقة علمية هى أن جميع مصادر الحقوق وأسباب انقضائها تنحصر فى التصرف القانونى والواقعة المادية. ولكن نظرية التصرف القانونى والواقعة المادية لم تعد بعد مراحلها الأولى فى الفقه، ولم يحن الوقت لاتخاذ هذا التقسيم أساساً لبحث الموضوع، كما بينا ذلك فى الجزء الثانى من الوسيط.

والجمع بين أسباب الانقضاء التى هى تصرف قانونى فى جهة، وبين أسباب الانقضاء التى هى واقعة مادية فى جهة أخرى، أهميته محدودة. ويمكن القول بوجه عام أن الأسباب التى هى تصرفات قانونية تشترك جميعاً فى أنها تعبير عن الإرادة، يقتضى أن تتوافر أهلية معينة، وأن يكون خالياً من عيوب الإرادة، وأن يكون له محل وسبب. ولا كذلك الأسباب التى هى وقائع مادية فهذه لا تخضع لنظرية التصرف القانونى، وهى مجرد وقائع مادية لا تقتضى أهلية، ولا تدخلها عيوب الإرادة، ولا أهمية فيها للمحل، ولا يقوم بها سبب.

وسنعرض لذلك عند الكلام فى كل سبب من أسباب الانقضاء، ولكننا لا نتخذ هذا التقسيم العلمى أساساً لبحث الموضوع لما قدمناه، ونؤثر أن نتبع التقسيم العلمى الذى سار عليه التقنين المدنى الجديد، وننتقل الآن إليه.

٣٥٦- التقسيم العملى - انقضاء الالتزام بتنفيذه عيناً أو بتنفيذه بمقابل أو دون تنفيذ: ويقسم التنفيذ المدنى الجديد - ومثله تقنين الموجبات والعقود اللبنانى[1] - أسباب انقضاء الالتزام أقساماً ثلاثة:

(القسم الأول) ويتضمن انقضاء الالتزام بتنفيذه عيناً، أى بقضاء نفس محل الالتزام،

هذا وتنص المادة ٢٩٠ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على ما يأتى: «تسقط الموجبات أولا - بتنفيذها وهو الوجه الطبيعى لسقوطها (الإيفاء). ثانياً - بتدبير أو حادث يضمن للدائن الحصول على منفعة غير التى يحق له أن يطلبها (كالإبقاء بأداء العوض وتجديد الموجب والمقاصة واتحاد الذمة). ثالثاً - بأسباب تسقط الموجب أو يمكن أن تسقطه مع قطع النظر عن حصول الدائن على منفعة ما (كاستحالة التنفيذ والإبراء من الدين ومرور الزمن). وتنص المادة ٢٩١ من نفس التقنين على ما يأتى: «إن سقوط الموجب الأصلى يؤدى إلى سقوط الموجبات الفرعية والتأمينات المنقولة التى كانت مختصة بالدين. وينشأ عنه حق محو القيود المختصة بالتأمينات غير المنقولة».

وهذا القسم لا يشمل إلا الوفاء (paiement). وهو الطريق المألوف لقضاء الدين، وما عداه ليس أصلا مثله بل بديلا عنه.

(القسم الثاني) ويتضمن انقضاء الالتزام بتنفيذه، لا بالوفاء عيناً، بل بما يعادل الوفاء. ويشمل (١) الوفاء بمقابل (dation an paiement). (٢) والتجديد (novation)، فهو يقضي التزاماً قديماً بالتزام جديد. (٣) والمقاصة (compensation)، فهو يقضي التزاماً بالتزام يقابله. (٤) واتحاد الذمة (confusion)، فهو يقضي الدين عن طريق أن يصبح المدين نفسه دائناً بهذا الدين.

(القسم الثالث) ويتضمن انقضاء الالتزام دون أن ينفذ لا عيناً ولا بمقابل. ويشمل: (١) الإبراء (remise de dette)، إذ ينزل الدائن عن حقه دون مقابل. (٢) استحالة التنفيذ بسبب أجنبي (impossibilité d'exécution due à une cause étrangère)، إذ يقضي السبب الأجنبي الالتزام دون تعويض أو أي مقابل آخر. (٣) التقادم المسقط (prescription extinctive)، إذ ينقضي الالتزام بمضي مدة معينة دون أن ينفذ لا عيناً ولا بمقابل[١].

ونتناول في أبواب ثلاثة متعاقبة هذه الأقسام الثلاثة لأسباب الانقضاء.

---

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص١٦٦.

الباب الأول
انقضاء الالتزام بتنفيذه عينا
الوفاء (*)

(LE PAIEMENT)

مقدمة
التكييف القانونى للوفاء
وما يترتب على هذا التكييف

٣٥٧ – التكييف القانونى للوفاء : الوفاء واقعة مختلطة (fait mixte) كما قدمنا ، فهو يجمع بين التنفيذ المادى للالتزام ، كتسليم مبلغ من النقود أو إقامة بناء أو الامتناع عن المنافسة ، وبين الاتفاق على قضاء الدين والاتفاق تصرف قانونى (١).

---

* **مراجع** : أوبرى ورو ٤ – بودرى وبارد ٢ – بلانيول وريبير وردوان ٧ – بيدان ولا جارد – دى باج ٣. جونسكو (Jonesco) فى الآثار القانونية للوضع الظاهر فى القانون الخاص رسالة من ستراسبورج سنة ١٩٢٧ – لاباتى (Labatut) فى نظرة الميسرة رسالة من تولوز سنة ١٩٢٧ – ميلوياك (Miloac) فى نظرة الميسرة رسالة من باريس سنة ١٩٣٦ – ديفو (Deveau) رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ – بانسييه (Pansier) رسالة من مونبيلييه سنة ١٩٣٧ – ساراكاريه (Sarah Carré) رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ – رولان تكسييه (Roland Texier) رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ – لورين (Laurain) رسالة من بوردو سنة ١٩٤٠ – الدكتور عبدالباسط جميعى فى الوضع الظاهر رسالة من القاهرة سنة ١٩٥٥.

ديمونتيس (Demnontès) الوفاء بطريق الشيكات قد قبض من ناحية الضريبة على الإيراد فى مجلة دافعى الضرائب نوفمبر سنة ١٩٣٤ .

(١) والوفاء والتنفيذ العينى للالتزام هما فى الواقع شئ واحد ، وقد عمدت بعض التقنينات الحديثة، كتقنين الالتزامات السويسرى وتقنين الالتزامات البولونى ، إلى عدم الفصل بينهما وإدماجهما جميعاً فى مكان واحد . ولكن جرت التقاليد على أن يقسم هذا الموضوع قسمين ، فما يتعلق بكيفية التنفيذ العينى يذكر فى آثار الالتزام ، وما يتعلق بالتنفيذ باعتباره سبباً لانقضاء الالتزام – ويتناول ذلك تعيين من يقوم بالوفاء ولمن يكون الوفاء وما هو محل الوفاء – يذكر فى أسباب انقضاء الالتزام . وقد نزل التقنين=

ولكن الوفاء إذا كان واقعة مختلطة ، فانه يغلب فيه عنصر التصرف القانونى ، ولذلك يلحق عادة بالتصرفات القانونية . وقد يكون من الممكن أن نكيفه بأنه تصرف قانونى عينى (acte juridique réel) ، إذ هو تصرف لا يتم إلا بعمل مادى هو التنفيذ (١) .

٣٥٨ – ما يترتب على هذا التكييف : ويخلص مما تقدم أن الوفاء هو اتفاق على قضاء الدين . ومن ثم يكون هناك أمران : (أولا) أن الوفاء اتفاق . و (ثانياً) أنه اتفاق على قضاء الدين .

ونتناول بالبحث كلا من هذين الأمرين :

١ – الوفاء اتفاق

٣٥٩ – ما يترتب على أن الوفاء اتفاق : ما دام الوفاء اتفاقا (convention) بين الموفى والموفى له ، فهو إذن تصرف قانونى (act juridique) يجرى عليه ، من الأحكام ما يجرى على سائر التصرفات القانونية (١) .

فلابد فيه من التراضى ، أى تراضى الموفى والموفى له على وفاء الالتزام ، والتراضى

= المدنى الجديد على هذه التقاليد . وبعض الفقهاء يعالجون الوفاء فى باب تنفيذ الالتزام (أنظر على سبيل المثال بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٤٥٩) .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : «جرى المشروع على التقليد اللاتينى ، فعزل الأحكام المتعلقة بالوفاء عن الأحكام المتعلقة بآثار الالتزام، مع ما بين هذه وتلك من وثيق الصلات فى نواح عدة . وقد بلغ من أمر الصلات أن عمد بعض التقنينات ، كالتقنين السويسرى والتقنين البولونى ، إلى الخروج على ذلك التقليد وجمع هاتين الطائفتين من الأحكام تحت عنوان مشترك هو تنفيذ الالتزامات. على أن اختيار مذهب الفصل قد اقتضى المشروع عناية خاصة لتجنب التكرار، حيث لا يؤمن توقيه إزاء ما بين هذه الأحكام جميعاً من قوة الارتباط» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١٦ – ص ١٦٧) .

(١) ويشير بيدان ولا جارد إلى أن فكرة الاتفاق بين الدائن والمدين على الوفاء تختفى عادة تحت ستار عمل مادى هو تسليم الدائن من المدين ما يوفى هذا به الدين . على أن فكرة الاتفاق هذه تبرز إذا وقع نزاع بين الطرفين على صحة الوفاء . وتسليم الدائن ما يعطيه المدين وفاء لدينه هو قبول لهذا الوفاء ، ومن شأنه أن ينقل عبء الإثبات من المدين إلى الدائن . فقبل هذا التسلم كان المدين هو المكلف بإثبات إنه عرض على الدائن وفاء صحيحاً ، ولكن بعد التسليم يكون الدائن هو المكلف بإثبات أن الوفاء الذى قبله من المدين لم يكن وفاء صحيحاً . ذلك أن قبول الدائن الوفاء عن طريق تسلمه ما أعطاه إياه المدين قرينة على أن الوفاء صحيح ، فإذا ادعى الدائن عكس ذلك فعليه هو يقع عبء الإثبات (بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٤٦١ – ٤٦٣) .

(٢) بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٤٦٠ .

يكون بالتعبير عن الإرادة على النحو المقرر قانوناً . ويغلب أن يكون التنفيذ المادى للالتزام هو نفسه تعبير عن هذه الإرادة ، فتسليم الموفى الشئ الذى التزم به هو إيجاب ، وتسلم الموفى له هذا الشئ على أنه وفاء للدين هو القبول .

ويشترط فى هذا التراضى أن يكون صادراً من ذى أهلية ، وسنتكلم فى أهلية الموفى وأهلية الموفى له فيما يلى . ويشترط أيضاً أن يكون خالياً من عيوب الإرادة من غلط وتدليس (1) وإكراه (١) واستغلال ، فاذا داخل الوفاء شئ من ذلك كان قابلا للإبطال. ومن ثم فإن الموفى إذا وقع فى غلط واعتقد بحسن نية أن يوفى ديناً عليه ولا دين ، فانه يستطيع استرداد ما وفى به عن طريق إبطال هذا التصرف القانونى المشوب بالغلط وهو الوفاء . وهذا هو المبدأ المعروف باسترداد غير المستحق ، يقوم على هذا الأساس القانونى . وكذلك الأمر لو أكره الموفى على وفاء دين انقضى ، ثم وجد فى أوراقه المخالصة التى تثبت أنه هو أو مورثه كان قد وفى بالدين ، فانه يستطيع هنا أيضاً استرداد غير المستحق عن طريق إبطال الوفاء المشوب بالإكراه (2) (٢) .

---

(١) استئناف مختلط ١٥ يونيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣١ .

(٢) استئناف مختلط ٢٦ مارى سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٥١ - ١١ مارس سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٨٤.

(1) أ - الوفاء اتفاق بين الموفى والموفى له على قضاء الدين فهو بهذه المثابة تصرف قانونى يجرى عليه من الأحكام ما يجرى على سائر التصرفات القانونية فلابد فيه من تراضى الطرفين على وفاء الالتزام ، ويشترط فى هذا التراضى أن يكون خالياً من عيوب الإرادة فإذا داخل الوفاء عيب منها كان قابلا للابطال، فإذا كانت محكمة الموضوع قد حصلت فى حدود سلطتها التقديرية وبأسباب سائغة أن الموفى ما قبل الوفاء إلا لاعتقاده بإن الدين الذى أوفى به حال بحكم نهائى وأنه تبين بعد ذلك عدم تحقق هذه الصفة فى الدين فأن الموفى يكون قد وقع فى غلط جوهرى بشأن صفة من صفات الدين الموفى به كانت أساسية فى اعتباره إذ لولا هذا الغلط ما كان الوفاء ، فإذا كان الموفى له على علم بهذا الغلط الدافع إلى الوفاء فان من شأن هذا الغلط أن يؤدى إلى إبطال الوفاء متى طلب الموفى ذلك وأن يعود الطرفان إلى الحالة التى كانا عليها قبل حصوله ومن ثم يلتزم الموفى بأن يرد المبلغ الذى قبضه .

(جلسة ١٩٦٥/٥/٢٠ الطعن ٣٧٩ لسنة ٣٠ ق السنة ١٦ ص ٦٠٢)

ب - الاكراه الدافع على الوفاء تحت تأثير الرهبة التى تقع فى نفسه لا عن حرية واختيار، ولا عبرة بالوسيلة المستخدمة فى الاكراه ، فيستوى ان تكون مشروعة أو غير مشروعة متى كان من شأنها أن تشيع الرهبة فى نفس الموفى وتدفعه إلى الوفاء .

(جلسة ١٩٧٦/١/٢٦ الطعن ٦٦٥ لسنة ٤٠ ق السنة ٢٧ ص ١-٣).

(2) أ - الحكم الذى يقتصر على البحث فى وجود الدين وينتهى إلى تقرير المسئولية دون أن يعرض للوفاء به لا يحوز قوة الأمر المقضى فى شأن الوفاء فلا يحول دون اكتفاء بعد ذلك ببراءة ذمة المسئول للوفاء السابق على صدوره . =

كذلك يجب أن يكون للوفاء – شأنه فى ذلك شأن كل تصرف قانونى – محل وسبب.

فمحل الوفاء هو نفس محل الدين الذى يوفى به ، وسيأتى الكلام فيه تفصيلا.

وسبب الوفاء هو قضاء الدين ، وهذا هو الباعث الرئيسى لهذا التصرف القانونى [١]. فاذا كان الدين غير مشروع ووفاه المدين بالرغم من عدم مشروعيته ، فان سبب الوفاء يكون هنا غير مشروع ، ومن ثم يقع باطلا ، ويجوز للموفى أن يسترد ما دفعه ، ولا يعترض ذلك القاعدة القديمة التى كانت تقضى بأن المحل غير المشروع إذا وفى به لا يسترد [٢].

ثم إن الوفاء ، باعتباره تصرفاً قانونياً ، يخضع للقواعد العامة فى إثبات التصرفات القانونية [1]. ولما كان هذا الحكم فى حاجة إلى شئ من التفصيل ، فنتناوله الآن بالبحث.

٣٦٠ – إثبات الوفاء – النصوص القانونية : قدمنا عند الكلام فى الإثبات[٣] أن إثبات الوفاء بالالتزام يقع عبؤه على المدين [٤]، ويثبت بالطرق التى يثبت بها قيام

= (جلسة ١٩٧٧/٤/٢٥ الطعن رقم ٢٨٣ لسنة ٤١ ٣)

ب – لا يترتب على الوفاء الباطل حلول الموفى محل الموفى له فى تأميناته لأن هذا الحلول إنما يترتب على الوفاء الصحيح .

(جلسة ١٩٦٥/٥/٢٠ الطعن ٦٧٩ لسنة ٣٠ ق السنة ١٦ ص ٦٠٣)

جـ – متى كان الطاعن لم يتمسك لدى محكمة الموضوع بان الدين الذى أقرت به مورثته لابنتها المطعون عليها وفى بدليل وجود سنده لدى المقرة فلا يجوز له أن يثير هذا الوجه من الدفاع لأول مرة امام محكمة النقض .

(جلسة ١٩٥١/٤/١٩ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى الـ ٢٥ عاماً – ٤٨٠ – ١١٤٢) .

(١) والوفاء يفترض وجود دين سابق يوفى به ، فسبب الوفاء إذن مفروض . وإذا ادعى الموفى انه لم يكن يوجد دين سابق وأن الوفاء كان عن غلط وقع فيه ، فعليه هو إثبات ذلك (بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٥٤٠ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٤٩).

(٢) انظر الوسيط جزء أول فقرة ٣٨٨.

(٣) انظر الجزء الثانى من الوسيط .

(٤) استئناف مختلط ١٣ نوفمبر سنة ١٨٨٩م ١ ص ٣١٩ .

(1) المجادلة فى الوفاء بالالتزام من مسائل الواقع التى تستقل بها محكمة الموضوع دون معقب عليها ما دامت قد أقامت قضاءها على أسباب سائغة ، وله أصله الثابت فى الأوراق ولا مخالفة فيه للقانون ومن شأنه أن يؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها ، فان ما يثيره الطاعن لا يعدو أن يكون مجادلة فى تقدير محكمة الموضوع للأدلة بغية الوصول إلى نتيجة غير التى أخذ بها الحكم بعد أن اطمأن إليها مما لا=

الالتزام [1]، فلابد من الكتابة أو ما يقوم مقامها فيما زادت قيمت على خمسمائة جنيه ، وإلا جازت البينة والقرائن .

غير أن التقنين الجديد أورد نصاً خاصاً فى إثبات الوفاء ، هو المادة ٣٤٩ ، ويجرى على الوجه الآتى :

«١ – لمن قام بوفاء جزء من الدين أن يطلب مخالصة بما وفاه مع التأشير على سند الدين بحصول هذا الوفاء . فاذا وفى الدين كله ، كان له أن يطلب رد سند الدين أو إلغاءه ، فإن كان السند قد ضاع كان له أن يطلب من الدائن أن يقر كتابة بضياع السند» .

«٢ – فاذا رفض الدائن القيام بما فرضته عليه الفقرة السابقة ، جاز للمدين أن يودع الشئ المستحق إيداعاً قضائياً»(١) .

= يجوز اثارته امام محكمة النقض .

(جلسة ١٩٧٩/٤/٢٩ الطعن رقم ٧٠٩ لسنة ٤٤ ق)

(جلسة ١٩٧٠/٤/٢٣ مجموعة احكام النقض السنة ٢١ ص ٧٠٢)

(جلسة ١٩٦٢/٤/٥ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ ص ٤١٤)

(1) لما كان الوفاء بالالتزام إلى الدائن يعتبر تصرفا قانونياً فيخضع لوسيلة الاثبات التى يحاج بها هذا الدائن أيا كان الموفى فان الوفاء بالثمن إلى البائع باعتباره وفاء بالتزام المشترى يعتبر تصرفاً قانونيا يخضع فى اثباته لقواعد الاثبات التجارية .

(جلسة ١٩٩٠/٥/١٦ الطعن ٣٣٩٨ لسنة ٥٨ ق)

(جلسة ١٩٨٣/١٢/١٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٤ ص ١٨٢٧)

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٤٨٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «١– لمن قام بالوفاء أن يطلب مخالصة بما وفاه مع التأشير على سند الدين بحصول هذا الوفاء ، ويكون كل ذلك على نفقته . فإذا انقضى الدين كله ، كان له أن يطلب رد سند الدين أو إلغاءه، فإن كان السند قد ضاع ، كان له أن يطلب من الدائن إقراراً كتابياً بضياع السند . ويجب أن يكون توقيع الدائن على الإقرار مصدقاً عليه ، وتكون نفقة التصديق على الدائن . ٢ – فإذا رفض القيام بما فرضته عليه الفقرة السابقة ، جاز للمدين أن يودع الشئ المستحق إيداعاً قضائياً» . وفى لجنة المراجعة حذفت عبارة «ويكون كل ذلك على نفقته» الواردة فى الفقرة الأولى اكتفاء بالحكم الوارد فى المادة السابقة الذى يقضى بأن تكون نفقات الوفاء على المدين ، وأصبح رقم المادة ٣٦١ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ حذف من آخر الفقرة الأولى عبارة «ويجب أن يكون توقيعه على الإقرار مصدقا عليه» ، وتكون نفقة التصديق على الدائن» لأنها قد تصرف الذهن إلى أن عدم التصديق يسقط حجية الإقرار ، فضلا عما ينشأ عن بقائها من حرج وإشكالات فى المعاملات ، وأصبح رقم المادة ٣٤٩ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣١ – ص ٢٣٣) . =

ولا نعيد هنا ما قدمناه فى إثبات الوفاء بالالتزام [1] من جواز إثبات الوفاء بمخالصة مكتوبة ، ومن أن المخالصة يجوز أن تسرى فى حق الغير ولو لم تكن ثابتة التاريخ (م ١٢/٣٩٥ مدنى) . كذلك نشير هنا إلى ما قدمناه فى قسم الإثبات من أن الدفاتر والأوراق المنزلية تكون حجة على من صدرت منه إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى ديناً (المادة ١٨ من قانون الاثبات التى تطابق المادة ٣٩٨ من القانون المدنى الملغاة) ، وإلى أن التأشير على سند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس ولو لم يكن التأشير موقعاً منه ما دام السند لم يخرج قط من حيازته ، وكذلك يكون الحكم إذا أثبت الدائن بخطه دون توقيع ما يستفاد منه براءة ذمة المدين فى نسخة أصلية أخرى للسند أو فى مخالصة وكانت النسخة أو المخالصة فى يد المدين (م ١٩ إثبات) (1).

على أن نص المادة ٣٤٩ المتقدم الذكر يضيف شيئاً جديداً إلى ما سبق أن ذكرناه . فالأصل أن المدين إذا وفى بالدين أو بجزء منه ، فمن حقه أن يحصل من دائنه على دليل

= ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص لاتفاقه مع القواعد العامة .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : **التقنين المدنى السورى** م ٣٤٧ (مطابقة للمادة ٣٤٩ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٣٣٦ (مطابقة للمادة ٣٤٩ من التقنين المدنى المصرى)

التقنين المدنى العراقى : لا مقابل فيه ، ولكن يمكن العمل بهذا الحكم فى العراق لاتفاقه مع القواعد العامة (انظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٣٠١) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٣٠٥ : يثبت الإيفاء عادة بسند الإيصال الذى يعطيه الدائن للمدين ، وهو مثبت لتاريخه بنفسه بالنظر إلى المتعاقدين أنفسهم . وإذا لم يكن هناك سند ايصال فيمكن استخراج البينة إما من قيود سجلات الدائن وأوراقه البيتية، وإما من القيود التى كتبها الدائن ذيلا أو هامشاً على سند الدين .

م ٣٠٦ : يحق للمدين الذى قام بالإيفاء التام أن يطلب ، علاوة على سند الإيصال ، تسليم السند نفسه إليه أو إتلافه . أما إذا كان الإيفاء جزئياً فيمكنه أن يطلب، علاوة على سند الإيصال، ذكر ما دفعه على سند الدين المحفوظ عند الدائن .

(١) انظر الجزء الثانى من الوسيط .

(1) مفاد المادة ٣٩٩ من القانون المدنى أن التأشير على سند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس ولو لم يكن التأشير موقعا منه ، ما دام لم يخرج قط من حيازته ، والتأشير المشطوب حافظا لقوته فى الأثبات وتقوم به قرينة الوفاء على الرغم من الشطب إلا إذا نقضها الدائن بإثبات عدم حصول الوفاء وأن الشطب كان بسبب مشروع .

(جلسة ١٩٦٥/٣/٢٥ مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ ص ٤٠٥) .

لإثبات هذا الوفاء . فان كان القانون يتطلب سنداً مكتوباً ، فمن حقه أن يحصل من دائنه على مخالصة مكتوبة ، وهذا هو الدليل المألوف لإثبات الوفاء الكلى أو الجزئى . إلا أن المادة ٣٤٩ مدنى أضافت إلى ذلك أن من حق المدين أيضاً ، بالإضافة إلى هذه المخالصة ، أن يطلب من الدائن رد السند الأصلى للدين أو إعدام هذا السند أو إلغاءه إذا كان الوفاء كلياً، فان كان الوفاء جزئياً كان للمدين أن يطلب التأشير على السند بما وفاه . والغرض من ذلك إمعان فى الاحتياط للتزود بمختلف الأدلة على الوفاء ، فان المخالصة قد تضيع فلا يبقى عند المدين دليل لإثبات الوفاء . أما إذا رد السند الأصلى للمدين أو ألغي فى حالة الوفاء الكلى، أو أشر عليه بالوفاء الجزئى ، فقد امتنع على الدائن أن يطالب بالدين أو بما وفى منه مرة أخرى ، حتى لو ضاعت المخالصة من المدين . ونفقة كل ذلك على المدين ، فان نفقات الوفاء عليه (م ٣٤٨ مدنى) ، وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص فى هذا المعنى فحذفته لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليه [١].

وإذا كان السند الأصلى الدين قد ضاع من الدائن ، أو ادعى الدائن ضياعه، فعلى الدائن فى هذه الحالة أن يقر كتابة بضياع السند . وليس من الضرورى أن يكون هذا الإقرار مصدقاً على الأمضاء فيه ، ولكن التصديق يجعل المدين فى مأمن من إنكار الدائن لتوقيعه إلا عن طريق الطعن بالتزوير[٢] .

وقد أوجب القانون على الدائن أن يعطى لمدينه المخالصة ، وإن يرد له فى الوقت ذاته السند أو يعدمه أو يلغيه أو يؤثر عليه بالوفاء الجزئى أو يكتب له إقرار بضياعه [1]، إلى حد أنه لو امتنع من ذلك ، جاز للمدين أن يلجأ فى وفاء دينه إلى طريق العرض الحقيقى بما يتضمنه هذا العرض من مصروفات تكون على حساب الدائن لامتناعه بغير حق من تمكين المدين من طرق إثبات الوفاء التى قررها القانون .

---

(١) انظر تاريخ نص المادة ٣٤٩ فى نفس الفقرة فى الهامش .

(٢) وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص يقضى بأن يكون الإقرار مصدقاً عليه وبأن تكون نفقة التصديق على الدائن ، ولكن لجنة مجلس الشيوخ حذفت هذا النص، حتى لا ينصرف الذهن إلى أن عدم التصديق يسقط حجية الإقرار ، ولتجنب تعقيد الإجراءات (انظر تاريخ نص المادة ٣٤٩ فى نفس الفقرة فى الهامش) .

(1) أنه وان كانت المادة ٢/٣٤٢ من القانون المدنى تنص على أنه ليس للمدين أن يرفض الوفاء بالجزء المعترف به من الدين إذا قبل الدائن استيفاءه ، إلا أن المادة ٣٤٩ من ذلك القانون تخوله إذا وفى الدين كله حق المطالبة برد سند الدين أو الغائه ، فاذا رفض الدائن ذلك جاز له أن يودع الشئ المستحق ايداعا قضائياً .

(جلسة ١٩٧٢/٢/١٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ ص ٢١١)

ويلاحظ أن الجمع بين المخالصة وتسليم السند أو إعدامه أو إلغائه أو التأشير عليه بالوفاء الجزئى أو الإقرار المكتوب بضياعه ليس ضرورياً ، وإنما هو كما قلنا إمعان فى الاحتياط . فيجوز للمدين أن يكتفى بالمخالصة وتكون دليلا كاملا على الوفاء الكلى أو الجزئي . كما يجوز له أن يكتفى باسترداد السند أو إعدامه أو إلغائه ، ولكن هذا كما يكون قرينة على الوفاء قد يكون أيضاً قرينة على الإبراء [1] . أما التأشير بالوفاء الجزائى فهو دليل كامل على هذا الوفاء ، ولا يخشى عليه من الضياع ، فانه لا يضيع إلا إذا ضاع سند الدين نفسه [2] .

٢ – الوفاء اتفاق على قضاء الدين

٣٦١ – الوفاء اتفاق له مقومات خاصة : على أن الوفاء ، إذا كان اتفاقاً ، فهو اتفاق له مقوماته الخاصة . فهو اتفاق على قضاء دين قائم ، له أطراف معينة ومحل معلوم . فهو ليس كالاتفاق الذى ينشئ الالتزام ، وإن كان يقابله . ذلك أن الاتفاق الذى ينشئ الالتزام ابتداء أساسه الحرية الكاملة للمتعاقدين . لهما أن يتفقا وألا يتفقا ، فابرام العقد الذى ينشئ الالتزام ليس مفروضاً عليهما. وإذا اختارا الاتفاق ، فلهما الحرية الكاملة فى أن يعينا محل

---

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٠١ .

(٢) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣٢ ، والمادة ٨٨ من تقنين الالتزامات السويسرى .

وقضت محكمة النقض بأنه إذا فسرت محكمة الموضوع كلمة «مناولة» الواردة فى وصول بأنها لا تقطع بأن الموفى دفع الدين من ماله الخاص، فانها لا تكون قد انحرفت عن المعنى الذى تؤديه هذه العبارة ولم تخطئ فى تطبيق القانون إذا هى أحالت الدعوى إلى التحقيق لإثبات أن المبلغ قد دفع من مال المتمسك بهذا الوصول (نقض مدنى ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣ ص ٤٥) .

وقضت أيضاً بأنه إذا كان المدعى عليه يستند فى إثبات براءة ذمته من الدين لا إلى تصرف قانونى بل إلى واقعة مادية هى استيلاء المؤجر على الزراعة التى كانت قائمة بالعين المؤجرة ، وأن قيمة ما استولى عليه يزيد على قيمة الإيجار المطالب به ، فإنه لا تثريب على المحكمة أن هى أحالت الدعوى إلى التحقيق لإثبات هذه الواقعة ، حتى لو كان الإيجار الذى يتمسك المستأجر ببراءة ذمته منه يزيد على نصاب البينة (نقض مدنى ١٨ أكتوبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٤ ص ٥٥) .

والمخالصة بقسط متأخر قرينة الوفاء بالأقساط المتقدمة على هذا القسط ، إلا إذا أثبت الدائن غير ذلك . وتقول المادة ٥٨٧ مدنى فى هذا المعنى إن «الوفاء بقسط من الأجرة قرينة الوفاء بالأقساط السابقة على هذا القسط، حتى يقوم الدليل على العكس» (استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٦٠). وتسليم سند الدين للمدين قرينة على الوفاء بالدين ، إلا إذا أثبت الدائن غير ذلك (استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٨٩٤م ٦ ص ٢٤٧ – ١٣ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١١٧) .

الالتزام الذى يكون موضوع اتفاقهما ، يستطيعان أن يعينا هذا المحل أو ذاك ، ويستطيعان بعد ذلك أن يعدلا فيه فيزيداه أو ينتقصاه أو يستبدلا به محلا آخر .

أما الوفاء فهو اتفاق على قضاء دين قائم كما قدمنا . فهو حتم مفروض على كل من المدين والدائن ، ومحله هو نفس محل الدين الذى يوفى به لا يزيد ولا ينقص ولا يتحور (١) .

فهناك إذن مسألتان : (١) الوفاء اتفاق مفروض على كل من المدين والدائن . (٢) وهو اتفاق محله مفروض أيضاً على الطرفين ، إذ هو نفس محل الدين القائم .

٣٦٢ – الوفاء اتفاق مفروض على كل من المدين والدائن : لما كان الوفاء هو اتفاق على قضاء دين واجب ، فليس ثمة محيص لكل من المدين والدائن من إبرام هذا الاتفاق، والوجوب هنا مستمد من وجوب قضاء الدين .

فالوفاء اتفاق مفروض أولا على المدين . ذلك أنه يجب عليه وفاء الدين ، فالاتفاق مع الدائن على هذا الوفاء يكون واجباً عليه . وإذا لم يقم بهذا الواجب ، كان الجزاء هو إجباره على وفاء التزامه عن طريق التنفيذ القهرى ، وإجراءات التنفيذ إجراءات مادية فى مجموعها.

ثم إن الوفاء اتفاق مفروض بعد ذلك على الدائن نفسه ، فلا يملك الدائن أن يمتنع عن قبول الوفاء . ولو عرض المدين الدين على الوجه الواجب قانوناً ، وامتنع الدائن عن قبوله، فانه يجبر على القبول من طريق إجراءات العرض الحقيقى التى سيأتى تفصيلها . وحينئذ يصبح الوفاء الذى يشتمل عليه العرض الحقيقى تصرفاً قانونياً بارادة منفردة (acte juridique unilatérial) هى إرادة المدين ، وليس اتفاقا (Convention) بين المدين والدائن . ومن ذلك نرى أن الوفاء يكون فى الأصل اتفاقاً ما بين المدين والدائن ، إلا إذا رفض الدائن دون حق قبول الوفاء وعرض المدين الدين عرضاً حقيقياً ، فعندئذ يصبح الوفاء تصرفاً قانونياً بارادة منفردة هى إرادة المدين وحده (٢) .

٣٦٣ – الوفاء اتفاق محله هو نفس محل الدين الواجب الوفاء : ولا يملك الطرفان، كما قدمنا ، أن يغيرا من محل الوفاء ، فهذا المحل يجب أن يكون هو نفسه محل

---

(١) أنظر ما يقارب هذا المعنى فى بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٤٦٠ .

(٢) قارب دى باج ٣ فقرة ٣٩٦ – وقارن الأستاذ عبدالحى حجازى ٣ ص ٨ – ص ١١.

الدين الواجب الوفاء . فان كان المحل نقداً ، وجب أن يكون الوفاء بهذا النقد . وإن كان عيناً أو عملا أو امتناعاً عن عمل ، وجب أن يكون الوفاء بهذا نفسه دون أى تحوير . ولا يستطيع المدين أن يجبر الدائن على أن يقبل الوفاء بغير محل الدين ولو كان ما يفى به أكثر مما التزم، وكذلك لا يستطيع الدائن أن يجبر المدين على أن يفى له بغير محل الدين ولو كان هذا أقل من قيمة الدين . فلا خيار إذن لا للمدين ولا للدائن فى تعيين الوفاء ، بل يجب أن يكون هو عين محل الدين الواجب الأداء . أما إذا وفى المدين بغير محل الدين ، فليس هذا وفاء بل هو وفاء بمقابل، وهو يقتضى اتفاق المدين والدائن ، ولا يتم بارادة أحدهما دون الآخر كما سنرى .

ويتبين من ذلك أن المقومات الخاصة للوفاء هى أنه مفروض على طرفيه ومفروض فى محله . فنتكلم فى الوفاء : (١) على طرفيه (٢) ثم على محل الوفاء ، متابعين فى ذلك الترتيب الذى سار عليه التقنين المدنى الجديد (١) .

---

(١) ولم يستحدث التقنين المدنى الجديد شيئاً كثيراً فى الوفاء عما كان عليه التقنين المدنى السابق، فيما خلا أن التقنين المدنى الجديد قد ضبط حدود بعض الأحكام ، كما فعل فى النصوص الخاصة بتعيين من يصح الوفاء منه والنصوص المتعلقة بالوفاء مع الحلول وما يترتب عليه من آثار وما ينشأ فى شأنه من تزاحم ، كذلك عرض التقنين الجديد للقواعد الموضوعية المتعلقة بالعرض الحقيقى والإيداع ، وترك الإجراءات الشكلية لتقنين المرافعات (أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٦٧ – ص ١٦٨) .

الفصل الأول
طرفا الوفاء

٣٤٦ – الموفى والموفى له : طرفا الوفاء هما الموفى ويغلب أن يكون هو المدين نفسه وقد يكون غير المدين ، والموفى له ويغلب أن يكون الدائن وقد يكون غير الدائن .

الفرع الأول
الموفى (Solvens)

٣٦٥ – يشترط لصحة الوفاء من الموفى الملكية وأهلية التصرف – النصوص القانونية : تنص المادة ٣٢٥ من التقنين المدنى على ما يأتى :

١ – يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفى مالكاً للشئ الذى وفى به ، وأن يكون ذا أهلية للتصرف فيه» .

«٢ – ومع ذلك فالوفاء بالشئ المستحق ممن ليس أهلا للتصرف فيه ينقضى به الالتزام إذا لم يلحق الوفاء ضرراً بالموفى» (١) .

ويقابل هذ النص فى التقنين المدنى السابق المادتين ٢٢٨/١٥٦ و ٢٢٩/١٦٦ (٢) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٢٤ – وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣١٢ – وفى التقنين المدنى العراقى المواد من ٣٧٦ إلى ٣٧٨

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٤٦٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٣٧ من المشروع النهائى ، فمجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٢٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧٤ – ١٧٥) .

(٢) **التقنين المدنى السابق** م ٢٢٨/١٦٥ : يشترط لصحة الوفاء أن يكون المدين أهلا للتصرف والدائن أهلا للقبول .

م ٢٢٩/١٦٦ : ومع ذلك يزول الدين بدفعه ممن ليس أهلا للتصرف إذا كان مستحقاً عليه ولم يعد عليه ضرر من دفعه – (وتتفق أحكام التقنين المدنى السابق مع أحكام التقنين المدنى الجديد) .

– ولا مقابل لها فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى[1] .

ويستخلص من هذا النص أنه يشترط لصحة الوفاء ، سواء كان الموفى هو المدين نفسه أو كان غير المدين ، أمران : (١) ملكية الموفى للشئ الذى وفى به (٢) وأهليته للتصرف فى هذا الشئ .

وغنى عن البيان أن هذين الشرطين يفترضان أن محل الالتزم شئ لم تنتقل ملكيته إلى الدائن بمجرد نشوء الالتزام أو عين معينة تراخى نقل الملكية فيها . أما إذا كان محل الالتزام نقوداً أو عملا أو امتناعاً عن عمل ، فان النص لا ينطبق [2] .

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى** :

التقنين المدنى السورى م ٣٢٤ (مطابقة للمادة ٣٢٥ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٣١٢ (مطابقة للمادة ٣٢٥ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٣٧٦ : يشترط لنفاذ وفاء الدين والبراءة منه أن يكون الدافع مالكاً لما دفعه ، فإن استحق بالبينة وأخذه صاحبه أو هلك وأخذ بدله ، فللدائن الرجوع بدينه على غريمه .

م ٣٧٧ : إذا كان المدين صغيراً مميزاً ، أو كبيراً معتوهاً ، أو محجوراً عليه لسفه أو غفلة، ودفع الدين الذى عليه ، صح دفعه ما لم يلحق الوفاء ضرراً بالموفى .

م ٣٧٨ : لا يصح للمدين أن يوف بدين أحد غرمائه فى مرض موته إذا أدى هذا إلى الأضرار ببقية الدائنين .

(وهذه النصوص تتفق فى أحكامها مع أحكام التقنين المصرى . وصياغتها تساير الفقه الإسلامى كما هو ظاهر . وقد جاء فى المادة ٣٧٦ أن المدفوع إذا استحق بالبينة للدائن الرجوع بدينه على المدين، تحرزاً من أن يكون المدفوع قد استحق بإقرار الدائن فلا رجوع له فى هذه الحالة لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر . وجاء فى المادة ٣٧٨ أن المدين إذا وفى ديناً وهو فى مرض موته ، وكان ماله لا يسع الوفاء بجميع ديونه ، فأدى الوفاء بالدين إلى الإضرار ببقية الدائنين ، فإن الوفاء لا يصح . وليس ذلك إلا تطبيقاً للفقه الإسلامى فى تصرفات المريض مرض الموت . وهذا الحكم يصح تطبيقه فى مصر على أساس أن الوفاء فى هذه الحالة تصرف صدر من مدين معسر ، ما دام الوفاء قد أدى إلى الإضرار ببقية الدائنين ، فلا يسرى فى حقهم إذا كان قد تم نتيجة تواطؤ بين المدين والدائن الذى استوفى حقه (م ٢/٢٤٢ مدنى) . انظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٢٨٣ . وهو يذهب إلى أن هناك تعارضاً بين القول بصحة الوفاء الصادر من ناقص الأهلية إذا لم يلحق به ضرراً والقول بأن تصرفات ناقص الأهلية موقوفة على الإجازة . ونرى أن هذا التعارض – إن وجد – لا يجوز أن يمنع المشرع من تصحيح الوفاء الصادر من ناقص الأهلية ما دام هذا التصرف لم يلحق به ضرراً ، فهو فى هذه الحالة تصرف نافع إذ قضى الدين الذى فى ذمته) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : لا مقابل فيه . ولكن نص التقنين المصرى ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، فيصح تطبيق حكمه فى لبنان دون حاجة إلى نص .

(٢) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٦ ص ٢٢٣ – ديمولومب ٢٧ فقرة ٨٦ – هيك ٨ فقرة ١٤ – لوران ١٧ فقرة ٤٩٣ .

٣٦٦ – ملكية الموفى للشئ الذى وفى به : لابد أن يكون الموفى مالكاً للشئ الذى يوفى به الدين [1]، لأن المقصود بالوفاء هو نقل ملكية هذا الشئ للدائن ، ولا يستطيع الموفى أن ينقل للدائن ملكية شئ لا يملكه ، فتتخلف الغاية من الوفاء ، ويكون الوفاء قابلا للإبطال على غرار بيع ملك الغير (١).

ويبقى الوفاء قابلا للإبطال حتى لو انتقلت ملكية الشئ إلى الدائن بسبب عارض غير الوفاء ، كما لو كان الشئ منقولا وكان الدائن حين تسلمه من المدين حسن النية فملكه بسبب الحيازة ، أو كان عقاراً وملكه بالتقادم القصير مع حسن النية (٢)، ففى مثل هذه الأحوال لا يكون الدائن مجبراً على التمسك بالحيازة أو بالتقادم إذا كان ضميره يأبى عليه أن يتمسك بذلك ، وله أن يرد الشئ على صاحبه ، وأن يطالب المدين بالوفاء مرة ثانية إذ وقع الوفاء الأول باطلا كما قدمناه (٣).

والذى يتمسك ببطلان الوفاء فى الأصل هو الدائن الذى تقرر البطلان لمصلحته. ولما كان هذا الوفاء لا يسرى فى حق المالك الحقيقى للشئ الموفى به ، فان لهذا أن يسترده من الدائن بدعوى استحقاق لأن الوفاء لم ينقل ملكية الشئ إلى الدائن كما قدمنا ، فبقى الشئ على ملك صاحبه فله إذن أن يسترده ، وذلك ما لم يكن الدائن قد ملك الشئ بالحيازة أو بالتقادم كما سبق القول . وكما يستطيع المالك أن يسترد الشئ يستطيع على العكس من ذلك أن يجيز الوفاء فيزول بطلانه ، قياساً على صحة بيع ملك الغير باجازة المالك الحقيقى، فتنتقل ملكية الشئ إلى الدائن بهذه الأجازة ، وينقلب الوفاء صحيحاً وينقضى به الدين (٤).

---

(١) وقد ورد فى بيع ملك الغير نص يقضى بأن يكون قابلا للإبطال ، وكذلك الوفاء بملك الغير فان نص المادة ٣٢ مدنى يقضى بعدم صحته ، وتكييف عدم الصحة هنا هو القابلية للأبطال .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧٥ .

(٣) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤١٢ وفقرة ١٤١٣ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٥٢ .

(١) أ – مناط تطبيق المادة ١٦١ من القانون المدنى القديم (المقابلة للمادة ٣٢٤ جديد) هو أن يكون الموفى قد قام بوفاء الدين من ماله الخاص .

(جلسة ١٩٥٤/١٠/١٨ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى الـ ٢٥ عاما – ١٣٥ – ٢٨٠).

ب – الوفاء بالدين من الغير لا يبرئ ذمة المدين إلا إذا اتجهت ارادة الموفى إلى الوفاء بدين غيره أما إذا ظن الموفى وقت الوفاء أنه يدفع دينا على نفسه فلا يعتبر هذا وفاء لدين على الغير وانما وفاء لدين مستحق يجوز للموفى المطالبة باسترداد ما وفاه على أساس دفع غير المستحق .

(جلسة ١٩٧٧/٤/٢٥ الطعن ٢٨٣ لسنة ٤١ ق السنة ٢٨ ص ١٠٣٢)

(٤) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤١١ .

وإذا أجاز الدائن الوفاء زال بطلانه أيضاً ، ولكن ما دام المالك لم يجزه يبقى الوفاء غير سار فى حقه ولا تنتقل ملكية الشئ إليه ، فيبقى الدين دون وفاء . بل إن للمدين ، سواء أجاز الدائن الوفاء أو لم يجزه ، أن يطلب استرداد الشئ ليرده على صاحبه ، ولكن بشرط أن يوفى الدائن شيئاً معادلا له تماماً قبل أن يسترده (١) .

ونفرض فى هذا كله أن الشئ الموفى به لا يزال باقياً فى يد الدائن . أما إذا كان الدائن قد استهلكه ، وهو وقت تسلمه له ووقت استهلاكه إياه كان حسن النية ، أو اختلط بملكه اختلاطاً لا يمكن معه تمييزه وكان حسن النية على الوجه المتقدم (٢) ، فانه يصبح بحكم الواقع مستوفياً لدينه ، وليس له أن يطالب بالوفاء به مرة أخرى . أما المالك الحقيقى فلا

---

(١) ويضطرب الفقه فى تكييف هذه الدعوى التى يسترد بها المدين الشئ من الدائن . فهى ليست بدعوى استحقاق ، لأن المدين ليس مالكاً للشئ . وهى ليست بدعوى استرداد غير المستحق لأن الدائن عندما تسلم الشئ من المدين كان دائناً له فعلا . وقد ذهب البعض إلى أن المدين يتمسك ببطلان الوفاء كما يتمسك به الدائن نفسه (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٠٩) ، ولكن الوفاء إنما هو قابل للابطال لمصلحة الدائن لا لمصلحة المدين ، فالذى يتمسك ببطلانه هو الدائن هو المدين . وذهب بعض آخر إلى أن هذه دعوى من طبيعة خاصة ، تقوم على أساس مصلحة المدين فى وضع حد لوفاء غير صحيح قام به فأصبح مسئولا عن رد الشئ إلى صاحبه ، وهو يتعجل استرداد الشئ حتى يتمكن من رده (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٥٢ ص ٥٥٣ – وقارن بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٥٤٥ ص ٥١٢) .

ويبدو أن استرداد المدين الشئ من الدائن إنما هو محض تصحيح للوفاء غير الصحيح الذى قام به من قبل . وقد رأينا أن المدين لا يستطيع أن يسترد الشئ من الدائن قبل أن يسلمه بدلا منه شيئاً معادلا له تماماً ، حتى لو أن الشئ الذى كان قد وفى به أولا أعلى من الصنف المتوسط الذى كان يحق له أن يختاره لم يستطع أن يسترد هذا الشئ إلا بعد أن يسلم للدائن شيئاً من نفس الصنف الأعلى لا من الصنف المتوسط ، وحتى لو كان الالتزام تخييرياً واختار المدين أحد الشيئين لم يستطيع استرداده إلا بعد أن يسلم للدائن شيئاً معادلا له تماما دون الشئ الآخر (انظر فى هذا المعنى ديمولومب ٢٧ فقرة ١٠٢ – بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤١٨) . فاذا كان الدائن يتسلم شيئاً معادلا تماماً للشئ الذى أخذه ، فليست له أية مصلحة فى منع المدين من تصحيح العمل الخاطئ الذى قام به ، فيجب أن يرد له الشئ بعد أن يأخذ ما يعادله ، وهذا حكم للعدالة فيه وجه ظاهر .

ويترتب على أن للمدين الحق فى استرداد الشئ من الدائن بعد أن يعطيه شيئاً يعادله ما يأتى : ١ – إذا كان الشئ منقولا مثلا وملكه الدائن حسن النية بسبب الحيازة ، لم يستطع المالك استرداده منه . ولكن المدين يستطيع الاسترداد كما قدمنا ، ومتى استرد جاز للمالك فى هذه الحالة أن يسترد الشئ من المدين بعد أن كان لا يستطيع استرداده من الدائن . ٢ – فى المثل المتقدم إذا تأخر المدين عن استرداد الشئ من الدائن ، جاز للمالك – باعتباره دائناً بالتعويض للمدين – أن يستعمل دعوى المدين فى استرداد الشئ من الدائن ، بعد أن عجز عن استرداده بدعوى مباشرة (انظر فى هذا المعنى بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤١٧ ص ٥١٧ – ص ٥١٨) .

(٢) بودى وبارد ٢ فقرة ١٤٢١ .

يستطيع الرجوع عليه بدعوى الاستحقاق لأن الشئ لم يعد موجوداً ، ولا بدعوى تعويض لأنه حسن النية ولم يصدر منه أى خطأ . وإنما يرجع المالك على المدين ، إما بدعوى تعويض إذا كان المدين سيئ النية ، أو بدعوى الإثراء بلا سبب إذا كان حسن النية .

لكن إذا هلك الشئ فى يد الدائن بسبب أجنبى ، فان هلاكه فى هذه الحالة لا يمنع الدائن من طلب إبطال الوفاء . فيطالب المدين بالوفاء مرة أخرى ، ولا يكون مسئولا عن رد الشئ الذى تسلمه لأنه هلك بسبب أجنبى [1] . ولا يرجع المالك على المدين فى هذه الحالة إلا إذا كان المدين سيئ النية .

وغنى عن البيان أن الدائن لو علم منذ البداية ، وقبل أن يتسلم الشئ الموفى به ، أن هذا الشئ ليس بملك الموفى ، فان له أن يمتنع عن أخذه ، ولا يستطيع الموفى أن يجبره على تسلمه [2] .

٣٦٧ – أهلية الموفى للتصرف فى الشئ الموفى به : ويجب لصحة الوفاء كذلك أن يكون الموفى أهلا للتصرف فى الشئ الموفى به . فلا يكفى إذن أن يكون مالكاً للشئ، بل يجب أن يكون مالكاً وأهلا للتصرف . وأهلية التصرف تقتضى بلوغ سن الرشد وألا يكون الموفى محجوراً عليه .

فاذا كان الموفى مالكاً للشئ الموفى به ولكنه غير أهل للتصرف فيه ، بأن كان مثلا قاصراً أو محجوراً عليه ، فان الوفاء يكون هنا أيضاً قابلا للابطال ، ولكن لسبب نقص الأهلية لا لسبب انعدام الملكية . وتختلف القابلية للابطال هنا عن القابلية للابطال هناك فيما يأتى :

(١) القابلية للابطال هنا مقررة لمصلحة ناقص الأهلية ، فلا يتمسك بها إلا الموفى، ولا يجوز أن يتمسك بها الدائن ما دام كامل الأهلية وقد استوفى حقه استيفاء صحيحاً . وقد رأينا فى حالة انعدام الملكية أن الدائن هو الذى يتمسك فى الأصل بابطال الوفاء إذ هو مقرر لمصلحته ، أما الموفى فيسترد الشئ بدعوى خاصة لا بدعوى الابطال لاعتبارات تتعلق بالعدالة .

(٢) وإذا هلك الشئ بسبب أجنبى فى يد الدائن ، كان الهلاك عليه ، إذ ليس له حق التمسك بابطال الوفاء كما قدمنا ، وليس من المعقول فى هذه الحالة أن المدين يتمسك

---

(١) ماركاديه ٤ فقرة ٦٨٤ – ديمولومب ٢٧ فقرة ٩٦ – لوران ١٧ قرة ٤٩٧ – هيك ٨ فقرة ١٥ – بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤١٦ – عكس ذلك ديرانتون ١٢ فقرة ٣٢ .

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٠٨ .

بابطال الوفاء وإلا لما استرد الشئ بعد أن هلك بسبب أجنبى ولوجب عليه الوفاء بالدين مرة أخرى . وقد رأينا فى حالة انعدام الملكية أن الشئ إذا هلك بسبب أجنبى لم يهلك على الدائن، بل له أن يتمسك بابطال الوفاء وأن يطالب المدين بالوفاء مرة أخرى .

(٣) ويمكن القول بوجه عام أن المدين إذا لم تتحقق له مصلحة فى إبطال الوفاء، بأن كان الوفاء لم يلحق به أى ضرر ، فان له أن يبقى الوفاء قائماً فينقضى به الدين : لا يطلب إبطاله إذا لا مصلحة له فى ذلك ، ولا يستطيع الدائن إبطاله إذ لاحق له فى التمسك بالإبطال . وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ٣٢٥ مدنى إذ تقول : «ومع ذلك فالوفاء بالشئ المستحق ممن ليس أهلا للتصرف فيه ينقضى به الالتزام إذا لم يلحق الوفاء ضرراً بالموفى» .

على أنه قد يحدث أن تكون للمدين مصلحة فى التمسك بابطال الوفاء ، فعند ذلك يكون من حقه أن يبطله ، وأن يسترد الشئ الموفى به على أن يفى الدين بعد ذلك وفاء صحيحاً . ويتحقق ذلك بنوع خاص إذا كان المدين قد أدى للدائن صنفاً أعلى من الصنف الواجب أداؤه ، فيسترده ثم يفى بالصنف الأقل ، أو كان فى التزام تخيير اختار أعلى الشيئين قيمة فوفى به فيسترده ثم يفى بالشئ الأقل قيمة [١] .

يبقى فرض ما إذا كان الدائن الذى تسلم الشئ من الموفى ناقص الأهلية قد استهلكه أو تصرف فيه ولو بحسن نية ، أيجوز فى هذا الفرض أن يتمسك الموفى ناقص الأهلية بابطال الوفاء لتحقق مصلحة له فى هذا الأبطال على النحو الذى قدمناه ، أم أن حقه فى الإبطال يكون قد زال باستهلاك الدائن للشئ أو بالتصرف فيه بحسن نية ، كما هو الحكم فى حال انعدام الملكية ؟ إن الفقرة الثانية من المادة ١٢٣٨ من التقنين المدنى الفرنسى صريحة فى زوال حق الموفى ناقص الأهلية فى التمسك بابطال الوفاء فى هذه الحالة [٢] . أما فى التقنين

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧٥ – ويلاحظ أنه قد ورد فى المذكرة الإيضاحية فى هذا الصدد مثل ما إذا عجل المدين الوفاء وأراد أن يسترد لينتفع بفسحة الأجل ، وهذا مثل لا يحتاج فيه إلى أن يكون الموفى ناقص الأهلية ، فحتى لو كان كامل الأهلية ووفى الدين قبل الأجل فإنه يستطيع الاسترداد (م ١/١٨٣ مدنى) .

(٢) وهذا ما تنص عليه المادة ١٢٣٨ من التقنين المدنى الفرنسى : «١ – حتى يكون الوفاء صحيحاً ، يجب أن يكون الموفى مالكاً للشئ الموفى به وأهلا للتصرف فيه . ٢ – ومع ذلك فالوفاء بمبلغ من النقود أو بشئ يستهلك بالاستعمال لا يسترد من الدائن إذا كان قد استهلكه بحسن نية ولو كان الوفاء بالشئ قد وقع من غير مالكه أو من شخص غير أهل للتصرف فيه» . وننقل الأصل الفرنسى فيما يأتى :
Art. 1238: Pour payer valablement, il faut être propriétaire de la chose donnée en paiement, et capable de l'aliéner. 2. Néanmoins le paiement d'une somme d'argent ou autre chose qui se consomme =

المدنى المصرى ، فان الفقرة الثانية من المادة ٣٢٥ تقتصر ، كما رأينا ، على القول بأن الوفاء بالشئ المستحق ممن ليس أهلا للتصرف فيه ينقضى به الالتزام إذا لم يلحق الوفاء ضرراً بالموفى ، فاشترط النص لمنع الموفى ناقص الأهلية من التمسك بالإبطال ألا يلحقه من الوفاء ضرر . وفى الفرض الذى نحن بصدده لا يتحقق هذا الشرط إذا كان الشئ الموفى به أعلى قيمة من الدين على الوجه الذى أشرنا إليه ، إذ يصيب الموفى ضرر من الوفاء . فله إذن أن يتمسك بالإبطال ، ألا يلحقه من الوفاء ضرر . وفى الفرض الذى نحن بصدده لا يتحقق هذا الشرط إذا كان الشئ الموفى به أعلى قيمة من الدين على الوجه الذى أشرنا إليه ، إذ يصيب الموفى ضرر من الوفاء . فله إذن أن يتمسك بالإبطال ، خلافاً للحكم الوارد فى التقنين المدنى الفرنسى ، وهو حكم منتقد من الفقه الفرنسى [1] . ومن ثم ففى التقنين المدنى المصرى يجوز للموفى ناقص الأهلية أن يتمسك بابطال الوفاء ، حتى لو كان الدائن قد استهلك الشئ الموفى به أو تصرف فيه بحسن نية ، وله أن يطالبه بالتعويض ، ثم يفى له بعد ذلك بالدين ، فيفيد من الفرق ما بين القيمتين .

٣٦٨ – الموفى قد يكون المدين وقد يكون غير المدين : وقد قدمنا أن الأصل فى الموفى أن يكون هو المدين نفسه ، ولكن يصح أن يكون غير المدين . فاذا كان الموفى غير المدين ، كان له الرجوع على المدين بما وفاه .

فنتكلم إذن فى المسألتين الآتيتين : (أولا) من يقوم بالوفاء (ثانياً) رجوع الموفى الذى ليس بمدين على المدين .

المبحث الأول
من يقوم بالوفاء

٣٦٩ – النصوص القانونية : تنص المادة ٣٢٣ من التقنين المدنى على ما يأتى :

«١ – يصح الوفاء من المدين أو من نائبه أو من أى شخص آخر له مصلحة فى هذا الوفاء، وذلك مع مراعاة ما جاء بالمادة ٢٠٨» .

= par l'usage, ne peut être répété contre le créancier qui l'a consommée de bonne foi, quoique le paiement en ait été fait par celui qui n'en était pas propriétaire ou qui n'était pas capable de l'aliéner.

(١) انظر ديمولومب ٢٧ فقرة ١٣١ – لوران ١٧ فقرة ٥٠٩ – بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٣١ .

«٢ – ويصح الوفاء أيضا مع التحفظ السابق ممن ليست له مصلحة فى هذا الوفاء، ولو كان ذلك دون علم المدين أو رغم إرادته ، على أنه يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من الغير إذا اعترض على ذلك وأبلغ الدائن هذا الاعتراض» (١) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادتين ٢٢٢/١٥٩ و ٢٢٣/١٦٠ (٢).

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٢٢ – وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٠١ – وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٧٥ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٢٩٢(٣) .

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٤٥٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٣٥ من المشروع النهائى . وفى لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب حذفت عبارة «من الغير» الواردة فى آخر الفقرة الثانية بسبب «أن الدائن لا يستطيع أن يرفض الوفاء من الغير إذا كانت له مصلحة فى القيام بهذا الوفاء» ، ووافق مجلس النواب على النص كما عدلته لجنته . وفى لجنة مجلس الشيوخ أعيدت عبارة «من الغير» ، لأن المقصود «بالغير» هنا شخص لا مصلحة له فى الوفاء كما هو مفهوم من سياق الفقرة الثانية ، ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته تحت رقم ٣٢٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٦٩ – ص ١٧٧) .

(٢) **التقنين المدنى السابق** م ٢٢٢/١٥٩ : لا يجوز الوفاء إلا من المتعهد ما دام يظهر من كيفية التعهد أن مصلحة المتعهد له تستدعى ذلك .

م ٢٢٣/١٦٠ : إذا كان المتعهد به عبارة عن مبلغ من النقود ، فيجوز وفاؤه من شخص أجنبى ولو على غير رغبة الدائن أو المدين . (والحكم واحد فى التقنين السابق والجديد، ولو أن عبارات التقنين السابق لا تخلو من الاضطراب وليست فى وضوح التقنين الجديد) .

(٣) **التقنينات المدنية العربية الأخرى** : **التقنين المدنى السورى** م ٣٢٢ (مطابقة للمادة ٣٢٣ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٣١٠ (مطابقة للمادة ٣٢٣ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٣٧٥ : ١ – يصح وفاء الدين من المدين أو نائبه ، ويصح وفاؤه من أى شخص آخر له مصلحة فى الوفاء كالكفيل والمدين المتضامن ، مع مراعاة ما جاء بالمادة ٢٥٠ - ٢ – ويصح أيضاً وفاء الدين من أجنبى لا مصلحة له فى الوفاء بأمر المدين أو بغير أمره ، على إنه يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من الغير إذا اعترض المدين على ذلك وأبلغ الدائن هذا الاعتراض . (ويتفق حكم التقنين العراقى مع حكم التقنين المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٩٢ : يجب على المديون أن ينفذ بنفسه الموجب حينما يستفاد من نص العقد أو من ماهية الدين أن من الواجب عليه أن يقوم هو نفسه بالتنفيذ . أما فى غير هذه الأحوال فيصح أن يقوم بالتنفيذ أى شخص كان عن غير علم من المديون وبدون أن يحق للدائن الاعتراض على هذا التدخل .

(ويتفق حكم التقنين اللبنانى مع حكم التقنين المصرى) .

ويتضح من النص المتقدم أن الذى يقوم بالوفاء أما أن يكون : (١) المدين أو نائبه . (٢) أو شخصاً له مصلحة فى وفاء الدين . (٣) أو أجنبيا لا مصلحة له فى الوفاء .

٣٧٠ - الموفى هو المدين أو نائبه : الأصل فى الموفى هو أن يكون المدين ذاته كما تقدم القول ، لأنه هو الذى يجبر على الوفاء ، وله المصلحة الأولى فيه . وما لم يوجد شخص آخر يفى بالدين ، فعبء الوفاء يقع على المدين . فالمدين إذن له حق الوفاء بالدين ، وعليه فى الوقت ذاته واجب هذا الوفاء . بل إنه فى بعض الحالات يتعين على المدين بالذات أن يقوم هو نفسه بالوفاء ، ولا يجوز لأحد غيره ذلك ، فقد نصت المادة ٢٠٨ مدنى على أنه: «فى الالتزام بعمل ، إذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه، جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين» (١) .

وفى غير هذه الحالات يجوز أن يقوم بالوفاء نائب المدين ، والوفاء كما رأينا تصرف قانونى يجوز أن يتم بطريق النيابة ككل تصرف قانونى آخر . ونائب المدين هو وكيله فى وفاء الدين ، وكالة عامة إذا كان الوفاء من أعمال الإدارة (٢)، ووكالة خاصة إذا كان من أعمال التصرف . وإذا كان المدين ناقص الأهلية أو محجوراً ، فانه لا يحق له كقاعدة عامة أن يقوم هو نفسه بالوفاء إذ تنقصه أهلية الأداء ، والذى يقوم بالوفاء فى هذه الحالة هو ولى المدين أو وصيه أو القيم عليه . وإذا كان المدين مفقوداً ، كان لوكيله المعين قانوناً أن يقوم عنه بالوفاء. كذلك يجوز للحارس على أموال المدين ، أو لأمين التفليسة فى حالة إفلاس المدين ، أن يقوم بالوفاء ، فكلاهما فى ذلك يعتبر نائبا عن المدين .

وقد يوكل المدين مصلحة البريد فى وفاء الدين ، فيتم الوفاء عن طريق حوالة البريد. ويكون المدين مسئولا عن كل خطأ يقع من مصلحة البريد، مسئولية الموكل عن وكيله (٣) . كذلك قد يوكل المدين مصرفاً فى وفاء الدين ، عن طريق الدفع للحساب الجارى للدائن فى هذا المصرف . فاذا أخطأ المصرف وأضاف ما دفعه المدين إلى حساب شخص آخر، كان المدين مسئولا عن خطأ المصرف (٤) .

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٦٩ .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه إذا دفع الخادم دين مخدومه يفترض أنه دفعه من مال المخدوم الذى تحت يده أو فى تصرفه حتى يثبت خلاف ذلك (٢٥ مارس سنة ١٨٩٠ الحقوق ١٥ ص ١٠٦)..

(٣) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٥٠ .

(٤) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٥٠ ص ٥٥٢ هامش رقم ١ .

٣٧١ – الموفى هو شخص له مصلحة فى الوفاء : وإذا لم يكن الوفاء متعينا على المدين بالذات ، جاز أن يقوم بالوفاء لا المدين ولا نائبه ، بل شخص آخر له مصلحة فى هذا الوفاء ، ويقوم حقه فى الوفاء على هذه المصلحة [1] .

ومن له مصلحة فى وفاء المدين المتضامن ، والمدين مع غيره فى دين غير قابل للانقسام، والكفيل الشخصى سواء كان متضامناً مع المدين أو مع الكفلاء الآخرين أو غير متضامن مع أحد ، والكفيل العينى ، والحائز للعقار المرهون . كل هؤلاء لهم مصلحة فى وفاء الدين، لأنهم إما ملزمون بالدين مع المدين أو ملزمون بوفائه عنه . ومن ثم يكون لهم حق الوفاء ، ويقع عليهم فى الوقت ذاته واجب الوفاء ، مثلهم فى ذلك مثل المدين نفسه . وسنرى أنهم، عندما يقومون بوفاء الدين ، يحلون حلولا قانونياً محل الدائن فى الرجوع على المدين[1] .

ولما كان هؤلاء الذين لهم مصلحة فى الوفاء يقع عليهم واجب الوفاء كما قدمنا، فانه لا يجوز للدائن أن يمتنع عن قبول الوفاء بناء على اعتراض من المدين يبلغه إياه ، بل وحتى بناء على اتفاق بينه وبين المدين . ذلك أن اتفاق المدين والدائن على قبول الوفاء إنما يصح وينتج أثره ، كما سنرى ، إذا كان الموفى شخصاً أجنبياً ليست له مصلحة فى الوفاء ، فان الأجنبى لا يقع عليه واجب الوفاء كالشخص ذى المصلحة فيه ، ومن ثم جاز منعه من الوفاء باتفاق بين الدائن والمدين .

٣٧٢ – الموفى هو أجنبى لا مصلحة له فى الوفاء : وقد يكون الموفى أجنبياً أصلا عن المدين ، ليس هو المدين ولا نائبه ، وليست له مصلحة قانونية فى وفاء الدين ، ومع ذلك يتقدم لوفائه[2] . فقد يكون من أقرباء المدين ، أو صديقاً له ، تقدم عنه لوفاء الدين خوفاً

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧٠ – وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه إذا دفع الخصم المحكوم لصالحه مصروفات الدعوى حتى يحصل على صورة الحكم الصادر لصالحه ، حل قانوناً محل قلم الكتاب ، وأصبح له ما لقلم الكتاب من الحقوق ضد المدعى عليه بشأن المصروفات (٦ مايو سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ١٠٥ ص ٢-٢) .

(1) لئن كان للأجنبى عن العقد الوفاء بالدين لمصلحة اقتصادية تعود عليه ويصح وفاؤه حتى لو كان رغما عن المدين ويحق له بالتالى الرجوع عليه بدعوى شخصية لا بدعوى الحلول ، إلا أن شرط ذلك أن تعود من الوفاء منفعة على المدين ، فإذا أوفى بالتزام غير قائم أو بالتزام زال تبعا لعدم تحقق الشرط المعلق عليه انتفى حق الموفى فى الرجوع .

(جلسة ١٩٧٨/٤/١٢ الطعن ٤٤٢ لسنة ٤٤ ق)

(2) أ– الدعوى الشخصية التى يستطيع المتبوع الرجوع بها على تابعه هى الدعوى المنصوص عليها فى =

عليه من إجراءات التنفيذ وما تهدده به من خسائر . وقد يكون شريكاً للمدين فى التجارة ، ويخشى ما يحدثه التنفيذ الجبرى على المدين من أثر فى تجارتهما المشتركة . وهو على كل حال يغلب أن يكون ، من الناحية القانونية ، فضوليا يقوم بمصلحة عاجلة للمدين دون أمر منه ، إذ لو وفى الدين بأمر المدين كان وكيلا عنه فى الوفاء . ويبقى فضوليا حتى لو تقدم

= المادة ٣٢٤ من القانون المدنى التى تقضى بانه اذا قام الغير بوفاء الدين كان له الرجوع على المدين بقدر ما دفعه . وهذه الدعوى سواء أكان أساسها الاثراء بلا سبب أو الفضالة لا يستطيع المتبوع الرجوع بها إذا كان قد أوف التعويض للدائن المضرور بعد أن كان حق الدائن فيه قد سقط بالنسبة للتابع لان هذا لم يفد شيئا من هذا الوفاء وليس للمتبوع أن يرجع على تابعه بالتعويض الذى أوفاه عنه بالدعوى الشخصية التى قررها القانون فى المادة ٨٠٠ من القانون المدنى للكفيل قبل الدين ، وذلك لما هو مقرر من عدم جواز رجوع الكفيل بهذه الدعوى اذا كانت الكفالة لمصلحة الدائن وحده ، وضمان المتبوع لاعمال تابعه هو ضمان قرره القانون لمصلحة الدائن المضرور وحده .

(جلسة ١٩٦٩/١/٣٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ ص ١٩٩)

ب – اذا دفع رب العمل التعويض للعامل فأنه يحل محله فى اقتضائه من المسئول، وانما يتعين عليه اخطار المسئول بالامتناع عن الوفاء للمضرور حتى لا يعوض العامل مرتين على ضرر واحد ، فان هو اهمل هذا الاخطار وأوفى المسئول التعويض للعامل فقد برئت ذمته ، وليس لرب العمل إلا الرجوع على المضرور الذى اقتضى التعويض مرتين، واذا كان الثابت من تقريرات الحكم المعطون فيه أن رب العمل لم يطلب من شركة التأمين الامتناع عن دفع التعويض الذى دفعته لورثة العامل المتوفى وحلت محلهم فيه فان وفاء شركة التأمين يكون مبرئاً لذمتها ولذمة المسئول عن الحادث لأنهما ملتزمان بدين واحد .

(جلسة ١٩٧١/٣/١١ مجموعة احكام النقض السنة ٢٢ ص ٢٩٥).

جـ – التزام المرسل اليه باداء الضريبة الجمركية قاصر على ما يستحق منها على البضائع التى يتم الافراج عنها بعد مرورها بالدائرة الجمركية داخل البلاد، فإذا أوفى المرسل اليه بكامل الضريبة الجمركية المستحقة على الرسالة المشحونة بما فيها من نقص غير مبرر يكون قد أوفى بدين غير مستحق عليه بالنسبة للضريبة الخاصة بهذا النقص غير المبرر ومن ثم يجوز له استرداده لا تبرأ به ذمة الناقل من الالتزام بأداء تلك الضريبة إلا اذا اتجهت ارادة المرسل اليه عند السداد إلى الوفاء بها عن الناقل – ذلك أن الوفاء بالدين عن الغير – وعلى ما يبين من نصوص المواد ٣٢٣ وما بعدها من القانون المدنى – لا يبرئ ذمة المدين منه إلا إذا اتجهت ارادة الموفى له إلى الوفاء بدين هذا الغير ، أما إذا ظن أنه يدفع دينا على نفسه فلا يعتبر وفاء لدين غيره بل وفاء لدين غير مستحق فيجوز للموفى المطالبة باسترداده اعمالا لقاعدة دفع غير المستحق ، وإذا خلت الاوراق مما يدل على أن المرسل إليه قد اتجهت ارادته عند السداد إلى الوفاءعن الشركة المطعون ضدها – الناقلة – بالرسوم الجمركية المستحقة عن العجز فى الرسالة ، فان الحكم المطعون فيه اذا اعتبر هذا الوفاء مبرءا لذمة المطعون ضدها يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه .

(جلسة ١٩٨٠/١/٢٨ الطعن ١٠٩ لسنة ٤٣ ق)

لوفاء الدين بغير علم المدين ، بل إن هذا هو الأصل فى الفضولى [1] .

ويصح للأجنبى أن يقوم بالوفاء حتى لو كان ذلك رغم ارادة المدين ، بأن نهاه المدين عن الوفاء فلم ينته ، وقبل الدائن منه الوفاء . فان الوفاء فى هذه الحالة يكون مبرئاً لذمة المدين ، ولكن الموفى لا يرجع عليه بدعوى الفضولى بل بدعوى الإثراء بلا سبب .

ذلك أن الأصل أن يكون لكل شخص حق الوفاء بدين غيره ، ولو كان أجنبياً عن المدين . وليس للدائن أن يمتنع عن قبول الوفاء ، إذ ليست له مصلحة فى ذلك ما دام يستوفى حقه استيفاء صحيحاً . وسيان أن يستوفيه من مدينه نفسه أو من غير مدينه ، ما لم تكن طبيعة الدين أو اتفاق الطرفين يقضى بأن المدين نفسه هو الذى يقوم بالوفاء ، كما قضت بذلك المادة ٢٠٨ فيما مر . وفى غير هذا الاستثناء الوارد فى المادة ٢٠٨ يتعين على الدائن أن يقبل الوفاء ، ولا يجوز له أن يمتنع عن قبوله إلا بشروط ثلاثة : (١) ان يكون الموفى أجنبياً عن الدين ليست له مصلحة قانونية فى وفائه . (٢) وأن يكون المدين معترضاً على وفاء الأجنبى بالدين وقد أبلغ الدائن هذا الاعتراض . (٣) وأن يكون الدائن نفسه لا يريد أن يستوفى الدين من الأجنبى . فذا اختل شرط من هذه الشروط الثلاثة ، تعين على الدائن قبول الوفاء . فلو كان الموفى مصلحة قانونية فى الوفاء ، وجاء الاعتراض من جانب المدين وحده ، ولكن الدائن قبل الوفاء من الأجنبى ، فان هذا الوفاء يبرئ ذمة المدين كما سبق القول . وكذلك لو كان الموفى ليست له مصلحة فى الوفاء ، وجاء الاعتراض من جانب الدائن وحده ، دون أن يعترض المدين ، فان الدائن يجبر على قبول الوفاء ويكون هذا الوفاء مبرئاً لذمة المدين [2] .

---

(١) ولا يكون للأجنبى الذى وفى الدين ، فى هذه الحالة ، أن يحل محل الدائن حلولا قانونياً فى الرجوع على المدين . وإنما يجوز له الحلول الاتفاقي كما سنرى ، أما باتفاق مع الدائن وإما باتفاق مع المدين (انظر دى باج ٣ فقرة ٤٠٦ ص ٣٨١) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧٠ . هذا ويجب على الأجنبى أن يعرض وفاء الدين دون أن يقيد عرضه بأى شرط . وقد قضت محكمة مصر الوطنية بأن العرض الحاصل من غير المشترى على البائع بوفاء الثمن غير مقبول قانوناً ، إذا قيد الأجنبى عرضه بشروط تقضى على البائع أن يقبل التعاقد مع آخرين . ولا عبرة بتمسك المشترى ومن معه بأنه يجوز لشخص أجنبى أن يدفع عن المدين ولو على غير رغبة الدائن ، لأن هذا لا يصح إلا إذا كان العرض حاصلا بدون قيد ولا شرط (١٠ مارس سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٢ ص ٥٤) . كذلك لا يجوز للأجنبى أن يجعل الوفاء عن طريق المقاصة بين الدين وحق له فى ذمة الدائن ، فإن المقاصة لا تكون إلا فى دينين متقابلين (استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٣٦ – وقارن ١٢ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٨٢)

المبحث الثانى

رجوع الموفى على المدين

٣٧٣ – دعويان – الدعوى الشخصية ودعوى الحلول : إذا كان الموفى هو المدين أو نائبه ، فقد برئت ذمة المدين من الدين ، ولا رجوع لأحد عليه لأنه قام بوفاء دينه بنفسه .

وأما إذا وفى الدين غير المدين ، سواء كان للموفى مصلحة فى الوفاء أو لم تكن له مصلحة ، فانه ، ما لم يكن متبرعاً بوفاء الدين وهذا لابد فيه من ظهور نية واضحة لأن التبرع لا يفترض ، يجوز له أن يرجع على المدين بما وفاه عنه عن طريق دعوى شخصية (action personnelle) يعطيها القانون إياه ، وتتكيف هذه الدعوى بحسب الظروف . وقد يكون له فوق ذلك ، أى غير الدعوى الشخصية ، دعوى الدائن نفسه الذى وفاه حقه فيحل محله فيه، ومن ثم سميت هذه الدعوى الأخرى بدعوى الحلول (action en subrogation) .

فهناك إذن دعويان للموفى[١] يرجع بهما على المدين : (١) الدعوى الشخصية (٢) ودعوى الحلول .

٣٧٤ – الدعوى الشخصية – النصوص القانونية : تنص المادة ٣٢٤ من التقنين المدنى على ما يأتى :

«١ – إذا قام الغير بوفاء الدين ، كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه» .

«٢– ومع ذلك يجوز للمدين الذى حصل الوفاء بغير إرادته أن يمنع رجوع الموفى بما وفاه عنه كلا أو بعضاً ، إذا أثبت أن له أية مصلحة فى الاعتراض على الوفاء» [٢] .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادتين ٢٢٤/١٦١ و ٦٢٦/١٦٣[٣] .

---

(١) وغنى عن البيان أنه لابد أن يسبق ذلك وفاء الدين وفاء مبرئا للذمة (استئناف مختلط ١٤ يونيه سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٦٢) .

(٢) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٤٥٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ما عدا أن المشروع التمهيدى لم يكن يتضمن عبارة «بقدر ما دفعه» الواردة فى آخر الفقرة الأولى . وفى لجنة المراجعة أضيفت هذه العبارة، وأصبحت المادة رقمها ٣٣٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٢٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧٢ – ص ١٧٣) .

(٣) **التقنين المدنى السابق** : م ٢٢٤/١٦١ : من دفع دين شخص فله حق الرجوع عليه بقدر ما دفعه ومطالبته بناء على ما حصل له من منفعة بسداد الدين .

م ٢٢٦/١٦٣ : إذا دفع إنسان دين آخر بغير إرادته ثم رجع عليه ، فللمدين المذكور الحق فى عدم قبول ما دفع عنه كله أو بعضه إذا أثبت أن مصلحته كانت تقضى امتناعه عن الدفع للدائن الأصلى . (والحكم واحد فى التقنينين السابق والجديد كما نرى) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٢٣ – وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣١١ – ولا مقابل له فى التقنين المدنى العراقى ولا فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى[١] .

ويخلص من هذا النص أن الموفى لدين غيره ، سواء كانت له مصلحة فى الوفاء أو لم تكن له مصلحة ، يستطيع ، ما لم يكن متبرعاً كما قدمنا ، أن يرجع بدعوى شخصية على المدين يسترد بها مقدار ما دفعه وفاء للدين [٢](1) .

وقد تكون هذه الدعوى الشخصية قائمة على أساس عقد قرض ، بأن يقرض الغير للمدين مبلغاً من المال يكفى لوفاء دينه ، ويقوم المدين نفسه بوفاء الدين من هذا القرض ، فيرجع الغير على المدين بموجب عقد القرض . ولكن الموفى للدين فى هذه الحالة إنما يكون المدين نفسه ، أو المقرض كنائب عن المدين وبوكالة منه [٣] .

على أن الغالب هو أن يوفى الغير الدين بنفسه للدائن ، ففى هذه الحالة يرجع على المدين بدعوى شخصية ، قوامها أما الفضالة وإما الإثراء بلا سبب .

ويكون قوامها الفضالة إذا كان الغير قد وفى الدين بعلم المدين لكن دون تفويض أو وكالة ، أو بغير علمه ولكن دون معارضته ، ويرجع الغير بمقدار ما دفعه وفاء للدين مع

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى :**

التقنين المدنى السورى : م ٣٢٣ (مطابقة للمادة ٣٢٤ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى الليبى : م ٣١١ (مطابقة للمادة ٣٢٤ من التقنين المدنى المصرى) .

لتقنين المدنى العراقى : لا مقابل فيه للنص – هذا والرجوع بالدعوى الشخصية على الدائن فى التقنين العراقى لا يكون إلا بدعوى الإثراء بلا سبب ، ما لم يكن الموفى مأموراً من المدين بوفاء الدين فيرجع عليه بدعوى الوكالة ويكون نائباً عنه فى الوفاء بالدين. أما الرجوع بدعوى الفضالة فلا يجوز ، لأن التقنين العراقى لم يجعل الفضالة مصدرا للالتزام متأثرا فى ذلك بالفقه الإسلامى .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : لا مقابل فيه للنص – ولكن نص التقنين المصرى ليس إلا تطبيقا للقواعد العامة ، فيمكن الأخذ به فى لبنان دون نص .

(٢) استئناف وطنى ٢٣ فبراير سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٤٢٩ ص ٥١٥ .

(٣) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢١٩ .

(1) رجوع الغير الموفى – الذى ليس ملزما بالوفاء – بما أوفاه على المدين يكون بالدعوى الشخصية عملا بالمادة ٣٢٤ من القانون المدنى ، ولا ينشأ حق الموفى فى الرجوع إلا من تاريخ وفائه بالدين ولا يتقادم إلا بانقضاء ثلاث سنوات تبدأ من هذا التاريخ .

(جلسة ١٩٦٨/٢/٢٩ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ص ٤٤٣)

(جلسة ١٩٧٨/٤/١٢ الطعن رقم ٤٤٢ لسنة ٤٤ ق)

الفوائد من يوم الدفع وفقا لقواعد الفضالة .

وتكون الدعوى الشخصية قوامها الإثراء بلا سبب إذا كان الغير قد وفى الدين رغم معارضة المدين ، ففى هذه الحالة لا تتوافر شروط الفضالة ولا يبقى أمام الغير إلا الرجوع بدعوى الإثراء بلا سبب . ويرجع بأقل القيمتين مقدار ما دفع ومقدار ما وفى من الدين ، ويغلب أن تكون القيمتان متعادلتين ، إلا أنه قد يوفى الدين بمبلغ أقل من مقداره فلا يرجع على المدين بمقدار الدين بل بمقدار ما وفى .

وسواء رجع الموفى على المدين بدعوى الفضالة أو بدعوى الإثراء بلا سبب ، فانه لا يستطيع الرجوع بشئ إلا إذا كان الوفاء نافعاً للمدين . فاذا كان قد وفى ديناً انقضى كله أو بعضه ، أو كان للمدين دفوع ضد الدين ، وكان الوفاء بغير أمر المدين ، كان الموفى مسئولا عن ذلك . فلو أن المدين كان قد وفى الدين قبل أن يوفيه الغير [1] ، أو وفى قسطاً منه ثم وفاه الغير كله دون اعتبار للقسط الذى دفع ، فان الغير فى الحالة الأولى لا يرجع بشئ على المدين لأن هذا كان قد وفى الدين كله فلم يفد شيئاً من الوفاء الذى قام به الغير ، ويرجع فى الحالة الثانية بالباقى من الدين بعد استنزال القسط الذى وفاه المدين لأن هذا هو القدر الذى أفاد منه المدين . ولو أنه كان للمدين دفع ضد الدين وقت وفاء الغير له ، بأن كان له مثلا فى ذمة الدائن دين مماثل له وكان يستطيع أن يتمسك بالمقاصة فينقضى الدين دون حاجة إلى الوفاء ، أو لو كا ن الدين قد انقضى بسبب آخر غير المقاصة كالتجديد أو الإبراء أو التقادم [2] ومع ذلك وفاه الغير ، فان الغير لا يرجع بشئ على المدين لأن الوفاء الذى قام به لم يفد المدين منه شيئاً . ولو أن المدين كان يستطيع أن يطعن فى الدين بالإبطال لنقص الأهلية أو لعيب فى الإرادة من غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال ، أو كان يستطيع أن يطعن فيه بالبطلان لانعدام الإرادة أو لعيب فى المحل أو فى السبب أو فى الشكل ، أو كان يستطيع أن يتمسك بالفسخ لتحقق شرط فاسخ أو أن يتمسك بعدم النفاذ لعدم تحقق شرط واقف أو لعدم حلول الأجل ، أو كان يستطيع أن يتمسك بأى دفع آخر ، فان هذا كله

---

(١) وكذلك إذا كان الغير قد وفى الدين قبل وفاء المدين له ، ولكن لم يخطر المدين بهذا الوفاء فوفى المدين مرة أخرى ، فلا رجوع للموفى على المدين لأن المدين لم يفد شيئاً من هذا الوفاء ، وأنما يرجع الموفى على الدائن ليسترد منه ما أخذ دون حق (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٠٠) .

(٢) بل إن الدين إذا كان لم يقسط بعد بالتقادم ، ولكن بقيت مدة قليلة لتمام التقادم بحيث لو لم يوف الغير الدين لا نقضت هذه المدة ولسقط الدين بالتقادم ، فإن المدين يستطيع أن يتمسك بهذا الدفع إذا رجع الموفى عليه ، لأنه لولا وفاء الغير للدين لسقط بالتقادم ، فكأن المدين لم يفد شيئاً من الوفاء (انظر فى هذا المعنى بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٩٩ ص ٥٠٥) .

يكون محل اعتبار عند رجوع الموفى على الدين ، فلا يرجع الأول على الثانى إلا بقدر ما أفاد الثانى من الوفاء [١] .

٣٧٥ – دعوى الحلول : وقد يكون للموفى ، إلى جانب الدعوى الشخصية، كما قدمنا، دعوى الحلول (1). فيحل محل الدائن فى نفس الدين الذى وفاه ، ويرجع على المدين بهذا الدين نفسه ، لا بدين جديد كما يفعل فى الدعوى للشخصية [٢] .

وحلول الموفى محل الدائن إما أن يكون بحكم القانون ويقال له الحلول القانونى ، وأما أن يكون بموجب الاتفاق ، ويقال له الحلول الاتفاقى . ولدعوى الحلول ، قانونياً كان

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧٢ – ولكن يجب أن يكون الاعتراض الذى يقيمه المدين اعتراضاً جدياً . فإذا كان المبلغ المدفوع صادراً به أحكام نهائية ومأخوذاً به اختصاص على عقار المحكوم عليه ، لم يلتفت إلى قول المدين من أنه ينازع المدفوع إليه فى مقدار الدين أمام محكمة أخرى (استئناف أهلى ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٩٤ الحقوق ٩ ص ٣٤٤) . وللمدين أن يدفع مطالبة الغير بما كان يدفع به مطالبة الدائن (استئناف مختلط ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٧٥) . وإذا دفع الغير ديناً على تركة ، رجع على الورثة فى حدود أموال التركة (استئناف مختلط ١٣ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٨٩) .

(٢) وترجع دعوى الحلول فى أصلها إلى القانون الرومانى . فقد كان هذا القانون يقضى بأن ينزل الدائن عن دعواه لمن يوفيه حقه فى حالات كثيرة ، فإذا رفض النزول عن دعواه كان لمن وفى له حقه أن يواجهه بدفع فى خصوص ذلك (cedendarum actionum) ، بل كان يفترض فى بعض الحالات أن النزول عن الدعوى قد تم فعلا . وكان القانون الرومانى ، من جهة أخرى ، يجعل لمن يوفى ديناً مضموناً برهن الحق فى أن يخلف الدائن فى هذا الرهن (succession in locum creditoris) ، أو فى مرتبته (جيرار طبعة ثالثة ص ٧٥٤ – ص ٧٥٧ – ص ٧٧٦ هوامش ٢ و ٥ و ٦ و ٧) .

وحلول الموفى محل الدائن نافع فى كل الوجوه . فهو نافع للموفى ، إذ ييسر له سبيلا ممهداً للرجوع بحقه ، ويهيئ له أسباباً لاستغلال ماله . وهو نافع للدائن ، إذ يستطع بفضل الحلول أن يجد من يوفى له حقه فى وقت يكون المدين فيه غير قادر على الوفاء. وهو نافع للمدين ، إذ يتوقى أن يعجل الدائن بالتنفيذ ضده ، ويغلب أن يتمكن من استمهال الدائن الجديد الذى وفى الدين . ثم إن الحلول لا يضر أحداً، فإن الدائن الجديد لم يزد على أن حل محل الدائن القديم ، فلا يتأذى من ذلك الدائنون الآخرون ولا الكفلاء ، إذ لم يتغير عليهم من الدائن غير اسمه (انظر فى هذا المعنى بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥١٦ ص ١٦١٦ – ص ٦١٧ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢١٩ ص ٦٢٦ – ص ٦٢٧)

(1) لا محل لتأسيس حق الشركة المؤمنه فى الرجوع على الغير المسئول عن الحادث على أساس الحلول ذلك أن رجوع المؤمن على المدين بدعوى الحلول يقتضى أن يكون المؤمن قد وفى الدائن بالدين المترتب فى ذمة المدين لا بدين مترتب فى ذمته هو مما يتحقق بالنسبة لشركة التأمين إذ أن وفاءها بمبلغ التأمين يستند الى الالتزام المترتب فى ذمتها للمؤمن له بموجب عقد التأمين .

(جلسة ١٩٦٢/١٢/٢٠ الطعن ٢١٨ لسنة ٢٧ ق السنة ١٣ ص ٣١٦٦ .

الحلول أو إتفاقيا، أحكام خاصة تميزها عن الدعوى الشخصية ، فعندنا إذن مسألتان : (١) مصدر الحلول (٢) أحكام الرجوع بدعوى الحلول .

المطلب الأول

مصدر الحلول

١ – الحلول القانونى

(Subrogation légale)

٣٧٦ – النصوص القانونية : تنص المادة ٣٢٦ من التقنين المدنى على ما يأتى :

«إذا قام بالوفاء شخص غير المدين ، حل الموفى محل الدائن الذى استوفى حقه فى الأحوال الآتية » :

«أ – إذا كان الموفى ملزماً بالدين مع المدين ، أو ملزماً بوفائه عنه» .

«ب – إذا كان الموفى دائناً ووفى دائناً آخر مقدماً عليه بما له من تأمين عينى، ولو لم يكن للموفى أى تأمين» .

«جـ – إذا كان الموفى قد اشترى عقاراً ودفع ثمنه لدائنين خصص العقار لضمان حقوقهم» .

«د – إذا كان هناك نص خاص يقرر للموفى حق الحلول» [١] .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٢٥٥/١٦٢[٢] .

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٤٦١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٣٨ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٢٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧٧ – ص ١٧٩) .

(٢) **التقنين المدنى السابق م ٢٢٥/١٦٢** : التأمينات التى كانت على الدين الأصلى تكون تأميناً لمن دفعه فى الأحوال الآتية فقط : أولا .... ثانياً – إذا كان الدافع ملزماً بالدين مع المدين أو بوفائه عنه . ثالثاً – إذا كان الدافع دائناً ووفى لدائن آخر مقدم عليه بحق الامتياز أو الرهن العقارى، أو أدى ثمن عقار اشتراه للدائنين المرتهنين لذلك العقار. رابعاً – إذا كان القانون مصرحاً بحلول من دفع الدين محل الدائن الأصلى . =

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٢٥ – وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣١٣ – وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٧٩ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٣١٠ إلى ٣١٢ (١).

ويخلص من هذا النص أن هناك حالات معينة للحلول القانونى نص عليها القانون(٢)، ولا يمكن أن يكون هناك حلول قانونى دون نص . ونستعرض هذه الحالات .

= (ومن هذا يتبين أن أحوال الحلول القانونى فى التقنين المدنى السابق هى نفس أحواله فى التقنين المدنى الجديد. ويبدو من عبارات التقنين السابق أن هذا التقنين يعتبر الدين الذى وفى قد انقضى ، فيرجع الموفى بدين جديد تنتقل إليه تأمينات الدين القديم. أما فى التقنين الجديد ، فواضح أن الرجوع يكون بنفس الدين وتأميناته ودفوعه ، كما سنرى).

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى** :

التقنين المدنى السورى : م ٣٢٥ (مطابقة للمادة ٣٢٦ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى الليبى : م ٣١٣ (مطابقة للمادة ٣٢٦ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى : م ٣٧٩ (مطابقة للمادة ٣٢٦ من التقنين المدنى المصرى).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : م ٣١٠ : يكون الايفاء مسقطا للمدين إسقاطاً مطلقا نهائياً بالنظر إلى جميع أصحاب الشأن . ويجوز أن يكون الإيفاء مقتصراً على نقل الدين إذا كان مقترناً باستبدال ، فيقدر عندئذ أن الدين موفى كله أو بعضه من قبل شخص لا يجب أن يحمل كل العبء بوجه نهائى ، فيحل محل الدائن الذى استوفى حقه ليتمكن من الرجوع على المدين الأصلى أو على الشركاء فى الموجب.

م ٣١١ : إن الاستبدال يكون إما بمقتضى القانون وإما بمشيئة الدائن أو المديون .

م ٣١٢ : يكون الاستبدال قانونياً فى الأحوال الآتية : أولا – لمصلحة الدائن العادى والمرتهن أو صاحب التأمين الذى يوفى حقوق دائن آخر له حق الأولوية عليه . غير أن الاستبدال فيما يختص بالحقوق الخاضعة للقيد فى السجل العقارى لا يكون له مفعول إلا بعد إتمام هذا القيد . ثانياً – لمصلحة الملزم بالإيفاء مع الآخرين (كما فى الموجبات المتضامنة أو غير المتجزئة) أو الملزم بالأيفاء من أجل آخرين (كالكفيل أو الشخص الثالث مخرز العقار المرهون) إذا أجبر على الإيفاء أو كان الإيفاء من مصلحته . ثالثاً – لمصلحة الوارث الذى أوفى من ماله ديون التركة .

(وأحوال الحلول القانونى فى التقنين اللبنانى مماثلة لأحواله فى التقنين المصرى، فيما عدا حالة الوارث).

(٢) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص المادة ٣٢٦ مدنى ما يأتى : «استقى المشروع هذا النص من المادة ٢٢٥/١٦٢ من التقنين الحالى (السابق) مع تعديل صياغتها تعديلا استلهم فيه على وجه الخصوص عبارة المادة ١٨٥ من المشروع الفرنسى الايطالى . بيد أنه شذ عن مذهب هذا التقنين فى التفريق بين الحلول القانونى وهو ما يقع بحكم القانون والحلول الاتفاقى وهو ما يقع برضاء الدائن . وقد نقلت أحوال الحلول القانونى جميعاً عن التقنين القائم ، وهو ما يقع برضاء الدائن . وقد نقلت أحوال الحلول القانونى جميعاً عن التقنين القائم ، وهو يورد منها ما جرت سائر=

٣٧٧ – الموفى ملزم بالدين مع المدين أو ملزم عنه : وهذه الحالة هى أعم حالات الحلول القانونى ، إذ الحالات الأخرى ليست إلا ذات نطاق محدود ، بل أن الحالة الثالثة منها – حالة ما إذا كان الموفى حائزاً للعقار المرهون – ليست إلا تطبيقاً خاصاً من تطبيقات الحالة الأولى كما سنرى . ثم أن علة الحلول القانونى هنا واضحة ، فالموفى ملزم بالدين مع المدين أو عنه ، فله مصلحة كبرى فى ادائه ، بل هو يجبر على هذا الأداء ، ومن ثم حق له فى رجوعه على المدين أن يرجع عليه بدعوى الدائن بعد أن يحل محله .

ويكون الموفى ملزماً بالدين مع المدين إذا كان مديناً متضامناً [١] ، أو مديناً مع المدين فى دين غير قابل للانقسام ، أو كفيلا متضامنا مع كفلاء آخرين فى علاقته بهؤلاء الكفلاء.

ويكون الموفى ملزماً بالدين عن المدين إذا كان كفيلا شخصياً ، أو كفيلا عينياً، أو حائزاً للعقار المرهون [٢] .

فأى من هؤلاء وفى الدين رجع على المدين بدعوى الدائن بعد أن يحل محله بحكم القانون .

فاذا وفى المدين المتضامن كل الدين للدائن ، جاز له أن يرجع بدعوى الحلول على كل مدين متضامن معه بقدر حصته فى الدين ، وقد مر بيان ذلك فى التضامن . وإذا وفى المدين فى دين غير قابل للانقسام الدين للدائن ، جاز له أيضاً أن يرجع بدعوى الحلول على كل مدين معه فى هذا الدين بقدر حصته من الدين ، وقد مر بيان ذلك فى الالتزام غير القابل للانقسام . وإذا وفى أحد الكفلاء المتضامنين الدين كله للدائن ، رجع على كل كفيل

= التقنينات على إيراده (أنظر المادة ١٢٥١ من التقنين الفرنسى والمادة ١٨٣ من المشروع الفرنسى الإيطالى والمادة ٣١٢ من التقنين اللبنانى ، ومطابق لمعنى النص المادة ١٢١٠ من التقنين الأسبانى والمادة ٧٧٩ من التقنين البرتغالى والمادة ١١٠ من تقنين الالتزامات السويسرى والمادة ٩٨٥ من التقنين البرازيلى ، وتتكلم المادة ٢٦٨ من التقنين الألمانى عن انتقال الحق أو تحويله لا عن الحلول) . ويراعى أن الموفى ، فى جميع أحوال الحلول القانونى، يكون غيراً له مصلحة فى الوفاء بالدين . فله ، والحال هذه ، أن يوفى رغم إرادة المدين والدائن على حد سواء ، وبذلك يتم له الحلول بحكم القانون محل الدائن الذى استوفى حقه» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧٨) .

(١) حتى لو كان المدين الذى تضامن معه أبرئ من التضامن ومع ذلك رجع الدائن على المدين المتضامن بكل الدين (استئناف مختلط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٧٥) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧٨ – وإذا دفع وارث ديناً على التركة ، حل محل الدائن فى الرجوع على بقية الورثة (استئناف مختلط ١٤ نوفمبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٢٧) .

بدعوى الحلول بمقدار نصيبه فى كفالة الدين ، وهذه غير دعوى الحلول التى يرجع بها على المدين .

وإذا وفى الكفيل الشخصى أو العينى الدين عن المدين ، جاز له الرجوع بدعوى الحلول على المدين بكل ما دفعه ، لأن المدين يجب أن يتحمل الدين كله [1] . وكذلك إذا انتقلت ملكية عقار مرهون إلى شخص ، بالبيع أو الهبة أو المقايضة أو أى سبب آخر لانتقال الملكية، فانه يصبح ملزما بالدين عن المدين . فاذا وفى الدين حل محل الدائن قانونا ، ورجع بدعوى الحلول على المدين بكل ما دفعه . وقد أفرد القانون هذه الحالة بالذكر كحالة خاصة من حالات الحلول القانونى ، وستكون محلا للبحث فيما يلى .

كذلك يمكن القول أن المتبوع مسئول عن التابع ، فاذا كان التابع مؤمناً على مسئوليته مثلا ، ورجع المصاب على المتبوع فوفى هذا دين التابع ، فانه يحل محل الدائن – المصاب – فى التأمين ، ويرجع بدعوى الحلول هذه على شركة التأمين [2] .

---

(١) وقد جاء فى الموجز للمؤلف : «والكفيل ، سواء كان كفيلا شخصياً أو عينياً، وسواء كان الكفيل الشخصى متضامناً مع المدين أو غير متضامن ، يحل محل الدائن إذا وفى له الدين ، فاذا كان الكفيل كفيلا شخصياً متضامناً مع المدين ، ودفع الدين عنه ، فإنه يرجع عليه بكل ما دفعه ، ويحل فى هذا الرجوع محل الدائن فى كل ماله من تأمينات. وكذلك الأمر لو كان الكفيل الشخصى غير متضامن مع المدين . غير أنه يلاحظ فى الحالتين أن الكفيل إذا حل محل الدائن فى الرجوع على كفلاء آخرين، فإنه لا يرجع على كل كفيل إلا بقدر حصته من الدين بمقتضى حق التقسيم . وإذا كان الكفيل كفيلا عينياً ، ودفع الدين عن المدين ، فإنه يرجع على المدين بكل ما دفعه، ويحل محل الدائن فيما له من تأمينات. فإذا كانت هذه التأمينات كفيلا شخصياً ، رجع الكفيل العينى على الكفيل الشخصى بقدر حصة هذا الأخير ، ويقسم الدين بينهما على أساس أن الكفيل الشخصى قد كفل الدين وأن الكفيل العينى قد كفل الدين بقدر قيمة العين التى قدمها رهناً ، فيكون تقسيم الدين بينهما بهذه النسبة . فلو كان الدين ثلثمائة ، وضمن الكفيل الشخصى كل الدين ، وقدم الكفيل عيناً قيمتها مائة ، فإن الدين يقسم بين الكفيلين بنسبة ثلثمائة (قدر ما ضمنه الكفيل الشخصى) إلى مائة (قدر ما ضمنه الكفيل العينى) ، فتكون حصة الكفيل الشخصى مائتين وخمسة وعشرين وتكون حصة الكفيل العينى خمسة وسبعين . وإذا كانت التأمينات كفيلا عينياً آخر، قسم الدين بينهما بنسبة قيمة ما قدمه كل منهما ضماناً للدين» (الموجز فقر ٥٥٦) .

(٢) وقد كشف العمل عن أمثلة أخرى يكون فيها الموفى ملزماً بالدين فيحل محل الدائن، ويرجع بدعوى الحلول عل المدين. من ذلك شركة التأمين عن الإصابات ، فهى مسئولة عن تعويض المصاب ، فإذا وفته التعويض حلت محله فى الرجوع على المسئول عن الإصابة. ومن ذلك الوكيل بالعمولة ، إذا وفى من ماله ثمن البضاعة التى اشتراها لعميله، حل محل البائع الذى وفاه حقه فى الرجوع بالثمن على هذا العميل . ومن ذلك من يقوم بتخليص البضائع من «الجمرك» ، إذا دفع الرسوم المستحقة ، حل محل مصلحة الجمارك فى الرجوع بهذه الرسوم على صاحب البضاعة (انظر فى ذلك بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٢٨ ص ٦٣٤) . =

٣٧٨ – الموفى دائناً وفى دائنا مقدما عليه : ويحل الموفى محل الدائن ، فيرجع على الدمين بدعوى الحلول ، «إذا كان الموفى دائناً ووفى دائناً آخر مقدماً عليه بما له من تأمين عينى، ولو لم يكن للموفى أى تأمين» .

ويفرض القانون أن هناك دائنين لمدين واحد ، أحدهما متقدم على الآخر بموجب تأمين عينى [1] ، أى أن المدين قد رهن عقاراً مملوكاً له لأحد الدائنين ثم رهنه للآخر، فصار

= أما إذا كان الموفى غير ملزم بالدين ووفاه ، لم يكن من حقه الرجوع بدعوى الحلول. فالولى أو الوصى أو القيم ، إذا وفى دين الصغير أو المحجوز ، لم يحل محل الدائن فى الرجوع عليه ، ومن تعهد عن الغير وأقر الغير تعهده، إذا وفى قيمة هذا التعهد للدائن، لم يحل محله فى الرجوع على الغير ، لأن المتعهد بعد إقرار الغير لم يعد ملزما بالتعهد (انظر فى هذا المعنى بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٦٠ إلى فقرة ١٥٦٠ مكرر ثانياً) .

هذا وإذا دفع أحد المدينين المتضامنين الدين كله ، كان له أن يوجه دعوى الحلول إلى المدينين المتضامنين الآخرين وإى الدائنين المرتهنين المتأخرين فى المرتبة عن الدائن الذى وفى حقه (استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤١٩) .

(١) وليس من الضرورى أن يكون للدائنين مدين واحد، بل يكفى أن يكون كل من الدائنين له تأمين عينى على نفس العقار وأحدهما متقدم على الآخر ، فيصح أن يكون صاحب العقار مديناً لأحدهما وقد رهن له عقاره وكفيلا عينياً للدائن الآخر، كما يكفى أن يكون صاحب العقار كفيلا عينيا لكل من الدائنين (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٤٣ مكررة) .

هذا وإذا كانت العين قد بيعت لشخصين ، ودفع أحدهما حصته من الثمن ، وبقى امتياز البائع ضامناً للباقى من الثمن وهو حصة المشترى الآخر ، ثم بيعت العين فى المزاد للوفاء بهذه الحصة ، فما استوفاه البائع من ثمن العين مما يقع فى نصيب المشترى الأول يحل فيه هذا المشترى محل البائع فى حق امتيازه ، لأنه يكون فى حكم الدائن الذى وفى دائناً مقدماً عليه (استئناف مختلط ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٣م ٢٦ ص ١٠٤) .

أما إذا كان العقار مرهوناً لدائنين أحدهما مقدم على الآخر ، ثم رسا مزاده عند التنفيذ على المرتهن الثانى ، فما استوفاه المرتهن الأول من ثمن العقار المترتب فى ذمة المرتهن الثانى لا يعتبر مدفوعاً من المرتهن الثانى حتى يحصل محل المرتهن الأول فيه، لأن المرتهن الثانى إنما وفى المرتهن الأول ديناً ترتب فى ذمته وهو الثمن الذى رسا به المزاد عليه (استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٩٨) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى دوائرها المجتمعة فى هذا المعنى أيضاً بأنه إذا كان لدائن رهنان على عقارين ، فنفذ على أحد هذين العقارين واستوفى حقه من ثمنه ، فأضر ذلك بدائن مرتهن متأخر لنفس العقار ، فإن الدائن المتأخر لا يحل محل الدائن المتقدم فى الرهن الذى لهذا الدائن على العقار الآخر لأنه لم يوفه حقه من ماله (٢٨ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٨١) .

ولكن إذا كان هناك دائنان مرتهنان أحدهما مقدم على الآخر ، وكان الدائن المتقدم له رهن على عقار آخر ، ووفى الدائن المتأخر الدائن المتقدم حقه ، فإنه يحل محله فى الرهنين معاً ، لأنه يكون قد وفى الدائن المتقدم حقه من ماله لا من ثمن العقار (استئناف مختلط ٢١ فبراير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٤٢) .

الأول متقدما على الثانى . بل يجوز أن يكون الدائن الثانى لم يرتهن العقار وظل دائناً شخصياً ، فان الدائن الأول متقدم عليه بما له من حق الرهن . بل يجوز أيضاً أن يكون التأمين الذى يتقدم به الدائن الأول على الدائن الثانى ليس حق رهن رسمى ، بل حق رهن حيازة ، أو حق امتياز ، أو حق اختصاص ، فكل هذه تأمينات عينية تجعله متقدماً على الدائن الثانى .

ففى جميع هذه الأحوال قد يكون للدائن المتأخر مصلحة محققة فى الوفاء بدين الدائن المتقدم والحلول محله فى هذا الدين ، وتتحقق هذه المصلحة فى فرضين .

(أولا) قد يرى الدائن المتقدم أن ينفذ على العقار المرهون ، ويكون الوقت غير مناسب للتنفيذ ، فيتوقع الدائن المتأخر أن يباع العقار فى المزاد العلنى بأبخس الأثمان . وقد لا يعنى الدائن المتقدم ذلك ، إذ يكون متأكدا من أنه سيستوفى حقه مهما بلغ ثمن العقار المرهون، وأنما تعود الخسارة على الدائن المتأخر فهو الذى سوف لا يدرك من ثمن العقار ما يكفى للوفاء بحقه . فيكون من مصلحة الدائن المتأخر أن يوفى الدائن المتقدم حقه ، فيحل محله فى رهنه ، ويمنع بهذا الحلول التنفيذ فى وقت غير مناسب تحيناً لفرصة يبيع فيها العقار المرهون بثمن يكفى لوفاء الدين المتقدم والدين المتأخر جميعاً .

(ثانياً) قد يرى الدائن المتأخر أن العقار المرهون لا يكفى لوفاء الدينين المتقدم والمتأخر معاً ، مهما بلغ ثمن هذا العقار وفى أى وقت بيع ، ولكن يكون للدائن المتقدم تأمين على عقار آخر مملوك للمدين أو لكفيل عينى . فيوفى حق الدائن المتقدم حتى يحل محله فى رهنه المتقدم وفى تأمينه الآخر ، ويستطيع بذلك أن يستوفى الدينين معاً من العقار المرهون ومن هذا التأمين الآخر .

من أجل ذلك أجاز القانون للدائن المتأخر أن يحل محل الدائن المتقدم إذا وفى له دينه[1] ، فيحقق لنفسه مصلحة مشروعة، وذلك دون أن يضار الدائن المتقدم إذ هو يستوفى حق كاملا، ودون أن يضار المدين فان الموقف بالنسبة إليه لا يتغير ، ولا يؤوده فى شئ أن يحل دائن محل آخر ما دام يحل فى نفس الدين .

---

(١) ويصح أن يوفيه جزءاً من دينه إذا قبل الموفى له هذا الوفاء الجزئى ، فيحل محله فى هذا الجزء (انظر فى مناقشة هذه المسألة بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٤٣ مكررة ثانيا) .

ولكن لا يجوز أن يتربص الدائن المتأخر حتى ينزع الدائن المتقدم ملكية العين المرهونة، ويتقدم فى التوزيع فى مرتبة أعلى ، وعند ذلك يأتى الدائن المتأخر يريد أن يوفى الدائن المتقدم ليحل محله (استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٨٦ – ٢٥ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٩٤ – ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٩٤ – ٨ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٨٢) .

ويشترط فيما قدمناه شرطان : أن يكون الموفى دائناً لنفس المدين ، وأن يكون الموفى له دائنا متقدماً بما له من تأمين عينى .

فيجب أولا أن يكون الموفى دائناً لنفس المدين . فلا يجوز لأجنبى غير دائن للمدين أن يوفى حقاً لدائن له تأمين عينى ليحل محله حلولا قانونياً فى هذا التأمين [1] . والذى يجوز هنا هو الحلول الاتفاقى لا الحلول القانونى ، فيتفق الأجنبى مع الدائن أو مع المدين على الحلول بالطرق التى قررها القانون على النحو الذى سنبينه فى الحلول الاتفاقى. فاذا كان الموفى دائناً للمدين ، فقد توافر الشرط المطلوب ، ولا يهم بعد ذلك أن يكون للموفى هو أيضاً تأمين عينى متأخر أو أن يكون دائناً شخصياً ليس له أى تأمين [2] ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك .

ويجب ثانياً أن يكون الموفى له دائناً متقدماً على الموفى بما له من تأمين عينى . فلو كان الموفى له دائناً متأخراً عن الموفى فى تأمينه العينى أوليس له تأمين عينى أصلا، فلا محل هنا للحلول القانونى ، لأن مصلحة الموفى فى هذا الحلول ، وهو متقدم عل الموفى له أو مساو، ليست واضحة . قد تكون له مصلحة محدودة فى منع هذا الدائن من القيام باجراءات التنفيذ فى وقت غير مناسب ، ولكن هذا الدائن إذا فعل ذلك أضر بنفسه أيضاً لأنه غير متقدم على الدائن الأول . وقد تكون للدائن المتقدم مصلحة فى منع الدائن المتأخر من المعارضة فى الديون ، حتى لا تقف إجراءات التوزيع أو حتى يتيسر إجراء تسوية ودية، ولكن هذه المصلحة جد محدودة لم ير القانون أن يرتب عليها حلولا قانونياً.

هذا إلى أنه من اليسير على الدائن المتقدم فى مثل هذا الفرض أن يوفى الدائن المتأخر حقه بعد أن يحصل منه على حلول اتفاقى ، بل دون اتفاق على حلول أصلا، فان الوفاء بحق الدائن المتأخر يبعده عن التوزيع فيتيسر للدائن المتقدم أن يمضى فيه أو أن يجرى التسوية الودية التى ينشدها كما لو كان هناك حلول [3] .

---

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٤٢ مكررة ثالثاً – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٣٠ ص ٦٣٧ – ص ٦٣٨ .

(٢) ديرانتون ١٢ فقرة ١٤٩ وفقرة ١٥٣ – لا رومبير ٤ م ١٢٥١ فقرة ٥ – ديمولومب ٢٧ فقرة ٤٥٨ – فقرة ٤٥٩ – لوران ١٨ فقرة ٦٩ – بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٤٢ مكررة أولا – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٣٠ .

(٣) قارن بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٤٤ – وإذا كان للدائن المتأخر رهن على عين أخرى بالإضافة إلى رهنه المتأخر على العين الأولى ، فإن الدائن المتقدم – باعتباره دائناً عادياً بالنسبة إلى العين الأخرى – يعتبر دائناً متأخراً ، فله أن يوفى حق الدائن على هذه العين الأخرى ويحل محله فى الرهن إذا كانت له مصلحة فى ذلك (انظر فى هذا المعنى الأستاذ عبدالحى حجازى ٣ ص ٤٨ – وقارب : استئناف =

ولابد ، كما قدمنا ، أن يكون الموفى له متقدماً على الموفى بما له من تأمين عينى. فاذا لم يكن للموفى له تأمين عينى ، ولو كانت له ميزة أخرى تضاهى التأمين العينى كدعوى فسخ أو حق فى الحبس ، فان نص التشريع أضيق من أن يتسع لهذا الفرض، فلا يكون هناك حلول قانونى . فلو أن الموفى له بائع لم يقيد حق امتيازه واكتفى بدعوى الفسخ ، فلا يحق لدائن آخر وفاه الثمن أن يحل محله فى دعوى الفسخ . ولو أن الموفى له دائن ليس له تأمين عينى بل له حق فى حبس عين للمدين ، لم يجز لدائن آخر وفاه حقه أن يحل محله فيحبس العين (١).

= مختلط ٢٥ يونيه سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٨٨.

وهذا وقد يكون للدائن الموفى له حقان ، أحدهما متقدم على حق الدائن الموفى والآخر متأخر ، ويذهب القضاء الفرنسى فى هذه الحالة إلى أن الدائن الموفى يجب عليه أن يوفى الدائن الموفى له بالحقين معاً ، المتقدم والمتأخر ، لأنه لو اقتصر على الوفاء بالحق المتقدم، فإن الموفى له يكون بدوره ، وبمقتضى حقه المتأخر، جائراً له أن يوفى حقه ليحل محله هو الآخر ، وفى هذا دور يريد القضاء تجنبه (محكمة النقض الفرنسية ٢ أغسطس سنة ١٨٧٠ سيريه ٧١ - ١ - ٢٥ - وانظر أيضا : ديمولومب ٢٧ فقرة ٤٧٨ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٤٣ مكررة خامساً وما بعدها - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٣٠ ص ٦٣٧ هامش رقم ٥) . وتطبيقاً لهذا المبدأ ، إذا كان لدائن رهنان فى المرتبة الأولى على عقارين ، وكان له إلى جانب ذلك دين آخر مضمون برهن متأخر على العقار الثانى، لم يجز لدائن متأخر مرتهن للعقار الأول أن يوفيه الدين المضمون بالرهنين ليحل محله فيهما، وذلك لأن الدائن المتقدم هو فى الوقت ذاته دائن متأخر بالنسبة إلى العقار الثانى ، فيحق له أن يوفى بدوره الدائن الآخر حقه ليحل محله ، ومن هنا يأتى الدور (انظر بوردى وبارد ٢ فقرة ١٥٤٣ مكررة ثامناً) .

(١) ولو أراد الموفى أن يحل محل الموفى له ، وجب عليه أن يحصل على حلول اتفاقى بالتراضى ، لأن الحلول القانونى ممتنع كما قدمنا (أنظر فى تأييد هذا الحكم بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٤٥ - فقرة ١٥٤٦ ، وفى انتقاده بلانيول وريبير ،ردوان ٧ فقرة ١٢٣٩ ص ٦٣٩ - ص ٦٤٠).

هذا وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذه الحالة الثانية من حالات الحلول القانونى ما يأتى : «أما الحالة الثانية فهى حالة الوفاء من أحد الدائنين لدائن آخر مقدم عليه بما له من تأمين عينى . فلو فرض أن عقاراً رهن لدائنين على التوالى ، فللدائن المتأخر مصلحة فى الوفاء بحق الدائن المتقدم والحلول محله فيه . فقد يوفق بذلك إلى وقف إجراءات التنفيذ إذا كانت قد بوشرت فى وقت غير ملائم، على أن يعود إليها متى استقامت الأحوال . وقد يتيسر له أحياناً أن ينتفع من تأمينات أخرى خصصت لضمان الدين الذى قام بأدائه . وقد يكون من مصلحة أحد الدائنين العاديين أن يقوم بالوفاء بدين الدائنين المرتهنين حتى يفيد من مزايا الحلول . ويراعى أن الدائن المتقدم فى الرتبة لا يحل حلولا قانونياً إذا وفى دائناً متأخراً عنه حتى يتيسر له وقف إجراءات التنفيذ لعدم ملاءمة الظروف ، فالحلول لا يتم فى هذه الحالة إلا بالتراضى» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧٨ - ص ١٧٩) .

٣٧٩ – الموفى المشترى عقاراً ودفع ثمنه لدائنين خصص العقار لضمان حقوقهم : هذه الحالة سبقت الإشارة إليها كتطبيق من تطبيقات الحالة الأولى . ذلك أن المشترى لعقار مثقل بتأمين عينى – رهن أو امتياز أو اختصاص – يصبح حائزاً للعقار (tiers détenteur) ، فيكون مسئولا عن الدين بحكم انتقال ملكية العقار له . ومن ثم يكون ملزماً بالدين عن المدين ، فيدخل ضمن الحالة الأولى من حالات الحلول القانونى ، وهى الحالة التى سبق بيانها [١] .

وحتى نتبين ، فيما نحن بصدده ، كيف تتحقق للموفى مصلحة فى أن يحل محل الموفى له نفرض أن عقاراً مرهوناً باعه صاحبه . فالمشترى للعقار المرهون يستطيع بطبيعة الحال أن يطهر العقار المرهون فيتخلص من الرهن ، ولا يحتاج إلى الحلول محل الدائن المرتهن . ولكنه مع ذلك قد تكون له مصلحة فى أن يوفى الدائن المرتهن حقه [٢] فيحل محله ويصبح مرتهناً لملك نفسه ، فى الفرضين الآتيين :

أولاً – قد يتوقى بذلك إجراءات التطهير الطويلة المعقدة ، وذلك بأن يكون ثمن العقار المرهون معادلاً لقيمته ، بحيث إذا بيع العقار فى المزاد العلنى لن يبلغ ثمنه فى المزاد أكثر من الثمن الذى التزم به المشترى . فاذا فرض أن العقار مرهون لأكثر من دائن ، وكان الثمن الذى التزم به المشترى لا يكفى إلا لوفاء الدائن المرتهن الأول ، كان للمشترى أن يدفع الثمن لهذا الدائن فيوفيه حقه ، ويحل محله فى رهنه الأول . ولا تصبح هناك مصلحة للدائنين المرتهنين المتأخرين فى بيع العقار ، فلن يصل ثمنه إلى أكثر من الثمن الذى دفعه المشترى وحل به محل الدائن المرتهن الأول ، ولن يصيبهم شئ فى التوزيع بعد أن يستولى المشترى على الثمن الذى دفعه . فيستطيع المشترى ، بفضل هذا الحلول القانونى ، أن يوقف عملياً الدائنين المرتهنين المتأخرين عن مباشرة التنفيذ على العقار الذى اشتراه .

ثانياً – قد يكون للمشترى مصلحة فى أن يحل محل الدائن المرتهن إذا كان البيع

---

(١) استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٣٥ – ٨ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٠٥ .

(٢) ويجب أن يوفى المشترى الدائن المرتهن مباشرة ، أما إذا دفع الثمن للبائع ثم استعمل البائع الثمن فى الوفاء للدائن المرتهن ، فإن المشترى لا يحل حلولا قانونياً محل الدائن المرتهن . ولكن يجوز أن يقبض البائع الثمن من المشترى على ذمة ما دفعه للدائن المرتهن بتفويض من المشترى ، فيحل المشترى فى هذه الحالة محل الدائن المرتهن ، لأن يكون هو – عن طريق وكيله البائع – الذى وفى الدائن المرتهن حقه (أنظر فى هذه المسألة بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٥٢) .

وإذا وفى المشترى للدائن المرتهن حقه ، حل محله دون حاجة إلى رضائه أو إلى رضاء المدين (استئناف مختلط ١٣ يونيه سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣٣١) .

الصادر له معرضاً للإبطال أو الفسخ ، فحلوله محل الدائن المرتهن يحقق له تأميناً عينياً عند رجوعه بالثمن فى حالة أبطال البيع أو فسخه [١] .

وغنى عن البيان أن المشترى ، إذا وفى الدائن المرتهن حقه وحل محله بمقتضى القانون، فانه يحل محله فى جميع ماله من التأمينات [1] . فاذا كان لهذا الدائن المرتهن تأمين عينى آخر ، حل المشترى محله فيه ، وقد تتحقق مصلحة له فى ذلك فيما إذا كان العقار الذى اشتراه لم يعد يفى بالثمن الذى دفعه ، فيكمل التأمين الآخر ضمانه [٢] .

ويستوى ، فى وفاء المشترى لحق الدائن المرتهن والحلول محله ، أن يفعل المشترى ذلك اختياراً من تلقاء نفسه أو أن يفعله وهو ملزم به ، بأن يكون للبائع قد ألزمه فى شروط البيع أن يدفع الثمن للدائن المرتهن ، أو أن يكون الدائن المرتهن قد بدأ فى اتخاذ إجراءات التنفيذ فاضطر المشترى أن يوفى له حقه ليتوقى هذه الإجراءات[٣] . ويستوى كذلك أن يكون المشترى قد اشترى العقار ممارسة أو اشتراه فى مزاد جبرى [٤] .

---

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٥٠ مكررة أولا – ويورد بودرى وبارد فرضاً ثالثاً يتحقق فيه للمشترى مصلحة فى أن يحل محل الدائن المرتهن ، وذلك إذا اشترى العقار من غير مالك، وأراد المالك الحقيقى أن يسترد منه العقار ، فعندئذ يكون المشترى آمنا على الثمن الذى دفعه للدائن المرتهن وحل به محله ، إذ أن المالك الحقيقى عندما يسترد العقار يسترده مرهوناً للمشترى بمقدار هذا الثمن (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٥٠) . وقد يتعرض على ذلك بأن المشترى من غير مالك لا يصبح مالكا للعقار المرهون ، فلا يكون مسئولا عن الدين ، وإذا دفعه للدائن المرتهن لم يحل محله حلولا قانونياً. ومَع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المشترى من غير مالك ، إذا دفع الدين للدائن المرتهن، حل محله فى الرهن (استئناف مختلط ٩ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٦٥) .

(٢) استئناف مختلط ١١ يونيه سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٤٠ – ١٤ إبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٣٧ – بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٥٣ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٢٩ ص ٦٣٦ – ص ٦٣٧.

وإذا كان المشترى قد اشترى حصة شائعة ، ودفع الدين لفك الرهن الموقع على العين جميعها، حل محل الدائن فى مواجهة البائع وجميع الشركاء فى الشيوع بمقدار ما وفى عنهم من الدين (استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٠٦ م ١٩ ص ٦٣ – أنظر أيضاً: استئناف مختلط ١٦ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٦٥).

(٣) بودرى وابرد ٢ فقرة ١٥٥٢ مكررة أولا – فقرة ١٥٥٢ مكررة ثانياً.

(1) حائز العقار المرهون ملزم بالدين عن المدين ، وينبنى على وفائه بالدين المضمون أو بجزء منه للدائن المرتهن، حلوله محل هذا الدائن فى كافة حقوقه بمقدار ما أداه، ويشمل الحلول الرهن الوارد على عقار الحائز ذاته ، ويترتب على الحلول ، انتقال حق الدائن إلى الموفى فيكون له أن يرجع على المدين بهذا الحق بمقدا ما أوفاه .

(جلسة ١٩٧١/٣/٢٥ مجموعة احكام النقض السنة ٢٢ ص ٣٨٤)

(٤) استذناف مختلط ٣٠ ماو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٥٦ –٠ بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٤٩ مكررة أولا.=

٣٨٠ – وجـود نص خـاص يقـرر للمـوفى حق الحلول : وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : «وثمة أحوال أخرى يخول القانون الموفى فيها حق الحلول بنص خاص ، فمن ذلك مثلا حلول موفى الكمبيالة بطريق التوسط محل الحامل فى حقوقه» (١) .

ووفاء الكمبيالة بطريق التوسط الذى أشارت إليه المذكرة الإيضاحية كان منصوصاً عليه فى المادتين ١٥٧ ، ١٥٨ من قانون التجارة السابق الذى حل محله قانون التجارة الجديد الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ والذى استبدل عبارة (من أوفى كمبيالة بطريق التدخل) بعبارة (من دفع قيمة كمبيالة بطريق التوسط) ونص فى الفقرة الثانية من المادة ٤٥٠ على أنه «ويجوز قبول الكمبيالة أو وفاءها من شخص يتدخل لمصلحة أى مدين بها يكون مستهدفاً للرجوع عليه .....» كما نص فى الفقرة الأولى من المادة ٤٥٨ منه على أنه «يكتسب من أوفى كمبيالة بطريق التدخل جميع الحقوق الناشئة عنها قبل من حصل الوفاء لمصلحته وقبل الملتزمين تجاه هذا الشخص بموجب الكمبيالة . ومع ذلك لا يجوز للموفى بالتدخل تظهر الكمبيالة من جديد» . ويبين من هذين النصين أن وفاء الكمبيالة بطريق التدخل يحل به الموفى حلولاً قانونياً محل حامل الكمبيالة مثل من حصل الوفاء لمصلحته وقبل الملتزمين تجاه هذا الشخص بموجب الكمبيالة . فهذه حالة من حالات الحلول القانونى ورد فيها نص خاص فى قانون التجارة الجديد (٢) .

= هذا وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذه الحالة الثالثة من حالات الحلول القانونى ما يأتى : «أما الحالة الثالثة فتتحقق حيث يكون الموفى قد اشترى عقاراً وأدى ثمنه وفاء لدائنين خصص العقار لضمان حقوقهم ، كما هو الشأن فى الحائز . فقد يتاح للموفى فى هذه الحالة أن ينتفع من تأمينات أخرى خصصت لضمان الدين الذى أداه . وقد تكون له مصلحة فى أداء ثمن العقار للدائنين المرتهنين المتقدمين فى المرتبة دون أن يقوم بتطهيره ، متى وثق من أن الثمن الذى يرسو به مزاده لا يكفى الوفاء بديون من وفاهم وحل محلهم فيما لو باشر إجراءات التنفيذ غيرهم من الدائنين المتأخرين فى المرتبة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧٩) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧٩ .

(٢) ويلاحظ أن المتوسط ، فى الحالة التى نحن بصددها ، عندما دفع قيمة الكمبيالة لم يكن مسئولا عن هذا الدين ، وإنما جعل له القانون الحلول محل الدائن توثيقاً للإئتمان، وتوسيعاً لسبل الوفاء بسندات الائتمان التجارية ، فيتيسر الوفاء بهذه السندات من طرق مختلفة . هذا إلى أن المتوسط الذى دفع الكمبيالة عن الساحب أو عن المحيل يغلب أن يكون صديقاً ينتظر منه أمهال من دفع عنه ، ومما يغريه بهذا الإمهال أن يحل قانوناً محل الدائن (انظر فى هذا المعنى بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٦٦) .

وهناك مثل آخر للحلول القانونى الذى ورد فيه نص خاص ، فقد نصت المادة ٧٧١ مدنى عل ما يأتى : «يحل المؤمن قانوناً بما دفعه من تعويض عن الحريق فى الدعاوى التى تكون للمؤمن له قبل من سبب بفعله فى الضرر الذى نجمت عنه مسئولية المؤمن، ما لم يكن من أحدث الضرر قريباً أو صهراً للمؤمن له ممن يكونون معه فى معيشة واحدة ، أو شخصاً يكون المؤمن له مسئولا عن أفعاله» . وهذا النص يقضى بأن شركة التأمين إذا أمنت مكاناً من الحريق ، ثم احترق المكان المؤمن بخطأ شخص معين ، فان الشركة تدفع مبلغ التأمين للمؤمن له ، وتحل محله قانوناً فى حقه ضد المسئول عن هذا الحريق [1]، وذلك ما لم يكن هذا المسئول متصلا اتصالا وثيقاً بالمؤمن له ، بأن كان قريبه أو صهره وكان مقيما معه فى معيشة واحدة ، أو كان ولده أو شخصاً تحت رعايته ممن يعتبر هو مسئولا عنهم . ولو جاز لشركة التأمين أن ترجع على هؤلاء ، وهذا هو مبلغ صلتهم بالمؤمن له ، لكان رجوعها هذا بمثابة الرجوع على المؤمن له نفسه ، فتكون الشركة قد سلبته بالشمال ما أعطته باليمين .

---

(١) ويلاحظ هنا أيضاً أن شركة التأمين ، عندما دفعت مبلغ التأمين للمؤمن له وحلت محله فى الرجوع بالتعويض على المسئول ، لم تكن مسئولة عن هذا التعويض مع المسئول. ومن ثم وجب أن يقوم الحلول القانونى هنا على نص خاص ، إذ أن شركة التأمين عندما دفعت مبلغ التأمين للمؤمن له إنما دفعت ديناً شخصياً فى ذمتها له بموجب عقد التأمين . فليس من حقها أن ترجع على المسئول عن الحريق بمقتضى القواعد العامة إلا إذا نزل لها المؤمن له عن دعواه قبل هذا المسئول ، فالحلول هنا أقرب إلى أن يكون نزولا عن هذه الدعوى إلى شركة التأمين بموجب نص خاص فى القانون (انظر فى المعنى الأستاذ عبدالحى حجازى ٣ ص ٥١) . ويخلص من ذلك أن حلول شركة التأمين محل المؤمن له مقصور على الحالة التى نحن بصددها ، لورود النص فى شأنها. وقد ورد نص آخر فى القانون رقم ٦٤ لسنة ٩٦٣ بشأن اصابات العمل والذى حل محله القانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ باصدار قانون التأمين الاجتماعى ، فقد كانت المادة ٧ والمادة ٩ من القانون المذكور تقضيان بانه اذا كانت اصابة العمل ترتب مسئولية شخص آخر غير صاحب العمل ، وكان صاحب العمل مؤمنا على حوادث العمل ، فإن شركة التأمين التى دفعت قيمة التعويض تحل محل صاحب العمل فى حقوقه قبل الشخص المسئول . وفيما عدا هذه الحالات التى وردت فيها نصوص خاصة ، لا يوجد نص عام يقضى ، فى التأمين على الحوادث ، بحلول شركة التأمين محل المصاب فى الرجوع على المسئول ، وكثيراً ما تعمد شركات التأمين إلى الاحتفاظ بحقها فى الرجوع على المسئول بموجب شرط صريح فى وثيقة التأمين ، ويكون هذا الشرط بمثابة اتفاق على حوالة حق محتمل، فينفذ فى حق المسئول بإعلانه بالحوالة وفقاً للقواعد المقررة فى حوالة الحق (انظر فى هذا المعنى الأستاذ محمد على عرفه فى التأمين طبعة ثانية ص ١٨٤ – ص ١٩٢ – وقارن بلانيول وريبير وردوان فقرة ١٢٣٣ ص ٦٤٢ – ص ٦٤٣) .

٢ – الحلول الاتفاقى

(Subrogation conventionnelle)

أ – الحلول باتفاق الموفى مع الدائن

٣٨١ – النصوص القانونية : تنص المادة ٣٢٧ من التقنين المدنى على ما يأتى :

«للدائن الذى استوفى حقه من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير على أن يحل محله، ولو لم يقبل المدين ذلك ، ولا يصح أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء» (١) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٢٢٥/١٦٢(٢) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٢٦ – وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣١٤ – وفى التقنين المدنى العراقى المادة ١/٣٨٠ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣١٣ (٣) .

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٤٦٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «للدائن الذى استوفى حقه من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير على أن يحل محله حتى لو لم يقبل المدين ذلك . ويكون الاتفاق بورقة رسمية ، ولا يصح أن يتأخر عن وقت الوفاء» . وفى لجنة المراجعة حذف الحكم الخاص بجعل الاتفاق فى ورقة رسمية لعدم ضرورة ذلك ، وأصبحت المادة رقمها ٣٣٩ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٢٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٨٠ – ص ١٨١) .

(٢) **التقنين المدنى السابق** م ٢٢٥/١٦٢ : التأمينات التى كانت على الدين الأصلى تكون تأمينا لمن دفعه فى الأحوال الآتية فقط : أولا – إذا قبل الدائن عند الأداء له انتقال التأمينات لمن دفع الدين إليه ....

(والحكم واحد فى التقنينين السابق الجديد، إلا فيما يتعلق بالتصوير الفنى للحلول فقد قدمنا أنه يبدو من عبارات التقنين السابق أن هذا التقنين يعتبر الدين الذى وفى قد انقضى فيرجع الموفى بدين جديد تنتقل إليه تأمينات الدين القديم ، أما فى التقنين الجديد فالرجوع يكون بنفس الدين وتأميناته ودفوعه : انظر آنفاً فقرة ٣٧٦ فى الهامش).

(٣) **التقنينات المدنية العربية الأخرى** :

التقنين المدنى السورى م ٣٢٦ (مطابقة للمادة ٣٢٧ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٣١٤ (مطابقة للمادة ٣٢٧ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ١/٣٨٠ (مطابقة للمادة ٣٢٧ من التقنين المدنى المصرى ، فيما عدا أنها تشترط أن يكون الاتفاق بورقة رسمية ، كما كان الأمر فى المشروع التمهيدى للتقنين المدنى المصرى الجديد) .

تقنين الموجبات والعقد اللبنانى م ٣١٣ : إن الدائن الذى قبل الإيفاء من شخص ثالث يمكنه أن =

ويخلص من هذا النص أن الحلول هنا يجب أن يكون باتفاق بين الموفى والدائن، ويجب ألا يتأخر الاتفاق على الحلول عن وقت الوفاء . ولا يشترط فى الاتفاق شكل خاص، ويخضع فى إثباته للقواعد العامة [1] .

٣٨٢ – اتفاق بين الموفى والدائن : إذا لم يكن الموفى فى حالة من حالات الحلول القانونى التى سبق ذكرها ، وأراد الوفاء بدين غيره على أن يحل محل الدائن ، فسبيله إلى ذلك أن يتفق مع الدائن على هذا الحلول . ذلك أنه ما دام باب الحلول القانونى غير مفتوح للموفى ، فليس أمامه إلا الحلول الاتفاقى، فيتفق إما مع الدائن وإما مع المدين .

وما على الدائن ، حتى يستوفى حقه ، إلا أن يتفق مع الموفى على إحلاله محله. وهو لا يخسر شيئاً من هذا الإحلال ، بل يكسب أن يستوفى حقه فى ميعاد حلوله أو حتى قبل هذا الميعاد إذا اتفق الموفى على ذلك . وليس المدين طرفاً فى هذا الاتفاق ، فرضاؤه غير ضرورى ، والحلول يتم بغير إرادته ، بل بالرغم عن إرادته . على أنه يفيد فائدة محققة من هذا الوفاء ، فدينه يقضى ويتخلص بذلك من مطالبة الدائن . وإذا كان قد استبدل بالدائن القديم دائناً جديداً ، فيغلب أن يكون هذا الدائن الجديد أكثر تساهلا معه وأسرع إلى التيسير عليه فى وفاء دينه ، وإلا لما تطوع مختاراً لوفاء الدين . وهذا هو الدور الذى يقوم به الموفى لدين غيره ، فهو من جهة يسدى خدمة إلى المدين بوفائه للدين وإمهاله حتى يتمكن من الوفاء ، وهو من جهة أخرى يستوثق لضمان حقه قبل المدين بحلوله محل الدائن .

والدائن حر فى قبول إحلال الموفى محله أو عدم إحلاله [2] . وهو حر أيضاً فى تحديد مدى هذا الإحلال ، فقد يحله محله فى بعض ضمانات الدين دون بعض، فيحله فى الرهن والامتياز دون أن يحله فى الكفالة[3] .

ولا يشترط فى الاتفاق شكل خاص ، فأى تعبير عن الإرادة له معنى الحلول يكفى.

= يحل محله فى حقوقه ، ويجب حينئذ أن يحصل الاستبدال صراحة عند الايفاء على الأكثر . أما تاريخ سند الإيصال المشتمل على الاستبدال فلا يعد ثابتاً بالنسبة إلى الأشخاص الآخرين إلا من يوم صيرورة هذا التاريخ صحيحاً . (والحكم واحد فى التقنينين اللبنانى والمصرى) . .

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٨٠ – ص ١٨١ .

(٢) ويجور لوكيل الدائن أن يحل الموفى محل الدائن ، ولو كانت الوكالة عامة (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٢٧) – وإذا أرسل الدائن محضراً لقبض الدين ، فوكالة المحضر مقصورة على القبض. فإذا اتفق مع الموفى على أن يحل محل الدائن ، لم يسر هذا الاتفاق فى حق الدائن إلا إذا أقره (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٢٧ – فقرة ١٥٢٧ مكررة) .

(٣) لوران ١٨ فقرة ٣٢ – بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٢٩ .

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشترط ورقة رسمية نظراً لما للحلول من خطر ، ولكن لجنة المراجعة حذفت هذا الشرط [١] .

٣٨٣ – عدم تأخر الاتفاق عن وقت الوفاء : ولا يجوز أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء [٢] . والغالب أن يكون الاتفاق والوفاء بالدين حاصلين فى وقت واحد، فيتقدم الموفى إلى الدائن ويتفق معه على وفاء حقه مع حلوله محله فى هذا الحق ، ويثبتان الاتفاقين معاً – الاتفاق على الوفاء والاتفاق على الحلول – فى مخالصة واحدة [٣] . ولكن لا شئ يمنع من أن يكون الاتفاق على الحلول سابقاً على الوفاء ، فيتفق الموفى والدائن مقدماً على الحلول ، ثم يدفع الموفى الدين بعد ذلك [٤] .

والذى لا يجوز هو أن يكون الوفاء بالدين أولاً ، ثم يليه الاتفاق على الحلول [٥] . ذلك أنه إذا تم الوفاء بالدين أولا ، وتراخى الاتفاق على الحلول إلى ما بعد ذلك ، فان هذا يفتح الباب للتحايل . فقد يكون المدين وفى دينه وفاء بسيطاً ، وانقضى الدين ، فانقضى بانقضائه رهن فى المرتبة الأولى كان يضمنه ، وترتب على ذلك أن الرهن الذى كان فى المرتبة الثانية أصبح فى المرتبة الأولى . ثم يتواطأ المدين بعد ذلك مع الدائن الذى استوفى دينه ،

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٨١ فى الهامش فيما يتعلق بتاريخ نص المادة ٣٢٧ مدنى – والتقنين المدنى الفرنسى وتقنين الموجبات والعقود اللبنانى يشترط كل منهما أن يكون الاتفاق صريحاً (exprès) ، ولكن ذلك لا يعنى اشتراط لفظ خاص . قارن فى عهد التقنين المدنى السابق استئناف مختلط ١٢ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٠٦ .

(٢) استئناف مختلط ٢٠ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٠٧ – ٢١ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٣٤ .

(٣) ولكن يجب أن يدفع الموفى الدين للدائن حتى يحل محله فيه . وليس من الضرورى أن يدفعه من ماله ، والمهم ألا يكون الوفاء من مال المدين . فلو أن أجنبياً أقرض المدين مالا ليوفى به دينه ، فوفى المدين الدين من هذا القرض ، لم يحل الأجنبى محل الدائن ، حتى لو ذكر الدائن فى مخالصة الدين أنه يقبل إحلال المقرض محله ، ما دام الدين قد وفى من مال المدين بعد أن اقترضه . والذى يمكن فى هذه الحالة هو الحلول باتفاق مع المدين لا مع الدائن ، إذا استوفيت الشروط الواجبة ، وسيأتى بيانها (انظر فى هذا المعنى لارومبيير ٤ م ١٢٥٠ فقرة ٧ – هيك ٨ فقرة ٥٧ – ديمولومب ٢٧ فقرة ٣٥٨ – بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٢٦ – انظر عكس ذلك : بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٢٢ ص ٦٢٨ – ص ٦٢٩) .

(٤) قارن الأستاذ عبدالحى حجازى ٣ ص ٣٨ .

(٥) ولكن إذا اتفق على الحلول قبل الوفاء بالدين أو معه ، كان الحلول صحيحاً حتى لو أعطيت المخالصة المثبتة للحلول بعد الوفاء بالدين ، فالعبرة بتاريخ الاتفاق على الحلول لا بتاريخ أعطاء المخالصة (ديمولومب ٢٧ فقرة ٣٧٢ – هيك ٨ فقرة ٥٨ – بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٢٥ مكررة أولا) .

ويجعله يصطنع اتفاقاً مع أجنبين يذكر فيه أن هذا الأجنبي هو الذى وفى الدين وهو الذى حل محله فيه [1] . فيعود الرهن الذى كان فى المرتبة الأولى وكان قد انقضى ، ليحل الأجنبى محل الدائن فيه ، وذلك إضراراً بالرهن الذى يليه والذى أصبح فى المرتبة الأولى بعد انقضاء الرهن الأول[1] .

٣٨٤ – اثبات الاتفاق على الحلول : ويخضع إثبات الاتفاق على الحلول للقواعد العامة فى الإثبات . فاذا كانت القيمة التى وفى بها الدين تزيد على عشرة جنيهات لم يجز الإثبات إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها ، وإلا جاز الإثبات بالبينة وبالقرائن .

إلا أنه يلاحظ أن المخالصة بالدين المتضمنة الاتفاق على الحلول يجب أن تكون ثابتة التاريخ حتى تكون نافذة فى حق موف آخر حل محل الدائن ، أو فى حق محال له بالحق ، أو فى حق دائن للدائن حجز تحت يد المدين . فهؤلاء الأغيار يتنازعون الأسبقية مع الموفى للدين ، فان كانوا هم السابقين فى الوفاء أو فى الحوالة أو فى الحجز كان الدين لهم ، وإلا فهو للموفى . ومن ثم يجب أن يكون السند الذى يتمسكون به هو أيضاً ثابت التاريخ ، فاذا كان تاريخ الوفاء الواقع من الموفى الثانى أو تاريخ نفاذ الحوالة فى حق المدين تاريخاً ثابتاً – أما تاريخ الحجز فهو ثابت بطبيعة الحال – وجب أن يكون للمخالصة المتضمنة الاتفاق على الحلول تاريخ ثابت أسبق . أما بالنسبة إلى المدين وورثته ، فليس من الضرورى أن تكون المخالصة ثابتة التاريخ [2] .

---

(1) تنص المادة ٣٢٧ من القانون المدنى على أن «للدائن الذى استوفى حق من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير على أن يحل محله ولو لم يقبل المدين ذلك ، ولا يصح أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء» ومفاد ذلك أنه يشترط للحلول فى هذه الحالة وعلى ما ورد بالاعمال التحضيرية للقانون المدنى أن يتفق الموفى والدائن على الحلول ، ولا ضرورة لرضاء المدين به ، وأن يتم الاتفاق على الحلول وقت الوفاء على الأكثر ، وقد قصد من هذا الشرط الأخير إلى درأ التحايل فقد يتواطأ الدائن مع المدين بعد أن يكون هذا قد استوفى فيتفقان غشا على حلول أحد الأغيار لتفويت حق دائن مرتهن آخر ثان متأخر فى المرتبة فيما لو أقر النص صحة الاتفاق على الحلول بعد الوفاء .

(جلسة ١٩٧٧/٣/٢٢ الطعن قم ٣٨٨ لسنة ٤٣ ق س ٢٨ ص ٧٤٥).

(جلسة ١٩٧٧/٢/٢٣ الطعن رقم ٥١٨ لسنة ٤٣ ق) .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «والثانى إتمام الاتفاق على الحلول وقت الوفاء على الأكثر ، وقد قصد هذا الشرط إلى درء التحايل ، فقد يتواطأ الدائن مع المدين بعد أن يكون هذا قد استوفى حقه ، فيتفقان غشاً على حلول أحد الأغيار لتفويت حق دائن مرتهن ثان متأخر فى الرتبة ، فيما لو أقر النص صحة الاتفاق على الحلول بعد الوفاء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٨١).

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٢٨ مكررة – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٢٣ – الأستاذ عبدالحى=

ب – الحلول باتفاق الموفى مع المدين

٣٨٥ – النصوص القانونية : تنص المادة ٣٢٨ من التقنين المدنى على ما يأتى :

«يجوز أيضاً للمدين ، إذا اقترض ما لا وفى به الدين ، أن يحل المقرض محل الدائن الذى استوفى حقه ، ولو بغير رضاء هذا الدائن ، على أن يذكر فى عقد القرض أن المال قد خصص للوفاء وفى المخالصة أن الوفاء كان من هذا المال الذى أقرضه الدائن الجديد» (١) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٢٢٧/١٦٤(٢) .

= حجازى ٣ ص ٤١ .

هذا وقد يتمسك الغير ، ويدخل فيهم دائن مرتهن فى المرتبة الثانية كان سيصبح فى المرتبة الأولى لو أن الوفاء كان بسيطاً دون حلول ، بأن الدين كان قد وفى قبل الاتفاق على الحلول ، فيكون الحلول باطلا وفقاً لما قدمناه . فإذا أدعوا أن الذى وفى الدين هو نفسه المتمسك بالحلول وأنه وفى الدين أولا ثم تواطأ مع الدائن والمدين على الحلول، جاز لهم إثبات أسبقية الوفاء على الحلول بجميع الطرق ، لأنهم ينسبون الغش للمتمسك بالحلول. وإذا ادعوا أن الذى وفى الدين هو المدين أو شخص آخر غير المتمسك بالحلول، دون أن ينسبوا غشاً إلى هذا الأخير ، لم يجز لهم إثبات أسبقية الوفاء على الحلول إلا بتاريخ ثابت للوفاء يسبق التاريخ الثابت للمخالصة المتضمنة الاتفاق على الحلول (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢١ ص ٢٦٩) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص المادة ٤٦٣ من المشروع التمهيدى بطريق الخيرة على أحد الوجهين الآتيين : (١) «ويجوز أيضاً للمدين ، إذا اقترض ما لا سدد به الدين ، أن يحل المقرض محل الدائن الذى استوفى حق ، ولو بغير رضاء هذا الدين ، على أن يكون الحلول بورقة رسمية ، وأن يذكر فى عقد القرض أن المال قد خصص للوفاء وفى المخالصة أن الوفاء كان من هذا المال الذى أقرضه الدائن الجديد» – (٢) «ويجوز أيضاً للمدين ، ولو بغير رضاء الدائن الذى استوفى حقه ، أن يحل شخصاً آخر محل هذا الدائن ، على أن يكون الحلول بورقة رسمية ، وأن يكون التأشير به على هامش القيد الأصلى قد تم قبل أن يسجل تنبيه عقارى صدر من دائن آخر» . وقد آثرت لجنة المراجعة النص الأول، وأقرته بعد حذف الحكم الخاص بجعل الحلول بورقة رسمية لعدم ضرورته ، وأصبح رقم المادة ٣٤٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت قم ٣٢٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٨٢ و ص ١٨٤) .

(٢) **التقنين المدنى السابق** : م ٢٢٧/١٦٤ : يجوز للمدين أن يقترض بدون واسطة مدانه من شخص آخر ما يكون منه وفاء المتعهد به ، وأن ينقل لذلك الشخص التأمينات التى كانت للدائن الأصلى – وأضافت المادة ٢٢٧ من التقنين المختلط ما يأتى : بشرط أن يكون الاقتراض والنقل ثابتين بسند رسمى .

(والحكم واحد فى التقنين السابق والجديد ، فيما عدا وجوب الورقة الرسمية فى التقنين المختلط ، فقد جارى التقنين الجديد التقنين الأهلى السابق فى حذف هذا الشرط) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٢٧ – وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣١٥ – وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٢/٣٨٠ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣١٤ (١).

٣٨٦ – الحلول بالاتفاق مع المدين تبرره أغراض عملية : هنا أيضاً ، كما فى الحلول بالاتفاق مع الدائن ، لا يكون الموفى فى حالة من حالات الحلول القانونى ، فلا يستطيع إذن أن يحل محل الدائن بحكم القانون ، ويلزمه فى هذا الحلول أن يتفق عليه مع المدين . ولكن إذا كان الحلول بالاتفاق مع الدائن ، ولو برغم إرادة المدين ، يبدو طبيعياً على أساس أن الدائن هو الذى يتصرف فى حقه ، فان الحلول بالاتفاق مع المدين ، ولو برغم إرادة الدائن ، لا يبدو طبيعياً أصلا ، فان الذى يتصرف فى حق الدائن ليس هو الدائن نفسه صاحب الحق ، بل هو المدين وبرغم إرادة الدائن صاحب الحق . ومهما يكن من غرابة ذلك من الناحية النظرية ، فان الناحية العملية تبرره . ذلك أن الحلول بالاتفاق مع المدين فيه كل النفع للمدين ، ولا ضرر فيه على الدائن ولا على الدائنين الآخرين . أما أن فيه كل النفع للمدين ، فان تمكن المدين من إحلال المقرض محل دائنه ولو بغير رضاء هذا الدائن يتيح أن يجد فى يسر من يقرضه المال اللازم للوفاء بدينه ، ما دام سيقدم للمقرض نفس الضمانات التى كانت للدائن . فينتفع كل من المدين والمقرض ، المدين بالتخفف من وطأة الدين وبما يمد له المقرض من أسباب التيسير فى الوفاء به ، والمقرض باستثمار ماله فى قرض مكفول

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى** :

التقنين المدنى السورى : م ٣٢٧ (مطابقة للمادة ٣٢٨ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى : م ٣١٥ (مطابقة للمادة ٣٢٨ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى : م ٢/٣٨٠ (مطابقة للمادة ٣٢٨ من التقنين المدنى المصرى، فيما عدا ن التقنين العراقى يشترط أن يكون الحلول بورقة سمية كما كان عليه الأمر فى المشروع التمهيدى للتقنين المصرى الجديد) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : م ٣١٤ : يكون الاستبدال صحيحاً عندما يقترض لمديون مبلغاً من المال لإيفاء ما عليه ، فيمنح مقرضه ، لكى يؤمنه على ماله ، جميع الحقوق التى كانت لدائنه الأول الذى أوفى دينه . وفى مثل هذه الحالة يجب : (أولا) أن يكون لسند الاقتراض ولسند الإيصال تاريخ صحيح (ثانياً) أن يصرح فى سند الاقتراض بأن المال إنما اقترض بقصد الإيفاء ويصرح فى سند الإيصال بأن الإيفاء إنما كان من المال المقرض. (ثالثاً) أن يصرح بأن المقرض حل محل الدائن الموفى دينه فيما له من الحقوق – ولا يشترط رضاء الدائن لصحة هذا التعامل .

(والحكم واحد فى التقنينين اللبنانى والمصرى)

بضمانات قائمة . ولا ضرر فى ذلك على الدائن ، فانه استوفى حقه ، وما دام قد استوفاه فغيم يضيره أن نتقل الضمانات إلى الدائن الجديد ! ولا ضرر فى ذلك على الدائنين الآخرين، فان هؤلاء لم تتغير أوضاعهم من مدينهم ، فهم هم فى ترتيبهم القائم ، سواء بقى الدائن السابق أو حل محله دائن جديد .

لكل هذه الاعتبارات العملية أجاز القانون أن يكون الحلول باتفاق بين الموفى والمدين، ولو بغير رضاء الدائن . على أن الدائن ، وهو يعلم أن رضاءه غير ضرورى ، سيبادر فى الغالب إلى الرضاء ، فيتم الحلول باتفاق بين الموفى والدائن نفسه ، وهذا هو الذى يقع عادة فى العمل [1] .

٣٨٧ – شروط الحلول بالاتفاق مع المدين : ويشترط فى هذا الحلول شرطان :

(أولا) أن يكون القرض بغرض الوفاء بالدين ، فيذكر فى عقد القرض أن المال المقترض قد خصص لهذا الوفاء . ولا يهم ممن يصدر هذا البيان ، من المقترض وهو المدين أم من المقرض نفسه ، والمهم أن يذكر البيان فى نفس عقد القرض [2] . وتفترض صحة البيان حتى يقام الدليل على عدم صحته[3] .

(ثانياً) أن يذكر فى المخالصة عند الوفاء أن المال الموفى به هو مال القرض . ولا يهم هنا أيضاً ممن يصدر هذا البيان ، فقد يصدر من المدين وهو يفى دينه وهذا هو الغالب ، وقد يصدر من الدائن وهو يستوفى حقه وهذا جائز ، وقد يصدر من الاثنين معاً ويقع هذا كثيرا [4] . وتفترض صحة البيان حتى يقام الدليل على صحته[5] .

---

(١) لوران ١٨ فقرة ٣٨ – ديمولومب ٢٧ فقرة ٣٩٣ – بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٣٠ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٢٤ – وأنظر كيف دخل الحلول بالاتفاق مع المدين فى القانون الفرنسى القديم عقب إنزال سعر الفائدة فى الإيرادات المرتبة من ٨٫٣٪ الى ٦٫٤٪ ، مما جعل المدينين يقبلون على الاقتراض بالسعر المخفض وإحلال مقرضيهم محل دائنيهم الأصليين ، إلى بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٣١ .

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٣٣ .

(٣) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٢٥ ص ٦٣١ – ولا يشترط أن يكتب عقد القرض وقت القرض نفسه ، بل قد تتأخر كتابة هذا العقد . بل ويجوز الاتفاق على فتح حساب جار للقرض نفسه ، ثم يتسلم المدين القرض بعد ذلك من الحساب الجارى لوفاء الدين . أنظر فى ذلك بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٣٣ .

(٤) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٣٣ .

(٥) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٢٥ ص ٦٣١ .

وليس من الضرورى أن تتعاقب العمليتان ، عملية القرض فعملية الوفاء، بل يجوز أن تكونا متعاصرتين . ففى ورقة واحدة يثبت عقد القرض ويذكر فيه أن المال المقترض خصص للوفاء ، ثم يذكر فى الورقة نفسها أن الوفاء قد تم من مال المقرض . ولو تم الأمر على هذا النحو لكان هذا أكثر استجابة لأغراض القانون (١) ، ولما قامت صعوبات عملية من ناحية ثبوت التاريخ كما سنرى .

ولكن يصح أن تتعاقب العمليتان ، بشرط أن تسبق عملية القرض عملية الوفاء . إذ لو كانت عملية الوفاء هى السابقة ، لتبين أن الوفاء لم يكن من مال القرض، فلا يحل المقرض محل الدائن . ومن ثم كان لابد ، عند تعاقب العمليتين ، من أن تكون كل عملية منهما ثابتة التاريخ ، حتى يستطاع إثبات أن عملية القرض سابقة على عملية الوفاء (٢) .

والسبب فى ذلك هو توقى خطر التواطؤ ، كما رأينا فى الحلول بالاتفاق مع الدائن. فقد يفى المدين بدينه وفاء بسيطاً ، فينقضى الرهن الذى يضمنه . ثم يخطر له إحياء هذا الرهن إضراراً بمرتهن آخر كان متأخراً فى المرتبة وتقدم بعد زوال هذا الرهن الأول، فيتواطأ مع أجنبى ومع الدائن ، ويصور الأجنبى مقرضاً أقرضه المبلغ الذى وفى به الدين وأحله بهذا الوفاء محل الدائن ، فيحيا الرهن الأول . فسد القانون طريق هذا التحايل ، بأن اشترط أن تسبق عملية القرض عملية الوفاء ، عن طريق التواريخ الثابتة ، فلا يستطاع التحايل بتقديم تاريخ القرض إذا كان متأخراً فعلا عن تاريخ الوفاء .

على أن القوانين الجرمانية لا تلقى بالا إلى شئ من ذلك ، بل هى تجيز فى صراحة أن يفى المدين دينه ويستبقى عند الوفاء ضمانات هذا الدين قائمة يستطيع أن يفيد منها، فيعطيها لمقرض يقرضه المال بعد الوفاء لقاء هذه الضمانات ؛ ولا ضرر يصيب الدائنين الآخرين من جراء ذلك ، فأن أوضاعهم لم تتغير ، وإنما تغير عليهم اسم الدائن المتقدم ، وقد كان متقدماً عليهم فى كل حال . وهذا ما يسمى فى القوانين الجرمانية بالشهادات العقارية (cédules hypothécaies) . وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يتضمن نصاً على طريق الخيرة فى هذا المعنى ، ولكن لجنة المراجعة حذفته وآثرت البقاء على التقاليد

---

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٣٤ .

(٢) أما إذا اقترض المدين وسدد الدين من القرض ، دون أن يذكر فى عقد القرض أن القرض خصص لوفاء الدين أو دون أن يذكر فى المخالصة أن المال الموفى به هو مال القرض، فلا حلول ، إلا إذا دفع المقرض الدين مباشرة للدائن وكان فى حالة من حالات الحلول القانونى (استئناف مختلط ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٧٠) .

اللاتينية فى الوفاء مع الحلول بالاتفاق مع المدين ، فالشرط إذن أن يسبق القرض الوفاء أو يعاصره على الأكثر [1] .

وإذا سبق القرض الوفاء ، فلا يهم مقدار الوقت الذى يتخلل العمليتين ، فقد يقصر هذا الوقت أو يطول . ولكنه إذا طال إلى أمد أبعد من المألوف ، ألقى هذا البعد ظلا من الشك فى أن مال القرض لم يستعمل لوفاء الدين ، وكان هذا مدعاة للطعن فى الحلول [2] .

٣٨٨ – مالا يشترط فى الحلول بالاتفاق مع المدين : ولا يشترط التقنين المدنى الجديد غير الشرطين المتقدمى الذكر فى الحلول بالاتفاق مع المدين . فلا يشترط إذن :

(أولا) – أن يكون القرض أو المخالصة فى ورقة رسمية . ويشترط التقنين المدنى الفرنسى (م ١٢٥٠ بند ٢) أن يكون كل من القرض والمخالصة فى ورقة رسمية . وكان التقنين المدنى المختلط السابق يشترط أيضاً هذا الشرط فى القرض ونقل التأمينات[3] . والذى يشترط فى التقنين المدنى الجديد هو ثبوت تاريخ كل من القرض والمخالصة عند تعاقبهما، وإلا لم يسر الحلول فى حق مقرض آخر له حق الحلول ، أو فى حق محال له ، أو فى حق دائن حاجز، أو فى حق دائن مرتهن متأخر . ولكن يسرى ، بالرغم من عدم ثبوت التاريخ ، فى حق

---

(١) انظر تاريخ المادة ٣٢٨ أنفا فقرة ٣٨٥ فى الهامش – وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «وقد قصد إلى إفساد ضروب التحايل. فأوجب المشروع أن يذكر فى عقد القرض أن المال قد خصص للوفاء بالدين ، وأن يذكر فى المخالصة أن الوفاء كان من هذا المال الذى أقرضه للدائن الجديد . ويراعى أن هذا القيد يحول بين المدين وبين الإفادة من تأمينات من يقوم بإبقاء حقه من الدائنين، من طريق إحلال أحد الأغيار محله . وقد يصح التساؤل عما إذا كان فى تقييد حق المدين على هذا النحو ما يفوت عليه فرصة الانتفاع من استغلال ما يولى له من الائتمان على أساس الرهن الأول ، مع أن احتفاظ الدائن المرتهن المتأخر بمرتبته هذه لا يجعل له فيما لو رفع التقييد وجها للشكوى (قارن نظام صكوك الرهن العقارى أو تيسير الائتمان فى العقارات الزراعية فى التقنينات الجرمانية) . وقد رؤى إفساح المجال للاختيار فشفعت المادة ٤٦٣ بصيغة أخرى تنزل منزلة البديل من صيغتها الأولى . وقد نص فى هذه الصيغة الأخرى على أن للمدين أن يحل من أقرضه محل الدائن على أن يكون الحلول بورقة رسمية، دون اشتراط اتمام عقد القرض فى وقت سابق على الوفاء أو معاصر له . وغاية ما هنالك إنه اشترط أن يكون التأشير بهذا الحلول على هامش القيد الأصلى قد تم قبل أن يسجل تنبيه عقارى صدر من دائن آخر ، لأن من حق هذا الدائن ألا يعتد بأى قيد تال لتسجيل ذلك التنبيه» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٨٣) .

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٣٤ مكررة – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٢٥ ص ٦٣١.

(٣) أنظر آنفا فقرة ٣٨٥ فى الهامش.

المدين نفسه وخلفه العام ، وفى حق الدائن الذى استوفى حقه [1] .

(ثانياً) أن ينص صراحة على حلول المقرض محل الدائن ، وهذا بخلاف الحلول بالاتفاق مع الدائن ، فلابد أن ينص صراحة على حلول الموفى محل الدائن . أما هنا ، فمجرد ذكر أن مال المقرض خصص لوفاء الدين وأن الوفاء حصل بمال القرض كاف لاستخلاص حلول المقرض محل الدائن عن طريق الاقتضاء .

(ثالثاً) أن يرضى الدائن بهذا الحلول . فسواء رضى الدائن أو لم يرض ، فان حلول المقرض محله فى حقه يتم بمجرد الاتفاق على ذلك مع المدين كما سبق القول . ولما كانت عملية الحلول هذه تقتضى تدخل الدائن ، فهو لابد أن يقبل الوفاء وأن يذكر فى المخالصة أن الوفاء تم بمال القرض ، فانه إذا أبى أن يفعل هذا أو ذاك ، كان لكل من المقرض والمدين الوسيلة القانونية لإجباره على ذلك ، عن طريق العرض الحقيقى والإيداع . فيتم بذلك ما كان الدائن يأباه ، فان قبل الدائن العرض تم الحلول ، وإن أباه أودع المال عل ذمته وحكم بعد ذلك بصحة الإيداع على النحو الذى سنبينه ، فيتم الحلول أيضاً على هذا النحو[2] .

المطلب الثانى

أحكام الرجوع بدعوى الحلول

٣٨٩ – مسألتان : أيا كان الحلول ، حلولا قانونياً كان أو حلولا اتفاقياً ، فانه متى تم كانت له نفس الآثار ، وكان له نفس التكييف القانونى . فعندنا إذن فى الحلول ، أيا كان مصدره ، مسألتان : (أولاً) الآثار التى تترتب على الحلول (ثانياً) التكييف القانونى للحلول .

١ – الآثار التى تترتب على الحلول

٣٩٠ – حلول الموفى محل الدائن وما يرد على هذا الحلول من القيود : الحلول يجعل الموفى فى مكان الدائن ، فيصبح له حق الدائن يباشره كما لو كان هو الدائن نفسه .

---

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٣٨ .

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٤٠ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٢٦ .

وهذا هو الحكم بوجه عام [1]، غير أنه يرد على هذا الحكم قيود من شأنها أن تجعل الموفى يعامل معاملة أدنى من معاملة الدائن الأصلى من بعض الوجوه .

فنبحث إذن (أ) حلول الموفى محل الدائن . (ب) ما يرد على حلول الموفى محل الدائن من قيود .

أ – حلول الموفى محل الدائن

٣٩١ – النصوص القانونية : تنص المادة ٣٢٩ من التقنين المدنى على ما يأتى :

«من حل قانوناً أو اتفاقاً محل الدائن كان له حقه، بما لهذا الحق من خصائص ، وما يلحقه من توابع ، وما يكفله من تأمينات ، وما يرد عليه من دفوع . ويكون هذا الحلول بالقدر الذى أداه من ماله من حل محل الدائن» [1] .

---

(1) أ – متى كان الواقع هى أن بائع العقار قد نزل عن أسبقيته فى الامتياز إلى دائن مرتهن متأخر عنه فى الدرجة بموجب عقد حلول مؤشر به فى السجلات العقارية على هامش تسجيل عقد الرهن وكان الدائن المرتهن اذ طلب تخصيصه بدينه فى مرتبة الرهن قد طلب المرتبة التى تخولها اياه المستندات المقدمه منه وهى اعتباره حالا محل البائع فى امتيازه وكان قاضى التوزيع أغفل شأن هذه المستندات المقدمة ، فاذا ناقض الدائن المرتهن وطلب الدرجة التى يستحقها فلا يصح أن يعترض عليه – وفقا لما يقرره قانون المرافعات المختلط – بأنه يطلب درجة لم يطلبها كلا من قاضى التوزيع متى كانت هذه الدرجة ثابتة من المستندات التى سبق تقديمها فى الميعاد قبل تحرير قائمة التوزيع المؤقتة .

(جلسة ١٩٥٤/١٢/١٦ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى الـ ٢٥ عاما – ٦٩ – ٤٨٤).

ب – الوفاء اتفاق بين الموفى والموفى له على قضاء الدين فهو بهذه المثابة تصرف قانونى يجرى عليه من الأحكام ما يجرى على سائر التصرفات القانونية فلابد فيه من تراخى الطرفين على وفاء الالتزام ، ويشترط فى هذا التراضى أن يكون خالياً من عيوب الإرادة فاذا داخل الوفاء عيب منها كان قابلا للابطال ، ولا يترتب على الوفاء الباطل حلول الموفى له فى تأميناته لأن هذا الحلول يترتب على الوفاء الصحيح .

(جلسة ١٩٦٥/٥/٢٠ الطعن ٣٧٩ لسنة ٣٠ ق س ١٦ ص ٧٠٢)

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٤٦٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٤١ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٢٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٨٥ – ص ١٨٧) .

ولا مقابل لهذا النص فى القنين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٢٨- وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣١٦ - وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٨١ - وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣١٥(١) .

ويخلص من هذا النص أن الموف يحل محل الدائن فى حقه : (١) بما لهذا الحق من خصائص (٢) وما يلحقه من توابع (٣) وما يكفله من تأمينات (٤) وما يرد عليه من دفوع.

٣٩٢ - يكون للموفى حق الدائن بما له من خصائص : يحل الموفى محل الدائن فى نفسه حقه ، بما لهذا الحق من مقومات وخصائص .(1) وتقول المذكرة الأيضاحية

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى** :

التقنين المدنى السورى : م ٣٢٨ (مطابقة للمادة ٣٢٩ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى : م ٣١٦ (مطابقة للمادة ٣٢٩ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى : م ٣٨١ (مطابقة للمادة ٣٢٩ من التقنين المدنى المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : م ٣١٥ : إن الاستبدال القانونى أو الاتفاقى يجعل الدائن البديل يحل فى الحقوق محل الدائن الموفى دينه ، ولكن لا يكسب صفة المتفرغ له ولا مركزه - ولا يحق له إقامة دعوى الضمان على الدائن الموفى دينه - ولا يحل محله إلا بقدر المال الذى دفعه وبنسبته - وإذا كان ملزما مع غيره ، فلا يحق له مقاضاة شركائه فى الموجب إلا على قدر حصة كل منهم ونصيبه - ويحق للدائن البديل ، فضلا عن حق إقامة الدعاوى الناجمة عن الاستبدال ، أن يقيم الدعوى الشخصية الناشئة عن تدخله بصفة كونه وكيلا أو فضولياً .

(وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المصرى ، وسنرى ذلك عند الكلام فى القيود التى ترد على الحلول وفى مقارنة الحلول بحوالة الحق) .

(1) أ - لا يشترط فى الاتفاق على الحلول شكل خاص، ويخضع فى اثباته للقواعد العامة ، والموفى يحل محل الدائن فى حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات عينية أو شخصية وما يرد عليه من دفوع ، وهو ما تقضى به المادة ٣٢٩ من القانون المدنى ويقع الحلول فى التأمينات بحكم القانون دون حاجة لاتفاق الموفى مع الدائن على احلاله محله فى الرهن أو أى تأمين آخر .

(جلسة ١٩٧٧/٣/٢٢ الطعن ٣٨٨ لسنة ٤٣ ق السنة ٢٨ ص ٧٤٥)

ب - متى كانت محكمة الموضوع قد كيفت العقود التى أبرمت بين مورث الطاعنين (الناظر على الوقف) والدائنين الحاجزين بأنها وفاء لديونهم مما تحت يده للمطعون ضده وأخويه من غلة الوقف ، استناداً إلى ما استخلصته من ظروف الدعوى من ان المورث المذكور بصفته ناظراً على الوقف قد أوفى=

للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : «فالحق ينتقل إلى من تم الحلول له بما له من خصائص ، كما إذا كان تجارياً ، أو كانت له مدد تقادم خاصة أو كان السند المثبت له واجب التنفيذ [1] .

فالحق الذى حل فيه الموفى محل الدائن إذا كان إذن حقا تجارياً ، انتقل إلى الموفى على هذه الصفة حقا تجارياً ، وقد يقتضى ذلك أن يكون التقاضى فيه من اختصاص المحاكم التجارية [2] . وإذا كان حقاً يسقط بالتقادم بانقضاء مدة قصيرة ، خمس سنوات أو أقل ، فانه ينتقل إلى الموفى قابلا للسقوط بالتقادم بهذه المدة القصيرة . وقد تكون المدة أوشكت على الانقضاء ، فلا تلبث أن تنقضى بعد انتقال الحق إلى الموفى ، وهذا عيب فى دعوى الحلول لا يوجد فى الدعوى الشخصية كما سيأتى . وقد يكون الحق الذى انتقل إلى الموفى ثابتاً فى سند رسمى أو فى حكم ، فيكون سنداً قابلاً للتنفيذ فى يد الموفى كما كا فى يد الدائن الأصلى .

بل إن الحق قد تقترن به خصائص أخرى فتنتقل جميعها مع الحق إلى الموفى. فقد يكون الدائن الأصلى قد قاضى بحقه وسار فى إجراءات التقاضى شوطاً بعيداً ، فلا يحتاج الموفى إلى تجديد هذه الإجراءات ، بل يسير فيها من حيث وجدها [3] .

= ديون الحاجزين مما فى ذمته للمطعون ضده وأخويه من المال المحجوز عليه تحت يده فان ذلك يبرر قانونا هذا التكييف ومن شأنه أن يؤدى إلى انتفاء صفة مورث الطاعنين كدائن محال إليه حالا محل الحاجزين فى حقهم فى الرجوع على المطعون ضده بكامل الدين بوصفه مدينا متضامنا، واذ كان التضامن لم يشرع إلا لمصلحة الدائن تأمينا له ضد اعسار احد المدينين ، فأنه بذلك يمتنع على مورث الطاعنين التمسك بهذا التضامن قبل المطعون ضده .

(جلسة ١٩٦٦/٥/١٠ - مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ ص ١٠٥٦)

جـ - لا يشترط فى الاتفاق على الحلول شكل خاص ، ويخضع فى إثباته القواعد العامة ، والموفى يحل محل الدائن فى حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات عينية أو شخصية وما يرد عليه من دفوع ، وهو ما تقضى به المادة ٣٢٩ من القانون المدنى ويقع الحلول فى التأمينات بحكم القانون دون حاجة لاتفاق الموفى مع الدائن على إحلاله محله فى الرهن أو أى تأمين آخر.

(الطعن ٣٨٨ لسنة ٤٣ ق - جلسة ٧٧/٣/٢٢ س ٢٨ ص ٧٤٥)

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٨٦ .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن من كفل سنداً إذنياً ووفاه للدائن ، يجوز له بعد ذلك أن يحوله إلى الغير كما لو كان هو الدائن (٨ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٨٧) .

(٣) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٣٥ ص ٦٤٥ .

٣٩٣ - يكون للموفى حق الدائن بما يلحقه من توابع : فلو كان الحق الذى انتقل إلى الموفى ينتج فوائد بسعر معين ، فأن الحق ينتقل منتجاً لهذه الفوائد بهذا السعر ، ويكون للموفى الحق فى تقاضى هذه الفوائد ما استحق منها وما سيستحق [١] .

ويعتبر تابعاً للحق ، فينتقل منه إلى الموفى ، دعوى فسخ تقترن بالحق ، كما إذا كان الموفى قد وفى البائع الثمن المستحق له . فان الموفى يحل محل البائع فى حقه ، بما له من تأمين عينى وهو حق الامتياز ، وما يلحق به من تابع وهو دعوى الفسخ . فيجوز للموفى ، إذا لم يستوف من المشترى الثمن الذى دفعه للبائع ، أن يطلب فسخ البيع ، وأن يتسلم المبيع من المشترى وفاء بحقه [٢] .

ويعتبر أيضاً تابعاً للحق أن يكون للدائن حق الطعن فى تصرف المدين بالدعوى البولصية، فاذا انتقل الحق إلى الموفى انتقل معه حق الطعن بهذه الدعوى [٣] .

ويعتبر تابعاً كذلك الحق فى الحبس ، فتنتقل العين المحبوسة من الدائن إلى الموفى، ويكون له الحق فى حبسها حتى يستوفى الدين من المدين .

٣٩٤ - يكون للموفى حق الدائن بما يكفله من تأمينات : وينتقل إلى الموفى مع حق الدائن ما يكفل هذا الحق من تأمينات عينية وتأمينات شخصية [1] . مثل التأمينات العينية الرهن الرسمى والرهن الحيازى [٤] ، سواء كان الراهن هو المدين نفسه أو كان كفيلا

---

(١) محكمة طنطا ٢٠ يناير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٢٥٧ ص ٣٣٧ - المذكرة الإيضاحية للمشرع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٨٦ .

(٢) بودرى وباد ٢ فقرة ١٥٦٧ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٣٥ ص ٦٤٥ - وإذا أجيب الموفى إلى طلبه من فسخ البيع وتسلم المبيع من المشترى ، انتقلت ملكية المبيع إلى الموفى انتقالا مبتدأ تستحق عليه الرسوم الكاملة لانتقال الملكية . بخلاف ما إذا كان البائع هو الذى طلب فسخ البيع واسترد المبيع من المشترى ، فإن ملكية المبيع تعود إلى البائع بأثر رجعى ، وتعتبر كأنها لم تنتقل منه ، لا أنها انتقلت إليه بأثر مبتدأ (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٤٠) .

(٣) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٦٧ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٣٥ ص ٦٤٥ .

(٤) استئناف مختلط ٨ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٣٤ .

(1) متى كان المدين المتضامن تدخل بحكم القانون محل الدائنين بمقدار ما عساه يكون قد دفعه زيادة عن نصيبه ويحق له الرجوع به على المدينين الاخرين فإنه وان امتنع عليه التنفيذ بها على مالهم ما دامت محل نزاع إلا أنه لا يقبل طلب هؤلاء المدينين بشطب القيود والتسجيلات التى شملتها تسوية الديون قبل معرفة مقدار تلك الزيادة التى يحق للمدين المذكور الحلول بها محل الدائنين فى القيود والتسجيلات المذكورة .

(جلسة ١٩٥٦/١٢/٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٧ ص ١٦٨) .

عينياً. ومثل هذه التأمينات أيضا حقوق الامتياز ، خاصة كانت أو عامة ، على عقار أو على منقول . ومثل التأمينات الشخصية أن يكون للحق كفيل شخصى، فيبقى هذا الكفيل ضامناً للحق بعد انتقاله إلى الموفى [1] ، ولا حاجة فى ذلك إلى رضاء الكفيل لأن المدين الذى يكفله لم يتغير ولا عبرة بتغير الدائن [2] . ومثل التأمينات الشخصية أيضاً أن يكون للحق مدينون متضامنون متعددون ، أو له مدينون متعددون وهو غير قابل للانقسام ، فينتقل إلى الموفى على هذا الوصف . ومن ثم يجوز للموفى أن يرجع به ، لا على المدين الذى فى دينه فحسب، بل أيضاً على سائر المدينين المتضامنين فى حالة التضامن أو سائر المدينين المتعددين فى حالة عدم القابلية للانقسام [3] (1) .

٣٩٥ - يكون للموفى حق الدائن بما يرد عليه من دفوع : وكما تنتقل مع الحق مزاياه من خصائص وتوابع وتأمينات ، ينتقل أيضاً معه ما يرد عليه من دفوع ، «كأسباب البطلان والانقضاء ، ما لم يكن الأمر متعلقاً بواقعة غير منفكة عن شخص الدائن ، كالدفع بقصر الدائن ، فهو لا يظل قائماً بعد الحلول متى كان من تم الحلول له كامل الأهلية» [4] .

---

(١) استئناف مختلط ٢٩ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤١٥ .

(٢) انظر الأصل التاريخى - فى القانون الفرنسى القديم - فى رجوع الموفى على الكفيل : بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٦٧ مكررة أولا .

(٣) والحلول فى التأمينات يقع بحكم القانون ، فلا يحتاج الموفى إلى اتفاق مع الدائن على إحلاله محله فى رهنه أو فى أى تأمين آخر أو فى أى طلب للدخول فى التوزيع بدلا منه (استئناف مختلط ١٤ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٣٨ - ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٦ - ٢٥ يونيه سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٦٨ - ٢٢ أبريل سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٥٧ - ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٩٢ - ٢ يونيه سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٦٥ - ٢٩ يونيه سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥٣٠ - ١٦ أبريل سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٣٣٧ - ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ١٣٦) . ولا يجوز للدائن أن ينزل عن الرهن أو عن مرتبة هذا الرهن أضراراً بحق الموفى الذى حل محله فى هذا للرهن (استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٦٤) .

(٤) المذكرة الإيضاحية للمشرع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٨٦ .

(1) أ - للوارث الرجوع على باقى الورثة بما يخصهم من الدين الذى وفاه - عن التركة - كل بقدر نصيبه بدعوى الحلول أو بالدعوى الشخصية ، فان كان رجوعه بدعوى الحلول فانه يحل محل الدائن فى نفس الدين الذى أداه بحيث يكون له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفوع عملا بالمادة ٣٢٩ من القانون المدنى .

(جلسة ١٩٧٧/٢/٢٣ الطعن رقم ٥١٨ لسنة ٤٣ ق)

(جلسة ١٩٦٨/١/٢٥ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ص ١١٦) =

فإذا كان الحق مصدره عقد باطل أو عقد قابل للإبطال ، جاز للمدين أن يتمسك بهذا الدفع تجاه الموفى كما كان له ذلك تجاه الدائن الأصلى . وإذا كان الحق قد انقضى بالوفاء أو بأى سبب آخر كالتجديد أو المقاصة أو الإبراء أو التقادم ، جاز للمدين أن يدفع بانقضاء الحق تجاه الموفى كما كان يجوز له ذلك تجاه الدائن الأصلى . وإذا كان الحق معلقاً على شرط واقف لم يتحقق ، أو على شرط فاسخ تحقق ، أو كان حقاً مؤجلاً ولم يحل الأجل ، جاز للمدين أن يدفع بكل ذلك ، لا تجاه الدائن الأصلى فحسب ، بل أيضاً تجاه الموفى الذى حل محله .

أما إذا كان الدائن الأصلى قاصراً ، فجاز للمدين أن يمتنع عن الوفاء له شخصياً لعدم صحة الوفاء فى هذه الحالة ، فانه لا يستطيع أن يدفع بهذا الدفع الخاص بشخص الدائن تجاه الموفى إذا كان هذا متوافراً فيه الأهلية لاستيفاء الدين .

ب – ما يرد على حلول الموفى محل الدائن من قيود

٣٩٦ – فى حالات خاصة لا يحل الموفى محل الدائن من جميع الوجوه : على أنه إذا كان الأصل أن يحل الموفى محل الدائن فى حقه من جميع الوجوه ، فان هناك حالات لا يكتسب فيها الموفى جميع المزايا التى كانت للدائن :

(١) وأولى هذه الحالات أن الموفى إذا وفى الدين للدائن بمبلغ أقل من قيمته، فانه لا يرجع على المدين إلا بمقدار ما دفع للدائن ، أما الدائن فانه كان يرجع على مدينه بكل الدين.

(٢) وإذا كان الموفى مديناً متضامناً ووفى الدائن فحل محله حلولا قانونياً على النحو الذى قدمناه ، فإنه لا يرجع على كل من المدينين المتضامنين الآخرين إلا بقدر حصته فى الدين، وكان الدائن يرجع بكل الدين على أى من المدينين المتضامنين .

(٣) وإذا كان الموفى هو حائز العقار المرهون ووفى الدائن فحل محله حلولا قانونيا على النحو الذى قدمناه ، لم يكن له بموجب هذا الحلول أن يرجع على حائز لعقار آخر مرهون

= ب – الموفى حين يرجع على المدين بدعوى الحلول انما يرجع بنفس الحق الذى انتقل اليه من الدائن فإذا كان هذا الحق هو الرسم المستحق لصندوق دعم صناعة الغزل والمنسوجات القطنية فأنه يتقادم بخمس سنوات عملا بالمادة الأولى من القانون رقم ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣ الذى عدل المادة ٣٧٧ من القانون المدنى .

(جلسة ١٩٦٨/٢/٢٩ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ص ٤٤٣) .

فى ذات الدين إلا بقدر حصة هذا الحائز بنسبة ما حازه من عقار ، وكان الدائن يرجع على أى حائز لعقار مرهون بكل الدين .

(٤) كذلك لا يرجع حائز العقار المرهون ، إذا هو وفى الدين للدائن ، على الكفيل لنفس الدين ، وكان الدائن يرجع على الكفيل .

(٥) وإذا وفى الغير الدائن جزءاً من حقه وحل محله فيه ، فان الدائن الأصلى فى استيفاء ما بقى من حقه يكون مقدماً على الموفى ، فهنا قلت حقوق الموفى عن حقوق الدائن .

ونستعرض هذه المسائل الخمس متعاقبة .

٣٩٧ – رجوع الموفى على المدين بمقدار ما أده من ماله لا بمقدار الدين : رأينا أن العبارة الأخيرة من المادة ٣٢٩ من التقنين المدنى تقضى بأن الموفى إذا وفى الدين للدائن بقيمة أقل من مقدار الدين ، فان رجوعه على المدين يكون بمقدار ما أداه لا بمقدار الدين [1] ، وفى هذا نرى الموفى يعامل معاملة أقل من معاملة الدائن ، فان الدائن إذا كان الغير لم يوفه حقه كان له أن يرجع بكل حقه على المدين . أما وقد قبل الدائن أن يستوفى من الغير حقه منقوصاً ، ونزل عن جزء منه ، فان هذا النزول يكون فى مصلحة المدين لا فى مصلحة الموفى ، وكأن الدائن قد نزل عن جزء من الدين للمدين ، ومن ثم لا يرجع الموفى على المدين إلا بمقدار ما دفعه لوفاء الدين [1] .

والسبب فى ذلك أن الموفى وهو يفى بالدين للدائن إنما يقوم بوفاء الدين ، بعيداً عن فكرة المضاربة التى رأيناها فى حوالة الحق لصيقة بمن يشترى الدين . وقد أحاطت الوفاء هنا ملابسات اقتضت أن ينزل الدائن عن جزء من الدين ويستوفى الباقى ، فليس للموفى أن يرجع على المدين بأكثر مما وفى ، إذ هو لا يقصد المضاربة فيما قام به من وفاء، وهو فى الغالب صديق للمدين أراد إسعافه ، أو ملتزم بالدين أراد الوفاء بالتزامه . ولو كان يقصد المضاربة ويريد الرجوع بكل الدين ، فسبيله إلى ذلك أن يشترى الدين من الدائن بالمقدار

---

(١) استئناف مختلط ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٨٥ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٣٦ ص ٦٤٦ .

(1) حائز العقار المرهون – طبقا للمواد ٣٢٠ ، ٣٢٥ ، ٣٢٩ من القانون المدنى – يلزم بالدين عن المدين ، وينبنى على وفائه بالدين المضمون أو بجزء منه للدائن المرتهن، حلوله محل هذا الدائن فى كافة حقوقه بمقدار ما أداه ، ويشمل الحلول الرهن الوارد على عقار الحائز ذاته ، ويترتب على الحلول انتقال حق الدائن إلى الموفى فيكون له أن يرجع على المدين بهذا الحق بمقدار ما أوفاه .

(جلسة ١٩٧١/٣/٢٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ ص ٣٨٤)

الذى دفعه ، وعند ذلك ينتقل إليه الدين كاملا عن طريق حوالة الحق، ويرجع به كله على المدين .

٣٩٨ – الموفى مدين متضامن : وإذا كان الموفى مديناً متضامناً ، أو كان مديناً مع آخرين فى دين غير قابل للانقسام ، أو كان أحد الكفلاء المتضامنين ، ثم وفى الدين كله للدائن فحل محله فيه حلولا قانونياً ، فقد كان ينبغى أن يكون مدى رجوعه معادلا لمدى رجوع الدائن . ولما كان الدائن يستطيع أن يرجع بكل الدين على أى مدين متضامن أو على أى مدين فى دين غير قابل للانقسام أو على كفيل متضامن ، فقد كان ينبغى للموفى أن يفعل ذلك هو أيضاً . ولكن الموفى لا يرجع على أى من المدينين المتضامنين الآخرين ، أو على أى من المدينين المتعددين الآخرين فى الدين غير القابل للانقسام ، أو على أى من الكفلاء المتضامنين الآخرين ، إلا بقدر حصة من يرجع عليه ، وذلك تفادياً من تكرار الرجوع. إذ لو رجع بالدين بعد استنزال حصته على أى من هؤلاء ، لكان للدافع أن يرجع هو أيضاً على أى من الباقين بما بقى من الدين مستنزلا منه حصته ، وهكذا ، فيتكرر الرجوع ؛ فقصر حق الموفى فى الرجوع على مقدار حصة من يرجع عليه تبسيطاً لإجراءات الرجوع ، ولأن الدين إذا كان لا ينقسم فى علاقة الدائن بالمدينين فانه ينقسم فى علاقة المدينين بعضهم ببعض ، وقد تقدم بيان ذلك عند الكلام فى التضامن .

٣٩٩ – الموفى حائز للعقار المرهون ويرجع على حائز لعقار مرهون آخر – النصوص القانونية : وتنص المادة ٣٣١ من التقنين المدنى على ما يأتى :

«إذا وفى حائز العقار المرهون كل الدين ، وحل محل الدائنين ، فلا يكون له بمقتضى هذا الحلول أن يرجع على حائز لعقار آخر مرهون فى ذات الدين إلا بقدر حصة هذا الجائز بحسب قيمة ما حازه من عقار»[1] .

والمفروض هنا أن الدين مضمون برهون متعددة على عقارات مختلفة ، وقد بيع كل عقار فأصبح فى يد حائز لعقار مرهون . ولما كان كل من هؤلاء الحائزين ملتزماً بالدين عن

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٤٦٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت قم ٣٤٣ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٣١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٩٠ – ص ١٩١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص. ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى الليبى المادة ٣١٨ وهى مطابقة للمادة ٣٣١ من التقنين المدنى المصرى . ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السورى، ولا فى التقنين المدنى العراقى، ولا فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى، ولكن الحكم يمكن العمل به دون نص .

المدين ، فانه إذا وفى أحدهم الدين للدائن حل محله قانوناً . وكان ينبغى أن يرجع بالدين، بعد أن يستنزل منه حصته بحسب قيمة ما حازه من عقار، على أى من الحائزين الآخرين، وكان الدائن يرجع بكل الدين على أى منهم لأن الرهن غير قابل للتجزئة . ولكن النص يقضى بأن يرجع الموفى على كل من الحائزين الآخرين بقدر حصته فى الدين بحسب قيمة ما حازه من عقار ، حتى لا يتكرر الرجوع ، وذلك لنفس الاعتبارات التى سبق إيرادها فى خصوص التضامن[1] .

٤٠٠ - الموفى حائز للعقار المرهون ولا يرجع على الكفيل : إذا كان للدين كفيل شخصى أو عينى ، فأصبح مسئولا عن الدين ، فانه إذا وفى الدين للدائن حل محله فيه قانوناً. وكان له أن يرجع - كما كان يرجع الدائن - على أى عقار مملوك للمدين ومرهون فى الدين ، ولو انتقل العقار إلى يد حائز . فإذا رجع الكفيل على هذا العقار المرهون واستوفى منه ما دفعه وفاء للدين ، لم يرجع عليه أحد، لا المدين صاحب العقار المرهون ولا الحائز لهذا العقار ، لأنه إنما كان مسئولا عن الدين تجاه الدائن ، لا تجاه المدين ولا تجاه خلفه الخاص حائز العقار المرهون .

أما العكس فغير صحيح . فلو كان الموفى هو الحائز للعقار المرهون ، وحل محل الدائن حلولا قانونياً ، فانه لا يستطيع الرجوع على الكفيل، إذ لو رجع عليه ، لكان للكفيل أن يرجع هو أيضاً بدوره على هذا الحائز بدعوى الحلول . فلا فائدة إذن من رجوع الحائز للعقار المرهون على الكفيل، لأن هذا الحائز مسئول عن الدين تجاه الكفيل بمقتضى الرهن . أما

---

(١) وتقول المذكرة الأيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «فإذا قام أحد المدينين المتضامنين بالوفاء بالدين بأسره ، كان له أن يرجع على الباقين كل بقدر حصته... ولو كان رجوعه هذا مؤسساً على دعوى الحلول ... وقد طبقت القاعدة نفسها فيما يتعلق بالحائز عند وفائه بكل الدين الذى رهن العقار لضمان الوفاء به . فلمثل هذا الحائز أن يرجع بدعوى الحلول على الحائزين الآخرين ، سواء فى حالة تعدد العقارات المرهونة فى دين واحد ، أو فى حالة تعدد المشترين للعقار المرهون ، ولكن ليس له أن يرجع على كل منهم إلا بقدر نصيبه فى الدين حسب قيمة ما يكون حائزاً له» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٩٠ - ص ١٩١) .

وتقول محكمة استئناف مصر أن هذا هو الحل الذى تمليه العدالة حفظاً للتوازن فى الحقوق والواجبات بين جميع الحائزين ، لأن القانون يخول كلا منهم حق الحلول محل الدائن الأصلى فى حقوقه متى وفى الدين ، وله بهذه المثابة أن يرجع على سواه من الحائزين ومنهم من دفع أولا . فخير وسيلة لحفظ الموازنة بين الجميع هى أن يجعل رجوع بعضهم على بعض متناسباً مع قيمة ما يحوزون (استئناف مصر ٧ أبريل سنة ١٩٤٧ المجموعة الرسمية ٤٨ رقم ٢٨) . وانظر : استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٩٦ - ٢٠ مارس سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٣٠ - ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٩٥ - ٣٤ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣١٣.

الكفيل فقد رأينا أنه يرجع على الحائز للعقار المرهون ، لأنه غير مسئول عن الدين تجاه هذا الحائز كما قدمنا [1] .

٤٠١ – الموفى لم يوف إلا جزءاً من الدين – النصوص القانونية : تنص المادة ٣٣٠ من التقنين المدنى على ما يأتى :

«١ – إذا وفى الغير الدائن جزءاً من حقه وحل محله فيه ، فلا يضار الدائن بهذا الوفاء، ويكون فى استيفاء ما بقى له من حق مقدماً على من وفاه ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك» .

«٢ – فاذا حل شخص آخر محل الدائن فيما بقى له من حق ، رجع من حل أخيراً هو ومن تقدمه فى الحلول كل بقدر ما هو مستحق له ، وتقاسما قسمة الغرماء» [2] .

والمفروض هنا أن الموفى وفى جزءاً من الدين ، فحل محل الدائن فى هذا الجزء ، فاذا كان المدين قد رهن عقاراً فى الدين ، وليس يفى العقار بكل الدين ، وليس للمدين أموال

---

(١) لكن إذا وفى الحائز للعقار المرهون الدين بأكثر من الثمن الذى اشترى به العقار، اعتبر فيما زاد على الثمن بمثابة كفيل عينى ، وانقسم الدين عليه وعلى الكفلاء ، يرجع على كل كفيل بقدر حصته فيما زاد على الثمن (استئناف مختلط ١٦ أبريل سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٣٣٨) وانظر فى أن الحائز للعقار المرهون لا يرجع على الكفيل : بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٤١ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٦٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٤٢، فمجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٣٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٨٨ – ص ١٨٩) .

ويقابل فى التقنين المدنى السابق المادة ٦١٧/٥٠٥، وهذا نصها : «إذا دفع الكفيل الدين عند حلول الأجل، فله الرجوع على المدين بجميع ما أداه ، ويحل محل الدائن فى حقوقه. لكن لا يجوز له المطالبة إلا بعد استيفاء الدائن دينه بتمامه إذا كان الكفيل لم يدفع إلا جزءاً من الدين» . (ويتفق هذا الحكم مع حكم التقنين المدنى الجديد) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٢٩ (وهى مطابقة للمادة ٣٣٠ من التقنين المدنى المصرى)

فى التقنين المدنى الليبى المادة ٣١٧ (وهى مطابقة للمادة ٣٣٠ من التقنين المدنى المصرى).

فى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٨٢ (وهى مطابقة للمادة ٣٣٠ من التقنين المدنى المصرى).

فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٣١٦ : فى حالة الإيفاء الجزئى يشترك البديل مع الدائن فى استعمال الحقوق المختصة بكل منهما على نسبة ما يجب لكل واحد، ويوفى دينهما من أموال المديون على نسبة حصة كل منهما . (وهذا النص يخالف نص التقنين المصرى، فهو يفترض أن إرادة الدائن وإرادة الموفى بجزء من الدين قد انصرفتا إلى أن يكونا على قدم المساواة ، فيتقاسما مال المدين قسمة الغرماء) .

أخرى، فان الموفى وقد وفى جزءاً من الدين والدائن الأصلى ولا يزال دائناً بالجزء الباقى لا يجدان أمامهما غير هذا العقار ليستوفى كل حقه منه ، وتتقدمان معاً على سائر الغرماء بما لهما من حق الرهن . ولكن فيما بينهما كان ينبغى أن يتعادلان ، فان كلا منهما دائن بجزء من دين واحد ، فلا محل لتفضيل أحدهما على الآخر . ولكن النص – وهو فى ذلك يترجم عن الإرادة المحتملة للطرفين – يفترض أن الدائن لم يكن ليرضى باستيفاء جزء من حقه إلا وهو مشترط على الموفى أن يتقدم عليه فى استيفاء الجزء الباقى ، وعلى هذا الأساس قد قبل وفاء جزئياً ما كان الموفى يستطيع أن يجبره عليه . ومن ثم يتقدم الدائن الأصلى على الموفى فى الغرض الذى نحن بصدده، ويستوفى أولا الجزء الباقى له من الدين ، وما بقى بعد ذلك من ثمن العقار يأخذه الموفى فلا يستوفى به كل حقه [1] .

ونرى من ذلك أن الموفى، وقد حل محل الدائن فى جزء من حقه ، لم يعامل معاملة الدائن ، بل فضل الدائن عليه. على أن هذه القاعدة يحد منها قيود ثلاثة :

(١) أنها ليست إلا افتراضاً لما أراده الدائن والموفى Nemo contra se subrogasse censetur ، فهى ليست قاعدة من النظام العام . ومن ثم يجوز للدائن والموفى أن يتفقا على غير ذلك ، فلهما أن يتفقا على أنهما يتعادلان ويتقاسمان مال المدين قسمة الغرماء. بل لهما أن يتفقا على أن الموفى هو الذى يتقدم الدائن فيستوفى أولا الجزء من الدين الذى وفاه، وما بقى بعد ذلك يأخذه الدائن . وهذا ما يقع غالباً ، فان الموفى وهو يفى للدائن بحقه يكون عادة هو الجانب الأقوى الذى يملى شروط الوفاء، فسرعان ما يشترط أن يتقدم الدائن فى استيفاء حقه من المدين [2] .

(٢) وحتى لو لم يتفق الدائن والموفى على شئ يخالف القاعدة المتقدمة الذكر، وتقدم الدائن على الموفى فهذه ميزة شخصية للدائن وحده ، لا تنتقل منه إلى شخص آخر يفى له بالجزء الباقى من حقه ويحل محله فيه . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٣٠ مدنى

---

(١) استئناف مختلط ٢٥ ويليه سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٦٨ – ٢٠ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٣٥ – وقد طبقت المادة ٧٩٩ من التقنين المدنى الجديد هذا الحكم فى الكفالة، فنصت على إنه «إذا وفى الكفيل الدين ، كان له أن يحل محل الدائن فى جميع ماله من حقوق قبل المدين . ولكن إذا لم يوف إلا بعض الدين ، فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفى الدائن كل حقه من المدين» . انظر أيضا فى هذا المعنى المادة ٦١٧/٥٠٥ من التقنين المدنى السابق وقد سبق ذكره .

(٢) بودرى ومارد ٢ فقرة ١٥٧٥ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٣٧ ص ٦٤٨ . هذا ويلاحظ أن تقنين الموجبات والعقود اللبناني (م ٣١٦) وضع القاعدة على خلاف ذلك كما قدمنا، فافترض أن الدائن والموفى أرادا أن يتعادلا وأن يتقاسما مال المدين قسمة الغرماء .

صراحة على هذا الحكم كما رأينا ، فقضت بأنه : «إذا حل شخص آخر محل الدائن فيما بقى له من حق ، رجع من حل أخيراً هو ومن تقدمه فى الحلول كل بقدر ما هو مستحق له، وتقاسما قسمة الغرماء» (١). ولا يستطيع الدائن ، وهو يستوفى الجزء الباقى من حقه من هذا الشخص الآخر أن يتفق معه على أن يجعله متقدماً على الموفى الأول، إذ أن الموفى الأول ليس طرفاً فى هذا الاتفاق فلا يسرى فى حقه . وإنما يجوز للدائن ، عند استيفاء جزء من حقه من الموفى الأول ، أن يشترط عليه أنه هو أو من يخلفه فى الجزء الباقى يتقدم على الموفى الأول . وعند ذلك يكون للدائن وهو يستوفى الجزء الباقى، أن يتفق مع الموفى الثانى على أن يتقدم على الموفى الأول ، وهذا هو ما رضى به الموفى الأول مقدماً عند اتفاقه مع الدائن » (٢).

(٣) وما قدمناه من أن الموفى بجزء من الدين يتأخر عن الدائن عندما يريد هذا استيفاء الجزء الباقى ، إنما يصح إذا تمسك الموفى بدعوى الحلول. أما إذا تمسك بالدعوى الشخصية، فلا وجه لتفضيل الدائن عليه . فاذا فرض فى المثل المتقدم أن المدين لم يرهن عقاراً لضمان الدين ، ووفى الغير الدائن جزءاً من حقه ، ولم يكن عند المدين مال يفى بكل الدين ، فان رجوع الموفى بالدعوى الشخصية على المدين يجعله يزاحم الدائن فى رجوعه على المدين بما بقى من حقه ويتقاسمان مال المدين قسمة غرماء . ذلك أن الموفى إنما يرجع، لا بدعوى الدائن عن طريق الحلول حتى يتقدم الدائن عليه ، بل بدعوى شخصية خاصة به تعادل دعوى الدائن ، فلا محل لتفضيل أحدهما على الآخر (٣).

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٨٩ وهذا الحكم هو المتبع فى القانون المدنى الفرنسى، مستمداً من التقاليد دون نص عل ذلك (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٧٣) .

(٢) أما إذا كان الدائن الذى بقى من حقه – وهو مقدم فيه على الموفى – قد حول هذا الجزء الباقى إلى آخر حوالة حق ، فإن الحق المحال به ينتقل إلى المحال له مقترناً بحق التقدم الذى كان للدائن المحيل (انظر فى هذا المعنى بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٧٤).

(٣) بودرى وبارد فقرة ١٥٧١ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٣٨ ص ٦٤٩ – وإذا رجع من وفى جزءاً من الدين على كفيل للدين بالدعوى الشخصية لا بدعوى الحلول، لم يتقدم عليه الدائن عند رجوع هذا على الكفيل بالجزء الباقى من الدين ، للأسباب ذاتها (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٧٢) .

وإذا كان للدائن رهنان متتاليان على عقار واحد يضمنان دينين مختلفين ، ووفى الغير للدائن جزءاً من الدين المضمون بالرهن الأول، وتقدم الدائن على الموفى فى استيفائه للجزء الباقى من هذا الدين ، فإن الموفى يتقدم على الدائن عندما يريد الدائن استيفاء الدين الآخر المضمون برهن متأخر فى المرتبة (إنظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٣٨) .

٢ – التكييف القانونى للحلول

٤٠٢ – صعوبة هذا التكييف وسبب ذلك : يقوم فى سبيل التكييف القانونى للحلول صعوبة جوهرية : فان حلول الموفى محل الدائن معناه كما رأينا انتقال حق الدائن نفسه بمقوماته وخصائصه وتوابعه وتأميناته ودفوعه من الدائن إلى الموفى ، ثم إن هذا الحلول لا يكون إلا بوفاء الموفى لهذا الحق ، والوفاء سبب من أسباب انقضاء الحق بل هو أهم أسبابه، فاذا كان الموفى قد وفى للدائن حقه فقد انقضى هذا الحق ، فكيف ينقضى الحق بالوفاء ومع ذلك ينتقل إلى الموفى فيبقى بانتقاله ! كيف ينقضى الحق ويبقى فى وقت واحد! .

أمام ذلك لجأ الفقه الفرنسى التقليدى إلى القول بأن بقاء الحق بعد انقضائه بالوفاء إنما هو افتراض قانونى (fiction légale) لا أساس له من الواقع ، فان الواقع من الأمر أن الحق قد انقضى بالوفاء ، ولكن القانون يفترض مع ذلك بقاءه للأغراض العملية التى توخاها من إحلال الموفى محل الدائن فيه. وقد انقسم الفقه التقليدى فى شأن هذا الافتراض القانونى. فبدأ فريق بالقول أن الذى يبقى ليس هو الحق نفسه فانه قد انقضى بالوفاء، وإنما تبقى تأمينات الحق وهى التى تنتقل لتكفل حق الموفى فى الرجوع على المدين . ولكن الفكرة التى تغلبت فى الفقه التقليدى هى أن الحق يبقى افتراضاً وتنتقل مع الحق تأميناته وتوابعه وما إلى ذلك .

ثم بدأ الفقه الحديث ينبذ فكرة الافتراض ويواجه المسألة مواجهة جديدة ، فيجعل الوفاء مع الحلول وفاء للحق بالنسبة إلى الدائن وانتقالا للحق بالنسبة إلى المدين . فيشبه من وجه حوالة الحق ، ولكن يبقى الوفاء مع الحلول مع ذلك متميزاً عن حوالة الحق ، ويظهر ذلك عند بيان الفروق ما بين هذين النظامين .

فنحن نبسط أولا النظريات الثلاث المختلفة فى التكييف القانونى للوفاء مع الحلول، ثم نبرز الفروق ما بين الوفاء مع الحلول وحوالة الحق .

أ – النظريات الثلاث المختلفة فى التكييف القانونى للوفاء مع الحلول

٤٠٣ – بقاء التأمينات وحدها دون الحق : يذهب فريق من الفقهاء إلى أن الوفاء مع الحلول يقضى الحق الموفى به ، لأن الحق لا يمكن أن يبقى بعد الوفاء . وإنما يستبقى القانون، افتراضاً بسلطان منه ، التأمينات التى تكفل الحق ، وينقلها إلى حق

الموفى فى الرجوع على المدين بما وفاه من دينه . فكأن دعوى الحلول ، فى هذه النظرية ، هى نفسها الدعوى الشخصية التى يرجع بها الموفى على المدين ، وتقوم على الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب ، وإنما نقل القانون إليها التأمينات التى تكفل حق الدائن بعد انقضاء هذا الحق بالوفاء . فالوفاء مع الحلول ليس إذن إلا وفاء ، أو هو ضرب من ضروب الوفاء . ويكون الوفاء نوعين : وفاء بسيطاً (paiement pur et simple) ووفاء موصوفا (paiement avec odalité) هو الوفاء مع الحلول .

ويبدو إن التقنين المدنى السابق كان يشير إلى هذه النظرية فى النصوص التى وضعها للوفاء مع الحلول ، إذ كان يقول فى لمادة ٢٢٥/١٦٢ : «التأمينات التى كانت على الدين الأصلى تكون تأميناً لمن دفعه فى الأحوال الآتية ...» ، وكان يقول فى المادة ٢٢٧/١٦٤ : «يجوز للمدين أن يقترض بدون واسطة مداينه من شخص آخر ما يكون منه وفاء المتعهد به، وأن ينقل لذلك الشخص التأمينات التى كانت للدائن الأصلى ....» . على أن الفقه والقضاء فى مصر ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، لم يكونا يسايران هذا الاتجاه وكانا يذهبان إلى أن الحق نفسه هو الذى ينتقل إلى الموفى [1] .

٤٠٤ – بقاء الحق نفسه وانتقاله إلى الموفى : ذلك أن الفريق الأكبر من الفقه الفرنسى التقليدى لم يسلم بانقضاء الحق الموفى به مع بقاء تأميناته وانتقالها إلى الموفى . وحجتهم فى ذلك أنه إذا كان المنطق المحض يقتضى أن ينقضى الحق بالوفاء ، فكذلك المنطق المحض يقتضى أن تزول تأمينات الحق بزوال هذا الحق . فاذا كنا استبقينا التأمينات بالرغم من زوال الحق ونقلناها إلى الموفى ، فليس ذلك إلا عملا افتراضياً محضاً . وما دمنا قد لجأنا إلى الافتراض فى استبقاء التأمينات ونقلها إلى الموفى ، فلماذا لا نلجأ إلى نفس الافتراض فى استبقاء الحق نفسه بتوابعه وخصائصه لننقله إلى الموفى [2] ؟

والفرق كبير بين الاقتصار على نقل التأمينات مع القول بزوال الحق، وبين نقل الحق نفسه إلى الموفى بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفوع . والثانى لا الأول هو حكم الوفاء مع الحلول [3] ، كما تقضى بذلك صراحة المادة ٣٢٩ مدنى على الوجه الذى قدمناه .

ويبدو الفرق واضحاً بين القولين . فالقول ببقاء الحق نفسه وانتقاله إلى الموفى لا يخلط

---

(١) انظر الموجز للمولف ص ٥٧٨ .

(٢) انظر فى هذا المعنى بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥١٨ ص ٦٢٠ .

(٣) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢١ ص ٢٦٣ – ص ٢٦٤ و ص ٢٧٠ هامش رقم ٢١ – بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥١٨ ص ٦١٨ – ص ٦١٩ .

بين حق الموفى الشخصى الذى استمده من واقعة الوفاء ، ومصدره الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب [1]، وحق الموفى الذى استمده من حلوله محل الدائن وهو حق الدائن نفسه كما قدمنا . فينتقل إلى الموفى بموجب الحلول حق الدائن بمقوماته وخصائصه ، كما لو كان الحق تجارياً أو كان مقترناً بسند تنفيذى أو كانت له مدد تقادم خاصة . وينتقل بتوابعه، كالفوائد ودعوى الفسخ والدعوى البولصية . وينتقل بتأميناته ، كالرهن وحق الاختصاص وحق الامتياز والكفالة . وينتقل بدفوعه ، كأسباب البطلان وأسباب الفسخ وأسباب الانقضاء. أما لو قلنا بالاقتصار على نقل التأمينات مع القول بزوال الحق ، فاننا لا نجعل للموفى إلا حقاً واحداً هو حقه الشخصى الذى استمده من الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب . فلا ينتقل إلى الموفى نفس حق الدائن ، بل ينقضى هذا الحق بالوفاء بما له من خصائص وما يلحقه من توابع وما يرد عليه من دفوع . ولا يبقى إلا حق الموفى الشخصى كما قدمنا، تضاف إليه التأمينات التى كانت تكفل حق الدائن الأصلى [1]. وظاهر أن القول الأول دون الثانى هو القول الصحيح .

٤٠٥ – الوفاء مع الحلول وفاء للحق بالنسبة إلى الدائن وانتقال للحق بالنسبة إلى المدين : والفقه الحديث لا يميل فى تكييف الوفاء مع الحلول تكييفاً قانونيا إلى فكرة الافتراض القانونى (fiction légale) ، بل هو يواجه هذه العملية المركبة مواجهة صريحة ويحللها إلى عناصرها الأولية .

فالعملية من شقين : (١) هى أولا وفاء للحق (paiement) بالنسبة إلى الدائن، إذ الدائن يستوفى حقه من الموفى فينقضى هذا الحق بالنسبة إليه . (٢) ثم هى انتقال للحق

---

(١) بل إن من هذه التأمينات ما يعتبر صفة فى الدين لا فى الدائن ، كحق الامتياز ، فينبغى ألا تنتقل حقوق الامتياز بعد انقضاء حق الدائن إذا قلنا بالنظرية التى تذهب إلى انقضاء الحق مع بقاء التأمينات (انظر فى هذا المعنى بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥١٩) .

(1) اذا كان صحيحاً ان قبض الدائن قيمة الشيك الذى استلمه آخر من المدين اقرارا منه لهذا الوفاء بحيث يصبح هذا الغير فى هذه الحالة وكيلا بعد أن بدأ فضوليا – على ما تقضي به المادة ٣٣٣ من القانون المدنى ومذكرته التفسيرية – إلا أن هذه الوكالة قاصرة على هذا الوفاء الذى أقره الدائن فلا تتعداه إلى ما يكون هذا الغير قد أقر به فى ورقة أخرى غير الشيك من أن المبلغ الموفى به هو كل الباقى المستحق للدائن ، لأن هذا الاقرار بالتخالص ليس من مستلزمات الوفاء بالمبلغ الموفى به بل هو اقرار بواقعة قانونية مستقلة عن الوفاء ولا يمكن اعتبار الدائن مقرا لها إلا اذا كان قد علم بها وقت اقراره ذلك الوفاء ، كما لا يمكن اعتبار الاقرار بالتخالص من الغير عملا من أعمال الفضولى ، اذ لا يتوافر فيه ما يشترط توافره فى عمل الفضولى الذى يلزم به رب العمل وهو أن يكون هذا العمل ضروريا بالنسبة لرب العمل .

(جلسة ١٩٦٢/٤/٥ مجموعة احكام النقض السنة ١٣ ص ٤١٤)

(transfert) بالنسبة إلى المدين ، إذ المدين لم يوف الحق بنفسه بل وفاه عنه غيره، فلا ينقضى بالنسبة إلى المدين بل ينتقل إلى الموفى لأنه هو الذى وفى الحق فى مقابل أن يحل محل الدائن فيه[1] (1).

ووجه الدقة فى هذه العملية أن هناك وفاء للحق ، ولكن لم يقم به المدين. فمن حيث أن هناك وفاء للحق ، ينقضى الحق بالنسبة إلى من استوفاه وهو الدائن . ومن حيث أن المدين ليس هو الذى قام بالوفاء ، يبقى الحق فى ذمته ولكن لدائن آخر حل محل الدائن الأصلى ، هو ذلك الموفى الذى ما وفى الحق إلا ليحل محل الدائن الأصلى فيه [2](2).

---

(١) استئناف مختلط ١٢ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٢٨ .

(٢) انظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٤٤ – دى باج فقرة ٥٥٣ – فقرة ٥٥٤ وفقرة ٥١٣ – فقرة ٥١٤ وقارن فقرة ٣٣٧ ص ٣٤٤ – ص ٣٤٧ – بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٥٥٠ – فقرة ٥٥٢ ، ولكنهما يذهبان إلى أن انتقال الحق افتراض قانونى – كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ٥١٥ ، وهم وإن كانوا ينفون فكرة الافتراض القانونى، إلا أنهم يذهبون إلى أن الاعتبارات العملية هى وحدها التى اقتضت أن ينقضى الحق بالوفاء وهو مع ذلك يبقى بانتقاله إلى الموفى ، فالاعتبارات العملية هنا قد تغلبت على الصناعة القانونية. وقارن الأستاذ عبدالحى حجازى ٣ ص ٣٥ – ص ٣٦ ، ويذهب إلى أن هناك شبهاً بين من يوفى بدين على الغير وبين من يقوم بعمل لمصلحة الغير، فلا يجوز أن ينكر على الموفى حقه فى التمسك بما أداه لصالح المدين ، وبذلك كان الحلول وسيلة يمنع بها الشارع جهد المستطاع أن يكون الموفى ضحية سعيه فى الخير!

هذا ويؤيد تكييف الوفاء مع الحلول على أنه وفاء للحق بالنسبة إلى الدائن وانتقال للحق بالنسبة إلى المدين ، ما ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : «الأصل فى الالتزام أن ينقضى بالوفاء ، ومتى انقضى على هذا الوجه انقضى تبعاً لذلك ما يتصل به من الملحقات وأخصها التأمينات الشخصية والعينية والفوائد التى تم استحقاقها من قبل : انظر المادة ١١٤ من تقنين الالتزامات السويسرى . على أن هذا الحكم لا يجرى على إطلاقه ، بل يجب التحفظ فى شأنه فيما يتعلق بالوفاء مع الحلول حيث تظل التأمينات قائمة ، بل يظل الالتزام قائماً لصالح من تم الحلول له . ينحصر أثر الحلول ، قانونياً كان أو اتفاقياً ، فى إحلال الموفى محل الدائن فى الحق الذى استوفاه، وعلى هذا النحو يظل الحق قائماً بعد الوفاء ، وهو أمر يشق توجيهه من الناحية الفقهية . ومهما يكن من شئ فلفكرة الحلول نصيبها من التراكب : فهى تبدو عند إمعان النظر فيها وفاء تترتب عليه براءة الذمة فى صلة الدائن بالمدين . وهى تتمثل فى صور الاستخلاف على الحق فى صلة الدائن بالموفى ، حتى لتكاد تشتبه بالحوالة . على أن بين الحلول والحوالة من دقيق الفوارق ما يمتنع معه هذا الاشتباه ، كما سيأتى بيان ذلك . والخلاصة أن الدين فى الحلول يظل قائماً بعد الوفاء ، دون أن يستبدل به دين جديد (قارن م ٢٢٥/١٦٢)، ولا يعتبر هذا مجرد افتراض ، بل هو حقيقة واقعة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٨٥ – ص ١٨٦) .

(1) مفاد النص فى المادتين ١/٣٢٦ ، ٣٢٩ من القانون المدنى – وعلى ما جرى قضاء محكمة النقض – أنه إذا قام بالوفاء شخص غير المدين حل الموفى محل الدائن الذى استوفى حقه اذا كان الموفى ملزما=

ومن ثم فان الوفاء مع الحلول ، من حيث أنه ينقل الحق نفسه من الدائن إلى الموفى، يقترب كثيراً من حوالة الحق . فلابد من إبراز الفروق ما بين هذين النظامين المتقاربين ، حتى يتبين فى وضوح أنهما نظامان لا يختلطان ، بل يتميز أحدهما عن الآخر . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك فى إيجاز [1] .

ب – الفروق ما بين الوفاء مع الحلول وحوالة الحق

٤٠٦ – اختلاف الاغراض العملية : شرع الوفاء مع الحلول لغرض عملى هو التيسير على المدين فى وفاء دينه ، فالموفى هو عادة صديق يتقدم لوفاء دين صديقه لينقذه من مطالبة الدائن الملحة ، ثم يترفق به فلا يرجع عليه إلا عند الميسرة . ولو أراد الموفى أن يرجع

= بالدين مع المدين أو ملزما بوفائه عنه وأن من حل قانونا أو اتفاقاً محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفوع ، فإذا كان هذا الحق هو ضريبة مما هو مستحق بمقتضى القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ وكان حق الحكومة فى المطالبة بها يتقادم وفقا لنص المادة ١٧٤ من ذلك القانون بخمس سنوات فإن الموفى حين يرجع على المدين بدعوى الحلول فإنما يرجع بنفس الحق الذى انتقل إليه من الدائن وهو ضريبة التصرفات – وهذه الضريبة تتقادم بخمس سنوات لا ثلاث سنوات .

(جلسة ١٩٩٠/٦//٢٦ الطعن ٩٠٨ لسنة ٥٨ ق)

(جلسة - ١٩٧٩/٥/١ مجموعة احكام النقض السنة ٣٠ ص ٣-٧)

(2) أ – القاعدة الأساسية فى الوفاء مع الحلول سواء فى ظل القانون المدنى السابق م ٦٠٧/٥٠٥ – أو الحالى م ٣٢٩ منه – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – أن الدين فى الحلول يظل قائماً بعد الوفاء دون أن يستبدل به دين جديد أى أن الموفى يحل محل الدائن فى حقه ذاته بما له من خصائص فاذا كان تجارياً انتقل إلى الموفى بهذه الصفة بغض النظر عن طبيعة علاقة الأخير بمن اتفق معه على الحلول ، ويعتبر من توابع الحق الفوائد فتنتقل إلى الموفى بسعرها المعين .

(جلسة ١٩٨٣/٢/٣١ الطعن رقم ٤٤٧ لسنة ٤٢ ق س ٣٤ ص ٨٧٣)

ب – اذا كان الواقع فى الدعوى أن الشركة المؤمنة قد دفعت للمؤمن له مبلغ التأمين الذى استحق عليها الوفاء به بوقوع الخطر المؤمن عنه فإن هذا الوفاء من جانبها ليس إلا تنفيذاً لالتزامها تجاه المؤمن له فلا مجال مع هذا تأسيس حق شركة التأمين فى الرجوع على الغير الذى تسبب بفعله فى وقوع هذا الخطر على دعوى الحلول ، ذلك ان رجوع الموفى على المدين بدعوى الحلول يقتضى أن يكون الموفى قد وفى للدائن بالدين المترتب فى ذمة المدين ، لا بدين مترتب فى ذمته هو .

(جلسة ١٩٥٩/١/١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٠ ص ١٤)

(١) انظر انفاً فقرة ٢٤٤ .

مباشرة على المدين ، لكان سبيله إلى ذلك ، ليس الوفاء مع الحلول ، بل حوالة الحق، فيشترى الحق من الدائن ويرجع به مباشرة على المدين . ولكن الموفى ، كما قدمنا ، لا يبغى من تدخله كسباً ، بل يقدم يد المعونة يسديها الصديق للصديق (office d'ami) . وهو إذا كان لا يبغى كسبا، فهو لا يريد أن يتجشم خسارة . ومن ثم فهو يحل محل الدائن فى حقه بما لهذا من الحق من تأمينات ، حتى يستوثق من جدوى الرجوع على المدين . على أنه لا يطالب فى الرجوع على المدين إلا بمقدار ما أدى لوفاء الدين ، حتى لو كان هذا المقدار أقل من قيمة الدين . ويبقى هذا هو الغرض العملى من الوفاء مع الحلول حتى لو كان الموفى مجبراً على الوفاء ، بأن كان ملزماً بالدين مع المدين أو عنه ، فقد قبل منذ البداية أن يلتزم بالدين ، فهو لا يزال فى موقف الصديق . والوفاء مع الحلول لا يكون إلا لدين قد حل، فيتقدم الموفى لقضائه .

وهذا بخلاف حوالة الحق . فمن يشترى حقاً يشتريه عادة من قيمته ، إما لأن الحق لم يحل أجل الوفاء به ، وإما لأن استيفاء الحق تحيط به صعوبات قوبلت المخاطرة فى مواجهتها بخفض فى قيمة الحق . ويرجع المحال له بعد ذلك على المدين بكل قيمة الحق . فالمحال له، بخلاف الموفى ، مضارب يعقد صفقة يبغى من ورائها كسباً فى مقابل ما يتربص به من وقت أو ما يواجه من مخاطرة لاستيفاء الحق . ولا يقتصر على توقى الخسارة ، كما يقتصر الموفى فى الوفاء مع الحلول [1].

على أن الموفى ، فى الحلول الاتفاقى ، قد يبغى أيضاً أن يستثمر ماله ، فهو يقوم بالعملين معاً ، يسدى خدمة ويستثمر مالا . فتقارب الأغراض العملية ما بين الوفاء مع الحلول وحوالة الحق ، فى هذه الحالة ، يجعل النظامين يختلطان أحدهما بالآخر . ولعل

---

(١) والقضاء مضطرد فى أنه لأجل التمييز بين الوفاء مع الحلول وحوالة الحق ، يجب الرجوع إلى غرض من تعامل مع الدائن . فإن كان غرضه أداء خدمة للمدين بوفاء دينه، فهذا هو الوفاء مع الحلول . وأن ظهر من ظروف الدعوى أنه لم يكن يرمى إلى هذا الغرض، وجب اعتبار العقد حوالة حق . انظر : أسيوط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ١٣٩ ص ١٢٥ – ١٦ مارس سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ١٠٥ ص ١٣٨ – استئناف أهلى ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١٣٨ ص ٢٢٤ – استئناف مصر ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٤٥ ص ٢٩٣ – الإسكندرية ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢٢١ ص ٤٢٤ – أسيوط ٧ يوليه سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١٢٥ ص ٢٥٢ – استئناف مصر ٧ مايو سنة ١٩٤١ المجموعة الرسمية ٤٢ رقم ١٠ ص ٢٦٧ – استئناف مختلط ٦ مايو سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٣٠ – ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٢٨ – ٢٦ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٥٣٩ – ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٧٥ .

الذى أبقى الوفاء مع الحلول إلى جانب حوالة الحق أن الوفاء مع الحلول قد يتم بغير إرادة الدائن ، أما حوالة الحق فلا تتم إلا إذا كان الدائن راضياً بالحوالة . ومن ثم كان هناك محل للوفاء مع الحلول إلى جانب حوالة الحق فى الحالات التى يتعذر فيها الحصول على رضاء الدائن بالنزول عن حقه ، بما يكفل هذا الحق من تأمينات [١] .

٤٠٧ – الفروق من حيث شروط الانعقاد والنفاذ : رأينا أن حوالة الحق تنعقد باتفاق بين الدائن المحيل والمحال له ، فلابد إذن فيها من رضاء الدائن . أما الوفاء مع الحلول فهو أكثر تنوعاً ومرونة . فقد يتم برضاء الدائن إذا اتفق مع الموفى . ولكنه قد يتم أيضاً بغير رضاء الدائن ، ويكفى أن يتفق المدين والموفى على النحو الذى بسطناه فيما تقدم حتى يتم الحلول. بل هو قد يتم دون رضاء أى من الدائن والمدين ، فيتحقق بارادة الموفى وحده فى الحالات التى نص فيها على أن يكون الحلول بموجب القانون [٢] . ونرى من ذلك فائدة الوفاء مع الحلول إلى جانب حوالة الحق ، فحوالة الحق لا تصب إلا فى قالب واحد لا تستطيع منه فكاكاً ، أما الوفاء مع الحلول فقوالبه كثيرة متعددة ، وهذا التنوع هو الذى يكسبه مرونة تجعل لوجوده معنى إلى جانب حوالة الحق .

ثم إن نفاذ حوالة الحق فى حق المدين وفى حق الغير لا يكون إلا برضاء المدين أو باعلانه بالحوالة بالطرق المقررة التى سبق بيانها . أما الوفاء مع الحلول فهو نافذ فى حق المدين وفى حق الغير دون أى إجراء [٣] . ويترتب على ذلك أن الدائن إذا كان قد استوفى حقه من الغير عن طريق الوفاء مع الحلول ، ثم حول بعد ذلك الحق لمحال له وأعلن هذا الحوالة للمدين ، فان الوفاء مع الحلول وقد سبق حوالة الحق يكون نافذاً – دون إعلان ودون أى إجراء آخر – فى حق كل من المدين والمحال له على السواء ، ولا يستطيع المحال له فى هذا الفرض أن يتمسك بالحوالة فى مواجهة الموفى مع الحلول . وهذا بخلاف ما إذا

---

(١) انظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٢٠ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٤٥ .

(٢) فإذا كان الحق غير قابل للنزول عنه ولا للحجز عليه ، لم يستطع الدائن حوالته. ولكنه يستطيع استيفاءه من الغير ، ويحل الغير محله فيه (بونسار فى أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ subrogation فقرة ٢٠٧) .

(٣) على أن الحيطة تقتضى أن يخطر الموفى المدين بأنه وفى الدين ، خشية أن يوفى المدين الدين للدائن قبل علمه بالوفاء السابق ، فلا يستطيع الموفى فى هذه الحالة إلا أن يرجع على الدائن (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢١ ص ٢٧٠ وهامش رقم ٢٢) .

كان الدائن قد حول حقه أولا بدلا من استيفائه ولم يعلن المحال له بالحوالة ، ثم عمد الدائن إلى تحويل حقه مرة ثانية إلى محال له أعلن الحوالة للمدين ، ففى هذا الفرض يستطيع المحال له الثانى أن يتمسك بالحوالة التى أعلنها فى مواجهة المحال له الأول الذى لم يعلن حوالته(١) .

٤٠٨ - الفروق من حيث الآثار - الدعوى الشخصية : هناك فرق جوهرى ، يظهر بادئ ذى بدء ، بين الموفى مع الحلول والمحال له . فالمحال له ليس له إلا دعوى واحدة ، هى دعوى الحق الذى انتقل اليه ، ولا يستطيع أن يرجع على المدين بغير هذه الدعوى . أما الموفى مع الحلول فله دعويان : دعوى الحق الذى انتقل إليه يطالب فيها بحق الدائن كما يطالب المحال له ، ثم الدعوى الشخصية الناشئة من واقعة الوفاء ومصدرها الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب (1) . فللموفى إذن دعويان ، دعوى الحلول والدعوى الشخصية، ولكل من الدعويين ميزات على الدعوى الأخرى .

فمن ميزات دعوى الحلول على الدعوى الشخصية ، أن الموفى إذا رجع بدعوى الحلول، كان له جميع تأمينات الحق الذى وفاه عينية كانت أو شخصية ، وكان له أيضاً جميع مقومات هذا الحق وخصائصه فقد يكون حقاً تجارياً أو يكون مقترناً بسند تنفيذى ، وقد تقدم بيان ذلك .

ولكن الدعوى الشخصية قد تكون لها ، من جهة أخرى ، ميزات على دعوى الحلول . ونذكر من هذه الميزات ثلاثا :

أولا - لما كان الموفى يرجع فى الدعوى الشخصية على أساس الوكالة أو الفضالة فى أغلب الأحوال ، فانه يستحق الفوائد القانونية على جميع ما دفعه للدائن وفاء للدين وذلك بحكم القانون . أما فى دعوى الحلول فانه يرجع بحق الدائن ، فاذا لم يكن هذا الحق ينتج فوائد ، فان الموفى لا يتقاضى أية فوائد من المدين .

ثانياً - إذا رجع الموفى بالدعوى الشخصية ، فان مصدرها هو واقعة الوفاء كما قدمنا، ويكون حقه قد نشأ منذ ذلك الوقت . فيتقادم - بخمس عشرة سنة فى الفضالة وفى الإثراء

---

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٢٠ ص ٦٢٤ - ٦٢٥ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٤٦ ص ٥٦٥ .

(1) مؤدى نص المادة ١/٢٣٤ من القانون المدنى أنه يجوز لمن أوفى بدين غيره أن يرجع - ما لم يكن متبرعا بدعوى شخصية على المدين يسترد بها مقدار ما دفعه .

(جلسة ١٩٨٠/٦/٢٣ الطعن ٨٩٣ لسنة ٤٩ ق س ٣١ ص ١٨٤٦) .

بلا سبب – إلا بانقضاء هذه المدة وتسرى من وقت الوفاء.[1] أما إذا رجع الموفى بدعوى الحلول ، فانه يرجع بنفس الحق الذى انتقل إليه من الدائن ، وقد يكون تقادم هذا الحق سارياً منذ مدة طويلة ويوشك أن يتم ، فلا يكاد الموفى يهم برفع دعوى لحلول حتى يكون الحق قد انقضى بالتقادم .

ثالثاً – إذا كان الموفى قد وفى الحق وفاء جزئياً ، وأراد الرجوع بدعوى الحلول، فقد رأينا أنه يتأخر عن الدائن حتى يستوفى الدائن من المدين الباقى من حقه . أما إذا رجع الموفى بالدعوى الشخصية ، فانه يتعادل مع الدائن ولا يتقدم الدائن عليه ، ويتقاسمان مال المدين قسمة الغرماء . وقد سبق بيان ذلك [1] .

٤٠٩ – الفروق من حيث الآثار – دعوى الحلول : فاذا نحن تركنا الدعوى الشخصية واقتصرنا على دعوى الحلول بالنسبة إلى كل من الموفى والمحال له ، فلا تزال هناك فروق هامة بين الاثنين ، ترجع فى أساسها إلى أن الموفى صديق يسدى يداً لا يقصد من ورائها كسباً ، أما المحال له فمضارب يبغى الكسب . ونذكر من هذه الفروق ما يأتى :

أولا – يرجع الموفى على المدين بمقدار ما دفع من ماله وفاء للدين ، فلو أنه دفع مبلغاً أقل من قيمة الدين فانه لا يرجع على المدين إلا بهذا المبلغ الأقل ، وقد تقدم بيان ذلك . أما المحال له فلو اشترى الحق بأقل من قيمته – ويقع ذلك غالباً – فانه يرجع على المدين بكل

---

(١) أنظر آنفا فقرة ٤٠١ – وانظر فى كل ما تقدم بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٢١ ص ٦٢٢ – ٦٢٣ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٣٥ وفقرة ١٢٤٢ .

(1) أ – متى كان وفاء الكفيل المتضامن وفاء صحيحا لدين قائم فإنه يحق له أن يرجع على باقى الكفلاء المتضامنين معه كل بقدر حصته فى الدين الذى أوفاه للدائن ، ويكون هذا الرجوع إما بدعوى الحلول أو بدعوى الشخصية التى أساسها النيابة التبادلية المفترضة قانونا بين المتعهدين المتضامنين فى الدين على ما تقرره المادة ١٠٨ من القانون المدنى الملغى، واذ كانت الدعوى الشخصية تقوم على الوكالة المفترضة بين الكفلاء المتضامنين فإنه يتعين – فى شأن تقادمها – إعمال قواعد التقادم المقررة فى شأن الوكالة واعتبار مدة التقادم بالنسبة لتلك الدعوى خمس عشرة سنة تبدأ من تاريخ وفاء الكفيل المتضامن إذ من هذا التاريخ فقط ينشأ حقه فى الرجوع على المتعهدين المتضامنين معه ويصبح هذا الحق مستحق الأداء .
(جلسة ١٩٦٦/٢/١٠ الطعن ٣٩٢ لسنة ٣١ ق س ١٧ ص ٢٧٩) .

ب – رجوع الغير الموفى – الذى ليس ملزما بالوفاء – بما أوفاه على المدين يكون بالدعوى الشخصية عملا بالمادة ٣٢٤ من القانون المدنى ، ولا ينشأ حق الموفى فى هذا الرجوع إلا من تاريخ وفائه بالدين ولا يتقادم إلا بانقضاء ثلاث سنوات تبدأ من هذا التاريخ .
(جلسة ١٩٦٨/٢/٢٩ الطعن ٢٦٩ لسنة ٣٤ ق س ١٩ ص ٤٤٣)

الحق ، إذ هو مضارب يبغى الكسب [1] .

ثانياً – إذا قام الموفى بوفاء الدين ، ثم أثبت المدين أن الدين غير موجود ، كأن كان باطلا أو كان قد انقضى ، فان الموفى لا يرجع على الدائن بدعوى الضمان ، إذ أن الدائن لم ينقل حقاً ولكنه استوفاه ، فلا يجب عليه الضمان. وإنما يرجع الموفى فى هذه الحالة على الدائن بدعوى استرداد غير المستحق ، فقد تبين أنه وفى حقاً غير موجود فله أن يسترده . أما إذا رجع المحال له على المدين بالحق المحال به وتبين أن الحق غير موجود ، فان المحال له يرجع بالضمان على الدائن ليعوضه كل ما فقده بسبب انعدام الحق [2] .

ثالثاً – إذا قام الموفى بوفاء الدين وفاء جزئياً وأراد الرجوع بدعوى الحلول على المدين، فقد رأينا أن الدائن يتقدم عليه فيستوفى الجزء الباقى من حقه أولا ، ثم يأخذ الموفى ما بقى بعد ذلك وقد لا يكون كافياً للوفاء بما دفع . أما المحال له فاذا كان قد اشترى جزءاً من الحق وأراد الرجوع به على المدين ، فان الدائن لا يتقدم عليه ، بل يتعادل معه ويتقاسمان مال المدين قسمة غرماء .

رابعاً – وقد رأينا أن الموفى إذا قام بوفاء جزء من الحق ، وقام شخص آخر بوفاء الباقى، فان الموفى الأول والموفى الثانى يتعادلان فى رجوعهما على المدين ، ويتقاسمان ماله قسمة الغرماء (م ٢/٣٣٠ مدنى) . أما إذا كان الدائن ، بعد أن استوفى من الموفى جزءا من حقه ، خول الجزء الباقى إلى محال له ، فان هذا الجزء الباقى فى انتقاله للمحال له يبقى محتفظاً بميزة التقدم ، فيتقدم المحال له على الموفى .

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٨٦ – وهذا إلا إذا كانت الحوالة بحق متنازع فيه ، فيجوز للمدين فى هذه الحالة أن يتخلص من مطالبة المحال له إذا هو رد إليه الثمن الحقيقى الذى دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع (م ١/٤٦٩ مدنى) .

(٢) ففى دعاوى الضمان يرد الدائن للمحال له قيمة الحق كله مع الفوائد والمصروفات والتعويض عن أى ضرر آخر أصاب المحال له ، أما فى دعوى استرداد غير المستحق فلا يرد الدائن للموفى إلا ما قبضه منه وفاء للدين ولا يكون مسئولا عن الفوائد إلا إذا كان سيئ النية وقت القبض (انظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٢٠ ص ٦٢٣ – ص ٦٢٤ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٤٣) .

الفـرع الثانـى
الموفى له
(Accipiens)

٤١٠ – يتم الوفاء باتفاق بين الموفى والموفى له أو بارادة الموفى حده : رأينا أن الوفاء هو فى الأصـل اتفـاق على قضـاء الدين بين الموفى والموفى له ، ولكن قد يرفض الموفى له دون حق قبـول الوفـاء ، فيستطيع الموفـى بارادته وحده أن يجبره على قبوله عن طريق العرض الحقيقى . وسـواء كـان الوفاء اتفاقـاً أو بارادة الموفـى المنفـردة ، فهـو تصـرف قانونـى (acte juridique) كما سبق القول .

ونستعرض فـى مبحثين متعاقبين : (١) حالة ما إذا كان الوفاء باتفاق بين الموفى والموفى له . (٢) حالة ما إذا كـان الوفاء بارادة الموفى المنفردة ، وهذا هو العرض الحقيقى مع الإيداع (offre réelle et consignation) .

المبحث الأول
الوفاء باتفاق بين الموفى والموفى له

٤١١ – الموفى له هو الدائن وقد يكون غير الدائن : الموفى له يكون عادة هو الدائن أو نائبه . وقد يكون غير الدائن فى بعض حالات استثنائية .

المطلب الأول
الموفى له هو الدائن أو نائبه

٤١٢ – النصوص القانونية : تنص المادة ٣٣٢ من التقنين المدنى على ما يأتى :

«يكون الوفاء للدائن أو لنائبه . ويعتبر ذا صفة فى استيفاء الدين من يقدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن ، إلا إذا كان متفقاً على أن الوفاء يكون للدائن شخصياً» (١) .

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٤٦٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، فيما عدا أن نص المشروع التمهيدى كان فـى فقرتـين . فأدمجتهما لجنـة =

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٢٣٠/١٦٧ (١).

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٣٠ – وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣١٠ – وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٨٣ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ١/٢٩٣ (٢).

ويخلص من هذا النص أن الأصل فى الوفاء ، حتى يكون مبرئاً لذمة المدين ، أن يكون للدائن أو لنائبه (1) .

= المراجعة فى فقرة واحدة تحت رقم ٣٤٤ من المشروع النهائى. ووافق مجلس النواب على النص ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٣٣٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٩٢ و ص ١٩٤) .

(١) التقنين المدنى السابق م ٢٣٠/١٦٧ : يجب أن يكون الوفاء للدائن أو لوكيله فى ذلك أو لمن له الحق فى الشئ المتعهد به . (ويتفق الحكم فى التقنين السابق والجديد – انظر فى أن المقصود، فى رأى البعض ، بعبارة «أو لمن له الحق فى الشئ المتعهد به» هو الدائن الظاهر : الموجز للمؤلف ص ٥٥٨ هامش رقم ٢) .

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى :**

التقنين المدنى السورى م ٣٣٠ (مطابقة للمادة ٣٣٢ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٣١٩ (مطابقة للمادة ٣٣٢ من التقنين المدنى المصرى)

التقنين المدنى العراقى م ٣٨٣ : ١ – يصح دفع الدين للدائن أو وكيله إن كان غير محجور، فإن كان محجوراً فلا يصح دفع الدين إليه ، بل يدفع لمن له حق قبضه من ولى أو وصى أو قيم . ٢ – فإن دفع المدين الدين إلى الدائن المحجور ، فلا يعتبر دفعه ولا تبرأ ذمته من الدين . بل إذا هلك ما دفعه أو ضاع من المحجور ، فللولى أو الوصى أو القيم مطالبة المدين بالدين . (وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المدنى المصرى : انظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٢٨٥ – **فقرة ٣٨٦**).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ١/٢٩٣ : يجب التنفيذ بين يدى الدائن أو وكيله الحاصل على تفويض قانونى أو الشخص الذى عينه لهذا الغرض . (وتتفق الأحكام فى التقنينين اللبنانى والمصرى) .

(1) أ – لا تبرأ ذمة البنك المسحوب عليه قبل العميل الذى عهد إليه بامواله إذا وفى بقيمة شيك مذيل من الأصل بتوقيع مزور عليه ذلك أن الورقة المقدمة إلى البنك وقد خلت من التوقيع الحقيقى للعميل يعوزها شرط جوهرى لوجود الشيك ولم يكن لها فى أى وقت وصفه القانونى ، ومن ثم تقع تبعة الوفاء بموجب هذه الورقة على البنك المسحوب عليه أيا كانت درجة اتقان ذلك التزوير ، وتعد هذه التبعة من مخاطر المهنة التى يمارسها البنك وهى مخاطر مهما بلغت أعباؤها لا تتناسب البتة مع المزايا التى تعود على البنوك من تدعيم الثقة بها وبث روح الاطمئنان لدى جمهور المتعاملين ، على أن تحمل البنك هذه التبعة مشروط بعدم وقوع خطأ أو اهمال من جانب العميل الوارد اسمه بالصك وإلا تحمل هذا العميل تبعة خطئه .
=

١ – الوفاء للدائن

٤١٣ – الوفاء لمن يكون دائنا وقت استيفاء الدين : الأصل أن يكون الوفاء للدائن كما قدمنا، لأنه هو الذى له حق استيفاء الدين وإبراء ذمة المدين منه . وليس من الضرورى أن يكون الدائن هو الذى كان دائناً وقت نشوء الدين ، بل المهم أن يكون هو الدائن وقت استيفاء الدين . ذلك أن الدائن قد يتغير فى الفترة ما بين نشوء الدين واستيفائه ، كأن يموت الدائن الأصلى فيكون الوفاء لورثته إذ هم الدائنون وقت الاستيفاء ، أو يحول الدائن الأصلى حقه إلى محال له فيكون الوفاء لهذا الأخر إذ هو الدائن وقت الاستيفاء . فالوفاء إذن يكون للدائن أو خلفه ، عاماً كان هذا الخلف كالورثة ، أو خاصاً كالمحال له [١] .

٤١٤ – أهلية الدائن لاستيفاء الدين : ويجب ، حتى يكون الوفاء للدائن صحيحاً مبرئاً للذمة ، أن يكون الدائن أهلا لاستيفاء الدين . فاذا كان قاصراً أو محجوراً عليه ، لم يجز الوفاء إلا لنائبه ، أما الوفاء له شخصياً فلا يكون صحيحاً كما قدمنا . ومع ذلك ينقلب هذا الوفاء صحيحاً إذا أصبح الدائن أهلا للاستيفاء ، بأن بلغ سن الرشد أو رفع عنه الحجر، وأجاز الوفاء عند صيرورته أهلا . وكذلك إذا أصاب الدائن الذى لا يزال غير أهل للاستيفاء منفعة من الوفاء ، فان الوفاء يكون صحيحاً بقدر هذه المنفعة . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشتمل على نص فى هذا المعنى هو المادة ٤٦٨ من هذا المشروع ، وكان يجرى على الوجه الآتى : «إذا كان الدائن غير أهل لاستيفاء الدين ، فلا يصح الوفاء له ، إلا إذا أجاز هذا الوفاء بعد أن يصبح أهلا لاستيفاء الدين . على أنه إذا أصاب الدائن منفعة من الوفاء ، كان هذا الوفاء صحيحاً بقدر هذه المنفعة» . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «يشترط لصحة الوفاء توافر أهلية الاستيفاء فى

= (جلسة ١٩٦٦/١/١١ مجموعة احكام النقض السنة ١٧ ص ٩٤) .

ب – مجرد سحب الشيك لا يعتبر وفاء مبرئا لذمة صاحبه إذ أن الالتزام المترتب فى ذمته لا ينقضى إلا بقيام المسحوب عليه بصرف قيمة الشيك للمستفيد .

(جلسة ١٩٦٤/١١/١٢ الطعنان ٥٢٣ و ٥٢٤ لسنة ٢٩ ق س ١٥ ص ١٠٢٨) .

جـ – تقضى المادة ١/٣٩٩ من القانون المدنى بأن التأشير على سند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس ولو لم يكن التأشير موقعا منه ما دام لم يخرج قط من حيازته ، والتأشير المشطوب يبقى حافظا لقوته فى الاثبات وتقوم به قرينة الوفاء على الرغم من الشطب إلا إذا نقضها الدائن باثبات عدم حصول الوفاء وأن الشطب كان بسبب مشروع .

(جلسة ١٩٦٥/٣/٢٥ الطعن ٢٨٦ لسنة ٣٠ ق السنة ١٦ ص ٤٠٥)

(١) بوردى وبارد ٢ فقرة ١٤٣٣ .

الدائن . فاذا لم تتوافر فى الدائن هذه الأهلية ، وقع الوفاء له قابلا للبطلان ، وكان له وحده أن يتمسك بالبطلان . ولا تبرأ ذمة المدين فى هذه الحالة إلا فى حدود ما يعود على الدائن من منفعة من هذا الوفاء . على أن للدائن أن يجيز الوفاء فى هذه الحالة بعد أن يصبح أهلا لاستيفاء الدين ، فيصحح بهذه الإجازة» . وقد حذفت هذه المادة فى لجنة المراجعة «لأنها حكم تفصيلى يكفى فيه تطبيق القواعد العامة» (١) .

والموفى هو المكلف باثبات أن الوفاء عاد بمنفعة على الدائن غير الأهل للاستيفاء . ويستطيع أن يثبت ذلك بجميع الطرق ، لأن حصول المنفعة واقعة مادية . ويكفى فى ذلك أن يثبت أن الدائن قد أنفق ما أخذه فى الشؤون المعتادة ، كأن قام باصلاحات ضرورية أو نافعة فى عقار يملكه . كما يكفى أن يثبت أن الدائن قد استغل ما أخذه استغلالاً نافعاً ، كأن اشترى عيناً ، فتبرأ ذمة المدين بقدر قيمة هذه العين إذا كانت هذه القيمة أقل مما استوفاه الدائن ، أو تبرأ ذمته من الدين كله إذا كانت قيمت العين مساوية للدين المستوفى أو أكثر. وليس من الضرورى أن يبقى النفع الذى عاد على الدائن قائماً ، ما دام النفع قد حصل فعلا للدائن . فاذا هلكت العين التى اشتراها أو تهدمت الإصلاحات التى أجراها ، وكان ذلك لا يرجع إلى سوء تدبير منه ، فان ذمة المدين تبرأ بقدر المنفعة بالرغم من زوالها بعد ذلك (١) .

فاذا لم يعد الوفاء بنفع على الدائن ، بأن أضاع ما أخذ أو بدده أو صرفه فى غير ما يفيد، فان هذا الوفاء لا يبرئ ذمة المدين ، لأن الوفاء وقد حصل لناقص الأهلية يكون قابلا للإبطال . فاذا أبطل ، اعتبر الوفاء كأن لم يكن وبقى الدين فى ذمة المدين ، وليس هناك نفع عاد من الوفاء على ناقص الأهلية حتى يرجع الموفى به عليه (٣) .

وللموفى ، إذا لم يستطع إثبات أن الوفاء قد عاد بالنفع على الدائن ناقص الأهلية، وكان الشئ الذى دفعه لا يزال قائماً فى يد الدائن ، أن يطالب ولى الدائن باجازة الوفاء أو برد ما دفعه للدائن (٤) .

---

(١) انظر فى كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٩٢ – ص ١٩٣ فى الهامش.

(٢) توليه ٧ فقرة ١٤ – ديمولومب ٢٧ فقرة ١٩٤ – فقرة ١٩٦ – لوران ١٧ فقرة ٥٤١ – بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٣٤ .

(٣) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٣٤ ص ٥٢٩.

(٤) ديمولومب ٢٧ فقرة ١٩٩ – بوردى وبارد ٢ فقرة ١٤٣٥ – عكس ذلك : لوران ١٧ فقرة ٥٤٢ – هيك ٨ فقرة ٢٦ .

٢ – الوفاء لنائب الدائن

٤١٥ – الوفاء للولى أو الوصى أو القيم أو الوكيل عن الغائب : فاذا كان الدائن قاصراً أو محجوراً ، فقد قدمنا أن الوفاء له شخصياً لا يكون صحيحاً ولا يبرئ ذمة المدين . وإنما يكون الوفاء فى هذه الحالة لنائب الدائن ، وهو هنا الولى أو الوصى للقاصر، والقيم للمحجور عليه لجنون أو عته أو غفلة أو سفه ، والوكيل للغائب المفقود .

والوفاء لأى من هؤلاء يعتبر وفاء صحيحاً مبرئا للذمة ، لأن ولايتهم على ناقص الأهلية تشمل فيما تشمل قبض الحقوق ، والقبض يعتبر من أعمال الإدارة فليس فى حاجة إلى إذن من المحكمة .

كذلك يجوز لأى من هؤلاء ، إذا لم يحصل الوفاء له مباشرة ، أن يجيز الوفاء الصادر من الموفى ، كما لو وفى المدين الدين لناقص الأهلية نفسه ثم يجيز النائب الوفاء على النحو الذى بسطناه فيما تقدم .

٤١٦ – الوفاء لأمين التفليسة وللحارس القضائى : وأمين التفليسة يعتبر نائباً عن المفلس ، فله الصفة فى قبض حقوق المفلس فى ذمة الغير .

وكذلك الحارس القضائى ، بما له من حق فى إدارة الأموال الموضوعة تحت حراسته، له صفة فى قبض حقوق الموضوع تحت الحراسة فى ذمة الغير .

٤١٧ – الوفاء لدائن الدائن عند استعمال الدعوى غير المباشرة : ويجوز لدائن الدائن أن يستعمل حقوق الدائن عن طريق الدعوى غير المباشرة ، ويكون فى هذه الحالة نائباً عن الدائن نيابة قانونية (م ٢٣٦ مدنى) ، ويحق له بحكم هذه النيابة أن يقبض ما للدائن فى ذمة المدين . على أن ما يقبضه لا يختص به وحده ، بل يتقاسمه مع سائر دائنى الدائن قسمة غرماء ، وفقاً لقواعد الدعوى غير المباشرة [(١)] .

٤١٨ – الوفاء للمحضر : والمحضر الموكول إليه تنفيذ حكم أو سند رسمى يعتبر نائباً عن الدائن فى قبض الدين الذى ينفذ به . فما دام قد وكل صراحة فى مباشرة إجراءات التنفيذ للحصول على هذا الدين ، فقد وكل توكيلا ضمنياً فى قبض هذا الدين نيابة عن الدائن ، فان التنفيذ الجبرى يقتضى قيام الصفة فى قبض الدين [(٢)] .

---

(١) وقد جاء فى الموجز للمؤلف : «وقد يطالب بالوفاء دائن الدائن ، أما باستعمال الدعوى غير المباشرة باسم الدائن ، أو بالحجز تحت يد المدين ، والطريقة الأخيرة هى الأكثر وقوعاً فى العمل» (الموجز فقرة ٥٣٧) .

(٢) أوبرى ورد ٤ فقرة ٣١٧ ص ٢٢٦ – ص ٢٢٧ وهامش رقم ٦ – كذلك تسليم المحضر سنداً إذنياً أو=

٤١٩ – الوفاء لحساب جار باسم الدائن فى مصرف : ويجوز للموفى أن يوفى الدين بدفعه لحساب الدائن فى مصرف يكون له فيه حساب جار، ويخطره بالإيداع ، على أن يتحمل الموفى تبعة الخطأ فى حساب جار لغير الدائن .

٤٢٠ – الوفاء لوكيل الدائن : يجوز الوفاء لوكيل الدائن ، ويكون عادة وكيلا فى قبض الدين ، فيكون قبضه صحيحاً ومبرئاً لذمة المدين . وقد تكون الوكالة عامة بالإدارة ، فتتضمن قبض الديون [١] . وقد تكون الوكالة خاصة ببيع أو إيجار ، فلا تتضمن حتما وكالة بقبض الثمن أو بقبض الأجرة ، ولكنها تتضمن عادة ، وتبعاً للظروف ، وكالة فى قبض المعجل من الثمن أو المعجل من الأجرة [٢] .

وعلى الموفى أن يتثبت من صحة الوكالة ، فاذا دفع لغير وكيل ، أو لوكيل انتهت وكالته وكان ينبغى أن يعلم بانتهاء الوكالة [٣] ، فان الوفاء لا يكون صحيحاً ولا يبرئ ذمة المدين . وللموفى أن يطلب من وكيل الدائن أن يبرز السند الذى يثبت هذه الوكالة . وقد جاء فى المادة ٣٣٢ مدنى ، كما رأينا ، أنه «يعتبر ذا صفة فى استيفاء الدين من يقدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن ، إلا إذا كان متفقا على أن الوفاء يكون للدائن شخصياً» . فوجود مخالصة بالدين صادرة من الدائن فى يد وكيل الدائن قرينة على قيام الوكالة ، وذلك ما لم يكن متفقاً بين الدائن والمدين على أن الوفاء يكون للدائن شخصياً ، فللمدين فى هذه الحالة ألا يفى بالدين إلا للدائن ، ولكنه إذا وفى لمن بيده المخالصة كان الوفاء صحيحا مبرئاً للذمة [٤] .

= كمبيالة لعمل البروتستو يتضمن توكيلا ضمنياً للمحضر فى قبض قيمة السند أو الكمبيالة من المدين (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٣٩ مكررة أولا) .

(١) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٧ ص ٢٢٦ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٥٥٠ وإذا كانت الوكالة بالقبض ممضاة بيد الدائن ومصدقاً فيها على الامضاء ، كان الوفاء لهذا الوكيل مبرئاً لذمة المدين ، ولا يكفى أن ينكر الدائن صحة صدور الوكالة منه دون أن يطعن فيها بالتزوير (استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٢٥) .

(٢) ديرانتون ١٢ فقرة ٥١ – لارومبيير ٤ م ١٢٣٩ فقرة ٧ – ديمولومب ٢٧ فقرة ١٤٨ – فقرة ١٥٢ – بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٤٢ .

(٣) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٣٨ .

(٤) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «الأصل أن الدائن هو ذو الصفة فى استيفاء الدين ، وله أن ينيب عنه وكيلا فى ذلك ، يكفى فيه التفويض بتوكيل عام . ويتعين على الوكيل فى مثل هذه الحالة أن يقيم الدليل على صفته وفقاً للأحكام العامة فى الوكالة . على أن المشروع قد جعل من التقدم بمخالصة صادرة من الدائن قرينة كافية فى ثبوت صفة استيفاء الدين لمن يحمل تلك المخالصة ، ما لم تنف دلالة هذه القرينة بالاتفاق على وجوب الوفاء للدائن شخصياً . فإذا =

هذا وللدائن أن يعزل الوكيل بالقبض عن الوكالة بشرط أن يخطر المدين بذلك، فلا يكون الوفاء للوكيل المعزول صحيحاً طبقاً للقواعد المقررة فى الوكالة . ولكن يجوز أن تكون الوكالة بالقبض متفقاً عليها بين المدين والدائن فى العقد المنشئ للدين ، فلا يجوز عزل الوكيل فى هذه الحالة إلا باتفاق جديد بين المدين والدائن ، ما لم يثبت الدائن ألا مصلحة للمدين فى الوكالة فعند ذلك يجوز له عزله وحده وإلزام المدين أن يوفى الدين له هو شخصياً أو لوكيل غير الوكيل الأول . وقد يكون الوكيل المعين بالاتفاق بين المدين والدائن له هو نفسه مصلحة فى الوكالة ، كأن يكون دائناً للدائن ويرمى من وراء قبض الدين أن يستوفى حقه، فعند ذلك لا يجوز عزله ولو باتفاق بين المدين والدائن [1].

المطلب الثانى

الموفى له غير الدائن

٤٢١ – النصوص القانونية : تنص المادة ٣٣٣ من التقنين المدنى على ما يأتى :

«إذا كان الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه ، فلا تبرأ ذمة المدين إلا إذا أقر الدائن هذا الوفاء ، أو عادت عليه منفعة منه وبقدر هذه المنفعة ، أو تم الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين فى حيازته» [2].

= اتفق على ذلك ، كان للمدين أن يرفض الوفاء لمن يتقدم له بالمخالصة الصادرة من الدائن حتى يستوثق من ثبوت صفته فى استيفاء الدين» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٩٣).

وكثيراً ما يعطى المالك للبواب مخالصات بالأجرة ، فيتقدم البواب بها إلى السكان ، وتكون له بذلك صفة فى قبض الأجرة (الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٤٥ ص ٣٣٤). وقد قضت محكمة الأزبكية بأن البواب الذى يعينه المالك ، ويكلفه بتحصيل الأجرة من السكان يعتبر خادماً عند المالك، فتبرأ ذمة السكان بدفع الأجرة له (٣ مايو سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ١٩٠ ص ٢٦٠) .

انظر فى التمييز بين الوكيل بالقبض وعامل التنفيذ (agent d'exécution) دى باج ٣ فقرة ٤٢٤ ص ٤٠٣ – ص ٤٠٤ .

(١) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٧ ص ٢٢٨ – بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٤٣ – دى باج ٣ فقرة ٤٢٧.

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٦٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٤٥ من المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٣٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٩٥ – ص ١٩٧) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٣١ – وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٢٠ – وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٨٤ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٢/٢٩٣ (١) .

ويخلص من هذا النص أن الوفاء لغير الدائن أو نائبه لا يكون صحيحاً ولا يبرئ ذمة المدين ، إلا أنه مع ذلك يكون صحيحاً استثناء ويبرئ ذمة المدين فى أحوال ثلاثة ذكرها النص، ونضيف إليها حالة رابعة وردت فى تقنين المرافعات . وهذه الأحوال الأربع هى :

(أولا) إذ أقر الدائن الوفاء .

(ثانياً) إذا عادت على الدائن منفعة من الوفاء ، وبقدر هذه المنفعة .

(ثالثاً) إذا تم الوفاء للدائن الظاهر .

(رابعاً) إذا تم الوفاء لدائن الدائن الحاجز تحت يد المدين . وهنا لا يتقدم دائن الدائن بصفته نائباً عن الدائن كما يفعل فى الدعوى غير المباشرة ، بل يباشر حقاً شخصياً له هو حق الحجز تحت يد الغير .

٤٢٢ – اقرار الدائن للوفاء : قد يوفى المدين الدين لغير الدائن أو نائبه ، كأن يوفيه

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٣٣١ (مطابقة للمادة ٣٣٣ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٣٢٠ (مطابقة للمادة ٣٣٣ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٣٨٤ : إذا كان الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه ، فلا تبرأ ذمة المدين إلا إذا أقر الدائن هذا الوفاء ، أو تم الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين له ظاهراً كالوارث الظاهر . (والحكم يتفق مع حكم التقنين المصرى . وقد أغفل التقنين العراقى ذكر صحة الوفاء إذا عادت منفعة على الدائن وبقدر هذه المنفعة ، لأنه لا يعترف بالفضالة ، ولكن يمكن تطبيق قواعد الإثراء بلا سبب فى هذه الحالة ، وهى قواعد أقرها التقنين العراقى – قارن الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٢٨٨ وانظر فقرة ٢٨٩) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢/٢٩٣ : على أن التنفيذ لشخص غير ذى صلاحية لا يبرئ ذمة المديون إلا فى الأحوال الآتية : أولا – إذا وافق الدائن . ثانياً – إذا استفاد الدائن من التنفيذ غير الصحيح، وتكون براءة المديون بقدر استفادة الدائن . ثالثاً – إذا جرى الإيفاء بنية حسنة لشخص عد حائزاً صفة الدائن كالوارث الظاهرى . (وتتفق هذه الأحكام مع أحكام التقنين المصرى) .

لوكيل انتهت وكالته أو عزل عن الوكالة وكان ينبغى على المدين أن يعلم ذلك ، ففى هذه الحالة لا يكون الوفاء صحيحاً ولا يبرئ ذمة المدين ، كما سبق القول . ومع ذلك إذا أقر الدائن الوفاء ، فان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ، ويصبح الوفاء صحيحاً مبرئاً لذمة المدين (١)(1) .

وإقرار الدائن للوفاء فى هذه الحالة له أثر رجعى ، فيعتبر الوفاء صحيحاً من وقت أن تم لا من وقت الأقرار فحسب . والمكلف باثبات صدور الإقرار من الدائن هو المدين أو الموفى، فعليه أن يثبت أن الدائن قد أقر الوفاء وفقاً لقواعد الإثبات المقررة فى التصرفات الصادرة من جانب واحد (٢) .

٤٢٣ – منفعة تعود على الدائن من الوفاء : وقد يوفى المدين الدين لغير الدائن ، ولا يقر الدائن هذا الوفاء . فعند ذلك ينظر إلى عمل الموفى له ، فان توافرت فيه شروط الفضالة، بأن كان قد قبض الدين عن الدائن لإسداء خدمة له عاجلة ، ثم أدى الدين له بعد ذلك ، فان الوفاء يكون صحيحاً فى هذه الحالة ، لأن الفضولى يعتبر نائباً عن الدائن ، فالوفاء هنا يكون لنائب الدائن وهو صحيح كما تقدم القول .

---

(١) استئناف مصر ٦ يناير سنة ١٩٤٧ المجموعة الرسمية ٤٨ رقم ٢١١ – ذلك أن الوفاء وهو تصرف قانونى ، قبل إقرار الدائن ، لا يسرى فى حقه ، فهو موقوف على الإجازة. وإذا أجيز سرى فى حق الدائن ، وانقلب من قبض الدين وكيلا بالاقرار . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : «ويكون من أثر هذا الإقرار أن ينقلب الغير وكيلا بعد أن بدأ فضولياً ، ويتعين عليه تفريعاً لذلك أن يقدم حساباً للدائن» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٩٦) . قارن بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٤٤ .

(٢) قارن بودرى وبارد ٢ فلقرة ١٤٤٤ .

(1) أ – المقرر – وعلى ما جرى قضاء محكمة النقض – أنه إذا كان الوفاء لغير الدائن أو نائبه تبرأ ذمة المدين إذا أقر الدائن هذا الوفاء ويكون من أثر هذا الوفاء – على ما تنص به المادة ٣٣٣ من القانون المدنى ومذكرته التفسيرية أن ينقلب الغير وكيلا بعد أن كان فضوليا .

(جلسة ١٩٨٢/٦/٣٠ الطعن ٧١٦ لسنة ٤٧ ق س ٣٣ ص ٨٥٤) .

ب – وفاء الدين لغير الدائن وعلى ما نصت عليه المادة ٣٣٣ من القانون المدنى يعتبر مبرئاً لذمة المدين ، إذا أقر الدائن هذا الوفاء .

من المقرر أن التصرف الذى يبرمه الوكيل يكون حجة على الأصيل وينصرف أثره إليه باعتباره ممثلا فى التصرف الذى أبرمه الوكيل لحسابه طالما أن التصرف يدخل فى نطاق الوكالة – من ثم – فإن وفاء المدين لغير الدائن يبرئ ذمة المدين إن أجاز وكيل الدائن هذا الوفاء وكانت إجازته تدخل فى حدود الوكالة .

(جلسة ١٩٨٤/٣/١٥ الطعن ١٠٤٨ لسنة ٥٠ ق س ٣٥ ص ٦٩٠)

ولكن قد لا تتوافر شروط الفضالة فى عمل الموفى له ، بأن يكون قبض الدين ليس عملا عاجلا ، فعند ذلك لا يكون الوفاء صحيحاً ، إلا إذا عادت منفعة على الدائن من هذا الوفاء وبقدر هذه المنفعة . ويمكن تصور منفعة تعود على الدائن من مثل هذا الوفاء إذا كان الموفى له أدى الدين فعلا للدائن ، فيكون الدائن قد قبض حقه كاملا ، ولا تعود له مصلحة من التمسك بابطال الوفاء ، فينقلب الوفاء صحيحاً ويبرئ ذمة المدين . كذلك لو كان الموفى له دائناً للدائن وقد قبض الدين استيفاء لحقه فى ذمة الدائن ، وكان هذا الحق واجب الوفاء فوراً ومقدماً على غيره من ديون الدائن ، أو أدى الموفى له بما استوفاه ديناً على الدائن تتوافر فيه هذه الشروط ، فهنا عادت منفعة على الدائن من الوفاء وذلك بسداد دين فى ذمته واجب السداد فوراً ، فتبرأ ذمة المدين بقدر هذه المنفعة . ذلك أن الدائن إذا رجع على المدين بالدين ، فان المدين يرجع على الموفى له ، والموفى له يرجع على الدائن بقدر ما عاد عليه من المنفعة ، فلا محل لهذه السلسلة من الرجوع ، ويكون الوفاء فى هذه الحالة صحيحاً مبرئاً لذمة المدين بقدر ما عاد على الدائن من المنفعة [1] .

٤٢٤ – الوفاء للدائن الظاهر * : قد يوفى المدين الدين لدائن ظاهر ليس هو الدائن الحقيقى ولا نائبه . والدائن الظاهر هو الذى لا يملك الدين حقيقة ، ولكن الدين يوجد فى حيازته . ذلك أن الحيازة ، كما تشمل الأشياء المادية ، تشمل الحقوق المعنوية ، فتقع على الحقوق العينية غير حق الملكية ، وكذلك تقع على الديون .

ويمكن أن نتصور وجود الدائن الظاهر فى فروض مختلفة . من ذلك أن يحول الدائن حقه، ثم يتضح بعد ذلك أن الحوالة باطلة أو قابلة للأبطال أو الفسخ ، فتبطل أو تفسخ ، ويتبين بذلك أن المحال له لم يكن فى يوم من الأيام مالكا للحق المحال به ولكنه مع ذلك كان يحوزه ، فهو دائن ظاهر [2] . كذلك إذا فرضنا أن الحوالة صورية واعتقد المدين أنها حوالة

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ٣ ص ١٩٦ .

* مراجع : جونسكو (Jonesco) فى الآثار القانونية للأوضاع الظاهرة رسالة من ستراسبورج سنة ١٩٢٧ – الدكتور عبدالباسط جميعى فى نظرية الأوضاع الظاهرة رسالة من القاهرة سنة ١٩٥٦ (غير مطبوعة) .

(٢) ويكون المحال له فى هذه الحالة دائناً ظاهراً حتى لو لم يكن قد قام بالإجراءات اللازمة لجعل الحوالة نافذة فى حق المدين ، فمادام المدين وهو حسن النية قد وفاه الدين، فإن الوفاء يكون صحيحاً مبرئاً للذمة ، حتى بعد إبطال الحوالة أو فسخها . ولكن إذا حول الدائن الحق حوالة ثانية وكانت الحوالة صحيحة ، وأعلن المحال له الثانى الحوالة للمدين، فإن الوفاء الحاصل للمحال له الأول حتى لو كان سابقاً على الإعلان لا يسرى فى حق المحال له الثانى . ويستوفى المحال له الثانى الدين من المدين ، ويرجع المدين=

جدية ، فالمحال له الصورى يعتبر هنا أيضا دائناً ظاهراً [1] . ويكون دائناً ظاهراً للشخص الذى وصل إلى حيازته دون حق سند لحامله ، فان مجرد حمل هذا السند يجعل الحامل يظهر بمظهر المالك له فهو دائن ظاهر [2] . ويعتبر دائناً ظاهراً الوارث الظاهر فإذا آلت التركة إلى شخص ، ولم يكن هو الوارث الحقيقى بل كان هناك مثلا وارث يحجبه ، فان الوارث الظاهر يعتبر دائناً ظاهراً بجميع ما للتركة من حقوق فى ذمة الغير . وإذا أوصى شخص بدين له فى ذمة آخر ، ووضع الموصى له يده على هذا الدين بعد موت الموصى ، ثم أبطلت الوصية لسبب ما ، فان الموصى له يكون دائناً ظاهراً بالدين الموصى به[3] . وإذا دفعت الإدارة تعويضاً عن نزع الملكية إلى حائز العقار باعتبار أنه المالك ، ولم يكن فى الحقيقة مالكا، فقد أوفت بالدين إلى الدائن الظاهر [4] . وقد يعتبر المستحق فى وقف دائناً ظاهراً ، فاذا وزعت وزارة الأوقاف ريع وقف معين على المستحقين كل بحسب الحصة التى قررها مفتيها دون أن يصدر أى اعتراض من أصحاب الشأن ، ثم تبين بعد ذلك بحكم شرعى نهائى أن حصة أحد المستحقين تزيد عما كان يتناوله ، لم يجز له أن يرجع على الوزارة بقيمة الفرق، لأن هذه القيمة دفعت إلى مستحق آخر كان قبل الحكم الشرعى هو الدائن الظاهر [5] .

= على المحال له الأول لاسترداد ما دفعه له دون حق (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٤٧) . كذلك إذا قبض الدائن الدين من المدين ، بعد أن حوله وقبل أن يعلن المحال له الحوالة ، كان الوفاء هنا للدائن الحقيقى لا للدائن الظاهر ، ويرجع المحال له على الدائن بدعوى الضمان (دى باج ٣ فقرة ٤٣٢) .

(١) أما إذا كانت الحوالة مزورة ، فحامل هذه الحوالة لا يعتبر دائناً ظاهراً . ذلك إنه مما يكون محل اعتبار فى الدائن الظاهر أن يكون موقف الدائن الحقيقى منطوياً على شئ من التقصير يؤدى إلى ترك الدائن الظاهر يستولى على حيازة حقه . وهنا لا يمكن أن ينسب أى إهمال للدائن الحقيقى إذا زور شخص عليه حوالة مصطنعة (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٤٧ مكررة – دى باج ٣ فقرة ٤٣٢) .

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٤٦ ص ٥٤٠ – كذلك من أدرج اسمه من الدائنين فى توزيع وأصبح فى يده أمر صرف واجب التنفيذ ، ولم يكن دائناً حقيقياً ، يعتبر دائناً ظاهراً، فإذا وفاه الراسى عليه المزاد كان الوفاء صحيحاً مبرئاً للذمة (بونسار فى أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ paiement فقرة ٧٦) – وحامل الكمبيالة ، إذا لم يكن هو الدائن الحقيقى ، يكون الدائن الظاهر . وما دام المدين لم يرتكب تقصيراً ووفاه قيمة الكمبيالة بحسن نية ، فإن الوفاء يكون صحيحاً مبرئاً للذمة . وقد نصت المادة ١٤٤ من التقنين التجارى السابق على أن «من يدفع قيمة الكمبيالة فى ميعاد استحقاق دفعها ، بدون معارضة من أحد فى ذلك ، يعتبر دفعه صحيحاً» وتنص المادة ٣/٤٢٨/ من قانون التجارة الجديد على أن «وفاء الكمبيالة فى ميعاد الاستحقاق دون معارضة صحيحة يبرئ ذمة الموفى إلا إذا وقع منه غش أو خطأ جسيم» (انظر المادة ١٤٥ من التقنين التجارى الفرنسى ، وانظر أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٧ ص ٢٢٩ – ص ٢٣٠ – بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٤٨٨) .

(٣) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٤٨ – دى باج ٣ فقرة ٤٣٢ .

(٤) استئناف مختلط ٢٣ يونيه سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٨٣ .

(٥) استئناف مصر ١١ مارس سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٤٧٦ ص ٧٨١ – والتون ٢ ص ٤٦٣ – الموجز للمؤلف ص ٥٥٨ هامش ٢ .

ونرى من ذلك أن الدائن الظاهر هو الشخص الذى لا يكون دائناً حقيقياً ، ولكن الدين موجود فى حيازته بحيث يقع فى روع الناس أنه هو الدائن الحقيقى . فهذا المظهر ، وإن كان يتعارض مع الحقيقة ، قد اطمأنت إليه الناس ، فوجبت حماية من يتعامل بحسن نية على مقتضاه حتى يستقر التعامل [١] . وليس من الضرورى أن يكون الدائن الظاهر هو نفسه حسن النية ، أى يعتقد أنه الدائن الحقيقى . وإذا كان يغلب فعلا أن يكون حسن النية ، إلا أنه يبقى دائناً ظاهراً حتى لو أصبح سيئ النية بعد أن كشف حقيقة أمره ، بل حتى لو كان سيئ النية منذ البداية أى منذ وضع يده على الدين . ذلك أن القانون لا يحمى الدائن الظاهر نفسه، بل هو يحمى الذين تعاملوا معه ما داموا هم حسنى النية [٢] .

ويتبين مما تقدم أن الوفاء للدائن الظاهر، حتى يكون صحيحاً ، يجب أن يقترن بحسن نية الموفى [٣] . فمن وفى الدين ، سواء كان المدين أو الغير [٤] ، لدائن ظاهر، واعتقد بحسن نية أنه هو الدائن الحقيقى وقد وفاه الدين على هذا الاعتبار ، برئت ذمته بهذا الوفاء [٥] (1) .

---

(١) ويقول الدكتور عبدالباسط جميعى : «إن مناط تحقق صفة الدائن الظاهر ينحصر فى قيام مظهر له من الجسامة ما يكفى لتكوين الاعتقاد لدى المدين اليقظ بأن صاحب ذلك المظهر هو الدائن الحقيقى ، أو بعبارة أخرى فى انتفاء الخطأ عن المدين اليقظ فى اعتقاده هذا ، لوجود ظروف يتولد من اجتماعها ذلك المظهر الجسيم» (نظرية الأوضاع الظاهرة ص ٣٠٢ وانظر أيضاً ص ٢٩٥) – ولذلك يبنى صحة الوفاء للدائن الظاهر على نظرية المظهر أو الأوضاع الظاهرة (ص ٣٠٧ – ص ٣٠٨) .

(٢) بودرى وباد ٢ فقرة ١٤٤٩ – دى باة ٣ فقرة ٤٣٢ ص ٤١٤ – ص ٤١٥ .

(٣) وإذا كان الموفى هو نائب المدين ، وجب توافر حسن النية فى كل من المدين ونائبه (الدكتور عبدالباسط جميعى فى نظرية الأوضاع الظاهرة ص ٢٨٩) . وحسن نية الموفى وكون الدين فى حيازة الدائن الظاهر من المسائل الموضوعية ، يبت فيهما قاضى الموضوع دون تعقيب عليه من محكمة النقض (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٤١) .

(٤) وسواء كان الغير ملتزما بالدين أو غير ملتزم به ، وسواء كان الوفاء بسيطاً أو كان وفاء مع الحلول (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٥٢) .

(٥) نقض مدنى ٥ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٩٢ ص ٥٩٦ – استئناف مختلط ٣٠ نوفمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٢٣ – ١٥ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٨١ .

(1) أ – المقصود بالدائن الظاهر هو من يظهر امام الجميع بمظهر صاحب الحق ، ولا يشترط فيه أن يكون حائزاً لسند الدين فعلا وإن كانت حيازته له تكون عنصراً من العناصر التى يستند إليها المظهر الخادع للدائن الظاهر، ومن ثم فلا يكفى فى اعتبار المطعون عليه دائنا ظاهرا مجرد كونه محكوما له مع باقى الورثة بالدين المنفذ به وليس اتصافه فى اجراءات التنفيذ بصفة الوصي أو الوكيل ما يتوافر به له مركز قانونى يجعله فى حكم الدائن الظاهر بالنسبة لحصة من ادعى الوصاية أو الوكالة عليهم فى الدين الذى أدفاه له الطاعن .

(جلسة ١٩٦٣/٥/٣٠ الطعن ١٦٠ لسنة ٢٨ ق السنة ١٤ ص ٧٥٩) =

ويرجع الدائن الحقيقى على الدائن الظاهر بما استوفاه هذا من الدين دون حق طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب [1]، بل يستطيع الدائن الحقيقى أن يرجع بتعويض على الدائن الظاهر إذا كان هذا سيئ النية وقت استيفاء الدين[2] .

والذى يكون صحيحاً مبرئاً للذمة هو الوفاء للدائن الظاهر ، للاعتبارات العملية التى تقدم ذكرها . أما غير الوفاء من أسباب انقضاء الالتزام فلا يكون صحيحاً إذا صدر من الدائن

= ب – مناط صحة الوفاء للدائن الظاهر أن يكون المدين حسن النية أى معتقدا أنه يفى بالدين للدائن الحقيقى .

(جلسة ١٩٦٣/٥/٣٠ الطعن ١٦٠ لسن ٢٨ ق السنة ١٤ ص ٧٥٩)

(جلسة ١٩٣٤/٦/١٤ الطعن ٨٣ لسنة ٣ ق)

جـ – تنص المادة ١٠٧ من القانون المدنى على أنه «إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة فإن أثر العقد الذى يبرمه – حقا كان أو التزاما – يضاف إلى الأصيل أو خلفائه» ومفاد ذلك أن القانون لا يحمى الغير الذى تعامل مع النائب الظاهر بعد انقضاء النيابة إلا إذا كان النائب والغير كلاهما معا يجهلان انقضاء النيابة وقت التعاقد . فاذا كانت محكمة الموضوع قد انتهت فى نطاق سلطتها الموضوعية التى لا معقب عليها إلى أن المطعون عليه الأخير كان على علم بانقضاء توكيله عن أحد الدائنين وانتهاء وصايته على باقى الدائنين ببلوغهم سن الرشد فان الطاعن (المدين) لا يتمتع بالحماية التى أسبغها القانون على من يتعامل مع النائب الظاهر والتى تتمثل فى انصراف أثر العقد إلى الأصيل ، وبذلك لا يكون الوفاء الحاصل منه للمطعون عليه باعتباره وكيلا ظاهرا مبرئا لذمته.

(جلسة ١٩٦٣/٥/٣٠ الطعن ١٦٠ لسنة ٢٨ ق السنة ١٤ ص ٧٥٩)

(١) قارن الأستاذ عبدالحى حجازى ٣ ص ١٣ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التضحيرية ٢ ص ١٩٦ – الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٤٦ ص ٣٣٥ – هذا وقد قضت محكمة النقض بأن من صدر عليه حكم نهائى بدفع ثمن عقار إلى شخص معين، وأوفى بهذا الثمن بعد صدور الحكم للمحكوم له، فقد برئت ذمته ، لأنه لا يستطيع عدم الوفاء لهذا الشخص المعين بعد صدور هذا الحكم . ولا يمكن الادعاء ببطلان هذا الوفاء لانتفاء حسن نيته فيه بعلة وجود منازع آخر ينازع فى هذا العقار ويدعى ملكه لنفسه ، خصوصاً إذا كان هذا المنازع قد حاول الدخول فى الدعوى فمنعته المحكمة بناء على طلب من صدر له الحكم النهائى (نقض مدنى ١٤ يونيه سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٩٧ ص ٤٣٨). وقضت محكمة استئناف أسيوط بأن قيام المستأجر بالوفاء إلى من صدر الحكم الاستئنافى لصالحهم صحيح رغم اختصامه فى الطعن بالنقض ، لأن هذا الطعن لا يوقف نفاذ الحكم الاستئنافى (استئناف أسيوط ١٣ مايو سنة ١٩٤٨ المجموعة الرسمية ٤٩ رقم ٢٣٦) – وقد يكون المالك الظاهر دائناً ظاهراً بحكم ملكيته الظاهرة ، كالحائز للعين المؤجرة يقبض أجرتها ، ولا يشترط فى هذه الحالة أن تكون الحيازة مستوفية للشروط اللازمة للتقادم (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٥٦ ص ٥٥٧ – ص ٥٥٨).

الظاهر . ومن ثم إذا أبرأ الدائن الظاهر المدين من الدين ، أو اتفق معه على تجديده، فان كلا من الإبراء والتجديد لا يكون صحيحاً ، ولا يسرى فى حق الدائن الحقيقى [1] .

٤٢٥ – الوفاء لدائن الحاجز تحت يد المدين : لا يعنينا من موضوع حجز ما للمدين لدى الغير – وهو من مباحث المرافعات – إلا القدر الذى نبين به متى يكون الوفاء لدائن الدائن الحاجز تحت يد المدين وفاء صحيحاً مبرئاً للذمة . ذلك أنه يجوز لدائن الدائن أن يحجز تحت يد المدين ، فيمنع المدين بذلك من أن يوفى الدين للدائن ، بل ويجبره بعد إجراءات معينة على أن يوفى الدين له هو ويكون هذا الوفاء صحيحاً مبرئاً لذمة المدين .

فيجوز إذن لدائن الدائن بدين محقق الوجود حال الأداء أن يحجز تحت يد مدين الدائن، سواء كان بيد دائن الدائن سند تنفيذى أو لم يكن بيده هذا السند . فاذا لم يكن بيده سند تنفيذى ، أو كان دينه غير معين المقدار ، وجب أن يحصل على أمر بالحجز من قاضى التنفيذ بالمحكمة التابع لها الدائن المحجوز عليه ، ويقدر أمر الحجز دين الحاجز تقديراً مؤقتاً (أنظر المادة ٣٢٧ من تقنين المرافعات) .

ومنذ يوقع الحجز تحت يد مدين الدائن على النحو المتقدم الذكر ، لا يستطيع هذا المدين أن يوفى الدين للدائن أو نائبه [2] ، ولكنه يستطيع الوفاء بالإيداع فى خزانة المحكمة التى يتبعها [3] (م ٣٣٦ مرافعات) .

فاذا لم يودع المدين المحجوز لديه ما فى ذمته فى خزانة المحكمة ، وجب عليه خلال خمسة عشر يوماً من إعلانه بالحجز التقرير بما فى ذمته للدائن فى قلم كتاب المحكمة التى يتبعها [4] (م ٣٣٩ مرافعات) .

---

(١) هيك ٨ فقرة ٢٥ – بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٥٠ – عكس ذلك بالنسبة إلى التجديد: ديمولومب ٢٨ فقرة ١٨٨ .

(٢) وإذا وفى للدائن أو نائبه ، كان الوفاء باطلا ، ولم تبرأ ذمته من الدين . ويكون للدائن الحاجز أن يستوفى الدين مرة أخرى من المدين ، وتبقى الضمانات التى تكفل الدين من رهن أو امتياز أو غير ذلك (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٥٣ ص ٥٤٥) .

(٣) وقد مكن المدين من الوفاء بطريق الإيداع ، فى خزانة المحكمة ، لاحتمال أن تكون له مصلحة فى ذلك ، بأن يكون الدين قد حل ويريد الوفاء به حتى يتخلص من الفوائد ، وهو لا يستطيع الوفاء به للدائن بسبب الحجز ، ولا لدائن الدائن لأن إجراءات التقرير بما فى الذمة لم تستوف ولا احتمال ألا يكون دائن الدائن قد حصل بعد على سند تنفيذى بحقه (أنظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢١٥ ص ٦٢٠ – ٢ ٦٢١) .

(٤) ويذكر فى التقرير مقدار الدين الذى فى ذمته للدائن المحجوز عليه وسببه وأسباب انقضائه إن كان قد انقضى ، ويبين جميع الحجوز الموقعة تحت يده، ويودع الأوراق المؤيدة لتقريره أو صوراً منها مصدقاً=

وفى الأحوال التى يكون فيها الحجز بأمر من قاضى التنفيذ – أى إذا لم يكن بيد الحاجز سند تنفيذى أو كان حقه غير معين المقدار – يجب أن تشتمل ورقة إبلاغ الحجز أو إعلانه إلى المحجوز عليه على تكليفه الحضور أمام المحكمة التى يتبعها لسماع الحكم عليه بثبوت الدين المحجوز من أجله وصحة إجراءات الحجز ، وإلا اعتبر الحجز كأن لم يكن (م ١/٣٣٣ مرافعات) .

ومتى كان لدى دائن الدائن سند تنفيذى، أو حصل على هذا السند عقب الحكم بصحة الحجز ، فان المدين المحجوز لديه يجب عليه أن يوفى الدين ، لا إلى دائنه المحجوز عليه، بل إلى دائن الدائن الحاجز[1] . وتنص المادة ٣٤٤ مرافعات فى هذا الصدد على ما يأتى: «يجب على المحجوز لديه بعد خمسة عشر يوماً من تاريخ تقريره أن يدفع إلى الحاجز المبلغ الذى أقر به أو ما يفى منه بحق الحاجز ، وذلك متى كان حقه وقت الدفع ثابتاً بسند تنفيذى وكانت الإجراءات المنصوص عليها فى المادة ٢٨٥ قد روعيت . فاذا وقع حجز جديد بعد انقضاء الميعاد المذكور ، فلا يكون له أثر إلا فيما زاد على دين الحاجز الأول . وإذا تعدد الحاجزون مع عدم كفاية المبلغ لوفاء حقوقهم جميعاً ، وجب على المحجوز لديه إيداعه خزانة المحكمة لتقسيمه» .

على أن الدائن يستطيع ، دون أن ينتظر الانتهاء من إجراءات الحجز الطويلة ، إذا كان الحق الدى له فى ذمة مدينه أكبر من الحق الذى فى ذمته لدائنه الحاجز ، أن يخصص لذمة الدائن الحاجز مبلغاً مساوياً لحقه ، فيتمكن بذلك أن يستوفى الباقى من مدينه . وقد رسم تقنين المرافعات طريقين لذلك فنص المادة ٣٠٢ مرافعات على أنه «يجوز فى أية حالة كانت عليها الاجراءات قبل ايقاع البيع ايداع مبلغ من النقود مساوى للديون المحجوز من أجلها والفوائد والمصاريف يخصص للوفاء بها دون غيرها . ويترتب على هذا الايداع زوال الحجز عن الأموال المحجوزة وانتقاله إلى المبلغ المودع . وإذا وقعت بعد ذلك حجوز جديدة على المبلغ المودع فلا يكون لها أثر فى حق من خصص لهم المبلغ» . ثم نص فى المادة ٣٠٣

= عليها (م ١/٣٣٩ مرافعات) .

(١) فإذا دفع إلى دائنه ، لم يستطع أن يسترد منه ما دفعه بدعوى استرداد غير المستحق، لأن دائنه لا يزال دائناً بالرغم من الحجز، وقد قبض المستحق . ولكن عندما يجبر المدين على الدفع ثانية إلى دائن الدائن ، فإنه يكون قد أبرأ بهذا الدفع ذمة دائنه نحو دائن دائنه، فيستطيع عندئذ أن يرجع على دائنه بدعوى الإثراء بلا سبب (دى باج ٢٣ فقرة ٤٤٣).

على أنه «يجوز للمحجوز عليه أن يطلب بصفة مستعجلة من قاضي التنفيذ في أية حالة تكون عليها الاجراءات تقدير مبلغ يودعه خزانة المحكمة عل ذمة الوفاء للحاجز ، ويترتب على هذا الايداع زوال الحجز عن الأموال المحجوزة وانتقاله إلى المبلغ المودع . ويصبح المبلغ المودع مخصصا للوفاء بمطلوب الحاجز عند الاقرار له به أو الحكم له بثبوته . والنص الأخير مستحدث في تقنين المرافعات الجديد، وقد أخذ عن تشريع فرنسي في هذا المعنى صادر في ١٧ من يوليه سنة ١٩٠٧ معدلا للمادة ٥٦٧ من تقنين المرافعات الفرنسي . وهو يعالج حالة ما إذا امتنع المدين المحجوز لديه عن إيداع مبلغ مساو للدين المحجوز من أجله في خزانة المحكمة وفقاً للمادة ٣٠٢ مرافعات ، معطلا بذلك حق الدائن المحجوز عليه من استيفاء الباقي له في ذمة مدينه بعد استنزال الدين المحجوز من أجله ، فيتمكن الدائن المحجوز عليه من إجبار مدينه على هذا الإيداع من طريق الالتجاء إلى قاضي الأمور المستعجلة [١] .

فاذا لم يخصص مبلغ مساو للدين المحجوز من أجله للوفاء بمطلوب الدائن الحاجز، بقي كل الدين محجوزاً تحت يد المدين المحجوز لديه . والذين يفيدون من هذا الحجز هم دائنو الدائن الذين وقعوا الحجز تحت يد مدين الدائن . فاذا تصرف الدائن فيما بقي من حقه بعد استنزال المطلوب لهؤلاء ، نفذ تصرفه في حق دائنيه الآخرين إذا جاء حجزهم لاحقاً لنفاذ هذا التصرف [٢] . أما الدائنون الحاجزون قبل نفاذ التصرف فيتعادلون فيما بينهم، ولا يتقدم واحد منهم على الآخرين حتى لو كان حجزه هو المتقدم [٣] .

والحكم بصفة الحجز هو وحده الذي يخصص للحاجز حقه ، ويقدمه على سائر الحاجزين الذين لم يوقعوا حجوزهم إلا بعد إعلان الحكم بصحة الحجز إلى المدين [٤] .

---

(١) أما إذا لم يودع خزانة المحكمة مبلغ مساو للدين المحجوز من أجله ، عن أحد الطريقين المتقدم ذكرهما، فإن جميع الدين المحجوز عليه تحت يد المدين يبقى معطلا لا يستطيع الدائن المحجوز عليه أن يستوفي منه شيئاً ، مهما كانت قيمته أكبر من قيمة الدين المحجوز من أجله . ذلك أن مجرد الحجز على الدين تحت يد المدين ينقل الدين إلى دائن الدائن الحاجز ، بل لا يجعل لهذا الدائن أي امتياز عليه ، فيستطيع سائر دائني الدائن المحجوز عليه أن يشاركوه شركة الغرماء . فما لم يخصص جزء من الدين المحجوز عليه للوفاء بمطلوب دائن الدائن الحاجز ، وجب أن يبقى كل الدين للوفاء بمطلوبه وبمطلوب من يشاركه من الدائنين الآخرين(بودري وبارد ٢ فقرة ١٤٥٥ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢١٦) .

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢١٦ ص ٦٢٢ – ص ٦٢٣ .

(٣) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢١٧ .

(٤) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢١٨ .

المبحث الثانى

الوفاء بارادة الموفى وحده

(العرض الحقيقى والإيداع)

٤٢٦ – متى يجوز للمدين العرض الحقيقى والإيداع – النصوص القانونية : تنص المادة ٣٣٤ من التقنين المدنى على ما يأتى :

«إذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء المعروض عليه عرضاً صحيحاً ، أو رفض القيام بالأعمال التى لا يتم الوفاء بدونها ، أو أعلن أنه لن يقبل الوفاء ، اعتبر أنه قد تم إعذاره من الوقت الذى يسجل عليه هذا الرفض باعلان رسمى» .

وتنص المادة ٣٣٨ على ما يأتى :

«يكون الإيداع أو ما يقوم مقامه من إجراء جائزاً أيضاً إذا كان المدين يجهل شخصية الدائن أو موطنه ، أو كان الدائن عديم الأهلية أو ناقصها ولم يكن له نائب يقبل عنه الوفاء، أو كان الدين متنازعاً عليه بين عدة أشخاص ، أو كانت هناك أسباب جديدة أخرى تبرر هذا الإجراء» (١).

ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن هذه الأحكام كان معمولا بها دون نص .

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادتين ٣٣٢ و ٣٣٦ – وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٣٢١ و ٣٢٥ – وفى التقنين المدنى العراقى

---

(١) **تاريخ النصوص** :

م ٣٣٤ : ورد هذا النص فى المادة ٤٧٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يقتصر فى تسجيل رفض الدائن على الكتابة دون ضرورة لإعلان رسمى . وفى لجنة المراجعة أقر نص المشروع التمهيدى تحت رقم ٣٤٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة «بإعلان رسمى» بكلمة «بالكتابة» حسما للمنازعات ، وأصبحت المادة قمها ٣٣٤ ، ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١٩٧ – ص ١٩٩).

م ٣٣٨ : ورد هذا النص فى المادة ٤٧٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٥٠ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٣٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٥– ص ٢٠٦) .

المادتين ٣٨٥ و ٣٨٨ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ١/٢٩٤ [١].

ويخلص من هذه النصوص أن للمدين الوفاء بارادته المنفردة عن طريق عرض الدين عرضاً حقيقاً على الدائن ثم إيداعه بعد ذلك ، أو عن طريق إيداعه مباشرة دون عرض، فى الحالتين الآتيتين : (١) إذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء أو قام بعمل يعدل هذا الرفض، وهنا يجب العرض أولا فاذا رفضه الدائن وجب الإيداع . (٢) إذا تعذر على المدين الوفاء للدائن لسبب جدى، وهنا لا محل للعرض الحقيقى بل يتم الإيداع مباشرة دون عرض.

٤٢٧ – رفض الدائن قبول الوفاء : يجد المدين نفسه مضطراً إلى الوفاء بدينه بارادته المنفردة ، وذلك باتخاذ إجراءات العرض والإيداع ، إذا هو اصطدم برفض الدائن لاستيفاء دينه دون مبرر ، أو إذا قام الدائن بعمل مماثل لهذا الرفض .

والدائن يرفض استيفاء الدين إذا هو اعتقد أن المدين لا يوفيه له كاملا أو لا يوفيه له وفاء صحيحاً أو نحو ذلك ويعتقد المدين أنه يقوم بوفاء صحيح ، فأمام هذا الخلاف لا يجد المدين بدًا من عرض الدين وإيداعه [1]. وقد يكون الدائن متعنتاً فى رفضه لاستيفاء الدين ،

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى** :

التقنين المدنى السورى م ٣٣٢ و ٣٣٦ (مطابقتان للمادتين ٣٣٤ و ٣٣٨ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٣٢١ ، ٣٢٥ (مطابقتان للمادتين ٣٣٤ و ٣٣٨ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٣٨٥ : ١ – إذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء المعروض عليه عرضاً صحيحاً ، أو رفض القيام بالأعمال التى لا يتم الوفاء بدونها ، أو إذا أعلن أنه لن يقبل الوفاء ، فيجوز للمدين أن ينذر الدائن بوجوب استيفاء حقه فى مدة مناسبة يحددها الإعذار ، ٢ – ولا يتم إعذار الدائن إلا إذا أودع المدين الشئ على ذمة الدائن بعد انقضاء هذه المدة وأنذره بهذا الإيداع . (ويختلف هذا النص فى الحكم عن نص التقنين المصرى فى أن إعذاره الدائن وما يترتب عليه من النتائج لا يتم فى التقنين العراقى إلا بعد الإيداع، أما فى التقنين المصرى فيتم بمجرد تسجيل رفض الدائن قبول الوفاء بإعلان رسمى ولو قبل العرض الحقيقى والإيداع : انظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٣٠٣ فقرة ٣٠٦ – ٣) .

م ٣٨٦ (مطابقة للمادة ٣٣٨ من التقنين المدنى المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ١/٢٩٤ : أن الدائن الذى يرفض لغير سبب مشروع الإيفاء المعروض عليه بشروط منطبقة على الأصول يعد من جراء ذلك فى حالة التأخر منذ تحقق رفضه بصك رسمى . (وهذا النص يتفق فى الحكم مع نص المادة ٣٣٤ من التقنين المدنى المصرى) .

(1) أ – عرض البائع على المشترى امام المحكمة البضاعة المبيعة هو عرض حقيقى وفقا للمادة ٦٩٧ من قانون المرافعات – القديم – متى كان العقد لم يحدد ميعاد للتسليم إذن فمتى كان الحكم اذ قضى=

فهنا أيضاً ، ومن باب أولى ، يحق للمدين أن يعرض الدين ويودعه[1] .

ويماثل رفض الدائن لاستيفاء الدين أن يقتضى الوفاء تدخل الدائن فيمتنع عن ذلك، كما لو كان الدين واجب الوفاء فى موطن المدين وأبى الدائن أن يسعى إليه فى هذا الموطن.

وقد يسبق الدائن الحوادث فيعلن، قبل أن يعرض المدين الوفاء ، أنه لن يقبله إذا عرض عليه ، فعندئذ يحق للمدين أن يعرض الدين عرضاً حقيقياً ثم يودعه [2] .

٤٢٨ – تعذر الوفاء للدائن : وقد يجد المدين نفسه فى حالة يتعذر معها أن يوفى دينه للدائن مباشرة ، ويتحقق ذلك فى الفروض الآتية :

أولا – إذا كان المدين يجهل شخصية الدائن أو موطنه . مثل ذلك أن يكون الدائن الأصلى قد مات عن ورثة انتقل إليهم الدين ، ولكن المدين يجهل من هم هؤلاء الورثة أو أين موطنهم ، وقد حل الدين ويريد المدين أن يتخلص منه بالوفاء ، فلا يعرف لمن يوفيه. عند ذلك لا يسعه إلا أن يودع الدين على ذمة صاحبه ، دون عرض حقيقى أو إعذار، إذ يجهل

= باعتبار المشترى هو المتخلف عن الوفاء قد أثبت أن البائع ما زال يعرض البضاعة على المشترى امام المحكمة وأن هذا الأخير هو الذى كان يأبى تنفيذ الاتفاق وان هذا الذى جرى امام المحكمة هو ما كان عليه موقف المتعاقدين قبل طرح خصومتهما أمام القضاء فان الطعن فيه بالقصور وفسخ الاتفاق المبرم بين الطرفين يكون فى غير محله.

(جلسة ١٩٥١/٢/٨ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى الـ ١٥ عاما – ٥٨ – ٢٥٣)

ب – العبرة فى تحديد مقدار الدين الذى يشغل ذمة المدين ليست بما يزعمه الخصوم بل بما يستقر به حكم القاضى . واذ كانت محكمة الموضوع قد انتهت إلى أن ما عرضته مورثه المطعون عليهم على البنك الطاعن يكفى للوفاء بكل ما هو مستحق له فى ذمتها، فان قيام المورثة بايداع المبلغ المعروض خزانة المحكمة بعد أن رفض البنك رد أمر الصرف إليها مشمولا بالصيغة التنفيذية ، ومؤشرا عليه بالتخالص يكون قد تم طبقا للقانون، واذ قضى الحكم فيه بصحة العرض والايداع الحاصلين بشأنه، فأنه يكون قد طبق القانون تطبيقا صحيحاً .

(جلسة ١٩٧٢/٢/١٧ الطعن ٩٤ لسنة ٣٧ ق السنة ٢٣ ص ٢١١)

(١) ويعتبر تعنتاً من الدائن أن يرفض الوفاء لتأخر المدين قليلا عن دفع ثمن الأرض التى اشتراها، أملا فى فسخ البيع بعد أن ارتفعت قيمة الأرض (استئناف مختلط ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٨) .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : «ويسجل الأعذار على الدائن رفض الوفاء المعروض عليه عرضاً صحيحاً دون مبرر ، أو امتناعه عن القيام بالأعمال التى لا يتم الوفاء بدونها كامتناع المشترى عن التصديق على امضائه لإجراء تسجيل عقد البيع، أو تصريحه بأنه لا يقبل الوفاء» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٠) .

من هو الدائن الذى يعرض عليه الدين أو أين هو [1].

ثانياً : إذا كان الدائن عديم الأهلية أو ناقصها ، ولم يكن له نائب يقبل عنه الوفاء. وقد يكون الدائن عديم الأهلية أو ناقصها منذ نشوء الدين ويبقى على هذا الوضع إلى أن يحل، فلا يجد المدين بدا من إيداع الدين على ذمة هذا الدائن دون أن يعرضه عليه عرضاً حقيقياً، إذ ليست للدائن أهلية الاستيفاء . وقد يجد المدين نفسه ، بعد أن كان دائنه كامل الأهلية ثم مات عن وارث قاصر ، أمام هذا الوارث وليس له نائب يقبل عنه الوفاء ، فيضطر أيضاً فى هذه الحالة إلى إيداع الدين على ذمته .

ثالثاً – إذا كان الدين متنازعاً عليه بين عدة أشخاص . وهنا أيضاً لا يجد المدين من الحكمة أن يحمل التبعة فى حسم هذا النزاع فيوفى الدين لمن يعتقد أنه على حق من المتنازعين ، وإلا كان مسئولا عما قد يقع فيه من الخطأ . فلا يجد بدًا من إيداع الدين على ذمة أى من المتنازعين يكون هو الدائن الحقيقى ، دون أن يسبق هذا الإيداع عرض للدين. ومثل التنازع على الدين أن يستوفى الدائن حقه من الغير فيحل الغير محله فيه ، ويحول فى الوقت ذات هذا الحق لمحال له يعلن الحوالة للمدين ، فيتنازع الدين الموفى والمحال له كل منهما يدعى أنه الأولى بالدين [2]. ومثل ذلك أيضاً أن يموت الدائن ، فيتنازع الدين الوارث وموصى له بالدين إذا يطعن الوارث فى الوصية بالبطلان .

رابعاً – إذا كانت هناك أسباب جدية تبرر هذا الإجراء . فمتى قام سبب جدى يمنع المدين من عرض الدين على الدائن وهو مع ذلك يريد الوفاء به ، فليس أمامه إلا أن يودعه على ذمة الدائن . مثل ذلك أن يريد المشترى الوفاء بالثمن للبائع ، ولكن البائع يمتنع عن القيام بما يجب للتصديق على إمضائه فى عقد البيع ، فلا يجد المشترى بدًا من إيداع الثمن على ذمة البائع بشرط ألا يقبضه إلا بعد التصديق على الإمضاء ، ثم يعمد بعد ذلك إلى رفع دعوى بثبوت البيع . ومثل ذلك أيضاً أن يريد المدين الوفاء بدين لغير الدائن حق فيه ، ولا يستطيع المدين أن يحصل على مخالصة من هذا الغير ، فلا يسعه فى هذه الحالة إلا أن يودع الدين [3].

---

(١) استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٩ – وقد يعرف المدين ورثة الدائن ، ولكن هؤلاء الورثة لا يتفقون جميعاً على شطب الرهن (استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٩٥) .

(٢) إما إذا كان كل من المتنازعين فى الدين محالا له ، وسبق أحدهما الآخر فى إعلان الحوالة للمدين ، فالأولى منهما بداهة هو من سبق إلى هذا الإعلان ، ولا يحق للمدين فى هذه الحالة أن يمتنع عن الوفاء له بالدين مكتفياً بالإيداع ، إذ النزاع هنا غير جدى لوضوح حق السابق .

(٣) استئناف مختلط ٣ يونيه سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٣٨ – وأنظر فى هذه الفروض الأربعة المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٥ .

وفي هذه الفروض المتقدمة التي يتعذر فيها على المدين الوفاء للدائن ، ليس على المدين إلا أن يودع الدين ، دون حاجة إلى عرض حقيقي كما قدمنا ، فتبرأ ذمته من الدين (١)(1) .

وإذ فرغنا من بيان الأحوال التي يجوز فيها للمدين إيداع الدين بعد عرض حقيقي أو دون عرض ، يبقى أن نبحث مسألتين : (١) إجراءات العرض الحقيقي والإيداع (٢) ما يترتب على القيام بهذه الإجراءات من الآثار (٢) .

المطلب الأول

إجراءات العرض الحقيقي والإيداع

٤٢٩ – وجوب التنسيق بين نصوص التقنين المدني ونصوص تقنين المرافعات : تضمن التقنين المدني طائفة من النصوص في خصوص العرض الحقيقي والإيداع ، وأحال

---

(١) أما في الفروض التي يرفض فيها الدين استيفاء الدين أو التي يقوم فيها بعمل مماثل، فلابد أن يسبق الإيداع عرض حقيقي كما قدمنا . وقد قضت محكمة النقض بأن مجرد إرسال خطاب موصى عليه من المدين للدائن يقول عنه المدين أنه كان به حوالة بريد بمبلغ الدين ، ويقول الدائن إنه حين لم يقبل تسلمه لم يكن يعلم بما احتواه – ذلك، حتى مع صحة قول المدين ، لا يعتبر طريق وفاء قانونية ، وخصوصاً إذا لم يثبت أن الدائن كان يعلم باحتواء الخطاب لهذا المبلغ . ولقد كان من الواجب على المدين لكي تبرأ ذمته أن يعرض الدين عرضاً حقيقياً (نقض مدني ١٦ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٧ ص ٤٣٩) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن من أراد أن يخلى عقاراً هو ملزم بتخليته ، يجب عليه أن يعرض التخلية عرضاً حقيقياً (استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٠٦) . وقضت أيضاً بأن المدين الذي يعلن أنه يريد الوفاء، ولا يقرن هذا الإعلان بإجراءات العرض الحقيقي ، يكون ملزماً بالفوائد حتى يتم العرض (استئناف مختلط ١٩ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٢٠) ، ويحكم عليه بالمصروفات (استئناف مختلط ٧ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٢) .

(٢) وطريقة العرض الحقيقي والإيداع ، التي سار عليها التقنين المدني وتقنين المرافعات فيما يستخلص من مجموع نصوصهما ، هي الطريقة المتبعة في القوانين اللاتينية . أما التقنين الألماني (م ٢٩٣ – ٣٠٤) فقد اتبع طريقة أبسط ، إذ اكتفى بمجرد إعذار الدائن (انظر في المقابلة ما بين الطريقتين كولان وكابيتان ودي لامور انديير ٢ فقرة ٤٩٩ – دي باج ٣ فقرة ٤٩٣) . على أن التقنين المدني الجديد، كما سنرى ، أخذ عن التقنين المدني الألماني بعض أحكامه فيما رتبه من النتائج على إعذار الدائن .

(1) حجر ما للمدين لدى الغير لا يحول دون حق المحجوز عليه في مطالبة المحجوز لديه بما في ذمته ، على أن يكون الوفاء في هذه الحالة وعلى ما تقضي به المادة ٥٥٥ من قانون المرافعات – السابق – بإيداع المبلغ خزانة المحكمة .

(جلسة ١٩٧٠/٢/٢٦ الطعن ٥٥٦ لسنة ٥٣ ق س ٢١ ص ٣٤٤)

فى بقية المسائل على تقنين المرافعات . ولكن تقنين المرافعات لم تنسق نصوصه مع نصوص التقنين المدنى ، ويبدو لأول وهلة أن هناك شيئاً من التنافر بين هاتين الطائفتين من النصوص . فلابد إذن من التوفيق ما بين التقنينين ، وإعمال نصوص كل منهما بحيث لا يتعارض ذلك مع إعمال نصوص التقنين الآخر .

٤٣٠ – مراحل ثلاث : ويبدو – للتوفيق ما بين التقنينين – أن هناك مراحل ثلاثا:

(المرحلة الأولى) مرحلة إعذار الدائن ، وما يترتب على هذا الإعذار من نتائج قانونية. وهذه المرحلة انفرد بذكرها التقنين المدنى .

(المرحلة الثانية) مرحلة عرض الدين عرضاً حقيقياً على الدائن . وهى مرحلة انفرد برسم إجراءاتها تقنين المرافعات .

(المرحلة الثالثة) مرحلة إيداع الدين على ذمة الدائن . وهذه مرحلة اشترك فى رسم اجراءاتها كل من التقنين المدنى وتقنين المرافعات .

٤٣١ – (أ) مرحلة اعذار الدائن : يبدأ المدين بعرض الوفاء على الدائن عرضاً فعلياً صحيحاً . والعرض الصحيح هو أن يعرض المدين الوفاء طبقاً للقواعد القانونية المقررة فى شأنه. فيعرض الدين كله وملحقاته غير منقوصة ، ويعرضه فى وقت حلوله ، وفى مكان الوفاء، ويكون المدين أهلا لوفاء الدين ويكون الدائن أهلا لاستيفائه [1]. وليس من الضرورى أن يكون هذا العرض الفعلى على يد محضر ، فتدخل المحضر إنما يكون عند إعذار الدائن وعند العرض الحقيقى للدين . ويكفى أن يبدى استعداده ، إذا توافرت الشروط المتقدمة الذكر، لوفاء الدين للدائن . ويتم ذلك بأية طريقة تفى بهذا الغرض ، يصح أن يتم بالكتابة لتيسير الإثبات ؛ ويحسن أن تكون الكتابة مسجلة موصى عليها حتى لا يقع نزاع فى تسلمها .

فاذا رفض الدائن قبول الوفاء على هذا الوجه ، فعلى المدين عندئذ أن يسجل على الدائن رفضه باعلان رسمى على يد محضر [2] . ويعتبر هذا الإعلان إعذاراً للدائن برفضه للوفاء .

---

(١) انظر المادة ١٢٥٨ من التقنين المدنى الفرنسى وما ورد فى شأنها فى بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٩٧ – فقرة ١٦١١ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٠٨ .

(٢) وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يكتفى فى هذا الإعذار بمجرد الكتابة ، كما كان يكتفى بمجرد الكتابة أيضاً فى إعذار المدين . ولكن لجنة مجلس الشيوخ عدلت النصوص فجعلت الإعذار ، سواء بالنسبة إلى المدين أو بالنسبة إلى الدائن، بإعلان رسمى على يد محضر (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٠ – وانظر تاريخ نص المادة ٤٤٣ آنفا فقرة ٤٢٦ فى الهامش) .

٤٣٢ – ما يترتب على اعذار الدائن من النتائج – النصوص القانونية : ويترتب على إعذار الدائن على الوجه المتقدم الذكر نتائج خطيرة ، كانت تترتب فى عهد التقنين المدنى السابق على العرض الحقيقى والإيداع ، وقد رتبها التقنين المدنى الجديد على مرحلة سابقة للعرض والإيداع ، هى مرحلة إعذار الدائن . فنصت المادة ٣٣٥ من هذا التقنين على ما يأتى :

«إذا تم إعذار الدائن ، تحمل تبعة هلاك الشئ أو تلفه ، ووقف سريان الفوائد ، وأصبح للمدين الحق فى إيداع الشئ على نفقة الدائن والمطالبة بتعويض ما أصابه من ضرر (١) .

ويتبين من هذا النص أن النتائج التى يرتبها القانون على إعذار المدين للدائن هى ما يأتى:

أولاً – يتحمل الدائن تبعة هلاك الشئ أو نقله ، وذلك فيما إذا كان الهلاك أو التلف مما يحمل المدين تبعته قبل إعذار الدائن . مثل ذلك أن يعرض البائع تسليم المبيع على المشترى عرضاً صحيحاً تتوافر فيه الشروط التى قدمناها ، فيأبى المشترى تسلم المبيع دون مبرر. عند ذلك يسجل البائع رفض المشترى لتسلم المبيع عن طريق إعلان رسمى على يد محضر. ومنذ وصول هذا الإعلان للمشترى يصبح هو الذى يتحمل تبعة هلاك المبيع أو تلفه، وكان الذى يتحمل هذه التبعة قبل الإعلان هو البائع لا المشترى . وقد نصت المادة

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٧١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٤٧ فى المشروع النهائى ، ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٣٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٩٩ – ص ٢٠١) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق . ولكن المادة ٢٣٧/١٧٤ من هذا التقنين كانت ترتب للمدين حقاً فى التعويض إذا امتنع الدائن عن قبول الوفاء، ، وكان النص يجرى على الوجه الآتى : «لا تبرأ ذمة من تعهد بعمل شئ بمجرد عرضه على المتعهد له أنه مستعد لعمله ، إنما له عند امتناع المتعهد له عن قبول العمل وقت العرض أن يطالبه بتعويض الضرر المترتب على امتناعه» .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٣٣ (وهى مطابقة للمادة ٣٣٥ من التقنين المدنى المصرى) – وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٢٢ (وهى مطابقة للمادة ٣٣٥ من التقنين المدنى المصرى) – ولا مقابل له فى التقنين المدنى العراقى ، وقد قدمنا أن التقنين العراقى لا يجعل الدائن معذراً إلا بإيداع المدين الشئ على ذمة الدائن : انظر المادة ٣٨٥ مدنى عراقى – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٢٩٤ ، وتجرى على الوجه الآتى : «إن الدائن الذى يرفض لغير سبب مشروع الإيفاء المعروض عليه بشروط منطبقة على الأصول يعد من جراء ذلك فى حالة التأخر منذ تحقق رفضه بصك رسمى – ومن ذلك الحين يصبح خطر هلاك الشئ أو تعيبه على عهدة هذا الدائن ، وينقطع حكم الفائدة عن الدين . وعلاوة على ذلك يحق عندئذ للمديون إيداع موضوع الموجب وتحميل الدائن عبء النفقة والمخاطر ، وتبرأ ذمته على هذا الوجه من الموجب» . ويتفق هذا الحكم مع الحكم الوارد فى المادة ٣٣٥ من التقنين المدنى المصرى .

٤٣٧ مدنى على هذا الحكم صراحة ، فقضت بأنه «إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه، انفسخ البيع واسترد المشترى الثمن ، إلا إذا كان الهلاك بعد إعذار المشترى لتسلم المبيع» .

ثانياً : يقف سريان الفوائد فيما إذا كان الدين نقوداً تنتج فوائد ، سواء كانت هذه الفوائد اتفاقية أو قانونية (١) . ولا حاجة ، فى وقف سريان الفوائد ، للعرض الحقيقى والإيداع، بل يكفى إعذار الدائن على الوجه المتقدم الذكر . ووجه هذا الحكم ظاهر ، إذ المفروض أن الدائن يرفض استيفاء الدين دون مبرر ، والمدين يعرض الوفاء حتى يتخلص من الدين وفوائده، فالدائن هو المتعنت ويكون من العدل وقف سريان الفوائد .

ثالثاً – جواز عرض المدين للدين على الدائن عرضاً حقيقياً وإيداعه إياه بعد ذلك على نفقة الدائن . ونص المادة ٣٣٥ من التقنين المدنى يقول فى هذا الصدد : «وأصبح للمدين الحق فى إيداع الشئ على نفقة الدائن» ، فلا يتكلم عن العرض الحقيقى ، وكإن التقنين المدنى قد استعاض عن العرض الحقيقى بالإعذار . وكان تقنين المرافعات السابق نص فى المادة ٧٨٦ على أن «للمدين إذا أراد تبرئة ذمته مما هو مقر به ، نقداً كان أو غيره ، أن يعرضه فعلياً على دائنه على يد محضر» . وهذا هو العرض الحقيقى الذى لابد أن يسبق الإيداع . ثم إن التقنين المدنى نفسه يشير إشارة عارضة إلى العرض الحقيقى والإبداع ، ويحيل فى الإيداع على تقنين المرافعات ، فيقول فى المادة ٣٣٩ : «يقوم العرض الحقيقى بالنسبة إلى المدين مقام الوفاء إذا تلاه إيداع يتم وفقاً لأحكام قانون المرافعات...» وكذلك تشير المادة ٣٤٠ فى فقرتيها إلى العرض (٢) .

من أجل ذلك نرى – للتوفيق بين التقنين المدنى وتقنين المرافعات – أن تجعل مرحلة إعذار الدائن سابقة على مرحلة العرض الحقيقى ، دون أن تغنى عنها .

ولكننا نرى ، من جهة أخرى ، أن المدين يستطيع أن يستغنى عن مرحلة الإعذار، وأن يقوم مباشرة بالعرض الحقيقى وفقا للقواعد المقررة فى تقنين المرافعات . غير أن النتائج التى كانت تترتب على الإعذار والتى بسطناها فيما تقدم ، تتأخر فى هذه الحالة إلى حين العرض الحقيقى .

---

(١) استئناف مختلط ٢٩ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٤٨ .

(٢) ومن ذلك أيضا ما ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى خصوص النتائج التى تترتب على إعذار الدائن ، أن من بين هذه النتائج «تخويل المدين حق اتخاذ اجراءات العرض الحقيقى وإتباع هذا العرض بالإيداع على نفقة الدائن» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٠) ، وهذا صريح فى أن الإعذار يليه عرض حقيقى، ثم يلى العرض الحقيقى الإيداع . فتنسجم بذلك نصوص التقنين المدنى مع نصوص تقنين المرافعات .

على أن الإعذار ، إلى جانب أنه يعجل بالنتائج التى تترتب عليه ، يكون دليلاً قاطعاً على أن الدائن قد رفض استيفاء الدين [1] ، فتكون نفقات العرض الحقيقى ثم نفقات الإيداع فى هذه الحالة على الدائن ، كما تقول المادة ٣٣٥ مدنى فيما قدمناه .

وتنص المادة ٣٣٦ من قانون المرافعات الحالى على أنه «الحجز لا يوقف استحقاق الفوائد على المحجوز لديه ، ولا يمنعه من الوفاء ولو كان الحجز مدعى ببطلانه، كما لا يمنع المحجوز عليه من مطالبته بالوفاء . ويكون الوفاء بالايداع فى خزانة المحكمة التابع لها المحجوز لديه» .

رابعاً – مطالبة المدين للدائن بتعويضه عن الضرر الذى أصابه من جراء امتناع الدائن دون مبرر عن استيفاء الدين . فإلى جانب تحمل الدائن تبعة هلاك الشئ ، وإلى جانب وقف سريان الفوائد وتحميل الدائن نفقات العرض الحقيقى والإيداع ، قد يصيب المدين ضرر آخر، كأن يكون محل الدين عيناً معينة بالذات ، ويمتنع الدائن دون مبرر عن تسلمها فتبقى شاغلة للمكان الذى هى فيه مدة طويلة . فيكون للمدين فى هذه الحالة أن يطالب الدائن بتعويض عن الضرر الذى أصابه من جراء ذلك ، ويتمثل هذا التعويض عادة فى أجرة هذا المكان طوال المدة التى شغلته فيها العين دون مبرر [1] .

٤٣٣ – (ب) مرحلة العرض الحقيقى : وتلى مرحلة إعذار الدائن مرحلة العرض الحقيقى كما قدمنا . وتقنين المرافعات هو الذى تكفل برسم إجراءات هذه المرحلة على الوجه الآتى :

إذا كان الشئ محل الدين نقوداً أو شيئاً آخر مما يمكن تسليمه للدائن فى موطنه، فعلى المدين أن يعرضه عرضاً فعلياً على الدائن فى موطنه على يد محضر (م ١/٤٨٧ مرافعات)[2] . أما ما لا يمكن تسليمه للدائن فى موطنه ، كالعقارات أو المنقولات التى لا

---

(١) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢٢ ص ٣٠٦ – انظر فى كل ما تقدم المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٠ .

(٢) وإذا كان الدين نقوداً ، وجب عرض جميع المبالغ المستحقة والفوائد والمصروفات التى صفيت ومبلغ إجمالى لحساب المصروفات التى لم تصف ، ولا يجوز أن تكون المبالغ المعروضة أقل من ذلك ، إلا إذا كان الفرق ضئيلا ويرجع إلى تعذر تحديد المبالغ المستحقة على وجه الدقة أو إلى مجرد خطأ فى الحساب (استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٩٩ – ٢ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٤١ – ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٩٣) .

(1) نص المادة ٣٣٨ من القانون المدنى يجيز للمدين الوفاء بدينه عن طريق إيداعه مباشرة دون عرضه على الدائن اذا كانت هناك اسباب جدية تبرر ذلك ومن هذه الأسباب – على ما صرحت به المذكرة الايضاحية – حاله ما إذا كان المدين يطالب بالتزام مقابل لم يتيسر له استيفاؤه قبل تنفيذ التزامه ومن ثم يكون للبائع بعد فسخ البيع فى حالة رفض المشترى تسليمه المبيع مقابل استيفائه ما دفعه من الثمن أن يوفى بالتزامه برد الثمن الذى قبضه عن طريق ايداعه مباشرة لذمة المشترى دون حاجة إلى عرضه عليه . (جلسة ١٩٦٨/٦/٢٨ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ص ١٢٢٩)

يتيسر نقلها إلا بمشقة ومؤونة ، فيحصل عرضها عرضاً حقيقيًا على الدائن بمجرد تكليفه عل يد محضر ١/٤٨٧ مرافعات) . ويجب أن يشتمل محضر العرض أو ورقة التكلف على بيان جنس النقود وعددها وبيان الشئ المعروض بياناً دقيقاً وعلى شروط العرض وذكر قبول المعروض أو رفضه (م ١/٤٨٧ مرافعات) [1].

وقد نصت المادة ٤٨٩ من تقنين المرافعات على نوع خاص من العرض الحقيقى باجراءات مختصرة ، وهى العرض حال المرافعة أمام المحكمة . فقضت بأنه «يجوز العرض الحقيقى فى الجلسة أمام المحكمة بدون إجراءات إذا كان من وجه إليه العرض حاضراً . وتسلم النقود المعروضة عند رفضها لكاتب الجلسة لإيداعها خزانة المحكمة [2]، وتثبت فى محضر الإيداع ما أثبت بمحضر الجلسة خاصا بالعرض ورفضه . وإذ ا كان المعروض فى الجلسة من غير النقود ، تعين على العارض أن يطلب إلى المحكمة تعيين حارس عليه[3]، ولا

---

(1) أ – يشترط لقيام العرض الحقيقى المشفوع بالإيداع مقام الوفاء أن يكون رفض الدائن قبول الوفاء المعروض بغير مبرر .
(جلسة ١٩٦٧/١/١٩ الطعن رقم ١٥ لسنة ٣٣ ق السنة ١٨ ص ١٤٣)
ب – إذا كان محضر الايداع لم تسبقه اجراءات العرض الحقيقى المنصوص عليها فى المادتين ٤٨٧ و ٤٨٨ من قانون المرافعات والمادتين ٣٣٤ ، ٣٣٩ من القانون المدنى لا يعتبر وفاء مبرئاً للذمة .
(جلسة ١٩٧٧/١/٥ مجموعة احكام النقض السنة ٢٨ ص ١٧٤)

(2) مفاد نصوص المادتين ٧٨٦ ، ٧٩٢ من قانون المرافعات أنه إذا كان الدين الثابت فى ذمة المدين مبلغا من المال وأراد أن يبرئ ذمته من هذا الدين يعرضه على دائنه حال المرافعة فانه يجب أن يكون هذا العرض نقودا دون غيرها ، فإذا كان المشترى قد أودع شيكا لأمر البائع واعتبر الحكم هذا الايداع وفاء بالثمن مبرئاً لذمة المشترى من الدين فأنه يكون قد خالف القانون ، ذلك لأن الشيك وإن كان يعتبر أداة وفاء إلا الالتزام المترتب على ذمة الساحب لا ينقضى لمجرد سحب الشيك بل بقيام المسحوب عليه بصرف قيمته للمستفيد .
(جلسة ١٩٥٧/٦/١٣ الطعنان ٢٤٦ و ٢٤٧ لسنة ٢٢ ق السنة ٨ ص ٥٧٦)
(جلسة ١٩٧٩/١٢/١٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٠ ص ١٩٧)
(جلسة ١٩٨٤/٤/١٦ الطعن رقم ٧٤٤ لسنة ٤٩ ق السنة ٣٥ ص ٩٩٥)
(جلسة ١٩٩٠/٦/٦ الطعن ٥٧٣ لسنة ٥٦ ق)

(3) متى كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بفسخ عقد البيع على أساس أن البائع لم يوف التزاماته المترتبة على العقد – حتى وقت الحكم النهائى فى الدعوى، وكان مجرد عرض البائع استعداده لتسليم العين المبيعة على أن يوقع المشترى على عقد البيع النهائى لا يعد عرضاً حقيقياً يقوم مقام الوفاء بالالتزام لأن البائع لم يتبع استعداده للتسليم بطلب تعين حارس لحفظ العين المبيعة طبقا لما توجه المادتان ٣٣٩ من القانون المدنى و ٧٩٢ من قانون المرافعات (قديم تقابلها المادة ٤٩٠ من قانون المرافعات الحالى) فان الحكم لا يكون قد خالف القانون .
(جلسة ١٩٦٢/١١/٨ الطعن ١٥٩ لسنة ٢٧ ق السنة ١٣ ص ٩٩٢)

يقبل الطعن فى الحكم الصادر بتعيين الحارس . وللمعارض أن يطلب على الفور الحكم بصحة العرض»[1] .

هذا وإذا قبل الدائن العرض ، ذكر المحضر ذلك فى محضره ، وقبض الدائن الدين من يد المحضر . وبـذلك يتم الوفاء له بالدين . وكان عليه هو مصروفات العرض [1]، إلا إذا تبـين أنه لم يكن المتسبب فى هذه الإجراءات وأن المدين كان متسرعاً فى الالتجاء إليها . وإن لم يقبل الدائن العرض ، ذكر المحضر ذلك فى محضره ، وانتقل بعد ذلك إلى مرحلة الإيداع [1] (2) .

٤٣٤ - (جـ) مرحلة الإيداع - نصوص قانونية : تكفل تقنين المرافعات أيضاً برسم إجراءات هذه المرحلة ، وجاء فى التقنين المدنى بعض نصوص فى خصوصها . وتتلخص أحكام مرحلة الإيداع ، كما وردت فى نصوص التقنين ، فيما يأتى :

المعروض أما أن يكون نقوداً أو غير نقود .

---

(١) ولكن لا يجوز للمدين أن يستنزل مقدما من المبالغ المعروضة مصروفات العرض، فإن هذه المصروفات لا تكون على الدائن إلا إذا كان العرض صحيحاً (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٣٤ ص ٧٢٥) .

(٢) ولابد ، كما قدمنا ، من العرض الحقيقى قبل الإيداع ، وإلا فالإيداع وحده لا يكون مبرئاً للذمة (استئناف مختلط ٢٦ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٥٠ - ٦ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٧٢ - ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٥٩)، وذلك ما لم يكن العرض الحقيقى متعذراً كأن كان المدين يجهل ورثة الدائن على وجه التحقيق (استئناف مختلط ٢٨نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٩) ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

(1) أ - أنه إذا كان الثابت من بيانات الحكم أن عرض المطعون عليها باقى الثمن على الطاعنين بعد رفع أمام محكمة أول درجة وظلا متمسكين بهذا العرض فى مواجهتهم رغم رفضهم قبوله ، فان ذلك يعد بمثابة عرض ابدى امام المحكمة حال المرافعة ولا يلزم لصحته اتخاذ اجراءات أخرى كإعلان هذا العرض عملا بالمادة ٧٩٢ من قانون المرافعات (السابق والمقابل لها المادة ٤٨٩ من قانون المرافعات الجديد) .

ب - اذا كان الثابت من بيانات الحكم أن عرض المطعون عليها باقى الثمن على الطاعنين حصل بعد رفع الدعوى أمام محكمة درجة وظلا متمسكين بهذا العرض فى مواجهتهم رغم رفضهم قبوله فإن ذلك يعد بمثابة عرض أبدى أمام المحكمة حال المرافعة ولا يلزم لصحته اتخاذ اجراءات أخرى كإعلان هذا العرض عملا بالمادة ٧٩٢ من قانون المرافعات (تقابلها المادة ٤٨٩ من قانون المرافعات الحالى) .

(جلسة ١٩٦٣/٣/٢٨ الطعن ٢٨ لسنة ٢٨ ق السنة ١٤ ص ٣٩٨) .

(2) إذا كان محضر الايداع لم تسبقه اجراءات العرض الحقيقى المنصوص عليها فى المادتين ٤٨٧ ، ٤٨٨ من قانون المرافعات والمادتين ٣٣٤ ، ٣٣٩ من القانون المدنى ، فأنه لا يعتبر وفاء مبرئاً للذمة .

(جلسة ١٩٧٧/١/٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ ص ١٧٤)

فان كان من النقود ، ورفض الدائن العرض ، قام المحضر بايداع هذه النقود خزانة المحكمة فى اليوم التالى لتاريخ محضر العرض على الأكثر . وعلى المدين إعلان الدائن بصورة من محضر الإيداع [1] فى ظروف ثلاثة أيام من تاريخه (١/٤٨٨ مرافعات) .

وإن كان المعروض من غير النقود ، ورفض الدائن العرض ، جاز للمدين أن يطلب من قاضى الأمور المستعجلة تعيين حارس لحفظه فى المكان الذى يعينه (٢/٤٨٨ مرافعات) .

وقد ورد فى التقنين المدنى فى هذا الخصوص نصان يكملان نصوص تقنين المرافعات.

فنصت المادة ٣٣٦ مدنى على أنه «إذا كان محل الوفاء شيئاً معيناً بالذات ، وكان الواجب أن يسلم فى المكان الذى يوجد فيه ، جاز للمدين ، بعد أن ينذر الدائن بتسلمه، أن يحصل على ترخيص من القضاء فى ايداعه . فاذا كان هذا الشئ عقاراً أو شيئاً معداً للبقاء حيث وجد ، جاز للمدين أن يطلب وضعه تحت الحراسة» [2]. وهذا النص ، للتوفيق بينه

---

(١) والعبرة فيما إذا كان الإيداع قد تم مع التخصيص (dépôt effectué avec affectation spéciale) ، بمحضر الإيداع لا بمحضر العرض (استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ١٩) .

(٢) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٤٧٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٤٨ من المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٦٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠١ – ص ٢٠٢).

وقد جاء فى التقنين المدنى السابق (م ٢٣٩/١٧٦) فى هذا الخصوص ما يأتى : «تبرأ ذمة المتعهد بتسليم عقار إذا استحصل على تعيين أمين حارس للعقار المذكور بحكم يصدر بمواجهة المتعهد له أو فى غيبته بعد تكليفه بالحضور أمام المحكمة» .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٣٤ (وهى مطابقة له) – فى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٢٣ (وهى أيضا مطابقة له) – وفى التقنين المدنى العراقى المادة ١/٣٨٧ ، وتجرى على الوجه الآتى : «إذا كان محل الوفاء عقاراً أو شيئاً معداً للبقاء حيث وجد ، وطلب المدين من المحكمة وضعه تحت يد عدل، قام تسليمه الشئ للعدل مقام الإيداع» (والحكم متفق مع حكم المادة ٣٣٦ مصرى) – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٢٩٥ ، وتجرى على الوجه الآتى : «إذا كان موضوع الموجب عملا ما ، لا تسليم شئ، يحق للمديون منذ وجود الدائن فى حالة التأخر أن يفسخ العقد وفقاً للأحكام المختصة بتأخر المديون» . وهذا النص لا مقابل له فى التقنين المصرى ، ولكن يمكن العمل بحكمه فى مصر لاتفاقه مع القواعد العامة. وليس هذا من باب العرض والإيداع ، وإنما يقوم الحكم على أنه إذا كان على المدين واجب عرض الوفاء ، فعلى الدائن كذلك واجب قبوله ، فإذا لم يقم الدائن بواجبه كان للمدين أن يفسخ العقد ليتخلص هو أيضاً من القيام بواجبه : انظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٢٦ .

وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٩.

وبين المادة ٢/٤٨٨ مرافعات ، يجب أن يجعل مفصلا لأحكام هذه المادة . ويجب إذن أن نميز في غير النقود بين ما يمكن نقله وإيداعه كمجوهرات وعروض يسيرة النقل ، وبين ما هو معد للبقاء حيث وجد كالعقارات وبعض المنقولات العسيرة النقل والتي هي معدة لتبقى حيث هي كالآلات الزراعية والسيارات والمؤن وأدوات العمارة [١] ونحو ذلك . فاذا كان المعروض مما يتيسر نقله ، جاز للمدين أن يطلب من قاضي الأمور المستعجلة وفقا للمادة ٢/٤٨٨ مرافعات ، أو أن يطلب بعريضة من قاضي الأمور الوقتية وفقاً للمادة ٣٣٦ مدني، أمراً بتعيين حارس لحفظ الشيء في المكان الذي يعينه القاضي [٢] ، وقد يكون هذا المكان هو خزانة المحكمة إذا تيسر ذلك كما هو الأمر في إيداع المجوهرات والأوراق المالية ونحوها. أما أن كان المعروض مما لا يتيسر نقله بل كان معداً للبقاء حيث وجد ، جاز للمدين ، بالطريقة نفسها ، أن يطلب تعيين حارس لحراسته حيث يوجد دون أن ينقل . وفي جميع هذه الأحوال تقوم الحراسة ، في المكان الذي يعين أو في المكان الذي يوجد فيه المعروض، مقام الإيداع .

على أن الأشياء المعروضة قد تكون مما يسرع إليه التلف كالسمن والزيوت والدقيق ونحو ذلك ، أو تكون مما يكلف نفقات باهظة في إيداعه أو حراسته كالمواشي وبعض المحصولات الزراعية ، فهذه وتلك عرضت لها المادة ٣٣٧ من التقنين المدني فنصت على ما يأتي : «١ – يجوز للمدين ، بعد استئذان القضاء ، أن يبيع بالمزاد العلني الأشياء التي يسرع إليها التلف ، أو التي تكلف نفقات باهظة في إيداعها أو حراستها ، وأن يودع الثمن خزانة المحكمة . ٢ – فاذا كان الشيء له سعر معروف في الأسواق ، أو كان التعامل فيه متداولا في البورصات ، فلا يجوز بيعه بالمزاد إلا إذا تعذر البيع ممارسة بالسعر المعروف» [٣] .

---

(١) نقض مدني ٥ نوفمبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر٢ رقم ٢ ص ٢ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن لا يشترط أن يكون المدين قد حصل مبدئياً على حكم بإيداع السيارة المعروضة على الدائن في جراج ، بل يصح أن يودع السيارة الجراج على أن يعرض الأمر بعد ذلك على القضاء ليقول كلمته فيما إذا كان هذا العرض صحيحاً وهل يعتبر إجراء مماثلا للإيداع (نقض مدني ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٤٥ ص ١٠٢٢) .

(٣) **تاريخ النص** : ورد هذا النص في المادة ٤٧٣ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٤٩ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ اقترح أن يضاف إلى النص بعد عبارة «استئذان القضاء» عبارة «بأمر على عريضة» ، ورفضت اللجنة هذا الاقتراح إذ ما دام الأمر يتعلق بسلطة القاضي الولائية فإن مفهوم ذلك بداهة أن يتم الاستئذان باستصدار أمر على عريضة ، ووافقت اللجنة على النص دون تعديل تحت رقم ٣٣٧. ووافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٣ – ص ٢٠٤).

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق. =

فاذا ما أودع الشئ – بعد عرضه عرضاً حقيقياً على الدائن – على النحو السابق، كان للعرض والإيداع آثار قانونية تنتقل الآن إلى بيانها .

المطلب الثاني

ما يترتب على العرض والإيداع من الآثار

٤٣٥ – النصوص القانونى : تنص المادة ٣٣٩ من التقنين المدنى على ما يأتى :

«يقوم العرض الحقيقى بالنسبة إلى المدين مقام الوفاء ، إذا تلاه إيداع يتم وفقاً لأحكام قانون المرافعات ، أو تلاه أى اجراء مماثل [1] ، وذلك إذا قبله الدائن أو صدر حكم نهائى بصحته»(١) .

= ويقابل لنص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٣٥ (وهى مطابقة له) – وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٢٤ (وهى أيضاً مطابقة له) – وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٢/٣٨٧ ، ويجرى على الوجه الآتى : «وإذا كان شيئاً يسرع إليه التلف أو يكلف نفقات باهظة فى إيداعه ، فإنه يجوز للمدين ، بعد استئذان المحكمة ، أو دون استئذان عند الضرورة ، أن يبيعه بسعره المعروض فى الأسواق ، فإن تعذر ذلك فبالمزاد العلنى ، ويقوم إيداع الثمن مقام إيداع الشئ نفسه» . وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المصرى ، إلا أن التقنين العراقى يبيح عند الضرورة عدم استئذان القضاء فى بيع الشئ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٢/٢٩٦ ، ويجرى على الوجه التى : «أما إذا كان الشئ غير قابل للايداع كأن يكون مثلا قابلا للتلف ، أو يكون حفظه مدعاة لنفقات باهظة ، جاز للمديون ، بعد استئذان القاضى ، بيعه علناً وإيداع الثمن» . وهذا حكم يتفق مع حكم التقنين المصرى .

انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٩ وقارب استئناف مختلط ٤ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٩٠ .

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٤٧٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٥١ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٣٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٧ – ص ٢٠٨) .

(1) من المقرر فى قضاء محكمة النقض أن العرض الحقيقى الذى يتبعه الايداع هو الوسيلة القانونية لابراء ذمة الدين ومن ثم يتعين أن تتوافر فيه الشروط المقررة فى الوفاء المبرئ للذمة ومنها أن يتم العرض على صاحب الصفة فى استيفاء الحق .
(جلسة ١٩٩٠/٥/٢٧ الطعن رقم ١٨٠٤ لسنة ٥٨ ق)
(جلسة ١٩٨٤/٤/١٦ الطعن ٧٤٤ لسنة ٤٩ ق السنة ٣٥ ص ٩٩٥)
(جلسة ١٩٨٣/٣/٢٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٤ ص ٦٧٩)

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٢٣٨/١٧٥[١] .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٣٧ – وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٢٦ – وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٨٦ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى العبارة الأخيرة من المادة ٢/٢٩٤ والمادة ٢٩٨[٢] .

ويتبين من هذا النص أنه يجب التمييز بين فرضين : (أولا) العرض والإيداع بعد قبول الدائن أو بعد صدور حكم نهائى بصحة العرض . (ثانياً) العرض والإيداع قبل القبول أو صدور الحكم .

١ – أثر العرض والإيداع بعد قبول الدائن أو بعد صدور حكم بصحة العرض

٤٣٦ – قبول الدائن للعرض : قد يقبل الدائن العرض فى النهاية ، وذلك بعد أن يكون قد رفضه وبعد أن يكون الإيداع قد تم بناء على هذا الرفض . ويجب أن يعلن قبوله

---

(١) **التقنين المدنى السابق** م ٢٣٨/١٧٥ : ومع ذلك إذا كان الدين عبارة عن نقود أو منقولات ، فتبرأ ذمة المدين بعرضه الدين على الدائن عرضاً حقيقياً بالتطبيق للقواعد المبينة فى قانون المرافعات .

وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المصرى الجديد.

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى** :

التقنين المدنى السورى م ٣٣٧ (مطابقة للمادة ٣٣٩ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٣٢٦ (مطابقة للمادة ٣٣٩ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٣٨٦ : ١ – يقوم الإيداع مقام الوفاء إذا قبله الدائن أو صدر حكم بصحته. ٢ – وفى هذه الحالة تكون نفقات الإيداع على الدائن . وهو الذى يتحمل تبعة هلاك الشئ من وقت الإيداع ، ومن هذا الوقت أيضاً يقف سريان الفوائد . (ويتفق هذا الحكم مع حكم التقنين المصرى، إلا أن التقنين العراقى يرتب ، كما قدمنا ، على الإيداع الآثار التى يرتبها التقنين المصرى على إعذار الدائن) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢/٢٩٤ (العبارة الأخيرة) : وتبرأ ذمته على هذا الوجه من الموجب (والحكم متفق مع حكم التقنين المصرى، غير أن نص التقنين اللبنانى لا يذكر صراحة قبول الدائن للعرض أو الحكم بصحته ، ولكن القواعد العامة تقتضى ذلك ، كما أن هذا الحكم يستنتج من المادة ٢٩٧ لبنانى) .

م **٢٩٨** : إن نفقة الإيداع على الدائن حيثما يكون الإيداع مشروعا (والحكم متفق مع حكم التقنين المصرى) .

للمدين حتى ينتج القبول أثره ، وإلا جاز للمدين قبل وصول القبول إلى علمه إن يرجع فى العرض على الوجه الذى سنبينه [1].

ويجب أيضاً ، حتى يجوز للدائن أن يقبل عرضاً سبق له رفضه ، أن يثبت المودع لديه (أو خزانة المحكمة) أنه أخبر المدين بإعلان رسمى على يد محضر أنه سيسلم الشئ المودع للدائن ، وذلك قبل حصول التسليم فعلا بثلاثة أيام على الأقل . وعند تسليم الشئ للدائن. يجب عليه أن يسلم المودع لديه صورة محضر الإيداع التى تسلمها مع مخالصة بما قبضه.

وقد نصت على هذه الأحكام صراحة المادة ٤٩١ من تقنين المرافعات ، إذ تقول : «يجوز للدائن أن يقبل عرضاً سبق له رفضه ، وأن يتسلم ما أودع على ذمته ، إذا لم يكن المدين قد رجع فى عرضه ، وأثبت المودع لديه أنه أخبر مدينه على يد محضر بعزمه على التسليم قبل حصوله بثلاثة أيام على الأقل . ويسلم الدائن المودع لديه صورة محضر الإيداع المسلمة إليه مع مخالصة بما قبضه» [2].

٤٣٧ – الحكم بصحة العرض والايداع : فاذا لم يقبل الدائن العرض بعد الإيداع، فان للمدين أن يطلب الحكم بصحة العرض والإيداع [1]، كما أن للدائن دون أن ينتظر رفع هذه الدعوى أن يبادر هو إلى رفع دعوى ببطلان العرض والإيداع .

---

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٣٢ .

(٢) ويجوز أيضاً لدائن الدائن أن يقبل العرض باسم الدائن ، عن طريق استعمال حقوق مدينه، وأن يحجز على الشئ المودع تحت يد المودع لديه . فلا يجوز بعد الحجز للدائن أن يتسلم الشئ ، ولا للمدين أن يرجع فى العرض ، وذلك فى حدود ما لدائن الدائن من حق (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٣١ مكررة أولا).

(1) أ – الدفع بعدم صحة اجراءات العرض والايداع مقرر لمصلحة الدائن وحده ، فان أسقط حقه فيه صراحة أو ضمنا فلا يجوز له العودة إلى التمسك به لأن الساقط لا يعود.

(جلسة ١٩٩٤/٦/٢٥ الطعن رقم ٢٣١١ لسنة ٥٩ ق)

(جلسة ١٩٨٢/١١/١١ الطعن رقم ١٦٦٠ لسنة ٤٨ ق)

ب – الشرط الذى يجعل العرض والايداع غير مبرئ للذمة هو ما لا يكون للمدين حق فى فرضه، ومن ثم فان ايداع المشترى باقى الثمن مع اشتراط عدم صرفه للبائع إلا بعد التوقيع على العقد النهائى طبقا لنصوص عقد البيع لا يؤثر على صحة العرض والايداع ويبرئ ذمته من باقى الثمن .

(جلسة ١٩٧٩/١/٢٥ الطعن ٥٤٤ لسنة ٤٨ ق السنة ٣٠ ع ١ ص ٣٨٥)

جـ – المادة ١/٤٨٨ من قانون المرافعات استلزمت اعلان الدائن بصورة من محضر الايداع خلال ثلاثة أيام من تاريخ حصوله انما يقتصر على حالة الايداع التى يسبقها اجراء العرض الحقيقى =

وفي دعوى صحة العرض والإيداع ، لا يجوز الحكم بصحة العرض وحده إذا لم يعقبه إيداع أو أى إجراء مماثل كوضع المعروض تحت الحراسة على النحو الذى قدمناه . ولا يقتصر الأمر على إيداع المعروض وحده ، بل يجب أن يعرض مع فوائده التى استحقت إلى يوم الإيداع . وقد وردت هذه الأحكام فى الفقرة الأولى من المادة ٤٩٠ من تقنين المرافعات ، إذ تنص على أنه : «لا يحكم بصحة العرض الذى لم يعقبه إيداع إلا إذا تم إيداع المعروض مع فوائده التى استحقت لغاية يوم الايداع» (١)(1) .

= باعلان الدائن على يد محضر دون حالة الايداع المباشر التى لم يستلزم المشرع بالنسبة لها هذا الأجراء أو أى اجراء آخر مماثل .

(جلسة ١٩٨٣/٩/٢٨ الطعن رقم ٧٠ لسنة ٦٠ ق)

(جلسة ١٩٨٣/١١/٢٤ السنة ٣٤ ص ١٦٧١)

(جلسة ١٩٦٢/٢/٢١ السنة ١٣ ص ٢٨٥) .

(٢) وترفع دعوى صحة العرض أمام محكمة موطن الدائن (استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٩٦) . ومصروفات الإعذار والعرض والإيداع ، إذا حكم بصحة العرض، تكون على الدائن (استئناف مختلط ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٩) ، ولكن لا يجوز للمدين ، كما قدمنا، أن يستنزل مقدما من المبالغ المعروضة هذه المصروفات، وذلك إلى أن يحكم بصحة العرض ويخصم بعد ذلك رسم الإيداع من الدين (نقض مدنى ٢ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٦ ص ١٩٩). ولا يجوز أن تكون المبالغ المعروضة أقل من المبالغ المستحقة ، إلا إذا كان الفرق ضئيلا كما سبق القول (استئناف مختلط ١٨ يناير سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ١٠١ – ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٧٧ – ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٩ – ٣ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٩٩ – ٢ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٤١ – ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٩٣) . ولا يجوز أن يكون الإيداع مقيدا بشروط (استئناف مختلط ١٤ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٣٦ ، ١٨ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٢٦ – ٦ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٧٢ – ١٢ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٧٥) ، إلا إذا كانت شروطاً يستلزمها الدين المعروض ، وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه إذا عرض المدين الأدوات والمهمات المحكوم عليه بتسليمها إلى المدعين ، وقيد عرضه بأن يدفعوا له المبلغ الذى حكم له به نهائياً قبلهم بمقتضى نفس الحكم الذى ألزم بتسليم الأشياء المعروضة، فهذا العرض صحيح ، ومثل هذا الشرط لا يبطله ، لأن للمدين أن يشترط ما يكفل له حقه المحكوم له به (نقض مدنى ٥ نوفمبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ٢ رقم ٢ ص ٢) . ولا يجوز عرض جزء من الدين هو الجزء الذى يقر به المدين إلى أن يحسم النزاع فى الجزء الباقى ، فإذا حكم للدائن فى هذا النزاع كان على المدين دفع فوائد كل الدين دون استنزال الفوائد عن الجزء الذى عرضه (استئناف مختلط ٣ يونيه سنة ١٨٩٦م ٨ ص ٣١٣) . وإذا حكم بصحة العرض والإيداع ، فلا محل فى الحكم لإلزام المدين البرئ الذمة بالسداد ، بل ينص الحكم فقط على السماح للدائن بأن يسحب مما هو مودع على ذمته ما يعادل حقه (استئناف أهلى ٢٩ يناير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ١/١٥٥ ص ٢١٠) .

(1) أ – العبرة فى تحديد مقدار الدين يشغل ذمة المدين ليست بما يزعمه الخصوم بل بما يستقر به حكم القاضى ، وإذا كانت محكمة الموضوع قد انتهت إلى أن ما عرضته مورثه المطعون عليهم على البنك=

٤٣٨ – ما يترتب من الأثر على قبول الدائن أو صدور حكم نهائى بصحة العرض والايداع : فاذا ما قبل الدائن العرض والإيداع على النحو المتقدم الذكر ، أو صدور حكم نهائى بصحة العرض والإيداع وفقاً للقواعد التى أسلفناها ، قام العرض فى هاتين الحالتين مقام الوفاء ، وبرئت ذمة المدين من الدين . ولا تتأخر براءة ذمة المدين إلى يوم الإيداع، بل تبرأ ذمته من يوم العرض، فان النص صريح فى أن الذى يبرئ ذمة المدين هو العرض إذا تلاه الإيداع ، فالإيداع إذن شرط فى انتاج العرض لأثره (1) . وإذا تحقق استند هذا الأثر إلى يوم

= الطاعن يكفى للوفاء بكل ما هو مستحق له فى ذمتها ، فان قيام المورثة بايداع المبلغ المعروض خزانة المحكمة بعد أن رفض البنك رد أمر الصرف إليها مشمولا بالصيغة التنفيذية ، ومؤشرا عليه بالتخالص يكون قد تم طبقاً للقانون ، واذ قضى الحكم المطعون فيه بصحة العرض والايداع الحاصلين بشأنه ، فأنه يكون قد طبق القانون تطبيقاً صحيحاً .

(جلسة ١٩٧٢/٢/٧ الطعن ٩٤ لسنة ٣٧ ق السنة ٢٣ ص ٢١١)

ب – إذا كانت الشروط التى قيد بها العرض الحقيقى والايداع ليس فيه ما يخالف النظام العام أو يتنافى مع مقتضى ومرمى الصلح الذى تم بين الطرفين بل هى شروط يستلزم الدين المعروض ولا تخالف طبيعة العرض ، وكانت محكمة الاستئناف قد انتهت فى حدود سلطتها التقديرية – بإسباب سائغة – إلى أن رفض الدائن قبول الوفاء المعروض عليه عرضا صحيحاً كان بغير مبرر وأن الايداع الذى تلا هذا العرض كان صحيحا وتم وفقا للقانون فإنها إذا اعتبرت ذمة المدين قد برئت من المبلغ المودع – الذى التزم به فى عقد الصلح – تكون قد طبقت القانون تطبيقاً صحيحا.

(جلسة ١٩٦٧/١/٢٦ الطعن ٣٣٧ لسنة ٣٠ ق السنة ١٨ ص ٢١٥)

(جلسة ١٩٧٩/١/٢٥ الطعن ٥٤٤ لسنة ٤٨ ق)

(1) أ – العرض لا يقوم مقام الوفاء المبرئ للذمة من المبلغ المعروض – على ما تقضى به المادة ٣٣٩ مدنى والمادة ٧٨٩ من قانون المرافعات – إلا إذا تلاه ايداع المبلغ خزانة المحكمة – وإذا كان المطعون عليهم قد أكتفوا بعرض المبلغ على الطاعن بالجلسة فرفض قبول هذا العرض ، ولم يقوموا بايداع المبلغ المعروض فأنهم لا يكونون قد أوفوا بكل الباقى من الثمن للطاعن .

(جلسة ١٩٧٠/٢/٢٦ الطعن ٥٥٦ لسنة ٣٥ ق السنة ٢١ ص ٣٤٤)

ب – اذا كان المطعون ضده الأول «المشترى» قد أودع باقى الثمن على ذمة الطاعنة وسائر البائعين وطالما أن الايداع لم يكن فى ذاته محل اعتراض ، فان ذمة المطعون ضده تبرأ بإيداع المستحق من الثمن على ذمة البائعين جميعا، لأن الصفقة بالنسبة له كانت غير مجزأة ، وللطاعنة أن تستأدى حصتها من الثمن المودع وفقا للاجراءات المقررة قانونا.

(جلسة ١٩٧٢/٤/٢٩ مجموعة احكام النقض السنة ٢٣ ص ٧٨١)

جـ – يشترط لقيام العرض الحقيقى المشفوع بالايداع مقام الوفاء أن يكون رفض الدائن قبول الوفاء المعروض بغير مبرر .

(جلسة ١٩٦٧/١/٩ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ ص ١٤٣) =

العرض . وهذا ما تنص عليه المادة ٣٣٩ مدنى فيما قدمناه ، فهى تقضى بأن «يقوم العرض الحقيقى بالنسبة إلى المدين مقام الوفاء إذا تلاه إيداع يتم وفقاً لأحكام قانون المرافعات أو تلاه أى إجراء مماثل ، وذلك إذا قبله الدائن أو صدر حكم نهائى بصحته» . وأيد هذا النص نص آخر فى تقنين المرافعات صريح فى أن براءة ذمة المدين إنما تكون من يوم العرض، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٤٩٠ مرافعات على ما يأتى : «وتحكم المحكمة مع صحة العرض ببراءة ذمة المدين من يوم العرض» (١) .

ومتى برئت ذمة المدين ، فقد برئت ذمة المدينين المتضامنين معه والشركاء فى الدين والكفلاء وسقطت التأمينات العينية التى كانت تكفل الدين .

وبراءة ذمة المدينين المتضامنين والشركاء والكفلاء وسقوط التأمينات العينية هو أثر نهائى لقبول الدائن العرض أو للحكم النهائى بصحته ، فلا يجوز بعد ذلك أن ترجع ذمة هؤلاء مشغولة بالدين أو أن تعود التأمينات العينية ، حتى لو رجع المدين فى العرض وقبل الدائن منه هذا الرجوع . وهذا ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ٣٤٠ مدنى ، إذ تقول : «فإذا رجع المدين فى العرض بعد أن قبله الدائن أو بعد أن حكم بصحته ، وقبل الدائن منه هذا الرجوع،

= (جلسة ١٩٧٨/٥/٢٥ الطعن رقم ٦٥٤ لسنة ٤٥ ق)

د – متى كان المشترى قد أورد بصحيفة دعواه التى أقامها ضد البائع «أنه عرض على البائع القسط المستحق من الثمن عرضا حقيقياً باعذار أعلن له فرفض استلام المبلغ وقام المحضر بايداعه خزانة المحكمة لذمة المعلن إليه على أن يصرف له بلا قيد ولا شرط ولا اجراءات وأعلن بمحضر الايداع فى ذات اليوم وأنه يحق للطالب والحال هذه رفع الدعوى بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع «فان هذا الذى أسس عليه المشترى دعواه يتضمن حتما طلبه القضاء بصحة لعرض والايداع . فاذا ذهبت المحكمة إلى أن العرض والايداع الحاصل من المشترى لا يعتبر مبرءا لذمته من القسط الذى حل ميعاده لأن البائع رفض العرض وتطلبت المحكمة أن يحصل المشترى على حكم سابق بصحة العرض والايداع، ولم تقم اعتباراً للطلب الموجه بالدعوى المرفوعة أمامها من المشترى بحسبانه طلبا سابقا على طلب الحكم بصحة ونفاذ العقد . فأنها تكون قد أخطأت فى تطبيق القانون وحجبت نفسها بذلك عن بحث طلب صحة العرض والابداع الذى تضمنته صحيفة دعوى المشترى .

(جلسة ١٩٦٧/١/٢٤ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص ١٨٥)

هـ – اذا كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه ان الطاعنتين لم تتمسكا ببطلان الايداع ولم تقدما الدليل على سبق تمسكها به أمام محكمة الموضوع فانه يكون سببا جديداً لا يجوز ابدائه لاول مرة امام محكمة النقض .

(جلسة ١٩٧٨/٤/٦ الطعن قم ٣٣-١ سنة ٤٥ ق)

(١) ويقضى التقنين المدنى الفرنسى (م ٢/١٢٥٧) بعكس ذلك ، فلا تبرأ ذمة المدين إلا من يوم الإيداع (أنظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٢٨ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢١١ ص ٦١٦) .

لم يكن لهذا الدائن أن يتمسك بعد ذلك بما يكفل حقه من تأمينات ، وتبرأ ذمة الشركاء في الدين وذمة الضامن» . والأصل في ذلك أنه إذا قبل الدائن العرض ، أو حكم بصحته حكماً نهائياً ، لم يجز للمدين بعد ذلك أن يرجع فيما عرض ، ويختص الدائن وحده بالشئ المعروض ولا يشاركه فيه سائر الغرماء . وقد نصت المادة ٣٩٣ من تقنين المرافعات على هذا الحكم صراحة إذ تقول : «لا يجوز الرجوع عن العرض ، ولا استرداد المودع ، بعد قبول الدائن لهذا العرض أو بعد صدور الحكم بصحة العرض وصيرورته نهائياً» . غير أنه إذا قبل الدائن من المدين رجوعه عن عرضه بعد قبول الدائن للعرض أو بعد الحكم النهائي بصحته، فان قبول الدائن لرجوع المدين في العرض يكون أثره مقصوراً على العلاقة فيما بينه وبين المدين، ولا يجاوز ذلك إلى الغير من شركاء في الدين وكفلاء وأصحاب حقوق عينية على العقار المرهون في الدين ، فهؤلاء يفيدون نهائياً من براءة ذمة المدين . ومن ثم تبرأ ذمة الشركاء والكفلاء كما قدمنا ، ويحق لأصحاب الرهون التالية في المرتبة للدائن الذي برئت ذمة مدينه عدم الاعتداد الرهن الذي كان متقدماً على رهونهم وكان يكفل الدين[1] . أما في العلاقة ما بين الدائن والمدين ، بعد رجوع المدين في العرض وقبول الدائن لهذا الرجوع، فان الدين الذي كان معروضاً ينقضي بقبول الدائن للعرض أو بالحكم نهائياً بصحته ، ولكن لما كان الدائن قد قبل من المدين الرجوع في هذا العرض ، فان ذمة المدين ترجع مشغولة بدين جديد معادل للدين القديم الذي انقضى . وإذا أريد أن يكفل هذا الدين الجديد كفلاء أو رهون ، فلابد من الاتفاق على ذلك من جديد بين الدائن والمدين والكفلاء ، وتقوم هذه التأمينات من وقت هذا الاتفاق لا قبل ذلك [2] .

---

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : «ومتى قبل العرض المشفوع بالإيداع أو باجراء مماثل له ، أو حكم بصحته ، أصبح لازماً وامتنع الرجوع فيه . ويكون لمثل هذا العرض حكم الوفاء ، ويستند أثره إلى الماضي، فيعتبر أنه تم وقت إعلان العرض (وقد ورد خطأ : وقت إعلان الإيداع) ، وتعتبر ذمة المدين والملتزمين معه بالدين والكفلاء قد برئت من هذا الوقت . على أن للدائن أن يرفض رجوع المدين في عرضة الحقيقي، بعد القبول أو بعد صدور الحكم بصحته ، وعندئذ يعتبر الوفاء كأن لم يكن ، دون أن يخل ذلك بحقوق الملتزمين مع المدين بالدين أو الكفلاء ، فهؤلاء تبرأ ذمتهم نهائياً ، ولا يكون لهذا الرجوع أثر بالنسبة لهم» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٩ – ص ٢١٠) .

وسنرى أن ما ورد في المذكرة الإيضاحية من أن الوفاء يعتبر كأن لم يكن ليس دقيقاً، فمتى قبل الدائن العرض أو حكم نهائيا بصحته فقد تم الوفاء على وجه بات وانقضى الدين المعروض . فإذا رجع المدين بعد ذلك في العرض وقبل الدائن ذلك منه ، كان هذا بمثابة اتفاق على دين جديد تنشغل به ذمة المدين نحو الدائن ، كما سيأتي .

(٢) انظر في هذا المعنى بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٣٣ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢١١ ص ٦١٧ .

٢ – أثر العرض والايداع قبل قبول الدائن وقبل صدور حكم بصحة العرض

٤٣٩ – النصوص القانونية : تنص المادة ٣٤٠ من التقنين المدنى على ما يأتى :

«١ – إذا عرض المدين الدين وأتبع العرض بإيداع أو باجراء مماثل ، جاز له أن يرجع فى هذا العرض ما دام الدائن لم يقبله أو ما دام لم يصدر حكم نهائى بصحته . وإذا رجع ، فلا تبرأ ذمة شركائه فى الدين ولا ذمة الضامنين» .

«٢ – فاذا رجع المدين فى العرض بعد أن قبله الدائن أو بعد أن حكم بصحته ، وقبل الدائن منه هذا الرجوع ، لم يكن لهذا الدائن أو يتمسك بعد ذلك بما يكفل حقه من تأمينات، وتبرأ ذمة الشركاء فى الدين وذمة الضامنين» (١) .

وليس لهذا النص مقابل فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان منصوصاً عليه فى المادتين ٦٩٣ – ٦٩٤ من تقنين المرافعات القديم .

ويقابل هذا النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٣٨ – وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٢٧ – وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٨٩ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٢٩٨ (٢) .

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٤٧٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «١ – إذا عرض المدين الدين ، وأتبع العرض بإيداع أو إجراء مماثل ، جاز له أن يرجع فى هذا العرض ما دام الدائن لم يقبله أو ما دام لم يصدر حكم نهائى بصحته . ٢ – فإذا رجع المدين فى العرض بعد أن قبله الدائن أو بعد أن حكم بصحته، وقبل الدائن منه هذا الرجوع ، لم يكن هذا الدائن أن يتمسك بعد ذلك بما يكفل حقه من تأمينات» . وفى لجنة المراجعة أضيف حكم عدم براءة ذمة الشركاء فى الدين والضامنين إلى الفقرة الأولى فى حالة رجوع المدين فى عرضه قبل قبول الدائن للعرض وقبل الحكم بصحته، وأضيف حكم براءة ذمة الشركاء فى الدين والضامنين فى الفقرة الثانية فى حالة رجوع المدين فى العرض بعد أن قبله الدائن أو بعد أن حكم بصحته إذا كان هذا الرجوع بموافقة الدائن. فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٣٥٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٣٤٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٩ – ص ٢١١) .

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى** :

التقنين المدنى السورى م ٣٣٨ (مطابقة للمادة ٣٤٠ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى السورى م ٣٢٧ (مطابقة للمادة ٣٤٠ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٣٨٩ (مطابقة للمادة ٣٤٠ من التقنين المدنى المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢٩٧ : للمدين أن يسترد الشى المودع ما دام الدائن لم يصرح =

ونصت المادة ٤٩٢ من تقنين المرافعات الجديد على ما يأتى : «يجوز للمدين أن يرجع عن عرض لم يقبله دائنه ، وأن يسترد من خزانة المحكمة ما أودعه ، متى أثبت أنه أخبر دائنه على يد محضر برجوعه عن العرض وكان قد مضى على إخباره بذلك ثلاثة أيام» .

ويجب استكمال نص التقنين المدنى بنص تقنين المرافعات للتوفيق ما بين النصين ، وليكون هناك تنسيق وانسجام ما بين النصوص . وهذا ما نسير عليه فيما يأتى :

٤٤٠ - **متى يجوز للمدين الرجوع فى العرض** : للمدين ، بعد العرض والإيداع، أن يرجع فى العرض [1] إذا توافر شرطان :

(الشرط الأول) ألا يكون قد صدر قبول من الدائن للعرض ووصل هذا القبول إلى علم المدين ، وألا يكون فى الوقت ذاته قد صدر حكم نهائى بصحة العرض .

(الشرط الثانى) أن يكون قد مضى ثلاثة أيام من وقت إبلاغ المدين الدائن على يد محضر برجوعه فى العرض . فاذا اقتصر المدين على مجرد إعلان إرادته فى الرجوع ،ولو أبلغ الدائن ذلك بكتاب مسجل أو بأية طريقة أخرى غير الإعلان الرسمى على يد المحضر، جاز للدائن ألا يعتد بهذا الرجوع ، وأن يقبل العرض على الوجه المبين فى المادة ٤٩١ مرافعات وقد سبق بيان ذلك . فعندئذ يصبح العرض نهائياً ، ولا يمكن للمدين بعد ذلك أن يرجع فيه ولو أبلغ الرجوع للدائن على يد محضر . كذلك إذا رجع المدين فى العرض، وأبلغ الدائن رجوعه على يد محضر ، فان للدائن ، فى خلال ثلاثة أيام من يوم إبلاغه برجوع المدين أن يقبل العرض بعد تهيئة الطريق لهذا القبول وفقاً للمادة ٤٩١ مرافعات ، وعندئذ لا يكون لرجوع المدين عن العرض أثر ، ويصبح العرض نهائياً بقبول الدائن له . ولا يعود بعد ذلك للمدين حق فى الرجوع ، إلا بقبول الدائن لهذا الرجوع على الوجه المبين فى الفقرة الثانية من المادة ٣٤٠ مدنى ، وقد سبق بيان ذلك .

= بقبوله الإيداع ، وفى هذه الحالة يعود الدين بجميع ملحقاته . (وهذا النص يتفق فى الحكم مع نص التقنين المصرى، وإن لم يذكر فى نص التقنين اللبنانى إلا قبول الدائن بعرض، وأغفل ذكر صدور الحكم بصحته ، ولكن صدور الحكم بصحة العرض يمنع فى لبنان رجوع المدين فى العرض وفقاً للقواعد العامة) .

(١) وحق رجوع المدين فى العرض حق متصل بشخصه ، فلا يجوز لدائنيه أن يستعملوه باسمه. فإذا وقع هؤلاء حجزاً على الشئ المعروض ، ولم يرجع المدين فى العرض ، كان الحجز باطلا (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٣١) . ولكن لما كان العرض يعتبر وفاء للدين، فللدائن المدين أن يطعنوا فيه بالدعوى البولصية وفقاً لأحكام الفقرة الثانية من المادة ٢٤٢ مدنى .

٤٤١ – الأثر الذى يترتب على رجوع المدين فى العرض : فاذا رجع المدين فى العرض بعد توافر الشرطين المتقدمى الذكر على الوجه المبين آنفاً ، فان العرض يعتبر كأن لم يكن[١] ، وتكون مصروفات العرض والإيداع على المدين لأنه هو الذى رجع فيما عرض [٢].

وتبقى ذمة المدين مشغولة بالدين وملحقاته . وكذلك تبقى مشغولة بالدين ذمة المدينين المتضامنين الآخرين والشركاء فى الدين والكفلاء ، كما تبقى التأمينات العينية التى تكفل الدين [٣]. وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الأولى من المادة ٣٤٠ مدنى فيما قدمنا . أما إذا كان رجوع المدين فى العرض بعد قبول الدائن له أو بعد الحكم بصحته ، وكان الرجوع بموافقة الدائن ، فقد رأينا أن المدينين المتضامنين والشركاء فى الدين والكفلاء تبرأ ذمتهم، وأن التأمينات العينية التى كانت تكفل الدين تزول [٤].

ويجوز ، بعد رجوع المدين فى العرض وقبل استرداده للشئ المعروض من خزانة المحكمة أو من تحت يد الحارس ، أن يوقع دائنوه – ومنهم نفس الدائن الذى كان الدين معروضاً عليه – الحجز على هذا الشئ . أما قبل رجوع المدين فى العرض ، فلا يجوز للدائنين الآخرين غير الدائن المعروض عليه الدين أن يوقعوا الحجز على الشئ المعروض أو أن يشاركوا فيه هذا الدائن الأخير مشاركة الغرماء ، حتى لو كان ذلك قبل قبول العرض وقبل صدور حكم بصحته .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الإيداع الحاصل على ذمة أحد دائنى المدين لا يخرج به المبلغ المودع عن ملكية المودع إلا بقبول الدائن له ، فقبل ذلك يستطيع المدين أن يوجه المبلغ الذى أودعه أية وجهة أخرى (نقض مدنى ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١١٧ ص ٣٣٣ . وأنظر أيضا : استئناف مختلط ١١ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٧٩).

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٣٤ ص ٧٢٥ .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٩.

(٤) أنظر آنفا فقرة ٤٤٠ فى الهامش .

الفصـــل الثانـــى

محل الوفاء

٤٤٢ – على أى شئ يقع الوفاء ومتى وأين يكون : نبحث هنا موضوعين :

أولاً – على أى شئ يقع الوفاء وما يتبع هذا الشئ من ملحقات .

ثانياً – الزمان والمكان اللذين يتم فيهما الوفاء .

الفرع الأول

على أى شئ يقع الوفاء وما يتبع هذا الشئ من ملحقات

المبحث الأول

على أى شئ يقع الوفاء

٤٤٣ – الوفاء بنفس الشئ المستحق دون تجزئه – حالة تعدد الديون : الوفاء يكون بنفس الشئ المستحق ، وهو الشئ محل الالتزام .

ولا يجوز للمدين أن يجبر الدائن على قبول وفاء جزئى ، بل يجب عليه أن يفى بالشئ المستحق كاملا دون تجزئة . وقد تتعدد الديون التى فى ذمة المدين فيفى ببعضها ، ويتعين تحديد بأيها وفى .

فعندنا إذن مسائل ثلاث : (١) الوفاء بنفس الشئ المستحق ، (٢) الوفاء بكل الشئ المستحق فلا يجوز الوفاء الجزئى ، (٣) تعيين جهة الدفع عند تعدد الديون .

المطلب الأول

الوفاء بنفس الشئ المستحق

٤٤٤ – النصوص القانونية : تنص المادة ٣٤١ من التقنين على ما يأتى :

«الشئ المستحق أصلا هو الذى به يكون الوفاء ، فلا يجبر الدائن على قبول شئ غيره،

ولو كان هذا الشئ مساوياً له فى القيمة أو كانت له قيمة أعلى» [1].

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٢١٣/١٦٨ [2].

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٣٩ – وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٢٨ – وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٣٩٠ – ٣٩١ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٢٩٩ و ٣٠١ و ٣١٧ [3].

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٧٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت قم ٣٥٣ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، مجلس الشيوخ تحت رقم ٣٤١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١٢ – ص ٢١٣) .

(٢) التقنين المدنى السابق : م ٢٣١/١٦٨ : يجب أن يكون الوفاء على الوجه المتفق عليه بين المتعاقدين . (والحكم متفق مع حكم التقنين المدنى الجديد) .

(٣) **التقنينات المدنية العربية الأخرى :**

التقنين المدنى السورى : م ٣٣٩ (مطابقة للمادة ٣٤١ من التقنين المدين المصرى) .

التقنين المدنى الليبى : م ٣٢٨ (مطابقة للمادة ٣٤١ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى : م ٣٩٠ : ١ – إذا كان الدين مما يتعين بالتعيين ، فليس للمدين أن يدفع غيره بدلا عنه بدون رضاء الدائن ، حتى لو كان هذا البدل مساوياً فى القيمة للشئ المستحق أو كانت له قيمة أعلى . ٢ – أما إذا كان مما لا يتعين بالتعيين وعين بالقدر، فللمدين دفع مثله وإن لم يرض الدائن.

م **٣٩١** : رب الدين إذا ظفر عرضاً بجنس حقه من مال مدينه ، وهو على صفته ، فله الاحتفاظ به . (وأحكام التقنين العراقى تتفق مع أحكام التقنين المصرى . ولا يوجد ما يمنع من تطبيق حكم المادة ٣٩١ عراقى – وهى مأخوذة من الفقه الإسلامى – فى مصر ، إذ هو حكم لا يتعارض مع القواعد العامة) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : م ٢٩٩ : يجب إيفاء الشئ المستحق نفسه ، ولا يجبر الدائن على قبول غيره وإن كان أعلى قيمة منه – وإذا كان الشئ لم يعين إلا بنوعه ، فلا يجب على المديون تقديمه من النوع الأعلى ، ولكن لا يجوز له تقديمه من النوع الأدنى .

م **٣٠١** : عندما يكون الدين مبلغاً النقود يجب إيفاؤه من عملة البلاد ، وفى الزمن العادى، حين لا يكون التعامل اجباريا بعملة الورق، يظل المتعاقدون أحراراً فى اشتراط الإيفاء نقوداً معدنية أو عملة أجنبية .

م **٣١٧** : إن الإيفاء بواسطة التحويل (الشيك) يبقى خاضعاً لأحكام القانون الصادر فى ٧ نيسان سنة ١٣٣٠ (١٩١٤) الذى لا يزال مرعى الأجراء .

(وهذه الإحكام تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المصرى) .

والشئ المستحق أصلا أما أن يكون شيئاً معيناً بالذات أو شيئاً غير معين إلا بنوعه أو نقوداً أو عملاً أو امتناعاً عن عمل .

٤٤٥ - الشئ المستحق شئ معين بالذات : إذا كان الشئ المستحق هو شئ معين بالذات، كدار أو سيارة معينة أو حصان معين ، فالوفاء يكون بهذا الشئ بالذات لا بغيره، ولو كان غيره من جنسه ونوعه ويساويه أو يزيد عليه . ولا يجبر الدائن على قبول غير الشئ المستحق ، ولو كان أزيد فى القيمة . كما لا يجبر المدين على الوفاء بغير الشئ المستحق، ولو كان أقل فى القيمة . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ٣٤١ كما رأينا .

وهذا لا يمنع بداهة من أن يتفق الدائن والمدين على أن يكون الوفاء بشئ غير المستحق أصلا ، وهذا هو الوفاء بمقابل [١] . ولكنه غير الوفاء ، وله أحكام خاصة به سيرد ذكرها فيما يلى .

ويجب تسليم الشئ المعين بالذات المستحق أصلا فى الحالة التى هو عليها وقت التسليم. فاذا كان قد هلك أو أصابه تلف وهو فى يد المدين قبل تسليمه إلى الدائن ، وكان الهلاك أو التلف بسبب أجنبى ، فان تبعة ذلك تقع على الدائن [٢] . أما إذا كان الهلاك أو التلف بخطأ من المدين ، فان الدائن يرجع بالتعويض على المدين . وليس فى هذا كله إلا تقرير للقواعد العامة [٣] .

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : «ينبغى أن يقع الوفاء على الشئ المستحق أصلا ، سواء أكان الالتزام به التزاماً بنقل حق عينى أم التزاماً بعمل أم التزاماً بالامتناع عن عمل . فلا يجوز أن يستبدل بهذا الشئ شئ آخر ولو كان أعلى منه قيمة ، إلا أن يرتضى الدائن الاعتياض (الوفاء بمقابل) ، أو أن يكون ظاهر التعنت» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١٢) . ويستفاد من ذلك أن الدائن ليس له أن يرفض استيفاء شئ أعلى قيمة ، ولا المدين أن يرفض إيفاء شئ أدنى قيمة ، إذا كان فى الرفض تعنت ظاهر ، وهذا تطبيق للنظرية العامة فى التعسف فى استعمال الحق.

(٢) وذلك ما لم يكن الدين ناشئاً من عقد ملزم للجانبين . وإذا كان هناك رجوع على الغير بتعويض أو بمبلغ تأمين وجب على المدين أن ينزل عن التعويض أو عن مبلغ التأمين إلى الدائن ، بعد أن حل هذا أو ذاك حلولا عينياً محل الدين المستحق (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٦٨) .

على أن المدين ، ما لم يثبت أن الشئ كان يهلك فى يد الدائن لو كان قد قبضه (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٦٦) .

(٣) وقدكان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً ، هو المادة ٤٧٩ من هذا المشروع ، يجرى على الوجه الآتى : «إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات ، برئت ذمة المدين إذا قام بتسليمه بالحالة التى يكون عليها وقت التسليم ، حتى لو أصاب الشئ تلف بعد نشوء الالتزام ، على ألا يكون هذا التلف راجعاً إلى خطأ المدين ، أو أن يكون المدين قد أعذر قبل حصول التلف ، كل هذا ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى=

٤٤٦ – الشئ المستحق شئ غير معين الا بنوعه : وقد يكون الشئ المستحق شيئاً غير معين إلا بنوعه ، كخمسين قنطاراً من القطن ومائة أردب من القمح. فإذا لم تعين درجة الشئ من حيث جودته، أو لم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من ظرف آخر، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط (م ٢/١٣٣ مدنى)[١] . على أنه إذا كان الشئ المستحق يؤخذ من جملة أشياء محصورة فى ذواتها ، كما إذا التزم المدين باعطاء صندوق من صناديق موضوعة فى مخزن ، جاز للمدين أن يعطى أى صندوق من هذه الصناديق ، ولا يلتزم باعطاء صندوق منها يكون من صنف متوسط[٢] .

٤٤٧ – الشئ المستحق نقود : وإذا كان الشئ المستحق نقوداً ، لم يجبر الدائن على أخذ غير النقود المستحقة . فلا يجوز الوفاء دون رضاء الدائن بشئ غير النقود ، كعروض ولو كانت قيمتها تساوى النقود المستحقة أو تزيد عليها. كما لا يجوز الوفاء دون رضاء الدائن بكمبيالة أو بشيك[٣](1)

= بغيره» . وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص هذا النص ما يأتى : «الأصل فى المدين أن يلزم بتسليم الشئ بالحالة التى يكون عليها وقت التسليم ، إذا ورد الالتزام على شئ معين بالذات . فهو لا يسأل عما يصيب الشئ من تلف بعد الالتزام ، ما لم يكن قد أعذر قبل حدوث التلف ، أو ما لم يكن هذا التلف راجعاً إلى خطأه أو خطأ من يسأل عنهم . ويقع عبء الإثبات فى حالة المسئولية التعاقدية على المدين . على أن هذه القاعدة العامة لا تنطبق حيث يتفق المتعاقدان على الخروج عليها ، أو حيث يقضى القانون بمخالفتها . فمن ذلك مثلا اتفاق المشترى والبائع على أن تكون حالة المبيع حسنة عند التسليم ، وقد نص المشروع على وجوب تسليم العين المؤجرة وملحقاتها فى حالة تؤهلها لأن تفى بما أعدت له من المنفعة : م ٧٦٢ من المشروع» . وقد حذفت لجنة المراجعة هذه المادة «لأن حكمها مستفاد من القواعد العامة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١٤ فى الهامش) .

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٣ .

(٢) ديمولومب ٢٧ فقرة ٢٥٤ – بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٧٣ .

(1) من المقرر أن سحب الشيك لا يعتبر وفاء مبرئا لذمة ساحبه إذ أن الالتزام المترتب فى ذمته لا ينقض إلا بقيام المسحوب عليه بصرف قيمة الشيك للمستفيد .
(جلسة ١٩٨٤/٤/١٦ الطعن رقم ٧٤٤ لسنة ٤٩ ق السنة ٣٥ ص ٩٩٥)
(جلسة ١٩٧٩/١٢/١٠ الطعن ٤٩٧ لسنة ٤٥ ق)
(جلسة ١٩٧٦/١١/٢٩ مجموعة احكام النقض السنة ٢٧ ص ١٦٩٨)
(جلسة ١٩٦٤/١١/١٢ مجموعة احكام النقض السنة ٢٥ ص ١٠٢٨)

(٣) فلا يجبر الدائن على استيفاء حقه بشيك ، وإن كانت بعض التشريعات الأخيرة فى فرنسا تبيح للمدين فى حالات معينة أن يفى دينه بشيك ، بل تجبره على ذلك ، حتى لا تتضخم كميات أوراق النقد التى تطرح فى الأسواق للتعامل (انظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٥٨) .

ولما كان الوفاء بالشيكات هو الغالب فى المعاملات المدنية ، فإن الدائن لا يعتبر مستوفياً حقه إلا عند=

أو بحوالة (١) (1) بريد أو بأسهم أو بسندات أو بغير ذلك من الأوراق المالية ، فإن هذه الأوراق ديون على الغير وليست نقوداً ، ولا يجبر الدائن على أخذها فى مقابل النقود .

= قبض قيمة الشيك من البنك (استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٠٥ – ١٥ فبراير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ١٦٩) ، فلا ينقضى الدين بمجرد تسلم الدائن للشيك عن طريق التجديد. وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا أعطى شيك ثمناً لمبيع مع إثبات التخالص بالثمن فى عقد البيع ، فإن إعطاء هذا الشيك يعتبر وفاء بالثمن لا استبدالا له، وعلى ذلك فإنه إذا حكم بفسخ البيع فلا يبقى لتحصيل قيمة الشيك محل (نقض مدنى ٢ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٦٩ ص ١٥٦) . وإمضاء الدائن على الشيك بأنه قد تسلم قيمته يكون بمثابة مخالصة بالدين ، أو هو فى القليل مبدأ ثبوت بالكتابة على أنه إنما استوفى ديناً ولم يقبض قيمة الشيك لغرض آخر ، فيستطيع تكملته بالبينة أو بالقرائن . وحيازة البنك لشيك لحامله دليل على أنه صرف قيمة هذا الشيك، ولو لم يوقع ساحب الشيك على ظهره (استئناف مختلط ١٥ يونيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣١) . ويترتب على أن الوفاء لا يتم إلا بقبض قيمة الشيك لا بمجرد تسلمه أن شركة النقل ، إذا كلفت بتسليم بضاعة لقاء استيفاء ثمنها (contre remboursement) وتسلمت شيكاً فى مقابل الثمن ، تبقى مسئولة عن الثمن إلى وقت قبض قيمة الشيك (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٥٨) .

وقد غلب التعامل بالشيكات إذ يجنب مشقة التعامل فى كميات كبيرة من أوراق النقد، وهو فى الوقت ذاته يهيئ طريقاً ميسراً لإثبات الوفاء فإن إمضاء الدائن على الشيك بأنه قد تسلم قيمته تكون بمثابة مخالصة كما قدمنا (بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٥٠٧) .

وكالشيكات الكمبيالات والإضافة إلى الحساب الجارى (virement bancaire du compte à compte) ، لا يتم الوفاء بها إلا بقبض القيمة أو بالإضافة الفعلية إلى الحساب الجارى . ومن ثم يتحمل المدين التبعة إلى وقت قبض الدائن القيمة بالفعل، فإذا صرفت القيمة إلى غير الدائن أو إلى غير حسابه الجارى دون خطأ منه لم يكن مستوفياً حقه وتحمل المدين تبعة ذلك . ولا يجبر الدائن على إعطاء مخالصة إلا عند القبض الفعلى، فإن أعطى مخالصة قبل ذلك جاز أن يحمل هذا منه على أنه رضى أن يستوفى الدين بمقابل (دى باج ٣ فقرة ٤٧٦ – وانظر أيضاً بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٤٦٨ – فقرة ٤٧٢ – وفقرة ٤٨٤ – فقرة ٤٨٥) .

(١) وإذا قبل الدائن حوالة البريد ، فلا يتم الوفاء إلا بقبض قيمتها فعلا . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا وفى المدين الدين بحوالة بريد ، ولكنه لم يقطع سند التسليم منها ويرسله إلى الدائن ليتسلم بموجبه قيمة الحوالة ، لم يكن هذا وفاء مبرئاً للذمة (١٨ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٩٣) . ويتحمل المدين تعبة ضياع حوالة البريد وهى فى طريقها إلى الدائن ، كما يتحمل تبعة صرف الحوالة إلى غير الدائن إذا تم ذلك دون خطأ من الدائن (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٥٨) .

(1) لا تبرأ ذمة المدين بمجرد إرساله حوالة بريدية بقيمة الدين إلى الدائن ، بل بقبض الدائن قيمة هذه الحوالة فعلا ، وعلى المدين اذا ادعى براءة ذمته من الدين إثبات ذلك .

(جلسة ١٩٦٩/١/٣٠ الطعن ٥٨٥ لسنة ٣٤ ق س ٢٠ ص ٢٢٣)

(جلسة ١٩٨٧/٣/١٢ الطعن ٢٣٥٢ لسنة ٥٢ ق)

وتقضى المادة ١٣٤ مدنى بأنه «إذا كان محل الالتزام نقوداً ، التزم المدين بقدر عددها المذكور فى العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر». ويخلص من ذلك أنه إذا ارتفعت قيمة النقود كان ارتفاعها لمصلحة الدائن ، وإذا انخفضت كان انخفاضها لمصلحة المدين .

وقد رأينا ، فى الجزء الأول من الوسيط[١] أن العملة الورقية إذا تقرر له سعر قانونى (cours légal) وجب على الدائن قبولها حتى لو اتفق مع المدين على غير ذلك ، وحتى لو لم يكن لهذه العملة سعر إلزامى (cours forcé) . على أن المسألة ليست لها أهمية عملية إذا لم يكن للعملة الورقية سعر إلزامى (1) ، فإن الدائن الذى يريد الحصول على حقه ذهباً ولا يستوفيه إلا ورقاً يستطيع أن يستبدل الذهب بالورق فى أى وقت شاء . فاذا تقرر للعملة الورقية سعر إلزامى ، واستوفى الدائن حقه ورقاً ، فأنه لا يستطيع أن يستبدل به ذهباً لقيام السعر الإلزامى ، وقد تكون قيمة الورق قد نزلت نزولا فاحشاً فتصيبه خسارة جسيمة من وراء ذلك . ولا سبيل إلى اشتراط أن يكون الوفاء بالذهب (clause d'or) أو بما يعادل قيمة الذهب ، فان الشرط يكون باطلا لمخالفته للنظام العام . ويكون العقد الذى تضمن هذا الشرط باطلا كذلك ، إذا تبين أن الشرط كان هو الباعث الرئيسى على التعاقد . ذلك أن الغرض من تقرير السعر الإلزامى هو إعطاء الورق قيمة قانونية إلزامية معادلة لقيمة الذهب، فينعدم الفرق بين الورق والذهب فى نظر القانون ، ويجب أيضاً أن ينعدم فى نظر الأفراد، لأن القانون إنما أراد هذا حماية لمصلحة عامة ترجع إلى نظام النقد فى البلد وإلى استقرار قيمة العملة وثباتها .

ورأينا أيضا ، فى الجزء الأول من الوسيط[٢]، أن القضاء المصرى مر فى هذه المسألة

---

(١) فقرة ٢٢٤ – فقرة ٢٢٥ .

(٢) فقرة ٢٢٦ .

(1) إذ كان من مقتضى الأمر العالى الصادر فى ٢ أغسطس ١٩١٤ أن يكون للجنيه الورق نفس القيمة الفعلية التى للجنيه الذهب وأن كل ما يدفع من تلك الاوراق يكون دفعا صحيحاً ومبرئاً للذمة كما لو كان الدفع حاصلا بالعملة الذهبية، فإن كل ما يلزم به الناقل الجوى وفقا للفقرتين الأولى والرابعة من المادة ٢٢ من اتفاقية فارسوفيا هو عدد من الجنيهات المصرية الورقية مساو لعدد الجنيهات الذهبية المشتملة على ذهب يعادل وزن الذهب الذى يشتمل عليه ٢٥ ألف فرنك فرنسى (التعويض المحدد بالاتفاقية) وذلك على أساس أن وزن الذهب فى الجنيه الواحد هو ما حدده القانون رقم ١٨٥ لسنة ١٩٥١ (بمقدار ٢٫٥٥١٨٧ جرام) .

(جلسة ١٩٦٧/٤/٢٧ الطعن ٣٦٦ لسنة ٣٣ ق س ١٨ ص ٩٠٧)

(جلسة ١٩٥٤/١٢/٩ الطعن ٢٤١ لسنة ٢١ ق)

على مرحلتين : (المرحلة الأولى) فى ظل المرسوم (القانون) الصادر فى ١٢ أغسطس سنة ١٩١٤ ، وقد قضى بأن يكون للعملة الورقية التى يصدرها البنك الأهلى قيمة الذهب (السعر القانونى) ، وبأن البنك لا يجبر على إبدال الورق بالذهب (السعر الإلزامى) ، وبأن ما يدفع من هذه الأوراق يكون دفعاً صحيحاً مبرئاً للذمة كما لو كان الدفع حاصلا بالذهب، ولو وجد اتفاق يخالف ذلك . وبالرغم من صراحة هذا النص انقسم القضاء المصرى فى شأن شرط الذهب ، فبعض الأحكام قضى ببطلانه ، وبعضها قضى بصحته ، وبعضها جرى على نهج القضاء الفرنسى فميز بين المعاملات الداخلية حيث يكون الشرط باطلا والمعاملات الخارجية حيث يكون الشرط صحيحاً [١] . (المرحلة الثانية) فى ظل المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ ، وقد صرح بأن شرط الذهب باطل فى المعاملات الخارجية بطلانه فى المعاملات الداخلية ، فنص على أن «تبطل شروط الدفع ذهباً فى العقود التى يكون الالتزام بالوفاء فيها ذا صبغة دولية ، والتى تكون قد قومت بالجنيهات المصرية أو الاسترلينية أو بنقد أجنبى آخر كان متداولا فى مصر (الفرنك والجنيه التركى) ، ولا يترتب عليها أى أثر» . ومنذ صدور هذا القانون استقر قضاء المحاكم المصرية على بطلان شرط الذهب فى المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية على السواء[٢] (1) .

---

(١) انظر الأحكام المشار إليها فى الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٦ ص ٣٩٣ هامش رقم ١ .

(٢) إنظر الأحكام المشار إليها فى الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٦ ص ٣٩٦ هامش رقم ١ . يضاف إليها : استئناف مختلط ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٤٦ – ٣ فبراير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٥٤ – ومع ذلك قارن : استئناف مختلط ٢ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٥ – ٦ مارس سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٢٧ – وأنظر فى تحديد سعر الصرف فى تاريخ الاستحقاق لا فى تاريخ المطالبة : نقض مدنى ٩ ديسمبر ١٩٤٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣١ ص ٢٤٤ .

وأنظر فى فرنسا التمييز ما بين الشروط التى تمس مركز العملة (clauses à caractère monétaire) كالدفع بالذهب أو بقيمة الذهب أو بعملة أجنبية وهذه باطلة فى المعاملات الداخلية والشروط ذات الصبغة الاقتصادية (clauses à caractère économique) وهذه لا تنم عن عدم الثقة بمركز العملة القومية ، وذلك كالدفع بالبضائع (clauses de paiement en marchandises) أو بقيمة البضائع (clauses de paiement valeur-archandise) أو الدفع بمعدل متحرك (clauses d'échelle mobile) ، ومن ثم تكون هذه الشروط صحيحة بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٦٦ – فقرة ١١٨٥ – بيدان ولا جارد ٩٨ فقرة ٥٠٣ – فقرة ٥٢٢ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٥٩٩ – فقرة ١٦٣١ – كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ٤٨٤ – قرة ٤٩٤ – جوسران ٢ فقرة ٨٥٦ – فقرة ٨٦٠ مكررة – وأنظر فى بلجيكا : دى باج ٣ فقرة ٤٦٢ – فقرة ٤٦٩ .

(1) اذا كان الاتفاق قد تضمن تحويل الشركة الطاعنة إلى المطعون ضده قيمة ثمن السكر التالف الذى بيع فى جده وذلك بعد موافقة رقابة النقد وكان هذا الاتفاق قد تم فى مصر وتضمن تعهدا مقوما =

٤٤٨ – الشئ المستحق عمل أو امتناع عن عمل – احالة : فإذا كان محل الوفاء عملا، فقد رأينا فى الجزء الثانى من الوسيط أن الالتزام بعمل ينقسم أقساماً ثلاثة : (١) التزاماً ببذل عناية (٢) والتزاماً بتسلم شئ (٣) والتزاماً بانجاز عمل معين . وقد استعرضنا هناك كلا من هذه الأقسام الثلاثة ، ورأينا كيف يقوم المدين بتنفيذ التزامه فى كل منها ، فنكتفى هنا بالإحالة على ذلك [١] .

كذلك إذا كان محل الوفاء امتناعاً عن عمل ، رأينا فى الجزء الثانى من الوسيط كيف يفى المدين بالتزامه، فهو قائم بتنفيذه تنفيذاً عينياً ما دام ممتنعاً عن العمل الذى التزم بالامتناع عنه . فاذا أتى العمل الممنوع ، أصبح التنفيذ العينى مستحيلا، ولا يكون هناك مجال إلا للتعويض . ونكتفى هنا أيضاً بالإحالة على ما سبق أن ذكرناه فى هذا الصدد [٢] .

المطلب الثانى
الوفاء بكل الشئ المستحق
عدم جواز تجزئة الوفاء

٤٤٩ – النصوص القانونية : تنص المادة ٣٤٢ من التقنين المدنى على ما يأتى :

«١ – لا يجوز للمدين أن يجبر الدائن على أن يقبل وفاء جزئياً لحقه ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك» .

«٢ – فاذا كان الدين متنازعاً فى جزء منه وقبل الدائن أن يستوفى الجزء المعترف به ،

= بعملة أجنبية مما حظرته المادة الأولى من القانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٤٨ بتنظيم الرقابة على عمليات النقد فى مصر المعدل بالقانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٥٠ ، فان الاتفاق المشار إليه يكون باطلا لمخالفته نصا آمرا متعلقا بالنظام العام ومن ثم فان الحكم المطعون فيه إذ لم يعتد بهذا الاتفاق لعدم تقديم الدليل على موافقة رقابة النقد ولم يخصم قيمة لمن السكر التالف المشار إليه من قيمة التعويض المقضى به يكون قد التزم صحيح القانون .

(جلسة ١٩٧٦/١١/٢٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ ص ١٦٩٨).

(١) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٢٤ – فقرة ٤٣٧ .

(٢) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٣٨ – فقرة ٤٤٠ .

فليس للمدين أن يرفض الوفاء بهذا الجزء»[1] .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٢٣١/١٦٨ [2].

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٤٠ – وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٢٩ – وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٩٢ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣٠٠ [3].

ويخلص من هذا النص أن القاعدة هى عدم جواز تجزئة الوفاء ، ويرد على هذه القاعدة استثناءات بعضها يرجع إلى الاتفاق وبعضها يرجع إلى أحكام القانون .

٤٥٠ – القاعدة – عدم جواز تجزئة الوفاء : لما كان الوفاء يجب أن يكون بنفس الشئ المستحق ، وجب تبعاً لذلك أن يكون بكل الشئ المستحق .

فلا يصح ، من جهة ، أن يجبر المدين الدائن على أن يقبل استيفاء جزء من الدين ، إذا كان كل الدين حالا واجب الأداء . ولا يصح ، من جهة أخرى ، أن يجبر الدائن المدين على الوفاء بجزء من الدين واستبقاء الجزء الآخر فى ذمته . كل هذا حتى لو كان الدين نفسه قابلا للتجزئة [I] ، فان الدين فيما بين الدائن والمدين يصبح غير قابل للتجزئة ولو كانت

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٤٧٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، فيما عدا بعض فروق لفظية طفيفة . وفى لجنة المراجعة أزيلت هذه الفروق ، وأصبحت المادة رقمها ٣٥٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٤٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١٣ – ص ٢١٦) .

(٢) **التقنين المدنى السابق** : م ٢٣١/١٦٨ : يجب أن يكون الوفاء .... وألا يكون ببعض المستحق ... (وتتفق الأحكام فى التقنينين السابق والجديد) .

(٣) **التقنينات المدنية العربية الأخرى** :

التقنين المدنى السورى : م ٣٤٠ (مطابقة للمادة ٣٤٢ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى : م ٣٢٩ (مطابقة للمادة ٣٤٢ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى : م ٣٩٢ : إذا كان الدين حالا ، فليس للمدين أن يجبر دائنه على قبول بعضه دون البعض ، ولو كان قابلا للتبعيض .

(والحكم متفق مع حكم التقنين المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٣٠٠ : لا يجوز للمدين أجبار الدائن على قبول الإيفاء مجزءاً وإن كان الموجب قابلاً للتجزئة، لأن الإيفاء بهذا المعنى لا يتجزأ – ويجوز مخالفة هذه القاعدة بإجراء أحكام المقاصة أو باستعمال حق التجزئة فيما يختص بالكفلاء . (والحكم متفق مع حكم التقنين المصرى) .

(I) وان كانت المادة ٢/٣٤٢ من القانون المدنى تقضى على أنه ليس للمدين أن يرفض الوفاء بالجزء =

طبيعته تقبل التجزئة[1] .

وغنى عن البيان أن عدم جواز تجزئة الوفاء لا ينطبق إلا على الدين الواحد . فاذا تعددت الديون ، وحلت جميعها ، فليس للدائن أن يمتنع عن استيفاء أى من هذه الديون إذا أراد المدين الوفاء به ، بدعوى أن المدين لا يفى بالديون جميعاً فهو يجزئ الوفاء ، إذ أن المدين لا يجزئ الوفاء فى الدين الواحد .

وعلى الدائن فى هذه الحالة أن يقبل استيفاء الديون التى يعرضها المدين ، ثم يجبر المدين بعد ذلك على الوفاء بالديون التى لم يف بها [2] .

٤٥١ – الاستثناءات – جواز تجزئة الوفاء : وتقضى الفقرة الأولى من المادة ٣٤٢ مدنى، فيما رأينا ، بجواز الخروج على قاعدة عدم جواز تجزئة الوفاء ، إما بحكم الاتفاق وأما بحكم القانون :

(١) فقد يتفق الدائن والمدين على تجزئة الوفاء ، فتجوز التجزئة عند ذلك نزولا على اتفاقهما ، لأن قاعدة عدم التجزئة ليست من النظام العام .

وقد يكون هذا الاتفاق سابقاً على الوفاء . ويكون صريحاً أو ضمنيا، ويعتبر اتفاقاً ضمنياً على تجزئة الوفاء أن يتفق الطرفان على أن يكون وفاء الدين فى مكانين مختلفين، فى القاهرة وفى الاسكندرية مثلا ، فيخلص من ذلك حتما أن الطرفين اتفقا على تجزئة الدين إلى جزئين أحدهما يدفع فى القاهرة والآخر فى الإسكندرية ، وإذا لم يعينا مقدار كل جزء كان الجزءان متساويين [3] .

= المعترف به من الدين إذا قبل الدائن استيفاءه إلا أن المادة ٣٤٩ من ذات القانون تخوله اذا وفى الدين كل حق المطالبة برد سند الدين أو الغائه ، فإذا رفض الدائن ذلك جاز له أن يودع الشئ المستحق ايداعاً قضائياً .

(جلسة ١٩٧٢/٢/٧ الطعن ٩٤ لسنة ٣٧ ق السنة ٢٣ ص ٢١١) .

(١) ولو جزأنا الدين ، فيما بين الدائن والمدين ، لأصبح الدين الواحد ديوناً متعددة (لاروميير ٤ م ١٢٤٤ فقرة ١ – ديمولومب ٢٧ فقرة ٢٣٧ – لورانو ١٧ فقرة ٥٦٦ – بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٧٨) – هذا إلى ما فى التجزئة من ضرر يصيب الدائن ، فإنه إذا استوفى حقه كاملاً مرة واحدة استطاع أن يستثمره استثماراً أكمل مما لو استوفاه مجزءاً (بوتييه فى الالتزامات فقرة ٥٣٤ – بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٧٨) .

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٧٨ مكررة ثانيا – ويترتب على ذلك أنه إذا كان المستحق عدة أشياء ، فمن المهم معرفة ما إذا كان الدين واحداً فلا يتجزأ الوفاء به ، أو أن هناك ديوناً متعددة لا يجوز للدائن أن يمتنع عن استيفاء ما يعرض المدين الوفاء به منها . فإذا كان أحد الأشياء المتعددة هو الشئ الأصلى وكان الباقى تبعاً له ، كرأس المال والفوائد والمصروفات، فإن الدين يكون واحداً لا تجوز تجزئته عند الوفاء . أما إذا كانت الاشياء المتعددة كلها أصلية ، كأقساط تستحق تباعاً أو أجرة تحل مدة بعد مدة ، فهذه ديون متعددة كل منها يجوز الوفاء به على حدة (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٦٣ ص ٥٦٥) .

(٣) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٧٩ .

وقد يكون الاتفاق واقعاً وقت الوفاء نفسه دون أن يكون هناك اتفاق سابق، فإذا وفى المدين بعد حلول الدين الدائن بجزء منه ، وقبل الدائن هذا الوفاء الجزئى ، صح ذلك ، ويكون هناك اتفاق على تجزئة الوفاء وقع عند الوفاء نفسه .

(٢) وقد يقضى القانون بجواز تجزئة الوفاء ، مما فعل فى المقاصة . فإنه إذا توافرت شروطها، سقط الدينان بقدر الأقل منهما . ومعنى ذلك أن الدين الأكبر ، الذى لم يسقط إلا جزء منه فى مقابلة الدين الأصغر ، يكون قد وفى وفاء جزئياً على هذا النحو (انظر م ٢/٣٦٥ مدنى) .

(٣) وقد يقضى القانون أيضاً بجواز تجزئة الوفاء ، كما فعل فى الدفع بالتقسيم فيما بين الكفلاء . فإنه إذا تعدد الكفلاء بعقد واحد فى الدين الواحد ، ولم يكونوا متضامنين، قسم الدين بينهم ، ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بجزء من الدين هو نصيبه فيه، وفى هذا إجبار للدائن على الوفاء الجزئى . وقد نصت المادة ٧٩٢ مدنى فى هذا المعنى على ما يأتى : «١ – إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد وكانوا غير متضامنين فيما بينهم، قسم الدين عليهم ، ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه فى الكفالة . ٢ – أما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية ، فان كل واحد منهم يكون مسئولا عن الدين كله ، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم » .

(٤) وقد يقضى القانون أيضاً بجواز تجزئة الوفاء ، كما فعل فى نظرة الميسرة عندما أجاز للقاضى أن يقسط الدين على المدين إلى آجال معقولة (م ٢/٣٤٦ مدنى) . وسنتناول هذه المسألة تفصيلا عند الكلام فى زمان الوفاء [١] .

(٥) وقد يقضى القانون أيضاً بجواز تجزئة الوفاء ، كما فعل فى الفقرة الثانية من المادة ٣٤٢ مدنى فيما رأينا . فان هذه الفقرة تقضى بأنه « إذا كان الدين متنازعاً فى جزء منه وقبل الدائن أن يستوفى الجزء المعترف به ، فليس للمدين أن يرفض الوفاء بهذا الجزء» . ذلك أنه كما لا يستطيع المدين أن يجبر الدائن على قبول وفاء جزئى ، كذلك لا يستطيع الدائن، كما قدمنا ، أن يجبر المدين على هذا الوفاء . ومع ذلك إذا كان الدين متنازعاً فى جزء منه، فالدائن يدعى أنه مائة ويدعى المدين أنه خمسون ، فللدائن أن يجبر المدين على الوفاء بالخمسين وهو الجزء الذى يعترف به ، على أن يحسم النزاع بعد ذلك فى الجزء الباقى المتنازع عليه . وليس للمدين أن يرفض هذا الوفاء الجزئى ، ويأبى أن يدفع شيئاً حتى يحسم

---

(١) وقد يقضى القانون بتجزئة الوفاء فى حالة ما إذا مات الدائن وانقسم حقه على ورثته، فكل وارث يستوفي جزءاً من الدين هو حصته فيه (انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١٤ – ص ٢١٥) .

النزاع فى الجزء المتنازع عليه ، أو يأبى أن يدفع الخسمين إلا بعد أن يقرّ له الدائن أن هذا هو كل الدين [1] .

المطلب الثالث

تعيين جهة الدفع عند تعدد الديون

٤٥٢ – النصوص القانونية : تنص المادة ٣٤٤ من التقنين المدنى على ما يأتى :

«إذا تعددت الديون فى ذمة المدين ، وكانت لدائن واحد ومن جنس واحد ، وكان ما أداه المدين لا يفى بهذه الديون جميعاً ، جاز للمدين عند الوفاء أن يعين الدين الذى يريد الوفاء به ، ما لم يوجد مانع قانونى أو اتفاقى يحول دون هذا التعيين» .

وتنص المادة ٣٤٥ على ما يأتى :

إذا لم يعين الدين على الوجه المبين فى المادة السابقة ، كان الخصم من حساب الدين الذى حل ، فاذا تعددت الديون الحالة فمن حساب أشدها كلفة على المدين ، فاذا تساوت الديون فى الكلفة فمن حساب الدين الذى يعينه الدائن» [2] .

---

(١) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «وقد يتصور إعمال قاعدة عدم تجزئة الوفاء إعمالا عكسياً لمصلحة المدين ، فيكون له أن يصر على أداء الدين بأسره ، ولو قبل الدائن الاقتصار على استيفاء جزء منه . أما إذا كان الدين متنازعاً فيه ، وأقر المدين بجزء منه ، فليس له أن يمتنع عن الوفاء بهذا الجزء متى طالب به الدائن ، بدعوى التريث حتى يحسم النزاع فى الجزء الأخر ويتيسر له قضاء حق الدائن كاملا : انظر فى هذا المعنى م **١١٦٩** من التقنين الأسبانى، والمادة ٧٢٢ من التقنين البرتغالى ، والمادة ٧٧٧ من التقنين الأرجنتينى ، والمادة ٢/٦٩ من تقنين الالتزامات السويسرى» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١٥) .

(٢) **تاريخ النصوص** :

م **٣٤٤** : ورد هذا النص فى المادة ٤٨١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد وذلك فى الفقرة الأولى من المادة ٤٨١ من المشروع. وكانت هذه المادة تتضمن فقرة ثانية نصها ما يأتى : «فإذا لم يعين المدين الدين، خصم ما أداه من حساب الدين الذى يعينه الدائن فى المخالصة، إلا إذا اعترض المدين فوراً على هذا التعيين أو كان التعيين قد صدر عن غش أو عن مباغته من الدائن» . وقد وافقت لجنة المراجعة على المادة بفقرتيها تحت رقم ٣٥٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت الفقرة الثانية «لأنها تتناول مسألة تفصيلية وتقرر حلا لم تر اللجنة الأخذ به ، بل آثرت ترك الأمر للقواعد العامة ، لا سيما أن المادة التالية وضعت من القواعد ما يكفى فى هذا الشأن» ، وأصبح النص مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . =

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المادة ٢٣٥/١٧٢ (١).

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادتين ٣٤٢-٣٤٣ - وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٣٣١ - ٣٣٢ - وفى التقنين المدنى العراقى المادة ١/٣٩٣ - وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٣٠٧ - ٣٠٩ (٢).

= ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته تحت رقم ٣٤٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١٩ - ٢١١).

م **٣٤٥** : ورد هذا النص فى المادة ٤٨٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «فإذا لم يعين الدائن أو المدين الدين تعييناً صحيحاً ، كان الخصم من حساب الدين الذى حل، فإذا تعددت الديون الحالة فمن حساب أشدها كلفة على المدين ، فإذا تساوت الديون فى الكلفة فمن هذه الديون جميعاً بنسبة كل منها» . ووافقت لجنة المراجعة على المادة تحت رقم ٣٥٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ قام نقاش حول حكم العبارة الأخيرة وهى : «فإذا تساوت الديون فى الكلفة فمن هذه الديون جميعاً بنسبة كل منها» ، فى الاعتراض عليها أنه لا يجرى فى العمل عند الوفاء أن يحصل الخصم من جملة الديون بنسبة كل منها ، فمن المصلحة إثبات الحكم القانونى عندما تتساوى أعباء دينين إذ قد يكون أحدهما وشيك السقوط بمضى المدة ولا يتبين أى الدينين قد وفى . ورأت اللجنة أن أمامها حلولا ثلاثة : (١) أما أن تحذف عبارة «فإذا تساوت الديون فى الكلفة فمن هذه الديون جميعاً بنسبة كل منها» ، فإذا حصل إشكال فأمر ذلك يكون محل تقدير القاضى . (٢) وأما أن تعدل هذه الفقرة فتكون : «فإذا تساوت الديون فى الكلفة فمن حساب الدين الذى يعينه الدائن» . (٣) وأما أن تنص على أن الوفاء يكون للدين المتأخر. وبعد مناقشة هذه الحلول رأت أغلبية اللجنة الأخذ بالحل الثانى . وفى هذه الحدود حصر النص ما يبقى للدائن من خيار ، وهو بعد صاحب المصلحة فى الاستيفاء . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته تحت رقم ٣٤٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١١ - ص ٢٢٤).

(١) **التقنين المدنى السابق** : م ٢٣٥/١٧٢ : تستنزل المدفوعات فى حالة تعدد الديون من الدين الذى عينه المدين ، وإن لم يعين استنزلت من الدين له زيادة منفعة فى وفائه . (والحكم واحد فى التقنينين السابق والجديد ، فيما عدا أن التقنين الجديد أضاف أنه إذا تساوت الديون فى الكلفة فالمدفوع يكون من حساب الدين الذى يعينه الدائن . ويعمل بهذه الإضافة من وقت نفاذ التقنين الجديد - أى من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ - والعبرة بوقت الدفع ، فإن كان قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فالتقنين القديم هو الذى يسرى، وإلا فالتقنين الجديد) .

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى** :

التقنين المدنى السورى : م ٣٤٢ - ٣٤٣ (مطابقتان للمادتين ٣٤٤ - ٣٤٥ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى : م ٣٣١ - ٣٣٢ (مطابقتان للمادتين ٣٤٤ - ٣٤٥ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى : م ١/٣٩٣ : إذا دفع المدين أحد دينين واجبين فى ذمته ، وكان أحدهما . =

ويخلص من هذه النصوص أن الحاجة إلى تعيين الدين المدفوع أو إلى تعيين جهه الدفع إنما تقوم إذا كان على المدين ديون متعددة لدائن واحد ، وكانت هذه الديون جميعاً من جنس واحد [1] ، وكانت هذه الديون جميعا من جنس واحد ، وكان المبلغ المدفوع لا يفى بجميع الديون . فيجب عند ذلك أن يتعين أى من هذه الديون المتعددة تم وفاؤه بالمبلغ المدفوع [1] .

= مطلقاً والآخر مشمولا بكفالة أو برهن ، أو كان أحدهما قرضاً والآخر ثمن مبيع، أو كان أحدهما مشتركاً والآخر خاصاً ، أو كان الدينان متباينين بوجه من الوجوه، واختلف الطرفان فى وجهة الدين ، يعتبر قول المدين فى تعيين جهة الدفع . (وهذا الحكم يتفق فى مجموعه مع حكم التقنين المصرى : أنظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العرقى فقرة ٢٩٥ – فقرة ٢٩٦) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : م ٣٠٧ : إذا كان على المديون الواحد عدة ديون لدائن واحد، فللمديون أن يصرح عند الإيفاء بالدين الذى يريد إيفاءه – وإذا لم يصرح، فالخيار للدائن بشرط أن يعمد إليه بلا تأخير فى سند الإيصال نفسه ، ما لم يعترض عليه المديون ، (وهذا النص يتفق فى حكمه مع نص التقنين المصرى فى مشروعه التمهيدى) .

م ٣٠٨ : لخيار المديون بعض القيود : فهو إذا لم يتفق مع الدائن لا يمكنه عند الإيفاء الجزئى أن يجعل هذا الإيفاء لرأس المال قبل أن يوفى الفوائد، ولا أن يفضل إيفاء دين غير مستحق الأداء على دين مستحق . (ويتفق هذا الحكم مع حكم التقنين المصرى) .

م ٣٠٩ : إذا يكن هناك تخصص صريح من قبل أحد المتعاقدين وجب أن يعد الإيفاء مختصاً بالدين المستحق الأداء لا بالدين الذى لم يحل أجله ، وإذا وجدت عدة ديون مستحقة الأداء فيخصص الإيفاء بالدين الذى يكون من مصلحة المديون أن يوفيه قبل غيره، وإلا فبالدين الذى يكون أثقل عبئاً من سواه . وعند انتفاء كل سبب آخر للتقدير يشمل الإيفاء الديون على اختلافها بنسبة مقاديرها .

(ويتفق هذا الحكم مع حكم التقنين المصرى فى مشروعه التمهيدى) .

(١) فلابد من سبق وجود الدين (استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٢٠) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الأحكام الخاصة باستنزال الديون لا تسرى إلا فى حالة تعدد الديون التى تكون مستحقة لدائن واحد . أما إذا تزاحم دائنون متعددون على مبلغ واحد قبل أن يحصل عليه أحدهم فعلا ، فالأمر فى ذلك .. يخضع لأحكام التوزيع بين الدائنين أو قسمة الغرماء (نقض مدنى ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١١٧ ص ٣٣٣) .

(1) أ – مفاد نص المادة ٣٤٤ من القانون المدنى أنه فى حالة تعدد الديون من جنس واحد فى ذمة المدين لدائن واحد ، واراد المدين أن يوفى باحد هذه الديون وجب عليه أن يعين وقت السداد الذى يريد الوفاء به .

(جلسة ١٩٧٨/٢/٢٧ الطعن ٤٤٤ لسنة ٤٤ ق السنة ٢٩ ص ١٧٦٦)

(جلسة ١٩٧٦/١/٢٠ الطعن ١٥١ لسنة ٤٠ ق السنة ٢٧ ص ٢٤٥)

ب – المستفاد من المادتين ٣٤٤ ، ٣٤٥ من القانون المدنى أن تعيين الدين المدفوع انما يقوم إذا كان على المدين ديون متعددة لدائن واحد وكانت جميعها من جنس واحد .

(جلسة ١٩٧٠/٤/٢٣ الطعن ٨٥ لسنة ٣٦ ق السنة ٢١ ص ٧٠٢)

(جلسة ١٩٥٦/٣/٢٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٧ ص ٤٤٠) .

وظاهر من النصوص المتقدمة الذكر أن تعيين الدين المدفوع يوكل أولا للمدين ، ثم للقانون وقد وضع لتعيينه قاعدة الدين الحال الأشد كلفة ، ثم للدائن [١] .

٤٥٣ – تعيين الدين المدفوع بواسطة المدين : لما كان المدين يملك أن يجبر الدائن على استيفاء الدين ما دام الوفاء صحيحا ، فانه إذا تعددت الديون ، ووفى المدين بعضاً منها ، ملك بطبيعة الحال أن يعين أياً من هذه الديون هو المدفوع . ذلك أن الدين الذى يعينه يملك كما قدمنا أن يجبر الدائن على استيفائه ، فيملك أن يعين أنه هو الدين المدفوع [٢] .

فالمدين إذن هو الذى يعين الدين المدفوع عن الوفاء ، وكلمته هى العليا فى هذا التعيين [٣] . ولكن ذلك مقيد أن يكون التعيين حاصلا وقت الدفع ، وبألا يكون هناك مانع اتفاقى أو قانونى يحول دون هذا التعيين كما تقول العبارة الأخيرة من المادة ٣٤٤ . ويقوم المانع الاتفاقى إذا كان ، عند الدفع ، اتفق الدائن والمدين على أن المدفوع هو دين معين ، فلا يملك أى من المدين ولا الدائن ، بارادته المنفردة ، أن يعين ديناً اخر [٤] . وكذلك يقوم المانع الاتفاقى إذا كان المدين والدائن قد اتفقا مقدماً قبل الوفاء على ترتيب الديون فى الدفع ، فيجب حينئذ على المدين أن يسير فى دفع ديونه على هذا الترتيب ، ولا يملك عند الوفاء أن يعين ديناً غير الدين الواجب الدفع وفقاً للترتيب المتفق عليه [٥] .

أما المانع القانونى فيقوم فى الأحوال الآتية [٦] : (١) لا يجوز للمدين أن يعين جهة الدفع ديناً لم يحل أجله إذا كان الأجل لمصلحة الدائن ، فان الدائن لا يجبر فى هذه

---

(١) ولا يجوز أن يترك التعيين لمحض تحكم أحد الطرفين بحسب الظروف (استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٢٠) .

(٢) استئناف مختلط ٥ يونيه سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٨٣ .

(٣) وكالمدين فى تعيين جهة الدفع الكفيل (استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٤٥) .

(٤) استئناف وطنى ٢٤ نوفمبر سنة ١٨٩٤ القضاء ١ ص ٢٣٣ – استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٣٣ .

(٥) استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٥٨ – ويجوز للطرفين ، بعد أن اتفقا على تعيين جهة الدفع ، أن يغيرا هذا التعيين باتفاق جديد فيعينا ديناً آخر جهة للدفع ، على ألا يكون فى ذلك إضرار بالغير . فإذا كان الدين الذى تم الاتفاق عليه أولا مضموناً بكفيل شخص أو عينى ، وانقضت الكفالة بتعيين هذا الدين جهة للدفع ، لم يجز للطرفين باتفاق جديد أن يعينا دينا أخر جهة للدفع ، لأن ذلك يترتب عليه إحياء الدين الأول ورجوع الكفالة من جديد فيتضرر الكفيل (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢٠ ص ٢٦١) .

(٦) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١٩ .

الحالة على استيفاء الدين ما دام الأجل لمصلحته ولم يقبل النزول عنه . (٢) ولا يجوز للمدين أن يعين جهة الدفع ديناً أكبر قيمة من المبلغ المدفوع ، لأنه يكون فى هذه الحالة قد أجبر الدائن على قبول وفاء جزئى ، والدائن لا يجبر كما قدمنا على قبول الوفاء الجزئى . (٣) ولا يجوز أخيراً ، إذا كان الدين المدفوع يشتمل على فوائد ومصروفات، أن يجعل المدين المبلغ المدفوع من أصل الدين أولا قبل المصروفات والفوائد ، فسنرى أن الواجب قانوناً فى هذه الحالة أن يستنزل المبلغ المدفوع أولا من المصروفات ثم من الفوائد ثم من أصل الدين [١] .

فاذا لم يوجد مانع اتفاقى أو قانونى ، كان المدين حراً فى تعيين الدين المدفوع . فله أن يصرح وقت الوفاء أن الدين الذى يدفعه هو الدين الذى ينتج فوائد دون الدين الذى لا ينتج فوائد طبقاً لمصلحته ، أو أنه الدين المضمون برهن أو كفالة دون الدين غير المضمون. وقد يعين الدين الذى لا ينتج فوائد إذا قدر أن مصلحته فى ذلك ، بأن يكون هذا الدين مثلا مضموناً برهن أو كفالة ، أو بأن تكون مدة التقادم فيه مدة أطول من المدة التى يتقادم بها دين آخر . وقد يعين ديناً ينتج فوائد دون دين مضمون برهن أو كفيل . ونرى من ذلك أن المدين ، فى تعيينه الدين المدفوع ، ليس مقيداً بمراعاة مصلحة الغير ، فليس عليه أن يقدم فى الدفع ديناً يشترك معه فيه مدينون متضامنون ، أو ديناً غير قابل للتجزئة ، أو ديناً له فيه كفيل [٢] . فمصلحته ، لا مصلحة الغير ، هى التى يرعاها ، وله أن يقدم فى الدفع على هذه الديون جميعاً ديناً ينتج فوائد إذ هو أثقل عبئاً عليه [٣] .

٤٥٤ – تعيين الدين المدفوع بواسطة القانون : فاذا لم يعين المدين وقت الدفع أى دين هو الدين المدفوع ، فقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يكل التعيين إلى

---

(١) استئناف مختلط ٢٨ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣١٩ .

(٢) استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٨٤ – ٢٦ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٤٥ – ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٦٨ – ١٠ فبراير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٠٦ .

(٣) وكل هذا مقيد بالا يتعسف فى استعمال حقه فى تعيين الدين المدفوع إضراراً بحقوق الغير ، ككفيل شخصى أو عينى (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٠٣ ص ٦١٠).

وقد قدمنا أن المدين يجب أن يعين جهة الدفع عند الوفاء لا بعده ، وإلا كانت جهة الدفع هى التى يعينها القانون ، أى الدين الحال الأشد كلفة على المدين (استئناف مختلط ١١ يونيه سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٧٨ – ٨ مايو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣٦٢).

ومتى عين جهة الدفع ، فلا يجوز له أن يعدل عن هذا التعيين ليعين جهة أخرى دون رضاء الدائن أو إضرارا بحقوق الغير (استئناف مختلفط ١٤ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٩٧) .

الدائن بشروط معينة [1]، ولكن عدل ذلك فى لجنة مجلس الشيوخ ، ووكل التعيين إلى القانون ، ما دام المدين وقت الدفع لم يعين بنفسه الدين المدفوع ، وعلى هذا سار التقنين الجديد .

وقد وضع هذا التقنين قاعدة لتعيين الدين المدفوع فى هذه الحالة ، فقرر فى المادة ٣٤٥ أنه إذا لم يعين المدين الدين المدفوع ، كان الخصم من حساب الدين الذى حل، فاذا تعددت الديون الحالة فمن حساب أشدها كلفة على المدين [2].

ونرى من ذلك أن الديون المتعددة إذا كان بعضها قد حل وبعضها لم يحل، فإن القانون يفترض ، متمشياً فى ذلك مع الإرادة الضمنية لكل من الدائن والمدين ، أن الدين المدفوع هو الدين الذى حل أجله لا الدين الذى لم يحل [3] ، سواء فى ذلك كان الأجل لمصلحة الدائن أو لمصلحة المدين أو لمصلحتهما معاً . والقانون لا يشترط فى تأخير الدين المؤجل أن

---

(١) وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٤٨١ من المشروع التمهيدى كانت تنص على ما يأتى : «فإذا لم يعين المدين الدين ، خصم ما أداه من حساب الدين الذى يعينه الدائن فى المخالصة ، إلا إذا اعترض المدين فوراً على هذا التعيين ، أو كان التعيين قد صدر عن غش أو مباغته من الدائن» (انظر تاريخ نص المادة ٣٤٤ مدنى آنفاً فقرة ٤٥٢ فى الهامش). وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص هذه الفقرة الملغاة ما يأتى : «فإذا لم يعين المدين الدين الذى يريد قضاءه ، كان للدائن نفسه أن يتولى التعيين فى المخالصة مثلا ، إلا أن هذا التعيين لا يقيد المدين إلا إذا سكت عن الاعتراض عليه . بيد أنه يتعين على الدائن ألا يتوسل بالتدليس أو المباغتة لابتعاث هذا السكوت ، أو القبول الضمنى بعبارة أخرى — ويتضح من ذلك أن تعيين المدين يعتبر من قبيل ما ينعقد من التصرفات بارادة منفردة ، فى حين أن تعيين الدائن تعاقد لا يتم إلا بتلاقى إرادتين» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١٩ — ص ٢٢٠) .

وهذه الفقرة الملغاة كانت تتضمن الحكم الذى تضمنته المادة ١٢٥٥ من التقنين المدنى الفرنسى (انظر فى تفسير هذه المادة فى التقنين الفرنسى : بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٨٤ — فقرة ١٥٨٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٠٤) .

(٢) استئناف وطنى ٢٣ فبراير سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ٢٤٩ — ٢٥ فبراير سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ١٠٦ — استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٥٨.

(٣) استئناف مختلط ١٥ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٧٦ — ذلك أن المفروض هو أن المدين أراد الوفاء بالدين الحال فهو الذى يستطيع الدائن أن يطالبه به ، والمفروض كذلك أن الدائن أراد استيفاء الدين الحال فهو الذى يستطيع إجبار المدين على دفعه. ومن ثم لا يصح أن تكون جهة الدفع التزاما طبيعياً ، لأن الالتزام الطبيعى لا يمكن إجبار المدين على دفعه . كذلك تكون جهة الدفع هى الدين الحال حتى لو كان هذا الدين لا ينتج فوائد وكان الدين غير الحال هو الذى ينتجها ، ولا عبرة هنا بمصلحة المدين أو بالدين الأشد كلفة ما دامت جهة الدفع تدور بين دين حال ودين غير حال (ديمولومب ٢٧ فقرة ٤٦ — هيك ٨ فقرة ٨٤ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٨٩).

يكون الأجل لمصلحة الدائن إلا فى حالة ما إذا تولى المدين وقت الوفاء تعيين الدين المدفوع، فقد رأينا أنه لا يستطيع أن يعين ديناً لم يحل أجله إذا كان الأجل لمصلحة الدائن .

فاذا تعددت الديون الحالة [1] ، افترض القانون ان المدين ، وهو الذى يملك فى الأصل تعيين الدين المدفوع ، قد دفع الدين الأشد كلفة عليه لأن هذه هى مصلحته . ومعرفة أى الديون أشد كلفة على المدين مسألة واقع تقدرها محكمة الموضوع بلا معقب عليها من محكمة النقض [2] . والواضح أن الدين الذى ينتج فائدة هو أشد كلفة على المدين من الدين الذى لا ينتج فائدة . وبين الديون التى تنتج فوائد أشدها كلفة الدين المضمون بكفيل أو برهن أو بأى تأمين آخر ، لأن المدين إذا وفى هذا الدين لم يقتصر على إبراء ذمته نحو الدائن، بل هو يبرئ ذمته فى الوقت ذاته نحو الكفيل أو هو يفك الرهن أو يزيل التأمين [3] .

---

(١) أو كانت الديون كلها لم تحل ، وعندئذ لا مجال لتقديم دين حال ، وإنما يقدم الدين الأشد كلفة على المدين ، لا الدين الذى يحل أولا ، لأن هذه هى مصلحة المدين فتنصرف إليها إرادة المدين المفترضة (بوردى وبارد ٢ فقرة ١٥٩٠ مكررة ثانياً) .

(٢) بوردى وبارد ٢ فقرة ١٥٩٠ مكررة أولا .

(٣) استئناف مختلط ١٤ يونيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٢٩ – ١٣ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٩١ – وانظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢٢ . أما إذا كان الدين مضموناً فى جزء منه دون الجزء الأخر، فإن جهة الدفع تنصرف إلى الجزء غير المضمون . ذلك أن الدائن ما كان ليقبل الوفاء الجزئى، وهو لا يجبر عليه ، لو أن الوفاء وقع على الجزء المضمون . فهو إذا قبل هذا الوفاء الجزئى ، فلأنه يستوفى به الجزء غير المضمون من الدين ، مستبقياً الجزء المضمون إذ هو موثق بالضمان (انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٠٦ – بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٥٣٣ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٥٩٠) . وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وقد يقع أن يكون شق من الدين مضموناً بتأمين خاص ، وفى هذه الحالة يخصم ما يؤدى من حساب هذا الشق أو من حساب الشق المضمون وفقاً لنية المتعاقدين . فإذا لم تكن ثمة نية صريحة أو ضمنية، فالمفروض أن الدائن لا يقبل الوفاء الجزء إلا على أن يخصم من حساب الشق غير المضمون . وقد أقر تقنين الالتزامات السويسرى هذا الحكم ، فنص فى الفقرة الثانية من المادة ٨٥ على أنه : «إذا كان الدائن قد حصل على كفالة أو رهن أو أى تأمين آخر لضمان شق من الدين ، فليس للمدين أن يخصم الوفاء الجزئى من حساب الشق المضمون من هذا الدين أو من حساب الشق الأوفى ضماناً منه» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١٧) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان الدين مكفولا فى جزء منه ، فإن جهة الدفع فى الوفاء الجزئى انما تنصرف إلى الجزء غير المكفول (استئناف مختلط ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٥٧) . على أن هذا الحكم مقصور على ما إذا كان الدين مضمونا فى جزء منه . أما إذا كان هناك دينان مستقلا أحدهما عن الآخر ، وكان دين منهما مضموناً والآخر غير مضمون ، فجهة الدفع تنصرف إلى الدين المضمون ، لأن المدين كان يستطيع إجبار الدائن على استيفاء هذا الدين ، بخلاف الجزء المضمون من الدين فلم يكن المدين يستطيع إجبار الدائن على استيفائه إذ يكون هذا وفاء جزئيا لا يجبر الدائن =

وكذلك الدين المضمون بدعوى فسخ ، كثمن المبيع ، أشد كلفة من الدين المطلق غير المضمون بهذه الدعوى ، كدين قرض غير مضمون بتأمين . والدين الذى لا يتقادم إلا بمدة طويلة أشد كلفة من الدين الذى يتقادم بمدة قصيرة . والدين الثابت فى سند تنفيذى أشد كلفة من الدين الذى ينقصه هذا السند[1] . على أن تقدير أى الديون هو أشد كلفة على المدين يرجع فيه إلى ظروف المدين ذاتها ، ومن ثم يكون الأمر موكولا إلى محكمة الموضوع كما تقدم القول .

٤٥٥ – تعيين الدين المدفوع بواسطة الدائن : فاذا تعددت الديون الحالة ، وتعادلت جميعاً فى عبئها على المدين فلم يمكن استخلاص أيها أشد كلفة عليه ليكون هو الدين المدفوع ، فقد جعل القانون القول فى تعيين الدين المدفوع للدائن ، إذ تقول العبارة الأخيرة من المادة ٣٤٥ مدنى : «فإذا تساوت الديون فى الكلفة فمن حساب الدين الذى يعينه الدائن» . والمفروض فى ذلك أن المدين لم يعين وقت الوفاء الدين المدفوع ، ولم يكن هناك ترتيب متفق عليه بينه وبين الدائن ، وقد تساوت الديون فى الحلول وتعادلت فى العبء على المدين . فوكل القانون للدائن فى هذه الحالة أن يعين الدين المدفوع ، بعد أن تخلى المدين عن هذه المهمة ولم تكن له مصلحة ظاهرة فى أن يعين ديناً دون آخر ، إذ قد يكون للدائن

= على قبوله. وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان هناك دينان مستقلا أحدهما مكفول والآخر غير مكفول ، كان الوفاء للدين المكفول (استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٠٦) . وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الدين المكفول أشد كلفة (٢٨ يناير سنة ١٨٩٧ القضاء ٤ ص ٢٤٩) – وقضت أيضا بأن الدين المضمون بحق اختصاص أشد كلفة (١٣ مارس سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ١٠٦ ص ٢٠٢) .

(١) كذلك الدين المضمون بشرط جزائى أشد كلفة من الدين غير المصحوب بهذا الشرط ، والدين المرفوع به دعوى أشد كلفة من دين لم يطالب به الدائن ، ودين لا نزاع فيه أشد كلفة من دين فيه نزاع (انظر فى هذا كله : استئناف مختلط ٥ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٥ – ٢٦ نفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٣٣ – توليبه ٧ فقرة ١٧٩ – ديرانتون ١٢ فقرة ١٩٩ – لوران ١٧ فقرة ٢-٦ – بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٩٠) – وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢٢ .

ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا كان المدين عليه دينان يتضامن فى أحدهما مع الغير ، فالدين الأشد كلفة هو الدين الآخر ، لأن الدين التضامنى قد لا يقصد هو أولا فى الوفاء به (٢٠ فبراير سنة ٢-١٩ المجموعة الرسمية ٣ رقم ٩٥ ص ٢٥٠) .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا دفع المستأجر بعض الأقساط المتأخرة، فالمفروض أن الدائن لم يقبل الوفاء إلا خصما من الأقساط الأقدم ، ما لم يثبت المدين غير ذلك (١١ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٨٣) .

مصلحة فى استيفاء دين دون آخر . وتعيين الدائن الدين المدفوع لا يكون وقت الوفاء بل يكون بعد ذلك ، فقد قدمنا أن المدين هو الذى يعين الدين المدفوع وقت الوفاء ، فان لم يعينه فى هذا الوقت تكفل القانون بتعيينه وفقاً للقواعد التى أسلفناها . ثم يأتى دور الدائن فى التعيين أخيراً ، أى بعد وقت الوفاء لا فى هذا الوقت .

وقد كان المشروع التمهيدى يجعل الخصم فى الحالة التى نحن بصددها من الديون جميعاً بنسبة كل منها ، وهذا هو الحكم الذى سار عليه التقنين المدنى الفرنسى فى المادة ١٢٥٦ ، ولكن لجنة مجلس الشيوخ عدلت عن هذا الحكم إلى جعل التعيين للدائن (١) .

والتعيين فى هذه الحالة يكون للدائن ، دون اعتبار لقدم الدين أو لحداثته (٢) ، ودون اعتبار لميعاد حلوله ، أما التقنين المدنى الفرنسى (م ١٢٥٦) فيجعل الدين المدفوع هو الدين الأقدم (la dette la plus ancienne) ، أى السابق فى الوجود لا السابق فى الحلول ، فاذا تساوت الديون فى الوجود جعل التقنين المدنى الفرنسى الخصم من الديون جميعاً بنسبة كل منها كما قدمنا (٤) .

---

(١) وقد رأينا أن العبارة الأخيرة من المادة ٤٨٢ من المشروع التمهيدى كانت تجرى على الوجه الآتى : «فإذا تساوت الديون فى الكلفة ، فمن هذه الديون جميعاً بنسبة كل منها» (انظر تاريخ نص المادة ٣٤٦٥ آنفاً فقرة ٤٥٢ فى الهامش) . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص هذه العبارة ما يأتى : «فإن لم تتفاوت فى الشدة فمن حسابها جميعاً بنسبة كل منها . وغنى عن البيان أن هذه القوانين تتمشى مع المعقول ، وهى بعد مقررة فى نصوص التقنين الحالى (السابق) . وقد وردت فى نصوص بعض التقنينات قرائن أخرى ، منها ما يجعل البداءة للدين الأقل ضمانا، ومنها ما يجعلها للدين الأقدم نشوءاً أو استحقاقاً ، ولكن هذه القوانين تستهدف جميعاً للنقد من وجوه» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢٢) .

(٢) قارن : استئناف مختلط ١٩ مايو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٩٩ – ومع فقد قضت محكمة استئناف مصر فى عهد التقنين المدنى السابق أن الديون التى للمدين زيادة منفعة فى وفائها هى الديون التى قد يجبر على أدائها بالحبس أو الديون المقرر عليها فائدة أكبر أو التى لها حق امتياز أو حق رهن . ومن المقرر أيضا أنه فى حالة تعارض جملة ديون، للمدين زيادة منفعة فى أدائها ، يجب أن يحصل الاستنزال من أقدمها (٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٤٣ ص ٦٤) . انظر أيضا: استئناف مختلط ٤ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٠٥ – ٢٥ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٤٥ – وقارب : ٥ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٥٢ .

(٣) انظر : استئناف مختلط ١١ يونيه سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٧٨ .

(٤) انظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٩٣ – فقرة ١٥٩٤ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٠٥ .

ولا يكون دليلا على تقديم دين فى الدفع أن يكون المبلغ المدفوع معادلا لهذا الدين (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٩٢) . =

المبحث الثانى

ما يتبع الشئ الموفى به من ملحقات

٤٥٦ – الفوائد والمصروفات ونفقات الوفاء – النصوص القانونية : وقد يتبع الشئ الموفى به ملحقات ، وهذه هى الفوائد والمصروفات ، ولابد من وفائها مع أصل الدين على نحو معين نص على القانون . كذلك يحمل القانون المدين نفقات الوفاء ، فلابد من دفعها مع الدين ذاته . ونورد هنا النصوص القانونية الخاصة بهذه المسائل :

تنص المادة ٣٤٣ من التقنين المدنى على ما يأتى :

«إذا كان المدين ملزماً بأن يوفى مع الدين مصروفات وفوائد ، وكان ما أداه لا يفى بالدين مع هذه الملحقاتس ، خصم ما أدى من حساب المصروفات ، ثم من الفوائد ، ثم من أصل الدين ، كل هذا ما لم يتفق على غيره» (١) .

= ويلاحظ أن المادة ١٨٤٨ مدنى فرنسى تقضى بأنه إذا كان الشريك هو والشركة معاً دائنين لمدين واحد ، وقبض الشريك مبلغاً من المدين ، وجب أن يخصم هذا المبلغ من الدين الذى له والدين الذى للشركة بنسبة مقدار كل منهما ، حتى لو كتب فى المخالصة أن المبلغ كله يخصم من الدين الذى له . أما إذا كتب أن المبلغ كله يخصم من الدين الذى للشركة ، صح ذلك . ويسرى هذا الحكم فى شأن كل نائب يكون هو والأصيل دائنين لمدين واحد (بنسار Ponsard فى أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ paiement فقرة ٢٢٣).

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٤٨٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٥٥ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٤٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١٦ – ص ٢١٨) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٢٣٦/١٧٣ ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : «يبدأ الاستنزال بالمصاريف والفوائد قبل الخصم من رأس المال» . وهو حكم مطابق لحكم التقنين المدنى الجديد.

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٤٠ (وهى مطابقة للمادة ٣٤٣ من التقنين المدنى المصرى) – وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٣٠ (وهى أيضاً مطابقة للمادة ٣٤٣ من التقنين المدنى المصرى) – وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٢/٣٩٣ (وهى كذلك مطابقة للمادة ٣٤٣ من التقنين المدنى المصرى) – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣٠٨ ، وتجرى على الوجه الآتى : «لخيار المديون بعض القيود : فهو إذا لم يتفق مع الدائن لا يمكنه عند الإيفاء الجزئى أن يجعل هذا الإيفاء لرأس المال قبل أن يوفى الفوائد ...» (والحكم متفق مع حكم التقنين المصرى، وإن أغفل ذكر المصروفات ، ولكن المصروفات تدفع قبل الفوائد طبقاً للقواعد العامة) .

وتنص المادة ٣٤٨ على ما يأتى :

«تكون نفقات الوفاء على المدين ، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك» [١] .

٤٥٧ – الفوائد والمصروفات : إذا تضمن الشئ الموفى به ملحقات – وأكثر ما تكون هذه الملحقات هى الفوائد والمصروفات – أصبح الدين وملحقاته كلا لا يقبل التجزئة ، ولم يجز للمدين بغير رضاء الدائن أن يوفى بأصل الدين وحده أو بالفوائد وحدها أو بالمصروفات وحدها ، فان هذا كله يكون وفاء جزئياً لا يجبر الدائن على قبوله . بل يجب على المدين، إذا كان أصل الدين قد حل مع فوائده ، أن يدفع الدين والفوائد والمصروفات جميعاً فى وقت واحد لأن هذا كله دين واحد لا يتجزأ عند الوفاء [٢] .

على أن الدائن قد يقبل من المدين وفاء جزئياً ، وفى هذه الحالة ، إذا لم يوجد اتفاق على ترتيب آخر ، يخصم المبلغ المدفوع من الدين وفوائده ومصروفاته على الترتيب الآتى : (١) يخصم أولا من المصروفات[٣] . (٢) فان بقى شئ من المبلغ المدفوع بعد الوفاء

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٤٨٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

«تكون نفقات الوفاء على المدين ، إلا إذا وجد اتفاق يقضى بغير ذلك . على أنه إذا زادت هذه النفقات لسبب يرجع إلى الدائن ، فهو الذى يتحمل هذه الزيادة» . وفى لجنة المراجعة حذفت العبارة الأخيرة من المادة لأنها «حكم تفصيلى مستفاد من القواعد العامة» . وأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وأصبح رقمه ٣٦٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٤٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣٠ – ص ٢٣١) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٢٣٤/١٧١ ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : «مصاريف الوفاء تكون على المتعهد» . وهو حكم متفق مع حكم التقنين المدنى الجديد.

ويقابل هذا النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٤٦ (وهى مطابقة للمادة ٣٤٨ من التقنين المدنى المصرى) – وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٣٥ (وهى أيضاً مطابقة للمادة ٣٤٨ من التقنين المدنى المصرى) – وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٩٨ ، وتجرى على الوجه الآتى : «نفقات الوفاء على المدين، إلا إذا وجد اتفاق أو عرف أو نص يقضى بغير ذلك» . والحكم متفق مع حكم التقنين المصرى – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣٠٤ ، وهى تجرى على الوجه الآتى : «تكون نفقات الايفاء على عاتق المديون» . والحكم متفق مع حكم التقنين المصرى ، وما ورد فى هذا التقنين الأخير من جواز الاتفاق أو النص على ألا تكون نفقات الايفاء على عاتق المدين يعمل به دون شك فى لبنان ، دون حاجة إلى نص خاص ، لأنه تطبيق للقواعد العامة .

(٢) وهذا بخلاف ماذا كانت هناك ديون متعاقبة ، كأقساط أو أجرة عن مدد متتالية ، فالديون هنا متعددة ، ويجوز للمدين إجبار الدائن على استيفاء كل منها على حدة (أنظر آنفاً فقرة ٤٥٠) .

(٣) استئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٣٥ – وتشمل المصروفات نفقات فك الرهن الضامن للمدين المدفوع (استئناف مختلط ٣٠ ديسمبر ١٩١٥ م ٢٨ ص ٨٥ – بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥١٤ مكررة ثالثا) .

بالمصروفات، خصم من الفوائد [1] . (٣) فان بقى بعد ذلك شئ من المبلغ المدفوع، خصم من أصل الدين [2] (1) . تلك هى مصلحة الدائن ، والمفروض أن الدائن لم يقبل الوفاء الجزئى إلا وفقاً لمصلحته هو لا وفقا لمصلحة المدين [3].

٤٥٨ – نفقات الوفاء : ونفقات الوفاء غير نفقات الدين ، فهذه قد صرفت فى سبيل إنشاء الدين ، أما الأولى فقد صرفت فى سبيل الوفاء به . والاثنتان يتحملهما المدين ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك ، وعلى المدين أن يفى بالدين وفوائده ومصروفاته ومصروفات الوفاء جملة واحدة ، فاذا لم يوف بها كاملة لم يجبر الدائن على قبول هذا الوفاء الجزئى .

ومن أمثلة نفقات الوفاء نفقات إرسال الدين إلى الدائن ونفقات المخالصة ، ونفقات الشيك أو حوالة البريد ، ونفقات الوزن والعد والكيل ، فهذه كلها يتحملها المدين ما لم يتفق على أن الدائن هو الذى يتحملها [4].

وكما قد يقضى الاتفاق بأن تكون نفقات الوفاء على الدائن ، كذلك قد يقضى

---

(١) وتشمل الفوائد التأخيرية منها والتعويضية (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٨٠) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١٧.

(٣) استئناف مختلط ٩ مارس سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٥٦ – ١٩ يناير سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ١١٧ – وإذا دفع المدين مبلغاً لخصمه من المصروفات والفوائد ، وزاد المبلغ المدفوع على ما هو مستحق من ذلك ، خصم الزائد من أصل الدين فلا يسترده المدين (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٨٢ ص ٦٨٦) .

(٤) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣٠ – بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥١٢ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٦٥ ص ٥٦٧ – وإذا كانت نفقات التسليم على المدين ، فإن نفقات التسلم على الدائن (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥١٣) . فاذا كان الدين واجب الدفع فى موطن المدين ، فإن نفقات إرساله إلى موطن الدائن تكون على الدائن (استئناف مختلط ٨ مارس سنة ١٩٤٣ م ٥٦ ص ٨) .

(1) تقضى المادة ٣٤٣ من القانون المدنى بأنه اذا كان المدين ملزما بأن يوفى مع الدين مصروفات وفوائد وكان ما أداه لا يفى الدين مع هذه الملحقات ، خصم ما أدى من حساب المصروفات ثم من الفوائد ثم من أصل الدين ، كل هذا ما لم يتفق على غيره ، واذ كان يتضح من تقرير الخبير الحسابى الذى ندبته المحكمة أن جملة الفوائد التى أضافها الخبير الى التعويض المستحق للمطعون عليهم تقل عن المبلغ الذى سدده الطاعن ، وكان الطاعن لم يدع وجود اتفاق على كيفية خصم المبالغ المسدده منه للمطعون عليهم، فان الطاعن يكون قد أدى جميع الفوائد التى استحقت للمطعون عليهم قبل صدور الحكم وتكون المبالغ الباقية من أصل التعويض ، واذ قضى الحكم المطعون فيه بالفوائد عليها من تاريخ صدوره فأنه لا يكون قد قضى بفوائد على متجمد الفوائد .

(جلسة ١٩٧٦/١١/٣٠ الطعنان ٤٧٥ ، ٤٨٧ لسنة ٣٩ ق السنة ٢٧ ص ١٨٥٧)

القانون بهذا . مثل ذلك حالة ما إذا عرض المدين على الدائن الدين عرضاً حقيقياً وأودعه على ذمته ، فان نفقات العرض والايداع تكون على الدائن : انظر المادة ٣٣٥ مدنى وقد سبق ذكرها (١) .

الفرع الثانى
الزمان والمكان اللذان يتم فيهما الوفاء

المبحث الأول
الزمان الذى يتم فيه الوفاء

٤٥٩ – النصوص القانونية : تنص المادة ٣٤٦ من التقنين المدنى على ما يأتى :

«١ – يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائيا فى ذمة المدين ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك» .

«٢ – على أنه يجوز للقاضي فى حالات استثنائية ، إذا لم يمنعه نص فى القانون ، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم» (٢) .

---

(١) ومثل ذلك أيضاً ما إذا زادت النفقات لسبب يرجع الى الدائن ، فإن القانون يقضى فى هذه الحالة بأن الدائن هو الذى يتحمل هذه الزيادة لأنه هو المتسبب فيها بخطأ . فإذا أضاع الدائن الشيك الذى حرره له المدين ، واقتضى الأمر الإعلان عن الشيك الضائع وتحرير شيك جديد، فإن المصروفات الزائدة تكون على الدائن . وقد كان المشروع التمهيدى يشمل على عبارة فى هذا المعنى حذفت فى لجنة المراجعة اكتفاء بتطبيق القواعد العامة (أنظر تاريخ نص المادة ٣٤٨ أنفاً فقرة ٤٥٦ فى الهامش) .

(٢) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٤٨٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائياً فى ذمة المدين ، ما لم يوجد اتفاق أو نص بغير ذلك ، ومع مراعاة ما للقاضى من حق فى إمهال المدين» . وفى لجنة المراجعة جعلت المادة من فقرتين ، وخصصت الفقرة الثانية لنظرة الميسرة ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، وأصبح رقمه ٣٥٨ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ اعترض على الفقرة الأولى بأنها تحتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائياً فى ذمة المدين ، مع أنه من الجائز أن يترتب الدين فى ذمة المدين ولكن لا يحل أجله بسبب تعلقه بشرط أو أجل . فأجيب على هذا الاعتراض بأن العبارة=

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٢٣١/١٦٨ (١) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٤٤ – وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٣٣ – وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٣٩٤ – ٣٩٥ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٣٠٣ و ١١٥ – ١١٦ (٢) .

= الأخيرة من الفقرة الأولى قد واجهته لأنه إذا وجد اتفاق معلق على شرط أو مقرون بأجل فلا يتحتم الوفاء إلا بعد حلول الأجل أو تحقق الشرط . ثم اعترض على الفقرة الثانية بأنها تعطى للقاضي رخصة منح أجل للمدين للوفاء بالتزامه إذا لم يلحق الدائن من هذا الأجل ضرر جسيم ، فالنص على قيد الضرر الجسيم يلغى الرخصة التى أعطيت للقاضى فى منح المدين حسن النية سيء الحظ أجلا للسداد ، ويحسن ترك الأمر للقاضى يقارن بين مصلحة الدائن ومصلحة المدين في هذه الحالة . فأجيب على الاعتراض بأن تأخير الوفاء إلى أى أجل قد يضر بالدائن ضرراً جسيماً ، كأن يكون معولا على استيفاء هذا الدين وإلا كان معرضاً للإفلاس ، وفى مثل هذه الحالة تكون قد أصبنا صاحب الحق بضرر جسيم رفقاً بالمدين المطالب بالالتزام . ووافقت اللجنة على بقاء المادة دون تعديل ، وأصبح رقمها ٣٤٦ ، ثم وافق عليها مجلس الشيوخ دون تعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٥٥ – ص ٢٦٦) .

(١) **التقنين المدنى السابق** : م ٢٣١/١٦٨ : يجب أن يكون الوفاء على الوجه المتفق عليه بين المتعاقدين ، وأن يحصل فى الوقت والمحل المعينين ، وألا يكون ببعض المستحق . إنما يجوز للقضاة فى أحوال استثنائية أن يأذنوا بالوفاء على أقساط بميعاد لاحق ، إذا لم يترتب على ذلك ضرر جسيم لرب الدين . (والحكم متفق مع حكم التقنين المدنى الجديد) .

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى** :

التقنين المدنى السورى : م ٣٤٤ (مطابقة للمادة ٣٤٦ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى : م ٣٣٣ (مطابقة للمادة ٣٤٦ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى : م ٣٩٤ : ١ – إذا أجل الدين أو قسط إلى أقساط معلومة ، فلا يجوز للدائن مطالبة المدين بالدين أو بالقسط قبل حلول أجله . ٢ – فإذا لم يكن الدين مؤجلا ، أو حل أجله ، وجب دفعه فوراً . ومع ذلك يجوز للمحكمة عند الضرورة ، إذا لم يمنعها نص فى القانون ، أن تنظر المدين إلى أجل مناسب إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا ضرر جسيم .

م ٣٩٥ : ١ – إذا كان الدين مؤجلا ، فللمدين أن يدفعه قبل حلول الأجل إذا كان الأجل متمحضاً لمصلحته ، ويجبر الدائن على القبول . ٢ – فإذا قضى المدين الدين قبل حلول الأجل ، ثم استحق المقبوض ، عاد الدين كما كان .

(وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المدنى المصرى : انظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٣٠٠) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : م ٣٠٣ لا يجوز إجبار الدائن على قبول الايفاء قبل الأجل إلا إذا كان موضوعاً لمصلحة المديون وحده – وإذا لم يكن هناك أجل معين أو مستفاد ضمناً من ماهية القضية، فيمكن تنفيذ الموجب وطلب هذا التنفيذ بلا تأخير – ويجب التنفيذ فى يوم الاستحقاق مع مراعاة أحكام المادة ١٠٥ (المادة ١٠٥ : إذا كان الاستحقاق واقعاً فى يوم عطلة قانونية ، أرجئ إلى=

٤٦٠ – الأصل فى الالتزام أن يؤدى فوراً : الأصل أن الالتزام متى ترتب فى ذمة المدين على وجه بات نهائى ، فانه يكون واجب الأداء فوراً . ففى عقد البيع يترتب فى ذمة المشترى التزام بدفع الثمن ، ويترتب فى ذمة البائع التزام بتسليم الشئ المبيع ، وكلا الالتزامين بترتبه فى ذمة المدين يكون واجب الأداء فى الحال ، ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك .

ولا يعتبر الالتزام قد ترتب نهائياً فى ذمة المدين إذا كان معلقاً على شرط واقف ، بل يجب انتظار تحقق الشرط . فاذا ما تحقق ، فقد أصبح الالتزام نافذاً فى الحال، ووجب أداؤه فوراً . أما الالتزام المعلق على شرط فاسخ ، فهو نافذ فى الحال ، ويجب أداؤه فوراً . وقد سبق بيان ذلك عند الكلام فى الشرط وفى الأجل .

٤٦١ – متى يتراخى الوفاء بالالتزام – اتفاق أو نص فى القانون : وتقرر الفقرة الأولى من المادة ٣٤٦ مدنى ، كما رأينا ، فورية أداء الالتزام ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك .

أما الاتفاق فيقع كثيراً ، وبموجبه يكون الالتزام واجب الأداء بعد ترتبه فى ذمة المدين بمدة معينة ، وهذا ما يسمى بالأجل الواقف [١] ، وقد سبق بحثه تفصيلا عند الكلام فى الأجل .

وأما نص القانون فمثله ميعاد استحقاق الفوائد التأخيرية ، فقد نصت المادة ٢٢٦ مدنى على أنه «إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود ، وكان معلوم المقدار وقت الطلب ، وتأخر المدين فى الوفاء به ، كان ملزماً بأن يدفع الدائن على سبيل التعويض عن التأخر فوائد قدرها ٤ ٪ فى المسائل المدنية و ٥ ٪ فى المسائل التجارية . وتسرى هذه الفوائد من تاريخ المطالبة

= اليوم التالى الذى لا عطلة فيه) .

م ١١٥ : للقاضى أن ينظر بعين الاعتبار إلى حالة المدين إذا كان حسن النية ، فيمنحه مع الاحتياط الشديد مهلا معتدلة لايفاء الموجب ، ويأمر بتوقيت المداعاة مع إبقاء كل شئ على حاله ، ما لم يكن ثمة نص قانونى مخالف .

م ١١٦ : خلافا للأجل القانونى لا يحول الأجل الممنوح دون إجراء المقاصة عند الاقتضاء .

(وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المصرى) .

(١) والمفروض فيه أنه لمصلحة المدين ، فيجوز له النزول عنه والوفاء بالالتزام فوراً ، إلا إذا تبين من الظروف أنه لمصلحة الطرفين معاً ، ففى هذه الحالة لا يجوز للمدين أن يوفى الالتزام ولا للدائن أن يطلب استيفاءه إلا عند حلول الأجل (استئناف مختلط ١٤ أبريل سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٩٥) . وقد تقدم بيان ذلك عند الكلام فى الأجل .

القضائية بها ، أن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجارى تاريخاً آخر لسريانها ، وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره» . فميعاد استحقاق الفوائد التأخيرية قد عينه القانون هنا ، وهو وقت المطالبة القضائية بهذه الفوائد ، ومن هذا الوقت تترتب الفوائد فى ذمة المدين ويجب الوفاء بها فوراً يوماً بيوم .

ومثل آخر لنص فى القانون يعين وقت الوفاء بالالتزام النص الخاص بدفع أجرة الحكر. فقد نصت المادة ١٠٠٣ مدنى على ما يأتى : «١ – على المحتكر أن يؤدى الأجرة المتفق عليها إلى المحكر . ٢ – وتكون الأجرة مستحقة الدفع فى نهاية كل سنة ، وما لم ينص عقد التحكير على غير ذلك» .

وقد يكل القانون تحديد وقت الوفاء إلى العرف ، كما فعل فى تحديد مواعيد دفع الأجرة. فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٥٨٦ مدنى على أنه «يجب على المستأجر أن يقوم بوفاء الأجرة فى المواعيد المتفق عليها ، فاذا لم يكن هناك اتفاق وجب وفاء الأجرة فى المواعيد التى يعينها عرف الجهة» .

٤٦٢ – تحديد القاضى وقت الوفاء – نظرة المسيرة (*) : وكما يتكفل الاتفاق أو القانون أو العرف بتحديد وقت الوفاء ، كذلك القاضي قد يقوم هو نفسه بتحديد ميعاد الوفاء إذا أعطى للمدين أجلا أو آجالا يفى فيها بالدين . وهذا ما يسمى بنظرة الميسرة (délai de grîâce) .

وقد وضعت الفقرة الثانية من المادة ٣٤٦ مدنى المبدأ العام والشروط الواجب توافرها لنظرة الميسرة ، وسنفصل ذلك فيما يلى . وطبقت المادة ٩٨٢ مدنى نظرة الميسرة تطبيقاً خاصاً فيما يتعلق باسترداد المصروفات ، فنصت على أنه «يجوز للقاضى بناء على طلب المالك أن يقرر ما يراه مناسباً للوفاء بالمصروفات المنصوص عليها فى المادتين السابقتين. وله أن يقضى بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة . وللمالك أن يتحلل من هذا الالتزام إذا هو عجل مبلغاً يوازى قيمة هذه الأقساط مخصوماً منها فوائدها بالسعر القانونى لغاية مواعيد استحقاقها» . وطبقت المادة ٩٢٧ مدنى نفس الحكم فى

(*) مراجع : لاباتى (Labatut) فى نظرة الميسرة رسالة من تولوز سنة ١٩٢٧ – جودان دى لاجرانج (Gaudin de Largrange) فى أزمة العقد ومهمة القاض رسالة من مونبلييه سنة ١٩٣٥ – ميلوياك (Miloac) رسالة من باريس سنة ١٩٣٦ – دفو (Deveau) فى نظرة الميسرة فى التقنين المدنى وفى التشريع المعاصر رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ – بانزييه (Pansier) فى نظرة الميسرة رسالة من مونبلييه سنة ١٩٣٧ – سارا كاريه (Sarah Carré) رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ – رولان تكسييه (Roland Texier) فى نظرة الميسرة رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ – لورين (Laurain) فى نظرة الميسرة وتدبير الديون رسالة من بوردو سنة ١٩٤٠ .

التعويض المستحق لمن أقام منشآت بمواد من عنده على أرض مملوكة للغير .

ونبحث نظرة الميسرة فى مسائل ثلاث : (١) شروط منح القاضى لنظرة الميسرة (٢) الآثار التى تترتب على نظرة الميسرة (٣) سقوط الأجل فى نظرة الميسرة [١] .

٤٦٣ – شروط منح القاضى لنظرة الميسرة : يتبين من نص الفقرة الثانية من المادة ٤٣٦ مدنى أن هناك شروطاً أربعة ، إذا توافرت جاز للقاضى أن يمنح المدين نظرة الميسرة. ويتبين أيضاً أن الأمر فى نظرة الميسرة يرجع إلى تقدير قاضى الموضوع ، وأن القاضى قد يمنح المدين نظرة الميسرة سواء أثناء نظر الدعوى التى يرفعها الدائن على المدين يطالبه بالدين أو أثناء إجراءات التنفيذ التى يباشرها الدائن بموجب سند رسمى ، وأن جواز منح القاضى لنظرة الميسرة أمر من النظام العام لا يجوز الاتفاق على سلب القاضى إياه .

أما الشروط الأربعة الواجب توافرها حتى يجوز للقاضي منح المدين نظرة الميسرة فهى :

(١) أن تكون حالة المدين تستدعى أن يمنحه القاضى نظرة الميسرة . فيجب أن يكون حسن النية فى تأخره فى الوفاء بالتزامه ، بأن يكون عاثر الحظ لا معتمداً عدم الوفاء ولا مقصراً فى ذلك . ولا يجوز أن يكون معسراً ، وإلا فلا جدوى من منحه هذه النظرة . بل يجب أن يكون عنده من المال ما يكفى للوفاء بالتزامه ، وليس فى مقدوره مؤقتاً أن يبيع هذا المال ليقوم بالوفاء ، كأن يكون المال عقاراً أو منقولاً يتعذر بيعه فى الحال، فيطلب المدين مهلة حتى يتسع له الوقت اللازم لذلك . أو يكون للمدين موارد يقتضيها فى مواعيد متعاقبة، كأجر عمله أو ريع ملكه ، وهى كافية للوفاء لو قسط القاضى عليه الدين [٢] .

(٢) ألا يصيب الدائن من جراء منح المدين نظرة الميسرة ضرر جسيم . فإذا كان فى نظرة الميسرة ما يصيب الدائن بضرر جسيم ، كأن يكون قد اعتمد على استيفاء الدين ليفى هو ديناً عليه لا يستطيع التأخر فى الوفاء به ، أو كانت نظرة الميسرة تفوت عليه

---

(١) انظر فى تاريخ نظرة الميسرة فى القانون الفرنسى القديم وكيف انتقلت إلى التقنين المدنى الفرنسى بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٨٢ – فقرة ١٤٨٤ .

(٢) ويقول بودرى وبارد إن العناصر الرئيسية التى يقدر القاضى بمقتضاها حالة المدين، ليتعرف هل تستدعى هذه الحالة نظرة الميسرة ، هى حسن نية المدين ، ورغبته فى الوفاء بدينه، وأن الضيق الذى أحاط به أمر مؤقت ، وأن موارده كافية فى النهاية للوفاء بدينه، وأنه يتخذ من التدابير ما ييسر له هذا الوفاء ، وأنه وفى فعلا ما أمكنه الوفاء به من الدين، وأن الوفاء فوراً بكل الدين يلحق به ضرراً جسيماً، وأنه قدم للدائن الضمان الكافى للحصول على حقه ، ثم ما عسى أن يوجد بين المدين والدائن من وشائج القرابة أو الصهر أو المودة ، وما عسى أن يكون للمدين عند الدائن من إياد سابقة (بودرى وبرد ٢ فقرة ١٤٩١ ص ٥٨٨ – ص ٥٨٩) .

صفقة يعود فواتها عليه بضرر جسيم ، فليس من العدل إغاثة المدين عن طريق الإضرار البليغ بالدائن [١] .

(٣) ألا يقوم مانع قانونى من نظرة الميسرة . ومن النصوص القانونية التى تحول دون منح نظرة الميسرة ما نصت عليه المادة ١٥٨ مدنى من أنه «يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائى عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وهذا الاتفاق لا يعفى من الإعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه» . ففى هذه الحالة لا يجوز للقاضى أن يمنح المدين أجلا للوفاء . ومثل ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة ٤٦١ مدنى من أنه «فى بيع العروض وغيرها من المنقولات ، إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع ، يكون البيع مفسوخاً ، دون حاجة إلى إعذار، إن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد، إذا اختار البائع ذلك ، وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره» . فهذا النص يمنع القاضى من منح المشترى نظرة الميسرة إن تأخر فى دفع الثمن عند حلول الميعاد . ومثل ذلك أخيراً ما نص عليه التقنين التجارى السابق من عدم جواز منح نظرة الميسرة للمدين بموجب كمبيالة ، فقد نصت المادة ١٥٦ من هذا التقنين على أنه «لا يجوز للقضاة أن يعطوا مهلة بدفع قيمة الكمبيالة» . ويسرى هذا الحكم أيضاً على السندات الإذنية والسندات لحاملها (م ١٨٩ تجارى) .

وتقضى المادة ٥٤٧ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ (والذى ألغى قانون التجارة السابق) بأنه «لا يجوز للمحاكم أن تمنح مهلة للوفاء بقيمة الورقة التجارية أو للقيام بأى أجراء متعلق بها إلا فى الأحوال وفى الحدود التى ينص عليها القانون» .

(٤) أن يكون الأجل الذى يمنحه القاضى للمدين فى نظرة الميسرة أجلا معقولا. فلا يجوز أن يمنح القاضى المدين أجلا طويلا يعطل فيه الدائن حقه ، بل يجب أن يقاس الأجل بقدر ما هو ضرورى ليتمكن المدين من الوفاء . وقد حدد التقنين المدنى الفرنسى – ٢/١٢٤٤ من هذا التقنين بعد تعديلها [٢]– هذا الأجل بما لا يزيد على سنة واحدة . ولا يوجد فى التقنين المدنى المصرى نص يضع هذا الحد الأقصى للأجل ، ومن ثم فالأمر متروك لتقدير القاضى . ولكن السنة أجل يبلغ من الطول قدراً لا يظن معه أن القاضى فى مصر

---

(١) استئناف وطنى ١١ أبريل سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٢٣ ص ٣٠ – بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٩١ ص ٥٨٩ .

(٢) وقد عدل هذا النص بقانون ٢٥ مارس ١٩٣٦ ، ثم بقانون ٢٠ أغسطس سنة ١٩٣٦ . وهذا القانون الأخير هو الذى جعل الأجل الممنوح للمدين لا يجوز أن يزيد على سنة واحدة (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٠١٨ ص ٣٥٨ – ص٣٥٩– بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٥٢٢ – فقرة ١٥٢٣) .

يمنح أجلا أطول ، إلا إذا اقتضت ذلك ظروف استثنائية خاصة . هذا ويجوز للقاضى أن يمنح المدين آجالا متعاقبة لا أجلا واحداً ، بأن يقسط الدين على أقساط يلاحظ فى مواعيدها وفى مقاديرها قدرة المدين على الوفاء .

فإذا ما توافرت هذه الشروط الأربعة [1] ، جاز للقاضى أن يمنح المدين هذا الأجل أو هذه الآجال المعقولة. والأمر فى النهاية يرجع إلى تقديره ، فهو الذى ينظر ، حتى بعد توافر هذه الشروط ، إن كان ثمة ما يستدعى منح المدين نظرة الميسرة . وتقديره فى ذلك تقدير نهائى، لا معقب عليه من محكمة النقض [2](1) .

ولا ينال المدين من القاضى نظرة الميسرة إلا فى أثناء الدعوى التى يرفعها الدائن يطالبه فيها بالدين ، أو فى أثناء مباشرة الدائن لإجراءات التنفيذ بموجب سند رسمى . ففى الحالة

---

(١) ولا يحول دون منح المدين نظرة الميسرة أن يكون الدين قد صدر به حكم مشمول بالنفاذ المعجل ، ويسرى هذا النفاذ العاجل بعد انقضاء الأجل الممنوح من القاضى (استئناف أسيوط ١٧ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣١٨ ص ٥٢٣) .

(٢) نقض مدنى ٢٣ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٩٤ ص ٣٧٣ – ٢٥ مايو سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٣٤ ص ٥٣٤ – وما دام الأمر متروكاً لتقدير القاضى ، فليس من الضرورى أن يسبب حكمه برفض منح المدين نظرة الميسرة ، بل ليس من الضرورى أن يرفض صراحة الطلب الذى يتقدم به المدين فى هذا الشأن ، فمادام لم يجبه إليه فإن ذلك يكون بمثابة رفض لهذا الطلب (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٩١ مكررة أولا ص ٥٩١) .

وغنى عن البيان أن القاضى لا يستطيع أن يمنح المدين نظرة الميسرة إلا إذا توافرت الشروط الأربعة السابق ذكرها ، فإن لم تتوافر ومنح القاضى المدين نظرة الميسرة بالرغم من عدم توافرها ، فإن الحكم يكون قد ارتكب خطأ من تطبيق القانون ويتعين نقضه .

(1) المهلة التى يجوز للمحكمة منحها للمدين لتنفيذ التزامه متى استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من وراء منحها ضرر جسيم ، انما هى – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – من الرفض التى خولها المشرع لقاضى الموضوع بالفقرة الثانية من المادة ١/٣٤٦ من القانون المدنى ان شاء أعملها وانظر المدين إلى ميسرة وإن شاء حبسها عنه بغير حاجة منه إلى أن يسوق من الاسباب ما يبرر به ما استخلصه من ظروف الدعوى وملابساتها ، ويكون النعى على الحكم بالقصور فى هذا الخصوص على غير أساس .

(جلسة ١٩٦٩/١١/١١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ ص ١١٩٣)

(جلسة ١٩٦٨/٥/٢٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ص ٩٦٢)

(جلسة ١٩٥٠/٥/٢٥ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى الـ ٢٥ عاما – ١١٤ – ٣٦٣)

(جلسة ١٩٥٠/٣/٢٣ مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى الـ ٢٥ عاما – ١١٣ – ٣٦٣).

الأولى يستطيع المدين أن يطلب من القاضى أثناء الدعوى منحة نظرة الميسرة على النحو الذى قدمناه ، بل يجوز للقاضى من تلقاء نفسه ودون طلب من المدين أن يمنحه نظرة الميسرة، فسنرى أن هذه القاعدة تعتبر من النظام العام [١] . وفى الحالة الثانية ، إذ لا يتيسر للمدين أن يطلب نظرة الميسرة فى دعوى مقامة عليه ، لا يبقى أمامه إلا أن يستشكل فى التنفيذ ويطلب من قاضى الإشكال منحه نظرة الميسرة بالشروط المتقدم ذكرها [٢] . أما فى غير هاتين الحالتين ، أى فى حالة ما إذا كان الدائن يباشر التنفيذ بموجب حكم قابل للتنفيذ، فإنه لا يجوز للمدين أن يستشكل ليطلب نظرة الميسرة ، إذ يكون الوقت قد فات وكان الواجب أن يطلب ذلك فى أثناء الدعوى وقبل صدور الحكم . فإذا ما صدر الحكم دون أن يمنح المدين نظرة الميسرة ، فليس ثمة سبيل إلى ذلك ، إذ الحكم يجب تنفيذه كما هو ، ولا يجوز لقاضى آخر أن يعدله إلا إذا كان ذلك عن طريق الطعن فيه بالأوجه المقررة قانوناً [٣] .

والقاعدة التى تقضى بجواز منح المدين نظرة الميسرة تعتبر قاعدة من النظام العام، فلا يجوز للطرفين أن يتفقا على ألا يكون للقاضى هذا الحق [٤] . فاذا اتفقا على ذلك ، كان الاتفاق باطلا ، وجاز للقاضى بالرغم من هذا الاتفاق أن يمنح المدين نظرة الميسرة . ويجوز للمدين أن يتقدم بهذا الطلب فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ، كما يجوز للقاضى من تلقاء نفسه أن يمنح المدين نظرة الميسرة وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

٤٦٤ – الآثار التى تترتب على نظرة الميسرة : يترتب على منح نظرة الميسرة ما يترتب على الأجل الواقف بوجه عام :

(١) فيوقف التنفيذ حتى ينقضى الأجل الذى منحه القاضى للمدين . وإذا كان الدائن ينفذ بموجب سند رسمى ، ثم منح المدين نظرة الميسرة ، وجب وقف إجراءات التنفيذ، وإذا استمر الدائن فيها كان ما باشره منها بعد نظرة الميسرة باطلا ولكن ما تم من إجراءات

---

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٨٦ .

(٢) انظر فى مناقشة هذه المسألة بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٨٩ – فقرة ١٤٩٠ .

(٣) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٩ ص ٢٥٨ – بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٨٨ – وفى فرنسا جعل قانون ٢٥ مارس سنة ١٩٣٦ الاختصاص لقاضى الأمور المستعجلة فى منح نظرة الميسرة، ومن ثم يجوز للمدين ، بعد صدور حكم عليه بوفاء الدين ، أن يلجأ إلى قاضى الأمور المستعجلة يطلب منحه نظرة الميسرة (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٠١٩ ص ٣٦٠ – ص ٣٦١ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٥٢٥) .

(٤) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٨٤ – فقرة ١٤٨٥ .

التنفيذ، قبل منح المدين نظرة الميسرة ، يبقى قائماً حافظاً لآثاره [١] . فاذا ما انقضى الأجل الذى منحه القاضى للمدين ، ولم يوف المدين الدين[٢] ، فان الدائن يتابع إجراءات التنفيذ من حيث تركها موقوفه ، ولا يحتاج إلى إعادة هذه الإجراءات من جديد فذلك يجشمه عناء لا محل له ويكلف المدين نفقات لا داعى لها [٣] .

وإذا كان القاضى قد قسط الدين على المدين ، بأن منحه آجالا متعاقبة ، فان تأخر المدين فى أى قسط من هذه الأقساط يجعل جميع الأقساط الباقية حالة ، ويستطيع الدائن أن ينفذ بها [٤] .

(٢) ولكن يجوز للدائن أن يتابع الإجراءات التحفظية ، كقطع التقادم وقيد الرهن وتجديد قيده ونحو ذلك ، فإن الأجل الواقف لا يمنع من اتخاذ هذه الإجراءات كما رأينا، فمن باب أولى لا يمنع منها الأجل الممنوح من القاضى [٥] . وما اتخذ من إجراءات تحفظية، كاعذار المدين [٦] ، يبقى حافظا لآثاره . وهناك خلاف فيما إذا كان يجوز للدائن، بعد منح المدين نظرة الميسرة ، أن يعذر المدين[٧] وأن يحجز على ما لمدينه لدى الغير [٨] .

---

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٩٢ .

(٢) ويلاحظ إنه إذا كان الدين واجب التنفيذ فى موطن المدين ، فإن يصبح بعد نظرة الميسرة واجب التنفيذ فى موطن الدائن . ذلك أن المدين مدعو إلى تنفيذ التزامه فى أى وقت خلال الأجل الممنوح له من القاضى ، وليس الأجل إلا حدا أقصى لموعد التنفيذ، فيجب عليه إذن أن يسعى بالتنفيذ إلى موطن الدائن ، لا أن ينتظر حتى يأتى الدائن إلى موطنه (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٠٢١ ص ٣٦٤) .

(٣) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٩٢ .

(٤) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٩٨ .

(٥) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٩٤ .

(٦) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٠٢١ .

(٧) انظر فى عدم جواز إعذار المدين لأن الإعذار يسوئ مركزه إذ يحمله تبعة الهلاك ويجعله مسئولا عن التعويض : بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٠٢١ .

(٨) فيقول بعض الفقهاء بعدم جواز حجز ما للمدين لدى الغير ، لأن هذا الحجز ليس حجزاً تحفظياً فحسب بل هو أيضا فى نهايته حجز تنفيذى ، ولأن الحجز يعطل ما للمدين لدى الغير وقد يكون فى حاجة إليه لتدبير موقفه من حيث الوفاء بالتزامه (لوران ١٧ فقرة ٥٨٤ – بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٩٥) . ويذهب فقهاء آخرون إلى جواز الحجز (توليه ٦ فقرة ٦٧٣ بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٠٢١) . وعلى كل حال لا يفك الحجز التحفظى الذى يكون موقعاً قبل منح المدين نظرة الميسرة ، فلا يفك حجز تحفظى موقع تحت يد ناظر وقف على حصة المستحق وهو المدين (استئناف وطنى ٢٨ أبريل سنة ١٩٠٣ الحقوق ٢٠ ص ٢٣١) .

(٣) لنظرة الميسرة أثر نسبى ، فهو مقصور على المدين الذى منح الأجل دون غيره من المدينين ولو كانوا متضامنين معه ، ما دام هؤلاء لم يمنحوا مثله نظرة الميسرة [١] . ولكن كفيل المدين ، إذا منح المدين نظرة الميسرة ، ينتفع بذلك ، وإلا لجاز للدائن أن يرجع على الكفيل ليتقاضى منه الدين ، ولرجع الكفيل على المدين بما وفاه للدائن ، فلا تكون هناك فائدة من منح المدين نظرة الميسرة [٢] .

وأثر نظرة الميسرة مقصور كذلك على الدائن الذى حكم فى مواجهته بها ، فلا يتعدى إلى الدائنين الآخرين ولو كانوا متضامنين مع الدائن الأول ، لأن الحكم على أحد الدائنين المتضامنين لا يضر بالباقى . والواجب على المدين أن يدخل كل الدائنين المتضامنين فى الدعوى، ليحصل على حكم فى مواجهتهم جميعاً بمنحه نظرة الميسرة .

٤٦٥ – سقوط الأجل فى نظرة الميسرة : والأجل فى نظرة الميسرة يسقط بما يسقط به الأجل الاتفاقى [٣] . فيسقط ، كما يسقط الأجل الاتفاقى وفقا للمادة ٢٧٣ مدنى ، فى الأحوال الآتية :

(١) إذا شهر إفلاس المدين أو إعساره وفقاً لنصوص القانون .

(٢) إذا أضعف المدين بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص ، ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون ، هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين . أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه، فان الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضماناً كافياً .

(٣) إذا لم يقدم المدين للدائن ما وعد بتقديمه من التأمينات .

على أن الأجل فى نظرة الميسرة ، خلافا للأجل الاتفاقى ، يسقط بسبب جديد، هو توافر شروط المقاصة ما بين الدين الذى منحت فيه نظرة الميسرة ودين ينشأ فى ذمة الدائن للمدين . ذلك أن المدين الذى حصل من القاضى على نظرة الميسرة ، إنما حصل على هذا الأجل لأنه لم يكن فى مكنته وفاء الدين فى الحال ، فنظره القاضى إلى ميسرة . ثم جد بعد

---

(١) وهذا على خلاف القاعدة التى تقضى بأن ما يفيد أحد المدينين المتضامنين يفيد الباقى، ذلك لأن نظرة الميسرة إنما تمنح للمدين نظراً لظروفه الشخصية ، فلا يتعدى أثرها إلى غيره من المدينين ممن ليست لهم هذه الظروف .

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٩٦ .

(٣) انظر فى الأسباب المتعددة التى يسقط بها الأجل فى نظرة الميسرة فى القانون الفرنسى : بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٠٢٢ .

ذلك أن حل دين فى ذمة الدائن للمدين من جنس الدين الأول ، سواء نشأ هذا الدين قبل منح المدين نظرة الميسرة أو نشأ بعد ذلك . ففى هذه الحالة يستطيع المدين أن يوفى الدين الذى عليه بالدين الذى له ، فلا مبرر إذن لانتظار انقضاء الأجل الذى منحه القاضى للمدين فى نظرة الميسرة ما دام المدين قد أصبح قادراً على الوفاء بدينه . ومن ثم يكون توافر شروط المقاصة على النحو الذى قدمناه مسقطاً للأجل فى نظرة الميسرة [1] . وقد نص التقنين المدنى عل هذا الحكم صراحة ، فقضت الفقرة الثانية من المادة ٣٦٢ مدنى بأنه «لا يمنع المقاصة أن يتأخر ميعاد الوفاء لمهلة القاضى أو تبرع بها الدائن» .

المبحث الثانى

المكان الذى يتم فيه الوفاء

٤٦٦ – النصوص القانونية : تنص المادة ٣٤٧ من التقنين المدنى على ما يأتى :

«١ – إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات ، وجب تسليمه فى المكان الذى كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك» .

«٢ – أما فى الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء فى المكان الذى وجد فيه موطن المدين وقت الوفاء ، أو فى المكان الذى يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال » [2] .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادتين ٢٣٢/١٦٩ و ٢٣٣/١٧٠ [3] .

---

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٩٣ – ويخلص من ذلك إنه حيث يثبت أن المدين الذى منح نظرة الميسرة قد أصبح قادراً على الوفاء بالدين ، حتى قبل انقضاء الأجل الذى منحه القاضى إياه ، فإنه يجوز للدائن أن يطالبه بالدين .

(٢) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٤٨٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت قم ٣٥٩ من المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٤٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨٨ – ٢٢٩) .

(٣) **التقنين المدنى السابق** م ٢٣٢/١٦٩ : محل الوفاء هو المكان الموجود فيه عين الشئ المقتضى تسليمه إذا لم يشترط المتعاقدان غير ذلك .

م ٢٣٣/١٧٠ : إذا كان المتعهد به عبارة عن نقود أو أشياء معين نوعها ، فيعتبر الوفاء مشترطا حصوله فى محل المتعهد .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٤٥ – وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٣٤ – وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٣٩٦ – ٣٩٧ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣٠٢ (١).

ويخلص من النص المتقدم الذكر أن الوفاء يكون فى المكان الذى اتفق عليه الطرفان، فان لم يكن هناك اتفاق، ففى العين المعينة بالذات يكون الوفاء فى المكان الذى كانت موجودة فيه وقت نشوء الالتزام ، وفى غيرها يكون الوفاء فى المكان الذى يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء أو المكان الذى يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال .

٤٦٧ – اتفاق الطرفين على مكان الوفاء : كثيراً ما يتفق الدائن والمدين على المكان الذى يكون فيه وفاء الدين ، وفى هذه الحالة يتقيد الطرفان بهذا الاتفاق . فلا يجوز للمدين أن يوفى بالدين إلا فى هذا المكان ، كما لا يجوز للدائن أن يطالب المدين بالوفاء إلا فيه. وقد يكون هذا الاتفاق وقت نشوء الدين كما هو الغالب ، وقد يكون اتفاقا خاصاً لاحقاً لنشوء الدين .

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى** :

التقنين المدنى السورى م ٣٤٥ (مطابقة للمادة ٣٤٧ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٣٣٤ (مطابقة للمادة ٣٤٧ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٣٩٦ : ١ – إذا كان الشئ الملتزم بتسليمه مما له حمل ومؤونة، كالمكيلات والموزونات والعروض ونحوها ، وكان العقد مطلقاً لم يعين فيه مكان التسليم، يسلم الشئ فى المكان الذى كان موجوداً فيه وقت العقد . ٢ – وفى الالتزامات الأخرى يكون الوفاء فى موطن المدين وقت وجوب الوفاء، أو فى المكان الذى يوجد فيه محل أعماله إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال، ما لم يتفق على غير ذلك .

م ٣٩٧ : إذا أرسل المدين الدين مع رسوله إلى الدائن ، فهلك فى يد الرسول قبل وصوله، هلك من مال المدين . وإن أمر الدائن المدين بأن يدفع الدين إلى رسول الدائن ، فدفعه إليه وهلك فى يده ، فهلاكه من مال الدائن ويبرأ المدين من الدين .

(والمادة ٣٩٦ تتفق أحكامها مع أحكام التقنين المصرى . أما أحكام المادة ٣٩٧ فتتفق مع القواعد العامة، ويمكن تطبيقها فى مصر دون نص : انظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٢٩٨ – فقرة ٢٩٩) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٣٠٢ : يجب إيفاء الدين بالمكان المعين فى العقد . وإذا لم يوضع شرط صريح أو ضمنى فى هذا الشأن ، وجب الإيفاء فى محل إقامة المديون. أما إذا كان موضوع الموجب عينا معينة ، فيجب التنفيذ حيث كان الشئ عند إنشاء العقد. (والحكم متفق مع حكم التقنين المصرى) .

وفى جميع الأحوال قد يكون الاتفاق صريحاً ، ولا يشترط فى الاتفاق الصريح ألفاظ خاصة . وقد يكون ضمنياً . ومثل الاتفاق الضمنى أن تكون هناك التزامات متقابلة ناشئة من عقد ملزم للجانبين ، ويتفق الطرفان على أن يتم الوفاء فى وقت واحد ، فيستخلص من ذلك اتفاق ضمنى على أن يكون مكان الوفاء هو أيضاً مكان واحد [١] . وقد طبقت المادة ٤٥٦ مدنى هذا الحكم فى عقد البيع إذ نصت على ما يأتى : «١ – يكون الثمن مستحق الوفاء فى المكان الذى سلم فيه المبيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك . ٢ – فاذا لم يكن الثمن مستحقاً وقت تسليم المبيع ، وجب الوفاء به فى المكان الذى يوجد فيه موطن المشترى وقت استحقاق الثمن» . ففى الفقرة الأولى افترض أن تسليم المبيع ودفع الثمن يجب أن يتما فى وقت واحد ، فخلص من ذلك أن دفع الثمن يكون فى المكان الذى يتم فيه تسليم المبيع . وفى الفقرة الثانية افترض أن الثمن غير مستحق وقت تسليم المبيع، فرجعنا إلى القاعدة العامة فى مكان الوفاء بمبلغ من النقود ، وهو موطن المدين وقت استحقاق الدين. وإذا كان الوفاء بشيك أو بحوالة ، استخلص من هذا اتفاق ضمنى على أن يكون مكان الوفاء هو الجهة التى يقبض فيها الدائن قيمة الشيك أو حوالة البريد [٢] ، وقد قدمنا أن الوفاء لا يتم فى هذه الحالة بمجرد تسلم الشيك أو الحوالة ، وإنما يتم بقبض القيمة .

وقد يتفق الطرفان على أن يكون مكان الوفاء هو موطن الدائن ، والأصل ألا يكون موطن الدائن هو مكان الوفاء إلا باتفاق صريح أو ضمنى . فاذا تم الاتفاق على ذلك ، فان موطن الدائن وقت الاتفاق أو موطنه وقت الوفاء إذا تغير هذا الموطن يكون هو مكان الوفاء تبعا للاتفاق الذى تم [٣] . فان لم يكن الاتفاق واضحا فى ذلك ، فالمفروض أن الطرفين قد اتفقا على أن يكون مكان الوفاء هو موطن الدائن وقت الاتفاق ، لأنه هو الموطن الذى كان معروفاً عندهما وقت ذاك [٤](1) .

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢٩ .

(٢) انظر دى باج ٣ فقرة ٤٧٢ ص ٤٥٥ .

(٣) نقض مدنى ٩ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣١ ص ٢٤٤ .

(٤) ديمولومب ٢٧ فقرة ٢٧٣ – بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٠٥ – أنسيلكلوبيدى داللوز ٣ لفظ (paiement) فقرة ١٣٧ – انظر عكس ذلك دى باج ٣ فقرة ٤٧٢ – وقارن بلانيول وريبير وبلانجيه ٢ فقرة ١٥٧٨ .

وقد ينسخ هذا الاتفاق أن يرسل الدائن محصلا لاستيفاء الدين فى موطن المدين، فيكون هذا الموطن هو مكان الوفاء (استئناف مصر ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ المجموعة الرسمية ٤٧ رقم ٢٢٣) .

(1) لما كان الأصل فى تنفيذ الالتزام أن يكون دفع الدين فى محل المدين إلا إذا اتفق على خلاف ذلك ، وكان قد تعذر على المدين أن يقوم بالوفاء بسبب قطع العلاقات بين مصر وإيطاليا ولم يكن لذلك من المجدى أن يقدم الدائن سند الدين إلى الحارس العام فى ذلك الوقت اذ لم يكن فى مقدور هذا الحارس=

٤٦٨ – مكان الوفاء فى العين المعينة بالذات هو مكان وجودها وقت نشوء الالتزام:
وقد رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٣٤٧ مدنى تنص على أنه «إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات ، وجب تسليمه فى المكان الذى كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك» . فاذا لم يوجد اتفاق على أن يكون مكان الوفاء فى غير مكان وجود العين وقت نشوء الالتزام ، ولم يوجد نص يقضى بغير ذلك كما رأينا فى النص الذى يقضى بأن يكون دفع الثمن فى مكان تسليم المبيع (م ٤٥٦ مدنى) ، فان مكان الوفاء هو المكان الذى توجد فيه العين وقت نشوء الالتزام [١] وهذا الحكم مبنى على أن هناك اتفاقاً ضمنيّاً ما بين الطرفين على هذا المكان . فينسخ هذا الاتفاق الضمنى اتفاق ضمنى معارض، أو اتفاق صريح ، أو نص فى القانون .

ويغلب أن يكون الشئ لم ينتقل من مكانه من وقت نشوء الالتزام إلى وقت الوفاء، فاذا انتقل فالعبرة كما قدمنا بالمكان الذى توجد فيه العين وقت نشوء الالتزام ، وهو المكان الذى كان معروفاً من الطرفين [٢] . على أن المفروض فى كل ذلك أن الشئ محل الالتزام مستقر فى مكانه لا يمكن نقله فى يسر . فإذا كان الشئ بطبيعته سهل الانتقال من مكان إلى آخر، كسيارة أو فرس ، فالغالب أن يكون الطرفان قد أرادا ضمناً أن يكون مكان الوفاء ليس هو المكان العارض الذى يوجد فيه الشئ وقت نشوء الالتزام ، بل هو موطن المدين وهو المكان الذى يوجد فيه الشئ عادة . وهنا نرى أن الاتفاق الضمنى الذى قام عليه مكان وجود الشئ وقت نشوء الالتزام قد عارضه اتفاق ضمنى أكثر وضوحاً فنسخه [٣] .

= المطالبة به لأن الدين لم يكن ثابتا بالفرع الذى يملكه المدين فى مصر، لما كان ذلك ، فأنه لا يمكن نسبه أى خطأ إلى الدائن فى عدم المطالبة بالدين اثناء قطع العلاقات ، أما بعد عودة العلاقات كان من واجب المدين أن يقوم بالدفع فى محل الدائن وفقا لنص العقد ، أما هو لم يفعل فلا يجوز له التحدى بقيام أى خطأ فى جانب الدائن.

(جلسة ١٩٥٤/١٢/٩ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى الـ ٢٥ عاما – ١٢٢ – ٢٧٨) .

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢٩ .

(٢) ويرجع الدائن على المدين فى هذه الحالة بنفقات نقل الشئ من مكان وجوده وقت الوفاء إلى مكان وجوده وقت نشوء الالتزام (ديمولومب ٢٧ فقرة ٢٧٣ – بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٠٦) .

(٣) ديمولومب ٢٧ فقرة ٢٧٨ – لوران ١٧ فقرة ٥٩٠ – هيك ٨ فقرة ٤٢ – بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٠٤ ص ٦٠٢ .

٤٦٩ – مكان الوفاء في غير العين المعينة بالذات هو موطن المدين أو مركز أعماله : فاذا لم يوجد اتفاق صريح أو ضمنى على مكان الوفاء [١]، ولم يكن محل الوفاء عيناً معينة بالذات ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٤٧ مدنى ، كما رأينا ، على أن «يكون الوفاء فى المكان الذى يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء ، أو فى المكان الذى يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال» [٢] .

ويسرى هذا الحكم على كل التزام ليس محل عيناً معينة بالذات ، وأكثر ما يسرى على الالتزام الذى يكون محله مبلغاً من النقود . ويسرى كذلك على كل التزام محله عين غير معينة بالذات ، كالتزام بتسليم مائة أردب من القمح أو خمسين قنطاراً من القطن . ويسرى أخيراً على كل التزام محله عمل أو امتناع عن عمل . ففى هذه الالتزامات جميعاً ، إذا لم يوجد اتفاق صريح أو ضمنى على مكان الوفاء ، فالمكان هو موطن المدين وقت الوفاء، أو المكان الذى يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال . ومن ثم نرى أن الالتزام هنا يسعى له الدائن (quérable) ، ولا يسعى به المدين (portable) . وليس فى هذا إلا تطبيق للمبدأ العام الذى يقضى بأن الالتزام يفسر بما فيه مصلحة المدين [٣] .

وإذا غير الدائن موطنه أو مركز أعماله فى الفترة ما بين نشوء الالتزام وبين الوفاء ، فالعبرة بالموطن أو بمركز الأعمال وقت الوفاء لا وقت نشوء الالتزام . ذلك أن القاعدة إنما تقوم ، لا على افتراض إرادة الطرفين فيقال إن هذه الإرادة قد انصرفت إلى الموطن أو مركز الأعمال وقت نشوء الالتزام ، وإما تقوم على مصلحة المدين ، ومصلحته تقتضى أن يكون مكان الوفاء هو موطنه أو مركز أعماله وقت الوفاء [٤] .

على أن المدين يستطيع بعد نشوء الالتزام أن ينزل عن حقه فى أن يكون مكان الوفاء هو موطنه أو مركز أعماله ، إذا تصرف تصرفاً من شأنه أن يستخلص منه هذا النزول. فاذا كان الدين أقساطاً ، وأدى المدين أكثر الأقساط فى موطن الدائن ، فالمفروض أن الأقساط القليلة الباقية يجب الوفاء بها أيضاً فى موطن الدائن ، وأن المدين قد اتفق اتفاقا ضمنياً مع الدائن

---

(١) استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٤٣ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢٩ .

(٣) على أن المدين يسعى بالدين إلى موطن الدائن فى حالة العرض الحقيقى والايداع ، وقد سبق بيان ذلك.

(٤) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٠٨ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٨٦ – وكما يستطيع المدين أن يتمسك بأن يكون مكان الوفاء هو موطنه أو مركز أعماله وقت الوفاء كذلك يستطيع الدائن أن يجبر المدين على قبول الوفاء فى هذا المكان دون أى مكان آخر (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٠٩) .

على ذلك . ولكن مجرد دفع قسط أو قليل من الأقساط فى موطن الدائن لا يستفاد منه حتما أن المدين قد نزل عن حقه فى أن يكون مكان الوفاء بسائر الأقساط هو موطنه لا موطن الدائن [١] . فلو أن المؤمن له دفع بعض أقساط التأمين فى موطن الشركة [٢] ، فلا يستفاد من ذلك حتما أنه نزل عن حقه فى أن يكون الوفاء بسائر الأقساط فى موطنه هو [٣] . وعلى العكس من ذلك ، إذا اشترطت شركة التأمين على أن يكون الوفاء بالأقساط فى موطنها [٤] ، ثم استوفت بعض هذه الأقساط فى موطن المدين ، فلا يستفاد من ذلك حتما أنها نزلت عن حقها فى أن يكون الوفاء ببقية الأقساط فى موطنها ، لا سيما إذا ذكرت ذلك صراحة فى وثيقة التأمين ، وهذا ما لم يكن قد اضطرد استيفاؤها لأقساط التأمين فى موطن المدين واستقر تعاملها معه على ذلك [٥] .

٤٧٠ – نصوص خاصة بتعيين مكان الوفاء فى بعض العقود المسماة : وقد أشارت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إلى أنه «قد أنشأت بعض النصوص أحكاماً خاصة بشأن الوفاء فى بعض العقود المعينة كالبيع والإجارة» [٦] .

وقد رأينا فعلا أن الفقرة الأولى من المادة ٤٥٦ مدنى فى البيع تنص على أن «يكون الثمن مستحق الوفاء فى المكان الذى سلم فيه المبيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك» . ونصت المادة ٤٣٦ مدنى ، فى البيع أيضاً ، على أنه «إذا وجب تصدير المبيع للمشترى ، فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك» .

---

(١) ديمولومب ٢٧ فقرة ٢٧١ – هيك ٨ فقرة ٤٢ – بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥١٠ .

(٢) وقد جرت العادة أن يكون الوفاء بالقسط الأول فى موطن الشركة ، وكذلك يكون مكان الوفاء هو موطن الشركة فى جميع الأقساط التى حلت وأعذر فى شأنها المؤمن له (بلانيول وريبير وبسون ١١ فقرة ١٣٠٨ ص ٦٩٠ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٨٧ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٥٨٠ .

(٣) وكذلك إذا دفع المستأجر أقساط الأجرة من وقت إلى آخر فى موطن المؤجر لم يعد هذا حتما نزولا منه عن أن الوفاء بالأجرة يكون فى موطنه هو لا فى موطن المؤجر (استئناف مختلط ٥ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٦٠) .

(٤) ولا يجوز ، طبقاً للقانون الصادر فى فرنسا فى ١٣ يوليه سنة ١٩٣٠ (م ١٦) ، أن يكون هذا الشرط ضمن الشروط المطبوعة (بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٥٢٤ – بلانيول وريبير وبسون ١١ فقرة ١٣٠٨ ص ٦٩٠) .

(٥) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥١١ – وتفسير نية الشركة فى أنها أدخلت تعديلا ضمنياً فى مكان الوفاء ، فجعلته موطن المؤمن له لا موطنها هى ، مسألة واقع يبت فيها قاضى الموضوع ولا معقب عليه من محكمة النقض (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥١١ ص ٦٠٧ هامش رقم ١) .

(٦) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢٩ .

ونصت المادة ٥٦٦ مدنى ، فى الإيجار ، على أن «يسرى على الالتزام بتسليم العين المؤجرة ما يسرى على الالتزام بتسليم العين المبيعة من الأحكام ، وعلى الأخص ما يتعلق منها بزمان التسليم ومكانه وتحديد مقدار العين المؤجرة وتحديد ملحقاتها» .

ونصت الفقرة الثانية من المادة ٦٤٢ مدنى ، فى العارية ، على أنه «يجب رد الشئ فى المكان الذى يكون المستعير قد تسلمه فيه ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك» .

ونصت المادة ٦٥٥ مدنى ، فى المقاولة ، على أنه «متى أتم المقاول العمل ووضعه تحت تصرف رب العمل ، وجب على هذا أن يبادر إلى تسلمه فى أقرب وقت ممكن بحسب الجارى فى المعاملات . وإذا امتنع دون سبب مشروع عن التسليم رغم دعوته إلى ذلك بانذار رسمى ، اعتبر أن العمل قد سلم إليه» .

ونصت المادة ٦٩٠ مدنى ، فى عقد العمل ، على أن «يلتزم رب العمل أن يدفع للعامل أجرته فى الزمان والمكان اللذين يحددهما العقد أو العرف ، مع مراعاة ما تقضى به القوانين الخاصة فى ذلك» .

الباب الثانى

انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

٤٧١ – أسباب انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء: قدمنا أن الالتزام قد ينقضى، لا بالوفاء به عيناً، بل بما يعادل الوفاء، ويشمل هذا ما يأتى:

(١) الوفاء بمقابل (Dation an paiement).

(٢) التجديد (Novation).

(٣) المقاصة (Compensation).

(٤) اتحاد الذمة (Confusion).

ففى الوفاء بمقابل يعتاض الدائن عن استيفاء الدين عيناً بشئ يعادله. وفى التجديد يستوفى الدائن الدين الأصلى بدين جديد. وفى المقاصة يستوفى الدائن الدين الذى له بدين مقابل فى ذمته للمدين. وفى اتحاد الذمة يستوفى الدائن الدين الذى له بنفس هذا الدين بعد أن يصبح مديناً به.

الفصل الأول
الوفاء بمقابل(*)
(Dation en paiement)

٤٧٢ – أركانه وتكييفه القانونى والآثار التى تترتب عليه: قدمنا أن الدائن يستوفى محل الدين عينه، فلا يجبر على استيفاء شئ آخر فى مقابل دينه، ولو كان هذا الشئ أكبر قيمة من الدين. ومع ذلك إذا اتفق الدائن مع المدين على أن يستوفى شيئاً آخر فى مقابل دينه، واستوفى فعلا هذا الشئ الآخر، فان الدين ينقضى وتبرأ ذمة المدين، ولكن لا عن طريق الوفاء (paiement)، بل عن طريق الوفاء بمقابل (dation en paiement).

ومن ثم وجب أن نبحث: (أولا) ما هى الأركان التى يقوم عليها الوفاء بمقابل وما هو تكييفه القانونى. (ثانياً) وما هى الآثار التى تترتب عليه.

الفرع الأول
أركان الوفاء بمقابل وتكييفه القانونى

المبحث الأول
الأركان التى يقوم عليها الوفاء بمقابل

٤٧٣ – النصوص القانونى: تنص المادة ٣٥٠ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«إذا قبل الدائن فى استيفاء حقه مقابلا استعاض به عن الشئ المستحق، قام هذا مقام الوفاء(١)».

(*) مراجع: سيجونى (Segonge) فى الوفاء بمقابل فى القانون الرومانى والقانون الفرنسى رسالة من باريس سنة ١٨٨٠ – جمبو (Guimbaud) النظرية العامة فى الوفاء بمقابل فى القانون الرومانى والقانون الفرنسى رسالة من بواتييه سنة ١٨٨٩.

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ٤٨٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٦٢ فى المشروع النهائى. ثم وافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٥٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٢٣٥ – ٢٣٦).

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص(١).

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٤٨- وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٣٧ - وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٩٩- وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣١٨(٢).

٤٧٤- ركنان: ويمكن أن يستخلص من النص المتقدم الذكر أن هناك ركنين للوفاء بمقابل:

(الركن الأول) اتفاق بين الدائن والمدين(٣) على الاستعاضة عن محل الوفاء الأصلى بنقل ملكية شئ آخر من المدين إلى الدائن.

(الركن الثانى) تنفيذ هذا الاتفاق بنقل الملكية فعلا، فتبرأ ذمة المدين.

٤٧٥- اتفاق على الاستعاضة عن محل الوفاء الاصلى بنقل ملكية شئ آخر: يتفق الدائن مع المدين على أن يستعاض عن الوفاء بمحل الالتزام الأصلى الوفاء بنقل ملكية شئ آخر من المدين إلى الدائن. فإذا كان محل المدين الأصلى ألفاً من الجنيهات مثلاً، فان

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «أغفل التقنين القائم (السابق) الاعتياض - الوفاء بمقابل - فى نصوصه فوكل أمره بذلك إلى القواعد العامة. بيد أن المشروع آثر أن يختصه ببعض النصوص إزاء ما هو ملحوظ من ازدواج أثره، وتراكب طبيعته، فى فقه القانون» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٢٣٤). وأنظر أيضاً الموجز للمؤلف فقرة ٥٤٣.

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى م٣٤٨ (مطابقة للمادة ٣٥٠ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى الليبى م٣٣٧ (مطابقة للمادة ٣٥٠ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى العراقى م٣٩٩ (مطابقة للمادة ٣٥٠ من التقنين المدنى المصرى - وانظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٣٢٥ - فقرة ٣٢٦).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٣١٨: يسقط الدين إذا قبل الدائن، عوضاً عن التنفيذ، أداء شئ غير الذى كان يجب له - وإذا بدا شك ولم يعترض الدائن أو لم يبد تحفظاً عند الايفاء بأداء العوض، فالدائن يعد، إلى أن يقوم برهان على العكس، قابلا لذلك الايفاء ومبرئاً لذمة المدين. (والحكم متفق مع حكم التقنين المصرى).

(٣) ولا نرى ما يمنع من أن يتفق الدائن مع غير المدين على أن يستوفى الدين منه بمقابل. فينقل الغير إلى الدائن ملكية شئ مملوك للأول وفاء للدين. ثم يرجع الغير على المدين، إذا لم يكن هناك اتفاق بينهما، بدعوى الفضالة أو بدعوى الإثراء بلا سبب، بحسب الأحوال. وفى حالة الرجوع بدعوى الإثراء بلا سبب يطالب الغير المدين بأقل القيمتين، مقدار الدين وقيمة الشئ الذى أعطاه للدائن مقابلا للوفاء.

الطرفين يتفقان على أن يفى المدين للدائن بدلا من الألف من الجنيهات مائة قنطار من القطن الأشموني أو مائتى أردب من القمح الهندى أو أن ينقل إليه ملكية سيارة من طراز معين أو قطعة أرض معينة أو دار بالذات أو نحو ذلك. وقد يقع العكس، فيكون فى ذمة المدين أن ينقل للدائن مائة قنطار من القطن أو مائتى أردب من القمح أو ملكية سيارة أو أرض أو دار، فيتفقان على أن يعطى المدين للدائن بدلا من ذلك ألفا من الجنيهات(١). ولما كان الدائن، فى هذه الأحوال، يستوفى فى دينه محلا ليس هو عين محل الدين، فلابد إذن لهذا الوفاء بمقابل من اتفاق بين الدائن والمدين يكون لاحقاً لنشوء الدين، وفى الغالب يكون لاحقاً أيضاً لميعاد استحقاقه. والاتفاق يستدعى حتما رضاء الدائن أن يستوفى الدين بمقابل، فلا يجوز حمل الدائن على أخذ غير محل الدين إجباراً، ولا يتم ذلك إلا برضائه(٢).

ويجب أن تتوافر الأهلية الواجبة فى كل من الطرفين. فتتوافر فى الدائن أهلية استيفاء الدين على النحو الذى قدمناه فى الوفاء، لأن الوفاء بمقابل ينطوى على معنى استيفاء الدين. وتتوافر فى المدين، لا أهلية الوفاء بالدين فحسب، بل أيضاً أهلية التصرف، فانه يوفى دينه عن طريق نقل ملكية شئ إلى الدائن، فالوفاء بمقابل بالنسبة إليه ينطوى على معنى الوفاء وعلى معنى نقل الملكية فى وقت واحد.

ويجب أن تكون إرادة كل من الطرفين خالية من العيوب، فلا يشوبها غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال(٣).

---

(١) انظر جوسران ٢ فقرة ٩٢٦- الموجز المؤلف فقرة ٥٤٣- وقد يعطى المدين للدائن، مقابلا للوفاء، دينا له فى ذمة الغير. ولكن هذا يتم عادة لا عن طريق الوفاء بمقابل، بل عن طريق حوالة هذا الحق (cession de créance) للدائن، أو إنابة الغير فى الوفاء للدائن (délégation): انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٠١٨ - وقارن جوسران٢ فقرة ٩٢٦ ص٤٩٢.

(٢) وقد يعطى المدين الدائن شيئاً غير محل الدين، ولكن لا للوفاء بالدين بل كضمان له، كما إذا اتفق الطرفان على مد أجل الدين فى مقابل أن يعطى المدين للدائن رهنا. وفى هذه الحالة لا ينقضى الدين بداهة، بل يبقى قائما، ويكون الشئ الذى أعطاه المدين للدائن ليس مقابلا للوفاء بل هو رهن فى يد الدائن لضمان الدين. ويرجع فيما إذا كان الشئ الذى أعطاه المدين للدائن مقابلا للوفاء أو رهناً لنية الطرفين (دى باج٣ فقرة ٥٠٦ ص٤٨٤). فلا يكون هناك وفاء بمقابل إلا إذا اتفق الطرفان فى وضوح على نقل ملكية الشئ إلى الدائن. وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا سلم المستأجر محصولات الأرض إلى المؤجر وفاء بالأجرة بعد عمل الحساب، فلا يعنى ذلك إنه نقل ملكية المحصولات إلى المؤجر، بل أودعها عنده ضمانا للأجرة، ووكله فى بيعها ليستوفى الأجرة منها، فلا يجوز للمؤجر التمسك ببطلان حجز وقعه أحد دائنى المستأجر على هذه المحصولات بدعوى أن ملكيتها انتقلت إليه (استئناف مختلط ٦ يناير سنة ١٩١٥ ص١٠٧).

(٣) دى باج ٣ فقرة ٥٠٦ ص٤٨٦.

ويجب أن يكون للاتفاق محل وسبب. أما السبب فهو الوفاء بالدين الأصلى. وأما المحل فهو الاستعاضة عن المحل الأصلى بنقل ملكية شئ آخر من المدين إلى الدائن. فلابد إذن فى المحل من توافر شرطين: ١- ألا يكون داخلا فى نطاق الالتزام الأصلى، بل هو شئ جديد يستعاض به عن المحل الأصلى للالتزام. ومن ثم لا ينطوى الالتزام التخييرى ولا الالتزام البدلى على وفاء بمقابل، لأن المدين إذا اختار أحد محال الالتزام فى الالتزام التخييرى، أو اختار البدل فى الالتزام البدلى، فأداه، فانما يؤدى محلا داخلا فى نطاق الالتزام الأصلى متفقاً عليه منذ نشوء هذا الالتزام، فليس هو شيئاً جديداً خارجاً عن نطاق الالتزام الأصلى يستعاض به عن محل هذا الالتزام[١]. ٢- أن يكون نقل ملكية (datio)، فلا يجوز أن يكون التزاماً بعمل أو التزاماً بامتناع عن عمل[٢]. وإذا اتفق المقرض والمقترض على أن يستعاض عن رد القرض بأن يقوم المقترض بنسخ كتاب معين يطلبه من الدائن، فان هذا لا يكون وفاء بمقابل، بل يكون فى الغالب تجديداً (novation) بتغيير محل الدين[٣].

ويثبت الاتفاق على الوفاء بمقابل وفقاً للقواعد العامة فى الإثبات. فلا يجوز، فيما يزيد على خمسمائة جنيه، الإثبات إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها. على أنه إذا ثبت أن الدائن قد قبل تسلم شئ غير المستحق له دون تحفظ، فانه يفترض - حتى يقوم الدليل على العكس - أنه قد ارتضى أن يقوم ذلك مقام الوفاء[٤].

٤٧٦- تنفيذ الاتفاق بنقل الملكية فعلا إلى الدائن: ولا يكفى الاتفاق على مقابل الوفاء، بل يجب أيضاً تنفيذ هذا الاتفاق بنقل الملكية فعلا من المدين إلى

---

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٨٤ - دى باج ٣ فقرة ٥٠٦ ص٤٨٥.

(٢) الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص٥٨.

(٣) وإذا قبل الدائن استيفاء الدين بشيك أو بكمبيالة أو بأية ورقة مماثلة، لم تبرأ ذمة المدين من الدين إلا إذا قبض الدائن فعلا قيمة الشيك أو الكمبيالة أو الورقة المالية. وعندئذ ينقضى الدين، لا بالوفاء بمقابل، بل بالوفاء عينا كما سبق القول (دى باج٣ فقرة ٥٠٦ ص٤٨٥ - ص٤٨٦).

(٤) وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣١٨ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على هذا الحكم صراحة، فقضت بأنه «إذا بدا شك ما، ولم يعترض الدائن أو لم يبد تحفظا عند الايفاء بأداء العوض، فالدائن يعد، إلى أن يقوم برهان على العكس، قابلا لذلك الايفاء ومعترفاً بكونه مبرئاً لذمة المديون». انظر أيضاً المادة ٢/٣٦٤ من التقنين المدنى الألمانى.

وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى: «أما فيما يتعلق بالإثبات، فيفرض فى الدائن، إذا قبل الوفاء بغير ما هو مستحق له دون تحفظ، أنه قد ارتضى أن يقوم ذلك مقام الوفاء من المدين، إلا أن يقوم دليل يسقط هذه القرينة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٢٣٧).

الدائن[1]. فإذا كان المقابل مائة قنطار من القطن أو مائة أردب من القمح، وجب إفراز هذه المقادير حتى تنتقل ملكيتها إلى الدائن. وإذا كان المقابل سيارة وجب تعيينها بالذات، أو كان دار أو أرضاً وجب تسجيل الاتفاق على الوفاء بمقابل، حتى تنتقل ملكية السيارة أو الدار أو الأرض من المدين إلى الدائن[2].

وهذا ما يميز الوفاء بمقابل عن التجديد[3]، ففي التجديد يحل التزام جديد محل التزام قديم، فينقضي الالتزام القديم بقيام الالتزام الجديد. أما في الوفاء بمقابل فلا يكفي قيام الالتزام الجديد، أي الالتزام بنقل الملكية، بل يجب تنفيذه أي نقل الملكية فعلا إلى الدائن. فإذا اقتصر الطرفان على إنشاء التزام بنقل الملكية يحل محل الالتزام الأصلي، فانما يكون ذلك تجديداً بتغيير محل الدين لا وفاء بمقابل[4].

المبحث الثاني

التكييف القانوني للوفاء بمقابل

٤٧٧ – تضارب الفقه في التكييف القانوني للوفاء بمقابل: بعد أن بسطنا أركان الوفاء بمقابل، بقي أن نبين ما هو التكييف القانوني لهذا السبب من أسباب انقضاء الالتزام. وقد تضارب الفقه في هذا التكييف، حتى أصبحت هذه المسألة الغامضة في حاجة إلى شئ من التجلية والوضوح.

وهناك تكييف يتبادر إلى الذهن لأول وهلة، هو أن يكون الوفاء بمقابل بيعاً فيكون المقابل قد بيع بالدين. وكان للقانون الفرنسي القديم تكييف آخر، هو أن الوفاء بمقابل ضرب من الوفاء (paiement) يتميز بأن المحل الأصلي فيه قد تغير. وهناك تكييف ثالث، هو الذي أخذ يتغلب الآن في الفقه، يجعل الوفاء بمقابل عملا مركباً من تجديد ووفاء

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٢٣٧.

(٢) ويترتب على ذلك أن الوفاء بمقابل لا يمكن أن يتم عن طريق الوصية، بأن يوصي المدين لدائنه بمال للوفاء بالدين. وذلك لأن الوصية يجوز الرجوع فيها دائما، ولا تنتقل ملكية الموصى به في حياة الموصي (نقض مدني أول أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٣٨ ص٩٥). كذلك لا يتم الوفاء بمقابل إذا احتفظ المدين لنفسه بحق استرداد العقار الذي سلمه وفاء لدينه (استئناف مختلط ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م٤١ ص٧٩).

(٣) الأستاذ عبد الحي حجازي٣ ص٥٩.

(٤) كولان وكابيتان ودي لاموراندييرr٢ فقرة ٩٨٨ ص٦٤٩ – جوسران٢ فقرة ٩٢٦ ص٤٩٢.

عن طريق نقل الملكية[1].

٤٧٨ – الوفاء بمقابل بيع تليه مقاصة: يتبادر إلى الذهن لأول وهلة أن الوفاء بمقابل ينتهى إلى التحليل الآتى: اتفق الدائن مع المدين على أن يشترى الأول من الثانى المقابل الذى يقدمه الثانى – القطن أو القمح أو السيارة أو الأرض أو الدار الخ – بثمن يعادل قيمة الدين الذى فى ذمته. فتتم صفقة البيع أولا، ويصبح الدائن مديناً بثمن هو معادل فى الجنس والمقدار للدين الذى له. فتقع مقاصة قانونية ما بين هذا الدين والثمن، فينقضى كلاهما بالمقاصة. ويبقى المدين بعد ذلك ملتزماً نحو الدائن بنقل ملكية المقابل[1].

وعيب هذا التكييف أنه يقف بالوفاء بمقابل عند المرحلة الأولى، ولا يستلزم أن تنتقل الملكية فعلا إلى الدائن. فلو فرضنا أن مقابل الوفاء هو مقادير من القطن أو من القمح، فيكفى، طبقاً لهذا التكييف، أن يلتزم المدين للدائن بنقل ملكية هذه المقادير حتى يتم الوفاء بمقابل وتبرأ ذمة المدين من الدين الأصلى. وقد قدمنا أن الوفاء بمقابل لا يتم إلا إذا انتقلت الملكية فعلا إلى الدائن، ولا تبرأ ذمة المدين من دينه الأصلى إلا عند نقل

---

(١) انظر فى بسط هذا الرأى بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٨٦ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٤٩ ص٦٥٩.

(1) إن الوفاء بالدين بغير النقد قد اختلف فى تكييفه. ففى رأى اعتبر استبدالا للدين باعطاء شئ فى مقابله. وفى رأى آخر اعتبر كالبيع تسرى عليه جميع احكامه. ومحكمة النقض ـترى أنه فى حقيقته كالبيع إذ تتوافر فيه جميع أركانه، وهى الرضاء والشئ المبيع والثمن. فالشئ الذى أعطى للوفاء يقوم مقام المبيع، والمبلغ الذى أريد الوفاء به يقوم مقام الثمن الذى يتم دفعه فى هذه الحالة بطريق المقاصة، ومن ثم يجب أن يسرى على هذا النوع من الوفاء جميع أحكام القانون المقررة للبيع.

فإذا كانت الواقعة الثابتة بالحكم هى أن الدائن ومدينه اتفقا على أن يبيع المدين إلى الدائن قدراً من أطيانه مقابل مبلغ ما كان باقياً عليه من دين سبق أن حوله الدائن إلى أجنبى، وتعهد الدائن باحضار مخالصة من ذلك الأجنبى، عند التصديق على عقد البيع، وحرر بين الطرفين فى تاريخ هذا الاتفاق عقد بيع عن الأطيان الواردة به، ثم تم التوقيع على عقد البيع النهائى ولم يحضر الدائن المخالصة من الأجنبى، بل إن هذا الأخير استمر فى إجراءات التنفيذ بالنسبة لباقى الدين ونزع ملكية المدين من أطيان أخرى حتى بيعت بالمزاد، فرأت المحكمة من هذا أنه مع قيام الأجنبى بالتنفيذ على هذه الأطيان الأخرى للحصول على باقى الدين تكون الأطيان المبيعة للدائن تحت يده من غير مقابل، وعلى هذا الأساس قضت بفسخ العقد، فانها تكون قد أصابت، لأنه بالقياس على البيع يكون للمدين – الذى هو فى مركز البائع – الحق فى فسخ العقد إذا حال الدائن الذى أخذ الأطيان وفاء لدينه دون حصول المقاصة عن هذا الدين بمتابعة التنفيذ وفاء لدينه إذ يكون الدائن – والحالة هذه كأنه مشتر لم يدفع الثمن.

(الطعن ١٢٣ لسنة ١٣ق – جلسة ١٩٤٤/٥/١٨)

هذه الملكية. أما إذا وقفنا عند هذه المرحلة الأولى، فانما نواجه تجديداً بتغيير محل الدين لا وفاء بمقابل كما سبق القول.

٤٧٩ – الوفاء بمقابل ضرب من الوفاء تغير فيه المحل الأصلي: وهذا هو التكييف الذى كان سائداً فى القانون الفرنسى القديم، وكان يقول به دوما وبوتييه، ولا يزال يقول به بعض فقهاء القانون الفرنسى الحديث.

ففى القانون الفرنسى القديم كان الوفاء بمقابل ضرباً من الوفاء، استعيض فيه عن الشخص المستحق أصلا بشئ آخر، وذلك باتفاق الطرفين. فهو كالوفاء يقضى الدين ذاته بطريق مباشر، ولكن يقضيه بمقابل الشئ المستحق لا بالشئ المستحق نفسه. أما فى التكييف الأول فقد رأينا أن المقابل يقضى الدين ذاته، ولكن بطريق غير مباشر، بأن يجعل ثمنه قصاصاً فى هذا الدين. وسنرى فى التكييف الثالث أن المقابل لا يقضى الدين ذاته، ولكن ديناً آخر نشأ من طريق التجديد.

ويترتب على هذا التكييف الثانى أن الدائن، إذا استحق فى يده مقابل الوفاء، لم يرجع على المدين بدعوى ضمان الاستحقاق التى يرجع بها المشترى على البائع. فهو لم يشتر المقابل كما هو التصوير فى التكييف الأول، بل استوفى به الدين الذى له فى ذمة المدين. فإذا استحق المقابل فى يده بطل الوفاء، واستتبع ذلك رجوع الدين الأصلى، فيعود فى ذمة المدين بجميع ما كان له من ضمانات، ويرجع الدائن على المدين لا بدعوى ضمان الاستحقاق بل بدعوى هذا الدين نفسه(١).

وكان هذا التكييف القانونى يستقيم، ويتفق مع إرادة الطرفين، لولا أنه من المقرر أن الوفاء بمقابل يقضى التأمينات التى كانت للدين الأصلى ولو استحق المقابل. انقضاء التأمينات هذا مقرر فى الفقه الفرنسى، ويؤيده نص صريح فى التقنين المدنى الفرنسى خاص بالكفالة، فقد نصت المادة ٢٠٣٨ من هذا التقنين على أن قبول الدائن باختياره

---

(١) دوما فى القوانين المدنية القسم الأول الكتاب الثالث الباب الأول الفرع السابع فقرة ٦– بوتييه فى الالتزامات فقرة ٦٠٤– وانظر فى فقهاء القانون الفرنسى الحديث: سيجونى Segogne فى الوفاء بمقابل فى القانون الرومانى والقانون الفرنسى رسالة من باريس سنة ١٨٨٠ ص٨٣– ص١٠٠ – جمبو Cuimbaud فى الوفاء بمقابل فى القانون الرومانى والقانون الفرنسى رسالة من بواتييه سنة ١٨٨٩ ص١٨٥– ص٢٠٦– وقارب بلانيول وريبير وبولانجيه٢ فقرة ٢٠١٩. ويقرب من هذا التكييف ما يذهب إليه الأستاذ عبد الحى حجازى (جزء ٣ ص٦٢) من أن الوفاء بمقابل عقد عينى تنتقل به ملكية شئ من ذمة المدين إلى ذمة الدائن ويترتب عليه الوفاء بالتزام سابق.
ويتحمس فى الدفاع عن هذا التكييف من الفقهاء المعاصرين دى باج: انظر الجزء الثالث فقرة ٥١١.

عقاراً أو أى عرض استيفاء للدين الأصلى يبرئ الكفيل، حتى لو استحق الشئ فى يد الدائن(١). ويقيس الفقه الفرنسى على الكفالة سائر التأمينات. أما فى مصر فالنص واضح فى أن التأمينات التى كانت للدين الأصلى تزول، وسنرى أن المادة ٣٥١ مدنى تقضى بأن يسرى على الوفاء بمقابل «من حيث أنه يقضى الدين، أحكام الوفاء، وبالأخص ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات(٢)». ثم طبق التقنين المدنى المصرى هذا الحكم تطبيقاً خاصاً فى الكفالة. فنص فى المادة ٧٨٣ – وهى المقابلة للمادة ٢٠٣٨ مدنى فرنسى – على أنه «إذا قبل الدائن أن يستوفى فى مقابل الدين شيئاً آخر، برئت ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشئ».

ولا شك فى أن انقضاء التأمينات إلى غير رجعة لا يتفق مع التكييف القانونى الذى نحن بصدده، فان من مقتضيات هذا التكييف أن يعود الدين الأصلى إذا أبطل الوفاء بمقابل أو استحق المقابل فى يد الدائن، ومتى عاد الدين الأصلى عادت معه جميع التأمينات التى كانت تكفله.

٤٨٠ – الوفاء بمقابل عمل مركب من تجديد ووفاء عن طريق نقل الملكية: والتكييف القانونى الذى أخذ يتغلب فى الفقه المعاصر، وهو التكييف الذى يساير النصوص التشريعية فى مصر وفى فرنسا، هو أن الوفاء بمقابل عمل مركب. فهو مزيج من التجديد والوفاء

---

(١) ويذهب سيجونى Segogne ، فى الرسالة التى أسلفنا الإشارة إليها، إلى أن بوتييه قرر هذا الحكم فى خصوص الكفيل وحده، دون سائر التأمينات، لاعتبارات خاصة بالكفيل. فإن الدائن، بعد أن استوفى دينه بمقابل للوفاء، وبعد أن برئت ذمة الكفيل، لا يفكر فى الرجوع على الكفيل، إذا استحق المقابل فى يده، إلا إذا كان المدين معسراً. فيضار الكفيل بهذا الإعسار، ويكون من حقه أن يدفع رجوع الدائن عليه، ما دام الدائن هو الذى قبل أن يستوفى دينه بمقابل وترك المدين حتى أعسر، ففوت على الكفيل الفرصة فى أن يرجع على المدين إذا وفى عنه الدين (بوتييه فى الالتزامات فقرة ٤٠٧). وقد نقل التقنين المدنى الفرنسى هذا الحكم عن بوتييه، وقصره على الكفيل (سيجونى ص٨٨– ص٩٠).

ويرد بودرى وبارد على هذه الحجة بأن التقنين المدنى الفرنسى فى المادة ٢٠٣٨ جعل براءة الكفيل «حتى لو استحق المقابل فى يد الدائن، حكما عاما، ولم يقصره على حالة ما إذا كان المدين معسراً. وهذا يدل على أن الوفاء بمقابل من شأنه تجديد الدين الأصلى، فينقضى هذا الدين بالتجديد وتنقضى معه تأميناته والكفالة من بينها. ويظهر ذلك فى وضوح تام عند الرجوع إلى الأعمال التحضيرية للتقنين المدنى الفرنسى، فقد وردت فيها عبارات صريحة كل الصراحة فى هذا المعنى (انظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٨٥ ص١٧٩١– ص١٧٩٢– وانظر فى الرد على بودرى وبارد: دى باج ٣ فقرة ٥١١ ص٤٩١).

(٢) انظر عكس ذلك فى عهد التقنين المدنى السابق: استئناف مختلط ٢٥ نوفمبر سنة ١٩١٩ م٣٣ ص٢٧.

عن طريق نقل الملكية، وتتلاقى فيه عناصر من كل ذلك، فيجمع فى أحكامه بين كل منها.

فالوفاء بمقابل هو أولا تجديد بتغيير محل الدين. إذ الدائن والمدين يتفقان بادئ ذى بدء على تغيير المحل الأصلى للدين بمحل جديد هو المقابل للوفاء، ومتى دخل فى الدين هذا التعديل الجوهرى فقد أصبح ديناً جديداً يحل محل الدين القديم، وهذا هو التجديد. ويترتب على هذه الخطوة الأولى أن الدين الأصلى ينقضى، وتنقضى معه تأميناته، عن طريق التجديد، لا عن طريق الوفاء كما هو الأمر فى التكييف الثانى، ولا عن طريق المقاصة كما هو الأمر فى التكييف الأول.

ثم إن الدين الجديد – وهو دائماً التزام بنقل ملكية المقابل الذى استعيض به عن المحل الأصلى للدين – ينفذ عن طريق الوفاء (paiement). فتنتقل الملكية فعلا إلى الدائن كما قدمنا، وبذلك يتم الوفاء بمقابل. وفى هذه الخطوة الثانية ينطوى الوفاء بمقابل على معنيين: (أولا) معنى الوفاء، إذ الدين الجديد يوفى به عيناً فينقضى، وهو هنا ينقضى بالوفاء (paiement)، كما انقضى الدين القديم بالتجديد (novation) فيما قدمنا. (ثانياً) ومعنى نقل الملكية، إذ الوفاء بالدين الجديد معناه نقل ملكية المقابل إلى الدائن كما تنتقل ملكية المبيع إلى المشترى. ونرى من ذلك أن هذه الخطوة الثانية تكسب الوفاء بمقابل مقوماته الجوهرية: تكسبه معنى الوفاء فيأخذ أحكامه، وتكسبه معنى نقل الملكية فيأخذ أيضاً بعض أحكامه، وهذا كله إلى معنى التجديد الذى رأيناه فى الخطوة الأولى والذى انقضى الدين الأصلى به[1].

ويخلص من هذا التكييف القانونى أمران: (١) أن الدين الأصلى فى الوفاء بمقابل لا ينقضى بالوفاء ولا بالمقاصة، وإنما ينقضى بالتجديد. أما الدين الجديد الذى حل محل الدين الأصلى فينقضى بالوفاء عيناً، لا بمقابل الوفاء[2]. (٢) إن

---

(١) انظر فى هذا المعنى أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٨ هامش رقم ١ وفقرة ٣٢٤ هامش رقم ٤٨– لوران ١٨ فقرة ٣٢٣ و٣١ فقرة ٣٦٣ – ديمولومب ٢٧ فقرة ٢٣- و٢٨ فقرة ٢٨٨ وما بعدها – بودرى وبارد٢ فقرة ١٦٨٥ ص٧٨٨ – ص٧٨٩ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٤٩ ص٦٥٩ وفقرة ١٢٥٠ ص٦٥٩ – ص٦٦٠ – بيدان لاجارد ٨ فقرة ٤٩٤ – جوسران ٢ فقرة ٩٢٨ ص٤٩٣.

وانظر فى هذا المعنى أيضاً الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٨١.

وانظر انتقاداً لا يخلو من المبالغة لهذا التكييف فى دى باج٣ فقرة ٥١٠– فقرة ٥١١.

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «ويراعى أن الوفاء بالدين القديم لا يتم بمقتضى الإدلاء بالعوض، وإنما ينشأ التزام جديد يحل محل هذا الدين، وهذا الالتزام هو الذى ينقضى بالوفاء فور الوقت عن طريق انتقال حق الملك فى ذلك العوض. فالاعتياض والحالة هذه ليس إلا تجديداً يتبع بالوفاء بالالتزام الجديد على الفور» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٢٣٧).

الوفاء بمقابل يجمع فى أحكامه بين معنى الوفاء ومعنى نقل الملكية[1]، وهذا ما ننتقل الآن إليه.

الفرع الثانى
الآثار التى تترتب على الوفاء بمقابل

٤٨١ – النصوص القانونية: تنص المادة ٣٥١ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«يسرى على الوفاء بمقابل، فيما إذا كان ينقل ملكية شئ أعطى فى مقابلة الدين، أحكام البيع، وبالأخص ما تعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية. ويسرى عليه، من حيث أنه يقضى الدين، أحكام الوفاء، وبالأخص ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات»[2].

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص[3].

---

(١) فالوفاء بمقابل هو إذن تصرف قانونى مركب (acte juridique complexe) من تجديد ونقل ملكية ووفاء. وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى: «بيد أن المشروع آثر أن يخصه (الوفاء بمقابل) ببعض النصوص إزاء ما هو ملحوظ من ازدواج وتراكب طبيعته فى فقه القانون: فيراعى من ناحية أن الإدلاء بعوض ينقل ملكية ما يؤدى فى مقابل الوفاء، وفى هذه الحدود تطبق أحكام البيع. ويراعى من ناحية أخرى أنه يهيئ للمدين طريقاً لإبراء ذمته من الدين، وفى هذا النطاق تطبق قواعد الوفاء. وقد يقال أخيراً إن الاعتياض ينتهى أمره إلى تجديد يعقبه الوفاء مباشرة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٢٣٤).

(٢) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ٤٨٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، فيما عدا العبارة الآتية التى وردت فى المشروع التمهيدى: «يسرى على الوفاء بمقابل، من حيث إنه ينقل ملكية الشئ الذى أعطى فى مقابلة الدين...»، وفيما عدا عبارة «احتساب الخصم» فى المشروع التمهيدى. وفى لجنة عدلت عبارة: «من حيث أنه ينقل ملكية الشئ الخ» بعبارة «فيما إذا كان ينقل ملكية شئ». وكانت عبارة المشروع التمهيدى أدق فى المعنى من عبارة لجنة المراجعة، لأن العبارة الأخيرة توهم أن الوفاء بمقابل قد لا ينقل الملكية فى بعض صوره، وقد رأينا إنه ينقل الملكية فى جميع الصور (قارن مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٢٣٨). وأصبح رقم المادة ٣٦٣ فى المشروع التمهيدى. ووافق مجلس النواب على النص. وفى لجنة مجلس الشيوخ عدلت عبارة «احتساب الخصم» بعبارة «تعيين جهة الدفع». ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته تحت رقم ٣٥١ (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٢٣٦ وص٢٣٨ – ص٢٣٩).

(٣) الموجز للمؤلف فقرة ٥٤٣– الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٧٩٣– فقرة ٧٩٤.

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٤٩ – وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٣٨– وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٤٠٠– وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣١٩(١).

ويخلص من هذا النص أن الوفاء بمقابل مزدوج الأحكام، فتسرى عليه أحكام البيع باعتباره ناقلا للملكية، وتسرى عليه أحكام الوفاء باعتبار أنه يقضى الدين.

٤٨٢– الوفاء بمقابل باعتباره ناقلا للملكية: لما كان الوفاء بمقابل ينقل ملكية المقابل من المدين إلى الدائن، فانه يسرى عليه من هذه الناحية أحكام البيع وأحكام نقل الملكية بوجه عام.

وقد ذكر النص من هذه الأحكام ثلاثة على وجه التخصيص(٢):

١– أهلية المتعاقدين: وقد قدمنا أنه يشترط فى المدين أن تتوافر فيه، لا أهلية الوفاء فحسب، بل أيضاً أهلية التصرف. وكذلك يشترط فى الدائن أهلية الالتزام(٣).

٢– ضمان الاستحقاق: فإذا استحق المقابل فى يد الدائن، رجع على المدين. ولا يرجع بالدين الأصلى، فان هذا الدين قد انقضى بالتجديد كما قدمنا، وقد انقضت تأميناته معه، فلا يعود ولا تعود. وإنما يرجع بضمان الاستحقاق كما يرجع المشترى على البائع، لأنه إنما يطعن فى التصرف الخاص بنقل الملكية لا التصرف الخاص بالتجديد. إذ التجديد قد أصبح باتا لا رجوع فيه، وهو الذى قضى الدين الأصلى بتأميناته، وأقام مقامه الدين الجديد الذى يستوجب تنفيذه نقل الملكية(٤).

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى م٣٤٩ (مطابقة للمادة ٣٥١ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى الليبى م٢٣٨ (مطابقة للمادة ٣٥١ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى العراقى م٤٠٠ (مطابقة للمادة ٣٥١ من التقنين المدنى المصرى – وانظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٣٢٧ – فقرة ٣٢٨).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٣١٩: إن قواعد البيع تطبق مبدئياً على الإيفاء بأداء العوض، ولا سيما القواعد المختصة بالضمان وبأهلية المتعاقدين – على أن قواعد الإيفاء تطبق بالقياس وبقدر المستطاع، ولا سيما فيما يختص بتعيين جهة الإيفاء. (والحكم متفق مع حكم التقنين المصرى، وإذا كان نص التقنين اللبنانى لم يذكر انقضاء التأمينات صراحة، إلا أن هذا الانقضاء يستخلص بداهة من قواعد الوفاء الواجبة التطبيق).

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٢٣٧.

(٣) جوسران٢ فقرة ٩٢٩.

(٤) وقد يقال إنه ما يتفق مع نية الطرفين، فى حالة ما إذا لم تخلص ملكية المقابل للدائن، أن يفسخ الوفاء بمقابل فى مجموعه، بما تنطوى عليه من تجديد ووفاء ونقل ملكية، ويعود الدين الأصلى =

ولما كان الدائن يرجع على المدين بضمان الاستحقاق كما قدمنا، فانه يرجع، طبقاً لأحكام هذا الضمان، بما يأتي: (١) قيمة المقابل وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت. (٢) وقيمة الثمار التى ألزم الدائن بردها لمن استحق المقابل. (٣) والمصروفات النافعة التى لا يستطيع الدائن أن يلزم بها المستحق، وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان المدين سيئ النية. (٤) وجميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق عدا ما كان الدائن يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر المدين بالدعوى. (٥) وبوجه عام التعويض عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المقابل(١).

ولاشك فى أن الرجوع بضمان الاستحقاق أرجح للدائن من الرجوع بالدين الأصلى، ولكن تأمينات الدين الأصلى تزول كما قدمنا فلا تكفل ضمان الاستحقاق.

٣- ضمان العيوب الخفية: فإذا لم يستحق المقابل، ولكن الدائن كشف فيه عيباً خفياً، فانه يرجع على المدين بضمان العيوب الخفية، كما يرجع المشترى على البائع، طبقاً لأحكام المواد ٤٤٧ - ٤٥٤ مدنى. ويخلص من هذه النصوص أن العيب لو أثر فى المقابل إلى حد لو علمه الدائن لما رضى بهذا المقابل، كان له أن يرده إلى المدين وأن يطالبه بالتعويض على النحو الذى بيناه فى ضمان الاستحقاق. أما إذا اختار الدائن استبقاء المقابل، أو كانت الخسارة لم تبلغ الحد المتقدم الذكر، لم يكن له إلا أن يطالب المدين بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب (م٤٥٠ و٤٤٤ مدنى)(٢).

=إلى ذمة المدين. وقد جاء فى هذا المعنى فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «ولا يكون للدائن فى هذه الحالة إلا حق الرجوع بدعوى الضمان، ما لم يطلب الحكم بفسخ الاعتياض ذاته: قارن المادة ٩٩٨ من التقنين البرازيلى، وهى تقضى بأن الدين القديم يعود إلى الوجود ويزول أثر المخالصة الخاصة به متى استحق العرض» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٢٣٧ - ٢٣٨). انظر أيضاً المادة ٢/١١٩٧ من التقنين المدنى الإيطالى الجديد - والأستاذ عبد الحى حجازى٣ ص٦٤ - ص٦٥.

ولكن القول برجوع الدين الأصلى، عن طريق فسخ الوفاء بمقابل فى مجموعة، يقتضى أن يرجع مع المدين الأصلى تأميناته التى كانت تكفله، وهذا يتعارض مع نص القانون الصريح من أن التأمينات تنقضى. ومن ثم لا يكون للدائن، فى حالة استحقاق المقابل، إلا الرجوع بضمان الاستحقاق على الوجه الذى سنبسطه، ولا يجوز له فسخ التجديد. فيبقى الدين الجديد قائماً، ولا يعود الدين الأصلى ولا تعود تأميناته (انظر فى هذا المعنى أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢٤ ص٣٣٤- بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٥٤ - كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ٩٨٨).

(١) انظر المادة ٤٤٣ من التقنين المدنى فى ضمان الاستحقاق.

(٢) كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ٩٨٨ ص٦٤٩- أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ dation en paiement فقرة ١٧.

ولما كان نص المادة ٣٥١ مدنى لم تحصر أحكام البيع التى تسرى على الوفاء بمقابل فى الأحكام الثلاثة المتقدمة الذكر، بل ذكرتها على سبيل التمثيل والتخصيص، فانه يبدو أن بعض أحكام البيع الأخرى – كحق امتياز البائع إذا كان هناك معدل (soulte) يدفعه الدائن للمدين[١]، وحق الفسخ إذا لم يوف الدائن بهذا المعدل، وحق تكملة الثمن للغبن فيما إذا كان الدائن قاصراً وكان المقابل عقاراً تقل قيمته عن أربعة أخماس الدين[٢]، تسرى على الوفاء بمقابل[٣].

٤٨٣ – الوفاء بمقابل باعتباره وفاء: ثم إن الوفاء بمقابل، باعتباره وفاء، يقضى الدين الجديد الذى حل محل الدين الأصلى كما قدمنا. أما الدين الأصلى فقد انقضى بالتجديد، كما سبق القول.

ومن ثم لا تترتب النتائج الآتية[٤]:

١– تزول التأمينات التى كانت للدين الأصلى، ولا تعود حتى لو استحق المقابل فى يد الدائن، على النحو الذى قدمناه. وهذه النتيجة مترتبة على أن الدين الأصلى قد انقضى وانقضت معه تأميناته عن طريق التجديد[٥].

٢– تتبع الأحكام المتعلقة بتعيين جهة الدفع (imputation du paiement) فيما إذا كان فى ذمة المدين للدائن عدة ديون من جنس واحد وقد دفع المدين مقابلا للوفاء ببعضها دون بعض، فيكون له وقت الدفع أن يبين الدين الذى دفع مقابله. فان لم يبين، كان الدين المدفوع له المقابل هو الدين الحال، ثم الدين الأكثر كلفة على المدين. فان تعادلت الديون فى الحلول وفى الكلفة على المدين، كان للدائن أن يعين الدين الذى استوفى مقابله.

---

(١) كولان وكابيتان ودى لاموراندييير ٢ فقرة ٩٣٧ – أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ dation en paiement فقرة ١٦.

(٢) كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ٩٣٧ – أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ dation en paiement فقرة ١٥– قارن بودرى وبارد٢ فقرة ١٦٨٧ مكررة أولا – فقرة ١٦٨٨. وانظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٥٣ وفقرة ١٢٥٥.

(٣) وكذلك تدفع رسوم انتقال الملكية فى الوفاء بمقابل بنفس المقدار التى تدفع به فى البيع (استئناف مختلط ٣٠ أبريل سنة ١٨٩١ م٣ ص٣١٧– وانظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٥٣).

(٤) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٢٣٧– ص٢٣٨.

(٥) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٥٢ – جوسران ٢ فقرة ٩٢٩.

٣- إذا تبين أن المدين قد دفع مقابلا لدين لا وجود له، اتبعت أحكام الوفاء لا أحكام نقل الملكية. ومن ثم لا يرجع المدين على الدائن بمقدار الدين، ولكن يسترد منه المقابل الذى دفعه بدعوى استرداد غير المستحق(١).

٤- يجوز لدائنى المدين أن يطعنوا بالدعوى البولصية فى الوفاء بمقابل باعتبار أنه وفاء. فإذا وفى المدين المعسر، وفاء بمقابل، أحد دائنيه قبل انقضاء الأجل الذى عين أصلا للوفاء، لم يسر هذا الوفاء فى حق باقى الدائنين. وكذلك لا يسرى فى حقهم الوفاء بمقابل ولو حصل بعد انقضاء هذا الأجل، إذا كان قد تم نتيجة تواطؤ بين المدين والدائن الذى استوفى المقابل(٢).

---

(١) أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ dation en paiement فقرة ١٨- ويمكن القول أيضا إن الذى أعطى المقابل، وقد تبين أنه غير مدين، يكون بمثابة البائع الذى لم يستوف الثمن من المشترى، فيفسخ البيع ويسترد المبيع. وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه إذا كانت الواقعة الثابتة بالحكم هى أن الدائن ومدينه اتفقا على أن يبيع المدين إلى الدائن قدراً من أطيانه مقابل مبلغ ما كان باقياً عليه من ديون سبق أن حوله الدائن إلى أجنبى، وتعهد الدائن باحضار مخالصة من ذلك الأجنبى عند التصديق على عقد البيع، وحرر بين الطرفين فى تاريخ هذا الاتفاق عقد بيع عن الأطيان الواردة به، ثم تم التوقيع على عقد البيع النهائى، ولم يحضر الدائن المخالصة من الأجنبى، بل إن هذا الأخير استمر فى إجراءات التنفيذ بالنسبة إلى باقى الدين فنزع ملكية المدين من أطيان أخرى حتى بيعت بالمزاد، فرأت المحكمة من هذا أنه مع قيام الأجنبى بالتنفيذ على هذه الأطيان الأخرى للحصول على باقى الدين تكون الأطيان المبيعة للدائن تحت يده من غير مقابل، وعلى هذا قضت بفسخ العقد، فإنها تكون قد أصابت، لأنه بالقياس على البيع يكون للمدين - الذى هو فى مركز البائع - الحق فى فسخ العقد إذا حال الدائن الذى أخذ الأطيان وفاء لدينه دون حصول المقاصة عن هذا الدين بمتابعة التنفيذ وفاء لدينه، إذ يكون الدائن والحالة هذه كأنه مشتر لم يدفع الثمن (نقض مدنى ١٨ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٣٩ ص٣٨٥).

(٢) وذلك كله قياساً على المادة ٢/٢٤٢ مدنى، وقد وردت فى خصوص الطعن بالدعوى البولصية فى الوفاء، فيمكن قياس الوفاء بمقابل على الوفاء. انظر: استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م٢٤ ص٢٨٧ - ٣٠ مايو سنة ١٩١٤ م٢٦ ص٤٠٢- ١٥ يونيه سنة ١٩١٦ م٢٨ ص٤٣٣- وانظر الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص٦٦.

الفصل الثانى
التجديد والانابة فى الوفاء(*)
(Novation et délégation)

الفرع الأول
التجديد
(Novation)

٤٨٤ – التجديد نظام قانونى محدود الأهمية – شروطه والآثار التى تترتب عليه: التجديد هو استبدال دين جديد بدين قديم، فيكون سبباً فى قضاء الدين القديم وفى نشوء الدين الجديد. فالتجديد إذن هو سبب لانقضاء الالتزام، وهو فى الوقت ذاته مصدر لنشوء الالتزام. فهو اتفاق (convention) على قضاء الالتزام القديم، وعقد (contrat) لإنشاء الالتزام الجديد، وهو فى الحالتين تصرف قانونى (acte juridique). ويتميز الدين الجديد عن الدين القديم إما بتغيير فى الدين (أى فى محله أو فى مصدره)، وإما بتغيير المدين، وإما بتغيير الدائن.

والتجديد كنظام قانونى أصبح اليوم محدود الأهمية خلافا لما كان عليه الأمر فى القانون الرومانى(١)، وقل الالتجاء إليه فى التعامل. فالتجديد بتغيير الدين أصبح يغنى عنه

(*) مراجع: بول جيد (Paul Gide) دراسة فى التجديد وحوالة الحق فى القانون الرومانى سنة ١٨٧٩ – بيتى (Petit) نظرات (réflexions) فى الحوالة: المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٠ ص٩٥– هيبير (Hubert) بحث فى النظرية القانونية للإنابة رسالة من بواتييه سنة ١٨٩٩ – نجر (Nègre) شروط الانعقاد والصحة فى التجديد رسالة من إكس سنة ١٩٢٠ – تالير (Thaller) الصبغة القانونية لسند الائتمان: حوليات القانون التجارى سنة ١٩٠٦ وسنة ١٩٠٧ – كابيتان (Capitant) فى السبب.

(١) لم تكن حوالة الحق ولا حوالة الدين معروفة فى القانون الرومانى على ما قدمنا، فكان التجديد يقوم مقام الحوالة. على أن التجديد فى القانون الرومانى كان يختلف فى جوهره عن التجديد فى القوانين الحديثة. فهو لم يكن يغير من محل الدين، بل كان يغير شكله، فيفرغة غالباً فى عقد لفظى (stipulatio) وأحياناً فى عقد كتابى (litteris)، فيكسبه جدة ويزيد فى قوته. وقد يكون التجديد بتغيير الدائن أو بتغيير المدين ليقوم مقام حوالة الحق أو حوالة الدين، بل قد يكون بتغيير عنصر غير =

الوفاء بمقابل، وتغنى حوالة الدين عن التجديد بتغيير المدين، وحوالة الحق عن التجديد بتغيير الدائن. ومن ثم أختفى التجديد فى بعض التقنينات الحديثة كالتقنين الألمانى[1]، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك.

ونبحث فى التجديد: (أولا) شروطه (ثانياً) الآثار التى تترتب عليه.

= جوهرى فى الالتزام كإضافة أجل أو توثيق الدين بضمان مما لا يعتبر تجديداً فى القوانين الحديثة. فالتجديد فى القانون الرومانى كان أقرب إلى المساس بصورة الالتزام وشكله منه إلى تغيير موضوعه وطبيعته. أما التجديد فى القوانين الحديثة فيجرى على أساس النية لا الشكل، ويغير فى الالتزام الأصلى تغييراً جوهرياً إلى حد استبدال التزام جديد به. ومن ثم كان التجديد فى القانون الرومانى مسألة شكلية تتصل بصورة الالتزام، والتجديد فى القوانين الحديثة مسألة موضوعية تتصل بحرية التعاقد وسلطان الإرادة (انظر فى هذا المعنى بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٨٩ وفقرة ١٧١١- بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٥٦).

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «يختلف مذهب التقنينات اللاتينية عن مذهب التقنينات الجرمانية فيما يتعلق بالأحكام الخاصة بالتجديد. فقد جرت الأولى على إفراد مكان لهذه الأحكام فى النصوص، متأثرة بما كان لها من منزلة فى القانون الرومانى، وقد كان هذا القانون يجهل حوالة الحق وحوالة الدين على حد سواء، فألجئ بذلك إلى الاستعاضة بالتجديد عن هذا وتلك. أما الثانية فتهمل التجديد على نقيض ذلك، وتستعيض عنه بحوالة الحق وحوالة الدين، وهما بطبعهما أدنى إلى التمشى مع التصوير المادى للالتزام. على أن الفوارق بين هذين المذهبين أقرب إلى المساس بالعرض منها إلى المساس بالجوهر، فالتقنينات اللاتينية تقر صراحة حوالة الحق، ولا تمانع على وجه الإطلاق فى حوالة الدين. والتقنينات الجرمانية (وردت خطأ: اللاتينية) لا تضيق بالتجديد حيث تتضح جدواه كما هو الشأن فى التجديد بتغيير الدين بوجه خاص. ولم ير المشروع أن يشذ عن التقليد اللاتينى، ولا سيما أن الإنابة مع أهميتها تقترن بالتجديد باعتبارها مجرد وصف من أوصافه» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٢٤٠).

ولم يغفل التقنين المدنى الجديد شأن التجديد، لاتصاله بالإنابة من ناحية، ولأن التجديد بتغيير الدين لا تزال له أهمية كبيرة فى العمل من ناحية أخرى (انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٥٦ ص٦٦٤). فعرض لأحكام التجديد، وتولاها بشئ من الضبط والتحديد. وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى: «وقد عرض المشروع لبعض الأحكام الخاصة بالتحديد ذاته بشئ من الضبط والتحديد، لا سيما ما تعلق منها بتجديد الالتزام الباطل أو القابل للبطلان، وبالتطبيقات العملية لفكرة عدم افتراض التجديد، وبانتقال التأمينات إلى الالتزام الجديد» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٢٤٠). وجاء فى موضع آخر: «يعتبر التجديد طريقاً من طرق انقضاء الالتزام ومصدراً من مصادر إنشائه فى آن واحد. وليس شك فى أن الحوالة والإنابة والحلول تحقق الغرض المقصود من هذا النظام، وتفضله من وجوه. وهذا هو ما حدا بالتقنينات الجرمانية إلى أغفاله: انظر مع ذلك المواد ١٣٧٥ - ١٣٧٧ من التقنين النمساوى. بيد أن للتجديد مزايا ما تزال باقية تتجلى قيمتها عندما يراد استبدال محل الالتزام أو مصدره: انظر المادة ٢٦٣ من التقنين البولونى» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٢٤٣). =

المبحث الأول

شروط التجديد

٤٨٥- شروط ثلاثة: يمكن رد شروط التجديد إلى ثلاثة. إذ التجديد يفترض وجود التزامين متعاقبين الجديد منهما يحل محل القديم، على أن يختلف الالتزام الجديد عن الالتزام القديم فى أحد عناصره، وعلى أن تتوافر عند الطرفين نية التجديد(١).

فشروط التجديد إذن هى: (١) تعاقب التزامين، قديم حل محله جديد (٢) اختلاف ما بين الالتزامين فى أحد العناصر (٣) نية التجديد.

المطلب الأول

تعاقب التزامين قديم حل محله جديد

٤٨٦- النصوص القانونية: تنص المادة ٣٥٣ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«١- لا يتم التجديد إلا إذا كان الالتزامان القديم والجديد قد خلا كل منهما من أسباب البطلان».

«٢- أما إذا كان الالتزام القديم ناشئاً عن عقد قابل للإبطال، فلا يكون التجديد صحيحاً إلا إذا قصد بالالتزام الجديد إجازة العقد وأن يحل محله»(٢).

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص(٣).

= ويعرض التقنين المدنى الايطالى الجديد فى تفصيل لتنظيم التجديد بتغيير الدين وهو التجديد الموضوعى، ولا يشتمل إلا على نص واحد فى التجديد بتغيير المدين وهو التجديد الشخصى، ويسكت عن التجديد بتغيير الدائن (الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص٧٠ - ص٧١).

(١) أسيوط ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٢١٩ ص٤٠٤ - ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٥٦٢ ص١١٢٨.

(٢) تاريخ النص: ورد هذا النص فى المادة ٤٩٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، فيما عدا فروق لفظية طفيفة، أزيلت فى لجنة المراجعة فأصبح التطابق تاما، ووافقت اللجنة على المادة تحت رقم ٣٦٥ فى المشروع النهائى. ووافق عليها مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٥٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٢٤٤ - ص٢٤٦).

(٣) الموجز للمؤلف فقرة ٥٧٤- فقرة ٥٧٥.

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٥١- وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٤٠ - ولا مقابل فى التقنين المدنى العراقى - ويقابل فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣٢٢(١).

ويخلص من هذا النص أنه حتى يتم التحديد، يجب أن يوجد التزام قديم خال من أسباب البطلان، ثم يعقبه ليحل محله التزام جديد خالٍ هو أيضاً من أسباب البطلان.

٤٨٧- وجود التزام قديم: يفترض التجديد وجود التزام سابق، هو الذى يقوم عليه التجديد فيقضيه، وندعوه هنا بالالتزام القديم.

فإذا لم يكن هذا الالتزام القديم موجوداً فعلا بل ظن وجوده توهماً، وكذلك إذا كان هذا الالتزام قد انقضى بسبب سابق على التجديد، فلا يمكن أن يكون هناك تجديد ولو اتفق الطرفان على إنشاء التزام جديد يحل محل الالتزام الموهوم. ذلك أن الالتزام الجديد إنما يستمد قوامه من أنه حل محل التزام قديم، فإذا لم يوجد هذا الالتزام القديم لم يقم تبعاً لذلك الالتزام الجديد(٢).

وإذا كان الالتزام القديم مصدره عقد باطل لأى سبب من أسباب البطلان، كعدم تعيين المحل أو عدم مشروعيته أو عدم مشروعية السبب، فان الالتزام القديم يكون معدوماً فى هذه الحالة إذ العقد الباطل لا ينتج فى الأصل أثراً، فلا يمكن أن يكون هناك تجديد

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى م٣٥١ (مطابقة للمادة ٣٥٣ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى الليبى م٣٤٠ (مطابقة للمادة ٣٥٣ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى العراقى: لا مقابل للنص، والسبب هو اختلاف نظرية البطلان فى التقنين العراقى عنها فى التقنين المصرى، ومع ذلك بالأحكام واحدة رغم هذا الاختلاف (انظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٣٣٣- فقرة ٣٣٤).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٣٢٢: لا يتم التجديد إلا إذا كان الموجبان القديم والحديث موجودين حقيقة وليس بهما سبب للابطال المطلق - أما مجرد قابلية الإبطال لهذا الدين أو لذاك فلا يحول دون التجديد، بل تبقى مفاعيله موجودة ما دام الإبطال لم يحكم به. وإن الدين القابل للإبطال يجوز استبداله بموجب صحيح إذا كان صاحب دعوى الإبطال عالما بالحالة، فيعد حينئذ عادلا عن حق إقامتها - والموجب الطبيعى يجوز استبداله بواسطة التجديد بموجب مدنى. (وتتفق هذه الأحكام مع أحكام التقنين المصرى، إلا فى تجديد الالتزام الطبيعى، ففى التقنين المصرى لا يكون هذا تجديداً وإنما هو إنشاء لالتزام مدنى سببه الالتزام الطبيعى، وقد سبق ذكر ذلك فى الجزء الثانى من الوسيط عند الكلام فى الالتزام الطبيعى).

(٢) بودرى وبارد٣ فقرة ١٦٩٠.

لهذا الالتزام المعدوم[1](1).

وإذا كان الالتزام القديم مصدره عقد قابل للإبطال، لنقص فى الأهلية أو لعيب فى الإرادة، فالأصل أن تجديد مثل هذا الالتزام يكون صحيحاً، بل يبقى مهدداً بالإبطال. فإذا ما طلب ذو الشأن إبطال العقد انعدم الالتزام القديم، فانعدم لذلك الالتزام الجديد، وبطل التجديد[2]. على أن الفقرة الثانية من المادة ٣٥٣ مدنى أوردت استثناء على هذا الأصل، فنصت كما رأينا على ما يأتى: «أما إذا كان الالتزام القديم ناشئاً عن عقد قابل للإبطال، فلا يكون التجديد صحيحاً إلا إذا قصد بالالتزام الجديد إجازة العقد وأن يحل محله». فإذا كان الطرف الذى له حق إبطال العقد مصدر الالتزام القديم قد أصبح فى حال يستطيع معها إجازة هذا العقد، ثم أقدم على تجديد الالتزام وهو على بصيرة من الأمر، فان التجديد ذاته يعتبر إجازة للعقد. فينقلب الالتزام القديم صحيحاً، ويصح تبعاً لذلك الالتزام الجديد، فيحل محل الالتزام القديم، ويتم التجديد[3]. وقد يتم التجديد دون أن يكون هناك قصد

---

(١) استئناف مختلط ١٥ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م٤٧ ص٢٨- وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «يشترط لصحة التجديد إلا يكون أحد الالتزامين، القديم أو الجديد، مطلق البطلان. فإذا كان الالتزام القديم باطلا، استتبع ذلك بطلان الالتزام الجديد لتخلف سببه. وإذا كان الالتزام الجديد باطلا، بقى الالتزام القديم قائماً لامتناع أثر التجديد» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٢٤٥).

(٢) وقد لا يكون الالتزام القديم قابلا للإبطال، ولكنه يكون خاضعاً لحكم خاص تقرر قبل التجديد أو بعده، فلا يقوى التجديد على حجب هذا الحكم، بل ينتقل أثر الحكم إلى الالتزام الجديد. من ذلك ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه إذا داخل الالتزام القديم ربا فاحش، فإن تجديد الالتزام لا يمنع من المطالبة بتخفيض الفوائد إلى الحد المسموح به قانوناً (استئناف مختلط ٤ مارس سنة ١٨٩٦ م٨ ص١٤٧ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٩٦ م٩ ص٣٧ - ١١ يناير سنة ١٨٩٨ م١٠ ص٨٩ - ٥ مايو سنة ١٨٩٨ م١٠ ص٢٦٤ - ٢١ فبراير سنة ١٩١٢ م٢٤ ص١٤٣). ومن ذلك أيضاً ما قضت به محكمة أسيوط من أنه إذا استبدل دين بدين، ثم صدر بعد الاستبدال قانون يعطى للمدين الحق فى خصم جزء من الدين الأول، جاز للمدين أن يتمسك بهذا القانون، إذ هو لم يدخل فى تقديره وقت الاستبدال، ولم يحصل تقصير منه فى عدم التمسك به (أسيوط أول مارس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢١٦ ص٤٣٠).

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٢٤٥.

(1) أ- التجديد لا يرد على العقد الباطل. وإذا كان ما قرره الحكم بشأن مثل هذا التجديد تزايدا يستقيم الحكم بدونه، فان النعى عليه فى هذا الصدد يكون غير منتج ولا جدوى منه.

(الطعن ٣٨٥ لسنة ٣٨ق - جلسة ١٩٧٤/٢/١٨ س٢٥ ص٣٥٨)

ب- إذ كانت المادة ١/٣٥٢ من القانون المدنى تفترض فى التجديد انقضاء التزام ونشأة التزام مكانه، فإذا كان الالتزام القديم باطلا امتنع أن يكون محلا لتجديد لانه بات التزاما معدوما فى نظر القانون.

(الطعن ٦٠٦ لسنة ٤٣ق - جلسة ١٩٧٨/٤/١٩ س٢٩ ص١٠٣١)

إلى إجازة العقد، بأن يكون العاقد الذى وقع فى غلط مثلا لم يكشف العيب، فيبقى التجديد، كما قدمنا، مهدداً بالإبطال. ولكن يصح أن يجيز العاقد العقد بعد تمام التجديد وبعد كشفه للعيب، فينقلب العقد صحيحاً، وتستتبع صحة العقد صحة التجديد(١). وقصد إجازة العقد، سواء قارن التجديد أو أعقبه، يتوقف الأمر فيه على نية صاحب الشأن. وهى نية موكول كشفها لقاضى الموضوع، ولا معقب عليه فى ذلك من محكمة النقض.

وإذا كان العقد القديم قابلا للفسخ وفسخ فعلا، فقد سقط الالتزام القديم وسقط معه التجديد(٢).

وإذا كان الالتزام القديم معلقاً على شرط، واقفاً كان الشرط أو فاسخاً، فان التجديد يكون هو أيضاً معلقاً على هذا الشرط. فإذا تحقق الشرط الواقف، أو لم يتحقق الشرط الفاسخ، أصبح التجديد باتا. إما إذا لم يتحقق الشرط الواقف، أو تحقق الشرط الفاسخ، فانعدام الالتزام القديم، انعدم تبعاً له الالتزام الجديد، وسقط التجديد(٣).

وإذا كان الالتزام القديم التزاماً طبيعياً، فقد قدمنا فى الجزء الثانى من الوسيط عند الكلام فى الالتزام الطبيعى، أن الالتزام الطبيعى لا يكون محلا للتجديد، وإنما يكون سبباً (cause) يقوم عليه الالتزام الجديد(٤).

٤٤٨ – انشاء التزام جديد: ويفترض التجديد أيضاً قيام التزام جديد، هو الذى يقع

---

(١) وهذا كله لو اشترك العاقد الذى له حق إبطال العقد فى التجديد. أما إذا لم يشترك فيه، وتقدم مدين جديد يتعاقد مع الدائن ليحل محل المدين الأصلى الذى له حق إبطال العقد، فان هذا المدين الأصلى يبقى على حقه فى طلب إبطال العقد، حتى لو كان المدين الجديد عالما بسبب الإبطال. فيسقط التجديد أو يصح تبعاً لما إذا أبطل المدين الأصلى العقد أو أجازه (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٦٩٢).

(٢) طنطا ٨ يناير سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ١١٦ ص-٣٠٠.

(٣) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢٤ ص٣٢١– ص٣٢٢ – ومع ذلك قد تنصرف نية الطرفين إلى بقاء التجديد حتى لو زال الالتزام القديم بحكم الشرط، كما إذا جدد الطرفان التزاماً معلقاً على شرط قيمته مائة فأحلا محله التزاماً باتا قيمته خمسون، فيصبح التجديد باتا تحقق الشرط أو تخلف (استئناف مختلط ٧ مايو سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٤٧٩ – وأنظر: بودرى وبارد ٣ فقرة ١٦٩٣– بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٥٨).

(٤) انظر المادة ٢-٢ مدنى – وانظر عكس ذلك المادة ٢/٣٢٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى.

وإذا انقضت مدة التقادم فى التزام معين، فقبل التمسك بالتقادم يبقى الالتزام قائماً، ويجوز تجديده، ويعتبر التجديد نزولا عن حق التمسك بالتقادم. أما بعد التمسك بالتقادم، فإن الالتزام يسقط، ويتخلف عنه التزام طبيعى، لا يكون قابلا للتجديد، ولكن يجوز اتخاذه سبباً لإنشاء التزام مدنى (دى باج٣ فقرة ٥٧٠).

عليه التجديد فينشئه، ويحل الالتزام الجديد محل الالتزام القديم الذى يكون قد انقضى بالتجديد.

ويجب، حتى يتم التجديد، أن ينشأ هذا الالتزام الجديد صحيحاً، فان الدائن لم يقبل انقضاء الالتزام القديم إلا فى مقابل إنشاء الالتزام الجديد. ومصدر هذا الالتزام الجديد هو التجديد ذاته، أى العقد الذى أبرم ما بين الدائن والمدين.

فإذا كان هذا العقد باطلا، لم ينشأ الالتزام الجديد، وسقط التجديد تبعاً لذلك، وبقى الالتزام على أصله دون أن ينقضى.

وإذا كان عقد التجديد قابلا للإبطال، فان مصير التجديد يبقى مهدداً[1]. فإذا ما أبطله صاحب الحق فى الإبطال، زال الالتزام الجديد، وعاد الالتزام القديم بأثر رجعى، إذ يعتبر التجديد كأن لم يكن[2]. أما إذا أجيز عقد التجديد، فقد انقلب التجديد صحيحاً، وبقى الالتزام الجديد قائماً على وجه بات يحل محل الالتزام القديم.

وإذا كان عقد التجديد معلقاً على شرط واقف أو شرط فاسخ، ظل التجديد معلقاً على هذا الشرط[3]. فان تحقق الشرط الواقف، أو لم يتحقق الشرط الفاسخ، أصبح إنشاء الالتزام الجديد نهائياً وتم التجديد على وجه بات. أما إذا لم يتحقق الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ، فان الالتزام الجديد يزول ويعود تبعاً لذلك الالتزام القديم بأثر رجعى، ويعتبر التجديد كأن لم يكن[4].

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «وإن كان الالتزام الجديد هو القابل للبطلان، يظل التجديد قائما حتى يقضى ببطلان هذا الالتزام: انظر المادة ٣٢٢ من التقنين اللبنانى» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٢٤٥).

(٢) وقد يقبل الدائن الالتزام الجديد القابل للابطال على علاته، معتمداً على أن صاحب الحق فى الإبطال سيجيز عقد التجديد ولا يبطله، فيرضى بانقضاء الالتزام القديم على وجه بات حتى لو أبطل عقد التجديد. ففى هذه الحالة، إذا أبطل عقد التجديد على خلاف ما أمله الدائن، فإن الالتزام القديم لا يعود بالرغم من سقوط التجديد، ويكون الدائن عندما قبل التجديد على هذا النحو قد أبرم فى الواقع من الأمر عقداً احتماليا (ديمولومب ٢٨ فقرة ٥٢١– لوران ١٨ فقرة ٢٥٣ – بودرى وبارد ٣ فقرة ١٦٩٦ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٥٩).

(٣) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٦٩٥.

(٤) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢٤ ص٣٢٢ – وهذا كله ما لم يقصد الطرفان أن يبقى الالتزام الجديد قائماً حتى لو زال الالتزام القديم بتحقق الشرط الفاسخ أو بعدم تحقق الشرط الواقف، فإن زال الالتزام القديم على هذا النحو بقى الالتزام الجديد قائماً وفقاً لإرادة الطرفين، ولكن لا يكون هذا تجديداً (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٦٩٥ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٥٩).

المطلب الثانى

اختلاف ما بين الالتزامين فى أحد العناصر

٤٨٩– النصوص القانونية: تنص المادة ٣٥٢ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«يتجدد الالتزام:

«أولا– بتغيير الدين إذا اتفق الطرفان على أن يستبدلا بالالتزام الأصلى التزاماً جديداً يختلف عنه فى محله أو فى مصدره».

«ثانياً– بتغيير المدين إذا اتفق الدائن مع أجنبى على أن يكون هذا الأجنبى مديناً مكان المدين الأصلى وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأصلى دون حاجة إلى رضائه، أو إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبى قبل أن يكون هو المدين الجديد».

«ثالثاً– بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين الأجنبى على أن يكون هذا الأجنبى هو الدائن الجديد»(١).

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ١٨٧/٢٥١(٢).

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٥٠– وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٣٩– وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٤٠١ و٤٠٢ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣٢٣ (٣).

---

(١) **تاريخ النص**: ورد هذا النص فى المادة ٤٨٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٦٤ من المشروع النهائى. ثم وافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٥٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٢٤٢ – ص٢٤٤).

(٢) التقنين المدنى السابق م١٨٧/٢٥١: يحصل الاستبدال بأحد الأمور الآتية: أولا – إذا اتفق الدائن والمدين على استبدال الدين الأصلى بدين جديد أو على تغيير سبب الدين الأصلى بسبب آخر. ثانيا– إذا اتفق الدائن مع شخص على انتقال الدين لذمته وبراءة ذمة المدين الأصلى بدون احتياج لرضاءه بذلك، أو استحصل المدين على رضاء دائنه باستيفاء دينه من شخص آخر ملتزم بأدائه بدلا عن المدين. ثالثا– إذا اتفق الدائن مع مدينه على دفع الدين لشخص آخر وارتضى الشخص المذكور ذلك.

(ولا فرق فى هذا ما بين التقنين القديم والجديد: انظر الموجز للمؤلف فقرة ٥٧٥).

(٣) **التقنينات المدنية العربية الأخرى**:

التقنين المدنى السورى م٣٥٠ (مطابقة للمادة ٣٥٢ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى الليبى م٢٣٩ (مطابقة للمادة ٣٥٢ من التقنين المدنى المصرى). =

٤٩٠ – لابد من مخالفة الالتزام الجديد للالتزام القديم فى عنصر هام: ويخلص من النص المتقدم الذكر أنه حتى يكون هناك تجديد، لابد أن يخالف الالتزام الجديد الالتزام القديم فى عنصر من عناصره الهامة(1). أما إذا كان الالتزام الجديد لا يغاير الالتزام القديم، فلا يعدو الأمر أن يكون هذا إقراراً (reconnaissance) بالالتزام القديم كما هو دون تغيير، أو إقراراً (ratification) له حتى يسرى فى حق الغير، أو إجازة (confirmation) له حتى يزول البطلان، أو نحو ذلك، ولكنه لا يكون على كل حال تجديداً.

كذلك إدخال تعديل غير جوهرى(١) على الالتزام القديم لا يعد تجديداً(٢). فاضافة

=**التقنين المدنى العراقى** م٤٠١: يجوز تجديد الالتزام باتفاق الطرفين، على أن يستبدلا بالالتزام الأصلى التزاماً جديداً يختلف عنه فى محله أو فى مصدره.

م٤٠٢: يجوز تجديد الالتزام بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين وأجنبى على أن يكون هذا الأجنبى هو الدائن الجديد، أو بتغيير المدين إذا اتفق الدائن مع أجنبى على أن يكون هذا الأجنبى مديناً مكان المدين الأصلى وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأصلى دون حاجة لرضائه، أو إذا قبل شخص أجنبى أن يكون المدين الجديد وحصل المدين الأصلى على إجازة الدائن لذلك.

(وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المصرى: انظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٣٣٥).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٣٢٣: لا يكون التجديد إلا بإدخال عنصر جديد فى الموجب. ويتناول التبديل، إما شخص أحد المتعاقدين، وإما موضوع الموجب، وإما السند القانونى الذى يستمد منه الموجب.

(وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المصرى، رغم اقتضاب نص التقنين اللبنانى).

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن استبدال الالتزام عقد يتفق فيه الطرفان على أن يقضيا على التزام سابق وعلى أن يحلا محله التزاما آخر يختلف عن الأول بأحد عناصره الهامة: العاقدين أو الموضوع أو السبب القانونى. ومن المتفق عليه علماً وقضاء أن التعديلات التى تطرأ على قيمة الالتزام، أو أجله، أو طريقة الدفع، أو التأمينات، أو شكل العقد بأن كان العقد رسمياً فأصبح عرفياً أو العكس، لا تكفى لإحداث الاستبدال القانونى (استئناف مصر ٥ مايو سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ١٠ ص١٧)، إلا إذا وجد من الظروف ما يدل على أن نية الطرفين قد اتجهت إلى تجديد الدين (استئناف مصر ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٤٥ المجموعة الرسمية ٤٦ رقم ١٣٩).

(٢) استئناف مختلط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م٥١ ص٦٣: مجرد تعيين طريق الوفاء (mode de règlement) مع التصريح بأن ليس هناك تجديد لا يعتبر تجديداً.

(1) الاستبدال المنصوص عليه فى المادتين ١٨٦ و١٨٧ من القانون المدنى القديم هو عقد يتفق فيه الطرفان على أن يقضيا على التزام سابق وأن يحلا محله التزاما آخر جديدا يختلف عن الأول بأحد عناصره المهمة – العاقدان أو الموضوع أو السبب – ولا يصح استنباط الاستبدال أو افتراضه بل يجب أن تظهر نية العاقدين فى القضاء على الالتزام السابق وفى إحلال الإلتزام الجديد محله ظهوراً واضحاً. (الطعن ٣٢٠ لسنة ٢٣ق– جلسة ١٩٥٧/٦/٢٧ س٨ ص٦٤٣).

أجل إلى الالتزام القديم، أو مد أجل قائم، أو إلغاء أجل موجود[1]، كل ذلك لا يعد تعديلا جوهريا بحيث يكون الالتزام الجديد مغايراً للالتزام القديم إلى حد أن يكون هناك تجديد[2]. كذلك إضافة شرط جزائى إلى الالتزام، أو تقديم تأمين عينى أو شخصى، أو إلغاء هذا التأمين، أو تعديل مكان الوفاء، أو تعديل سعر الفائدة بخفضها أو رفعها، أو تغيير مقدار الدين بزيادته أو نقصه، كل ذلك لا يعد تعديلا جوهريا يترتب عليه تجديد الالتزام[3]. وهذا كله ما لم يصرح الطرفان أنهما أرادا تجديداً، فيتم التجديد، وتعتبر هذه التعديلات عندئذ تغييراً فى محال الدين[4].

أما تعليق التزام منجز على شرط واقف أو شرط فاسخ، أو بالعكس إلغاء شرط واقف أو فاسخ كان الالتزام معلقاً عليه فأصبح التزاماً منجزاً، فان هذا يعد تعديلا جوهريا فى الالتزام إلى حد أن يكون تجديداً له بتغيير محل الدين[5](1).

---

(١) استئناف مختلط ٦ يونيه سنة ١٨٨٩ م١ ص٢٣٨ - ١٥ فبراير سنة ١٨٩٤ م٦ ص١٦٩ - ٥ مايو سنة ١٨٩٨ م١٠ ص٢٦٤.

(٢) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٠٣: إبدال ورقة تجارية (كمبيالة مثلا) بورقة أخرى لمد الأجل لا يعد تجديداً.

(٣) انظر المادة ٢/٣٥٤ مدنى وسيأتى ذكرها فيما يلى فقرة ٤٩٧- وانظر بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٩٨ ص٨٥.

(٤) قارن الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٧٣.

(٥) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٠٢- بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٦٤- ولا يعد تجديدا الصلح مع المفلس، أو تغيير العملة التى يكون بها الوفاء، أو تعيين وكيل لقبض الدين (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٠٤- فقرة ١٧٠٩- أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢٤ ص٣٢٨- م٣٢٩- بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٦٤- بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٩٨ ص٨٥). أما تعديل الالتزام البسيط إلى التزام تخييرى، أو بالعكس تعديل الالتزام التخييرى إلى التزام بسيط، فيعد تجديداً، لأن التعديل تناول ذاتية محل الالتزام. بخلاف ما إذا عدل الالتزام البسيط، إلى التزام بدلى، أو عدل الالتزام البدلى إلى التزام بسيط، فإن هذا ليس بتجديد، لأن التعديل لم يتناول إلا طريقة من طرق تنفيذ الالتزام (انظر فى هذا المعنى بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٠٢). كذلك صدور حكم بالدين لا يعد تجديداً لهذا الدين، بل يبقى الدين المحكوم به كما هو بمقوماته وضماناته، وكل ما تغير فيه أنه صار مقترناً بسند تنفيذى هو الحكم. أما فى القانون الرومانى فقد كانت الصناعة فيه تقتضى أن يكون الحكم تجديداً للدين (انظر فى هذا المعنى بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٩٨ ص٨٤ - ص٨٥).

(1) إذا كان الاتفاق الذى عقد بين المشترى والبائع بشأن تحديد التزامه بالوفاء بالباقى من الثمن واستبدال التزام جديد به يكون مصدره عقد القرض، معلقا على شرط واقف هو قيام المشترى برهن قدر من أطيانه رهنا تأمينيا فى المرتبة الأولى لصالح هذا البائع ضمانا لوفائه بدين القرض، وكان هذا الشرط قد تخلف بقيام هذا المشترى برهن هذه الأطيان ذاتها إلى أحد البنوك مما أصبح معه مؤكدا أن الأمر الذى علق الالتزام الجديد على وقوعه لن يقع فأنه يترتب على تخلف هذا الشرط الواقف زوال هذا =

ويمكن حصر التعديلات الجوهرية التى يتم بها التجديد، كما هو ظاهر نص المادة ٣٥٢ مدنى السابق ذكرها، فى ثلاثة: (١) تعديل بتغيير الدين فى محله أو فى مصدره، ويكون هذا تجديداً بتغيير الدين (novation par changement d'objet) (٢)تعديل بتغيير شخص الدائن (novation par changement de eréaneier) (٣) تعديل بتغيير شخص المدين (novation par changement de débiteur)(١).

٤٩١- التجديد بتغيير الدين فى محله أو فى مصدره: تقرر المادة ٣٥٢ مدنى، كما رأينا، أن الالتزام يتجدد بتغيير الدين إذا اتفق الطرفان على أن يستبدلا بالالتزام الأصلى التزاماً جديداً يختلف عنه فى محله أو فى مصدره(٢)(1).

ويختلف الالتزام الجديد عن الالتزام القديم فى المحل إذا كان محل الالتزام القديم نقوداً مثلا، فاتفق الطرفان على أن يكون الالتزام الجديد محله بضاعة أو عروض أو منقول أو عقار كمقادير من القطن أو الحنطة أو كسيارة أو أرض أو دار. وقد يكون محل الالتزام القديم بضاعة أو عروضاً أو منقولاً أو عقاراً، فيتجدد بالتزام يكون محله نقوداً(٣). وقد يكون محل الالتزام مبلغاً مقطوعاً من المال، فيتجدد إلى التزام محله إيراد مؤقت أو إيراد مؤبد، أو العكس يكون المحل إيراداً مؤقتاً أو مؤبداً فيتجدد إلى محل هو مبلغ مقطوع. ويكفى أن تتغير طبيعة المحل، فيكون تجديداً إبدال دين تجارى بدين مدنى أو دين مدنى

=الالتزام وبقاء الالتزام القديم وهو التزام المشترى بدفع باقى الثمن - على أصله دون أن ينقضى واعتبار التجديد كأن لم يكن.

(جلسة ١٩٦٤/١١/١٢ الطعنان ٥٢٣، ٥٢٤ لسنة ٢٩ق السنة ١٥ ص١٠٢٨).

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٢٤٣ - ولا يوجد ما يمنع من أن يتم التجديد بتعديل أكثر من عنصر واحد من هذه العناصر الثلاثة، أو بتعديلها جميعاً (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٦٩٧). وقد رأينا أن حوالة الدين المقيدة فى بعض مذاهب الفقه الإسلامى هى تجديد بتغيير المدين وتجديد بتغيير الدائن فى وقت واحد (انظر آنفاً فقرة ٢٤٠).

(٢) استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩٠٠ م١٢ ص٢٠٤.

(٣) وقد رأينا أنه إذا نفذ الالتزام الجديد فوراً كان هذا وفاء بمقابل لا تجديداً، وأن الذى يميز بين الوفاء بمقابل والتجديد هو التنفيذ الفورى أو المتراخى للالتزام الجديد. فإن كان التنفيذ فوريا انقضى الالتزام الأصلى عن طريق الوفاء بمقابل (أى بتجديد ثم وفاء)، وإن تراخى التنفيذ انقضى الالتزام الأصلى عن طريق التجديد.

(1) تجديد الالتزام بتغيير موضوعه وفقا لما تقضى به الفقرة الأولى من المادة ٣٥٢ من القانون المدنى هو عقد يتفق فيه الطرفان على انقضاء إلتزام سابق وأن يحلا محله التزاما آخر يختلف عن الأول فى محله أو فى مصدره، واستخلاص تجديد الالتزام أمر موضوعى يستقل به قاضى الموضوع متى كانت الأسباب التى أقامت عليها المحكمة حكمها من شأنها أن تؤدى إلى القول بذلك.

(الطعن ٥٠١ لسنة ٤٤ق - جلسة ١٩٨٢/٦/٧ س٣٣ ص٦٧٧)

بدين تجارى[1](1). ويغلب أن يتعادل المحل الجديد مع المحل القديم فى القيمة، ولكن هذا التعادل غير ضرورى لصحة التجديد، فقد يزيد أحدهما عن الآخر أو ينقص.

ويختلف الالتزام الجديد عن الالتزام القديم فى المصدر إذا اتفق البائع والمشترى مثلاً على أن يبقى الثمن فى ذمة المشترى على سبيل القرض، فبعد أن كان مصدر الالتزام عقد بيع أصبح مصدره عقد قرض[2]. كذلك إذا جدد حافظ الوديعة التزامه برد الوديعة فاقترضها والتزم بردها كقرض لا كوديعة، أو بالعكس جعلها بعد القرض وديعة، كان هذا تجديداً بتغيير مصدر الالتزام، فبعد أن كان مصدره وديعة أصبح المصدر قرضاً، أو بعد أن كان المصدر قرضاً صار وديعة. كذلك إذا استبدل المستعير أو حافظ الوديعة بالتزاماته التزامات المستأجر، فأصبح مستأجراً لما استعاره أو لما استودع إياه، كان هذا تجديداً بتغيير المصدر، فقد أصبح المصدر إيجاراً بعد أن كان عارية أو وديعة[3].

٤٩٢ – التجديد بتغيير الدائن: وتقرر المادة ٣٥٢ مدنى أيضاً، كما رأينا، أن الالتزام يتجدد بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين وأجنبى على أن يكون هذا الأجنبى هو الدائن الجديد. فيجب إذن اتفاق الأطراف الثلاثة: المدين والدائن القديم والدائن الجديد. فالمدين يتفق مع الدائن القديم على انقضاء الالتزام السابق، ويتفق مع الدائن الجديد على إنشاء الالتزام الجديد الذى يحل محل الالتزام السابق. وبذلك يتم التجديد بتغيير الدائن، فينقضى التزام سابق ويحل محله التزام جديد يختلف عن الالتزام السابق بأن الدائن قد تغير[4](2)

---

(١) بودرى وبارد٣ فقرة ١٧٠١.

(٢) استئناف مختلط ١٧ يونيه سنة ١٩٢٤ م٣٦ ص٤٤٢– بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٦٣.

(٣) وقد يكتب المستأجر بالأجرة المتأخرة سنداً إذنياً أو سنداً عادياً، يقسط فيه الأجرة بعد أن يحط جزءاً منها ويشترط براءة ذمته من الأجرة، فيكون هذا تجديداً بتغيير مصدر الدين: استئناف مختلط ٥ مايو سنة ١٩٠٤ م١٦ ص٢٤١– وانظر أيضاً: استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩٠٠ م١٢ ص٢٠٤.

(٤) فيجب إذن اتفاق الأطراف الثلاثة على أن يحل الدائن الجديد محل الدائن القديم فى دين جديد. فلا يكون هناك تجديد إذا انضم الدائن الجديد إلى القديم فى نفس الدين، بل يكون هناك اتفاق على تضامن ما بين الدائنين. ولا يكون هناك تجديد إذا لم يتفق على أن يكون الشخص الجديد دائناً، بل وكيلا عن الدائن فى قبض الدين (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٦١).

(1) السند الذى يترتب عليه تجديد الدين وتغيير نوع التقادم، هو ذلك الصك الكتابى المستقل عن الورقة التجارية الذى يعترف فيه المدين بالدين ويكون كاملاً وكافياً بذاته لتعيين عناصر الالتزام الذى يتضمنه بغير حاجة إلى الاستعانة بالورقة التجارية التى حل محلها، بحيث يترتب عليه تجديد الدين ويصح معه اعتبار المدين ملتزماً بمقتضاه وحده على أن يكون لاحقاً ليعاد استحقاق الورقة التجارية حتى يمكن أن يترتب عليه قطع التقادم الذى يبدأ من اليوم التالى لتاريخ الاستحقاق.
(الطعن ٢٨ لسنة ٣٦ق – جلسة ١٩٧٠/٦/١١ س٢١ ص١٠٣٨)

(2) متى استخلصت محكمة الموضوع من وقائع الدعوى توافر نية التجديد باستبدال شخص الدائن=

ونقارن هنا عملية التجديد هذه بعمليتين أخرتين يتغير فيهما الدائن أيضاً: حوالة الحق والحلول الاتفاقى. ونقتصر فى المقارنة على الكيفية التى تتم بها كل عملية من هذه العمليات الثلاث، مرجئين المقارنة من حيث الأثر الذى يترتب على كل عملية إلى مكان آخر(١). فقد رأينا أن التجديد بتغيير الدائن لا يتم إلا باتفاق بين المدين والدائن القديم والدائن الجديد. أما حوالة الحق فقد تقدم القول أنها تتم باتفاق بين الدائن القديم والدائن الجديد دون حاجة إلى رضاء المدين، ويكفى إعلانه بالحوالة لا لانعقادها بل لتنفذ فى حقه. ذلك أن الحق الذى انتقل إلى الدائن الجديد فى حوالة الحق هو نفس الحق الذى فى ذمة المدين، فليس هناك حق جديد يلتزمه المدين فيقتضى رضاءه بهذا الالتزام، ولم يقع إلا أن المدين قد تغير عليه دائنه وهذا ليس من الخطر بحيث يستلزم رضاء المدين. أما فى التجديد بتغيير الدائن فقد انقضى دين قديم وحل محله دين جديد شغل ذمة المدين، فلابد فى انعقاد هذا الدين الجديد من اتفاق بين المدين والدائن الجديد، ومن ثم كان لابد من رضاء المدين.

وفى الحلول الاتفاقى رأينا أن دائناً جديداً يحل محل دائن قديم فى نفس الدين، فالحلول من هذه الناحية يتفق مع الحوالة ويختلف عن التجديد. ثم ان الحلول يتضمن وفاء الدين من جهة وانتقاله إلى دائن جديد من جهة أخرى كما سبق. وكل من الوفاء وانتقال الدين لا يقتضى اتفاقاً إلا بين طرفين اثنين، لا بين الأطراف الثلاثة. فاما أن يتفق الدائن الجديد مع الدائن القديم على أن يوفيه الدين ويحل محله فيه، وإما أن يتفق الدائن الجديد مع المدين على الوفاء بالدين للدائن القديم وعلى قبول المدين إياه دائناً جديداً محل الدائن القديم. فأحد الطرفين فى الحلول إذن هو الدائن الجديد، والطرف الثانى إما أن يكون الدائن القديم وإما أن يكون المدين.

٤٩٣ – التجديد بتغيير المدين: وتقرر المادة ٣٥٢ مدنى أخيراً، كما رأينا، أن الالتزام يتجدد بتغيير المدين إذا اتفق الدائن مع أجنبى على أن يكون هذا الأجنبى مديناً مكان المدين الأصلى وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأصلى دون حاجة إلى رضائه(1)، أو إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبى قبل أن يكون هو المدين الجديد.

=وتحرير سند صريح بالدين وان الادعاء بصورية هذا التجديد لم يقم عليه دليل وركن الحكم فى ذلك كله إلى عدة قرائن يكمل بعضها بعضا وتؤدى فى مجموعها إلى النتيجة التى انتهى إليها، فأنه لا يجدى الطاعن مناقشة كل قرينة على حدة لاثبات عدم كفايتها متى كان الحكم قد أقام قضاءه على أسباب سائغة كافية لحمله.

(جلسة ١٩٦٢/١١/١٥ مجموعة احكام النقض السنة ١٣ ص١٠١٢)

(١) انظر فقرة ٥٠٢ فيما يلى.

(1) تجديد الالتزام بتغير المدين يتم طبقاً للمادة ٢/٣٥٢ من القانون المدنى بغير حاجة لرضاء المدين==

فالتجديد بتغيير المدين يتم إذن باحدى طريقتين تقابلان الطريقتين اللتين سبق ذكرهما فى حوالة الدين. فأما أن يتفق المدين القديم والمدين الجديد والدائن على التجديد، بحيث ينقضى الدين القديم ويحل محله دين جديد يكون المدين فيه هو المدين الجديد. وهذه الطريقة تقابل ما رأيناه فى حوالة الدين من اتفاق المدين القديم مع المدين الجديد على الحوالة وإقرار الدائن لهذه الحوالة حتى تنفذ فى حقه. وهناك لا يشترط رضاء الدائن فى انعقاد الحوالة وإنما يشترط هذا الرضاء فى نفاذ الحوالة فى حق الدائن، أما هنا فى التجديد فيشترط رضاء الدائن فى انعقاد التجديد لا فى نفاذه فحسب. والسبب فى ذلك أن التجديد يتضمن قضاء دين قديم أحد طرفيه الدائن، وإنشاء دين جديد أحد طرفيه هو الدائن أيضاً، فكان لابد من رضائه لقضاء الدين القديم ولإنشاء الدين الجديد. أما حوالة الدين فتنتقل نفس الدين من ذمة المدين القديم إلى ذمة المدين الجديد، فكان لابد من رضائهما، ولا ضرورة لرضاء الدائن ما دام الدائن هو هو لم يتغير، ولكن لما كان سيتغير عليه مدينه فقد اشترط رضاؤه لنفاذ الحوالة فى حقه لا فى انعقادها(١).

والطريقة الثانية فى تجديد الدين بتغيير المدين تكون باتفاق الدائن والمدين الجديد على أن يأخذ هذا المدين مكان المدين الأصلى، ولا حاجة لرضاء المدين الأصلى لا فى انعقاد التجديد ولا فى نفاذه(٢). وهذه الطريقة تماثل تماماً الطريقة الأخرى فى حوالة الدين،

=== الأصلى. ومتى كان لا حاجة لهذا الرضاء لا فى انعقاد التجديد ولا فى نفاذه فإن علم المدين الأصلى بالتجديد لا يكون لازماً لحصوله.

(الطعن ٣٥٧ لسنة ٣٠ق- جلسة ١٩٦٥/٥/١٣ س١٦ ص٥٨٣)

(١) وتغير المدين على الدائن أشد خطراً من تغير الدائن على المدين، لأن قيمة الدين تتأثر بشخص المدين أكثر من تأثرها بشخص الدائن. ولذلك وجب رضاء الدائن فى نفاذ حوالة الدين، لأن المدين قد تغير وإن كان الدائن لم يتغير. ولم يجب رضاء المدين فى حوالة الحق، لأن المدين لم يتغير وإن تغير الدائن. وقد سبقت الإشارة إلى ذلك.

(٢) وإذا تعامل دائن التركة مع الورثة، بصفاتهم الشخصية، كان هذا تجديداً للدين بتغيير المدين، فقد اتفق الدائن مع الوارث وهو المدين الجديد على أن يأخذ هذا مكان المدين القديم وهى التركة. فيجوز لدائن شخصى للوارث، فى هذه الحالة، أن يحتج على دائن التركة بهذا التجديد، ويعتبره قد أصبح هو أيضاً بعد التجديد دائناً شخصياً للوارث، فيزاحمه مزاحمة الغرماء فى نصيب الوارث فى التركة (استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٩٣٤ م٤٦ ص١٩٨- ١٩ فبراير سنة ١٩٣٥ م٤٢ ص١٥٦ - أول ديسمبر سنة ١٩٣٦ م٤٩ ص٢٧- ٩ فبراير سنة ١٩٣٧ م٤٩ ص٩٨: التنفيذ على مال الوارث الخاص يعتبر بمثابة تجديد). وانظر أيضاً: استئناف مختلط ٣٠ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م١١ ص٢١.

وأكثر ما يكون التجديد بتغيير المدين فى العمل أن يجدد دائن التركة حقه بتغيير مدينه فيتخذ الوارث مديناً له بدلا من التركة، أو أن يكون المدين الجديد مديناً للمدين القديم فينوب، للوفاء بهذا الدين، عن المدين القديم فى الوفاء بحق الدائن (بلانيول وريبير وبولانجيه٢ فقرة ١٨٠٥). ولكن لابد، فى=

حيث يجوز أن تتم الحوالة باتفاق بين الدائن والمدين الجديد دون حاجة لرضاء المدين الأصلي. والعلة واحدة، فى عدم اشتراط رضاء المدين الأصلى، فى حالتى التجديد والحوالة. فالمدين الجديد فى التجديد يفى الدين القديم عن المدين الأصلى عن طريق إنشاء دين جديد فى ذمته هو، ومعروف أن من الجائز أن أجنبياً يفى الدين عن المدين دون حاجة إلى رضائه. والمدين الجديد فى حوالة الدين يتفق مع الدائن على أن يتحمل هو بالدين مكان المدين الأصلى، وهو فى ذلك فى حاجة إلى رضاء المدين الأصلى إذ هو يستطيع أن يبرئ ذمة هذا المدين دون رضائه كما قدمنا. ولكن يلاحظ أن الدائن عندما يتفق مع المدين الجديد على التجديد فانه يتفق معه على قضاء الدين القديم وإنشاء دين جديد كما سبق القول، أما عندما يتفق الدائن مع المدين الجديد على حوالة الدين فانه يتفق معه على تحويل نفس الدين إلى ذمته لا على إنشاء دين جديد.

وإذا تم التجديد بتغيير المدين باتفاق بين الدائن والمدين الجديد دون اشتراك المدين الأصلى، فان المدين الجديد يكون فى حكم من يتعهد بدلا من المدين الأصلى، ولذلك يسمى التجديد فى هذه الحالة بالتعهد بدلا من المدين (expromission)(١). أما إذا تم التجديد باتفاق بين المدين الأصلى والمدين الجديد والدائن، فان المدين الأصلى يكون قد أناب المدين الجديد عنه فى وفاء الدين عن طريق إنشاء دين جديد مكانه، ولذلك يسمى التجديد فى هذه الحالة بالإنابة فى الوفاء (délégation). وهى هنا إنابة كاملة (délégation parfaite) لأن الدين القديم ينقضى ويحل محله دين جديد. وقد تكون

=هذه الحالة الأخيرة، من الاتفاق على التجديد فى وضوح. وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن مجرد مطالبة الدائن بدين مدينه من مدين آخر، سواء كانت المطالبة برضاء المدين الأصلى أو بغير رضاه، لا يعد استبدال دين بغيره مبرئاً لذمة الكفيل، ولا يبرأ الكفيل إلا بعد حصول الدائن على دين مدينه هذا وبقدره فقط (٢٨ يناير سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص٣٣٦- انظر أيضاً: استئناف مصر ٤ يناير سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٤ رقم ٣٢١ ص٦١٦).

(١) أما إذا انضم المدين الجديد إلى المدين القديم بصفته كفيلا له أو مديناً متضامناً معه، دون أن ينقضى الالتزام الأصلى، فإن هذا لا يعد تعهداً بدلا من المدين، بل يكون تعهداً عن المدين فى حالة الكفالة أو تعهدا مع المدين فى حالة التضامن. وكان الرومان يميزون بين الحالتين، فيدعون التعهد بدلا من المدين expromission، ويدعون التعهد عن المدين أو معه adpromissio.

ولا يجوز تحليل التعهد بدلا من المدين expromissio على أنه اشتراط لمصلحة الغير، اشترط فيه المدين الجديد على الدائن إبراء ذمة المدين الأصلى فى مقابل إنشاء التزام جديد فى ذمة المدين الجديد للدائن. إذ لو كان هذا التحليل صحيحاً لترتب عليه أن المدين الأصلى، وهو المنتفع فى هذا الاشتراط، يكون له الحق فى إقرار الاشتراط أو عدم إقراره، فيتوقف مصير التجديد على رضائه، مع أن التجديد بالطريقة التى نحن فى صددها لا يحتاج أصلا كما قدمنا لرضاء المدين الأصلى لا لوجود التجديد ولا لإقراره بعد وجوده (انظر بودرى وبارد٣ فقرة ١٧١٧).

الإنابة – كما سنرى – قاصرة (délégation imparfaite)، وفيها يبقى المدين الأصلي، فلا ينقضي دينه كما في الإنابة الكاملة، وإنما ينضم إليه المدين الجديد فيصبح هو أيضاً مديناً بدين آخر لنفس الدائن، ومن ثم يصبح للدائن مدينان أحدهما مدين بالدين الأصلي والآخر مدين بدين جديد، ومتى قضى أحدهما دينه برئت ذمة الآخر. وسنعود إلى تفصيل ذلك عند الكلام في الإنابة.

وسواء تم التجديد بتغيير المدين بطريقة أو بأخرى، فقد رأينا أن رضاء كل من الدائن[1] والمدين الجديد ضروري. ثم تختلف الطريقتان بعد ذلك، ففي طريقة منهما نكتفي برضاء هذين الاثنين، وفي الطريقة الأخرى لابد أن ينضم إلى رضاهما رضاء المدين الأصلي[2].

المطلب الثالث

نية التجديد

٤٩٤– النصوص القانونية: تنص المادة ٣٥٤ من التقنين المدني على ما يأتي:

---

(١) ولابد أن يرضى الدائن بتجديد الدين وبإبراء ذمة المدين القديم. فإن لم يبرئ ذمته واستبقاه مديناً كان هذا إنابة قاصرة كما قدمنا (استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٨٨٩ م١ ص١٨٧ – ٣ يونيه سنة ١٨٩١ م٣ ص٣٧٩– ١٥ نوفمبر سنة ١٩٠٠ م١٣ ص١٩– سنة ١٩٠٨ م٢٠ ص٢١٤– ٢٧ يناير سنة ١٩١٠ م٢٢ ص١١٤– ٨ يونيه سنة ١٩١٠ م٢٢ ص٣٥٦ – ٣٠ نوفمبر سنة ١٩١١ م٢٤ ص٢٥ – ٢٦ يونيه سنة ١٩١٢ م٢٤ ص٤١٨ – ١٧ أبريل سنة ١٩١٣ م٢٥ ص٣٢٠ – ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ م٢٦ ص١٦٧– ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٥ م٢٨ ص٧٢ – ٢٨ مارس سنة ١٩١٧ م٢٩ ص٣٢٨ – ١٥ يناير سنة ١٩١٨ م٣٠ ص١٥٢ – ٢٩ أكتوبر سنة ١٩١٨ م٣١ ص٦– ٢٠ مايو سنة ١٩٢٤ م٣٦ ص٣٧٤– ١٠ مايو سنة ١٩٢٧ م٣٩ ص٤٥٢ – ٢ يناير سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص١٤٠ – ٦ مايو سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٤٧٤ – ٢٠ يناير سنة ١٩٣١ م٤٣ ص١٦٢– ٢٢ يناير سنة ١٩٣١ م٤٣ ص١٦٩– أول مارس سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص٢٠٥ – ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م٤٧ ص٧١– ٢٥ يونيه سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص٣٩١).

(٢) ويجب أن ينصب رضاء المدين الأصلي على قضاء الدين القديم وإنشاء دين جديد، فإن انصب على انتقال نفس الدين من ذمته إلى ذمة المدين الجديد كان هذا حوالة دين لا تجديداً. وإن انصب على بقاء الدين في ذمته مع انتقاله إلى دائن جديد، لم يكن هذا أيضاً تجديداً، بل هو حوالة الحق. وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن رضاء المدين بحوالة الحق التي أجراها دائنه لا يترتب عليه تجديد الدين (استئناف مختلط ١٤ مايو سنة ١٨٩١ م٣ ص٣٣٣– ١١ فبراير سنة ١٨٩٧ م٩ ص١٥٤).

«١- التجديد لا يفترض ، بل يجب أن يتفق عليه صراحة، أو أن يستخلص بوضوح من الظروف».

«٢- وبوجه خاص لا يستفاد التجديد من كتابة سند بدين موجود قبل ذلك، ولا مما يحدث فى الالتزام من تغيير لا يتناول إلا زمان الوفاء أو مكانه أو كيفيته، ولا مما يدخل على الالتزام من تعديل لا يتناول إلا التأمينات أو سعر الفائدة، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره».

وتنص المادة ٣٥٥ على ما يأتى:

«١- لا يكون تجديداً مجرد تقييد الالتزام فى حساب جار».

«٢- وإنما يتجدد الالتزام إذا قطع رصيد الحساب وتم إقراره. على أنه إذا كان الالتزام مكفولا بتأمين خاص، فان هذا التأمين يبقى ما لم يتفق على غير ذلك[١]».

ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق، ولكن الأحكام كان معمولا بها دون نص لاتفاقها مع القواعد العامة.

وتقابل هذه النصوص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادتين ٣٥٢ - ٣٥٣- وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٣٤١- ٣٤٢- وليس لها مقابل فى التقنين المدنى العراقى - وتقابل فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٣٢٠ - ٣٢١ و٣٢٤[٢].

---

(١) **تاريخ النصوص:**

م٣٥٤: ورد هذا النص فى المادة ٤٩١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٦٦ فى المشروع النهائى. ثم وافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٥٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٢٤٧- ص٢٤٩).

م٣٥٥: ورد هذا النص فى المادة ٤٩٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٦٧ فى المشروع النهائى. ثم وافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٥٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٢٤٩- ص٢٥١).

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى: م٣٥٢-٣٥٣ (مطابقتان للمادتين ٣٥٤- ٣٥٥ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى الليبى: م٣٤١-٣٤٢ (مطابقتان للمادتين ٣٥٤-٣٥٥ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى العراقى: لا مقابل . ولكن يمكن العمل بأحكام التقنين المدنى المصرى لاتفاقها مع القواعد العامة: انظر فى هذا المعنى الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام المدنى العراقى فقرة ٣٣٦- فقرة ٣٣٧).

وهذه النصوص قائمة على أن التجديد عقد يستلزم الرضاء والأهلية ككل عقد آخر. ويتميز بان الرضاء لابد أن يشتمل على نية التجديد، ويجب أن تكون هذه النية واضحة فى العقد، لأن التجديد لا يفترض(1). ومن ثم لا يستفاد التجديد من مجرد تغييرات فى الالتزام لا تمس جوهره، ولا يكون تجديداً مجرد تقييد الالتزام فى حساب جار.

٤٩٥- التجديد عقد: وواضح مما قدمناه أن التجديد عقد (contrat) واتفاق (convention) فى وقت واحد. فهو اتفاق حيث يقضى الالتزام القديم، وهو عقد حيث ينشئ الالتزام الجديد، وهو فى الحالتين تصرف قانونى (acte juridique)، وقد تقدم ذكر ذلك(١). وأطراف هذا التصرف تختلف باختلاف صور التجديد. ففى التجديد بتغيير الدين محلا أو مصدراً يكون طرفا التصرف هما الدائن والمدين. وفى التجديد بتغيير الدائن تكون أطراف التصرف هم الدائن والدائن الجديد. وفى التجديد بتغيير المدين تكون أطراف التصرف تارة هم الدائن والمدين والمدين الجديد، وطورا هما الدائن والمدين الجديد وحدهما. وقد سبق بيان ذلك تفصيلا.

والتجديد، ككل التصرفات القانونية، يقتضى رضاء أطرافه رضاء خالياً من عيوب الإرادة، ومحلا هو إنهاء الالتزام القديم وإنشاء الالتزام الجديد، وسبباً هو إبدال التزام بالتزام حتى ينقضى الالتزام القديم(٢).

= تقنين الموجبات والعقود اللبنانى: م٣٢٠: التجديد هو استبدال الموجب الأول بموجب جديد. وتجديد الموجب لا يقدر وجوده، بل يجب أن يستفاد من العقد صراحة.

م٣٢١: يجب أن يكون الدائن أهلا للتصرف فى حقه، والمديون أهلا للالتزام.

م٣٢٤: لا يستنتج التجديد من تغيير صفة الموجب أو تغيير محل الإيفاء ولا من وضع سند قابل للقطع ولا من انضمام أشخاص آخرين إلى الموجب عليهم.

(وأحكام التقنينين اللبنانى والمصرى متفقة).

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٨٤.

(٢) استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٩٢٥ م٣٧ ص١٨٢- ويثبت التجديد وفقاً للقواعد العامة، فإذا زاد الدين الجديد على عشرة جنيهات وجب الإثبات بالكتابة أو بمبدأ ثبوت بالكتابة معززاً بالبينة أو بالقرائن (استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ م٢٦ ص١٦٨). وانظر فى أن البينة لا تجوز فيما يخالف المكتوب: استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٠٩ م٢١ ص٣٦٤.

(1) أ- تجديد الدين من مسائل الواقع التى يجب طرحها على قاضى الموضوع.

(الطعن ١٩٥ لسنة ٣٠ق - جلسة ١٩٦٥/٢/١١ س١٦ ص١٥٥)

ب- كون التجديد لا يفترض وهو ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة ٣٥٤ من القانون المدنى لا يقتضى أن ينص صراحة فى العقد على التجديد بل إنه يقوم أيضا - وعلى ما تقرره تلك المادة - إذا كان يستخلص بوضوح من الظروف. =

٤٩٦- الأهلية فى التجديد: ويجب، كما فى كل التصرفات القانونية، أن تتوافر الأهلية اللازمة فى أطراف التجديد.

ففى الدائن، وهو يقضى الالتزام القديم وينشئ التزاماً جديداً، لا يكفى أن تتوافر أهلية الاستيفاء، بل يجب أيضاً أن تتوافر فيه أهلية الالتزام والتصرف(١). ومن ثم لا يجوز للوصى ولا للقيم أن يجدد ديناً لمحجوره إلا باذن من المحكمة. ولا يجوز للقاضى ولا للمحجور أن يجدد ديناً له إلا باجازة وليه وإذن المحكمة.

وفى المدين، وهو يقضى التزاماً قديماً وينشئ التزاماً جديداً، لا يكفى أن تتوافر أهلية وفاء الدين، بل يجب أيضاً أن تتوافر فيه أهلية الالتزام(٢).

وفى الدائن الجديد، فى حالة التجديد بتغيير الدائن، لا تشترط إلا أهلية التعاقد والإدارة لأنه لا يلتزم بشئ، بل هو دائن فى الدين الجديد. فيكفى أن يكون مميزاً، ما لم يكن قد دفع عوضاً للدائن القديم أو نزل عن دين له فى ذمته فعند ذلك تشترط أهلية التصرف.

وفى المدين الجديد، فى حالة التجديد بتغيير المدين، يجب أن تتوافر أهلية الالتزام لأنه يلتزم بالدين الجديد، فلا يكفى أن يكون مميزاً، بل يجب أن يكون قد بلغ سن الرشد غير محجور عليه.

٤٩٧- وضوح نية التجديد: وقد رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٣٥٤ مدنى تنص على أن «التجديد لا يفترض، بل يجب أن يتفق عليه صراحة، أو أن يستخلص بوضوح من الظروف». فليس أى تغيير فى الالتزام القديم يكفى لإظهار نية التجديد. ونية التجديد لا تفترض، إذ الأصل ألا يكون هناك تجديد حتى يقوم الدليل على العكس. فلابد إذن من أن

= (الطعن ٣٥٧ لسنة ٣٠ق - جلسة ١٩٦٥/٥/١٣ - س١٦ ص٥٨٣)
(جلسة ١٩٥٧/٦/٢٧ مجموعة احكام النقض السنة ٨ ص٦٤٣)

(١) انظر المادة ٣٢١ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى (آنفا فقرة ٤٩٤ فى الهامش)- ديمولومب ٢٨ فقرة ٢٦٣ - لوران ١٨ فقرة ٢٥٥- ٢٥٦- بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٢٧.

وقد قدمنا فى التضامن أنه إذا جدد أحد الدائنين المتضامنين الدين، إما بتغيير محل الدين أو مصدره أو بتغيير الدائن نفسه، فإن هذا التجديد يقضى حصة الدائن فى الدين بالنسبة إلى سائر الدائنين. ولأى دائن آخر أن يرجع على المدين بالدين منقوصاً منه حصة الدائن الذى صدر منه التجديد، فلا تبرأ ذمة المدين إذن نحو سائر الدائنين إلا بمقدار حصة هذا المدين. فإذا رجع دائن آخر على المدين بالدين على الوجه المذكور، كان للمدين الرجوع على الدائن الذى صدر منه التجديد بما دفعه إليه زائداً على حصته (انظر آنفاً فقرة ١٣٨).

(٢) انظر المادة ٣٢١ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى (انفاً فقرة ٤٩٤ فى الهامش) - وانظر بلانيول وريبير وردوان٧ فقرة ١٢٦٦ - الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٧٣ ص٣٥٥.

تكون نية التجديد صريحة فى العقد، أو فى القليل لابد أن تكون واضحة بحيث لا يكون هناك مجال للشك فيها. وعند الشك فيما إذا كان يراد التجديد أو لا يراد، فان الشك يفسر ضد التجديد، ولا يعتبر أن هناك تجديداً[1].

وقد رأينا فيما قدمناه أنه حتى تقوم نية التجديد واضحة يجب أن يغاير الالتزام الجديد الالتزام القديم فى عنصر من عناصره الهامة[2]. فتغيير محل الدين أو مصدره، وإضافة شرط أو إلغاؤه، وتغيير الدائن، وتغيير المدين، كل هذا ينطوى على إدخال تعديلات جوهرية تخلص منها نية التجديد بوضوح. وإضافة أجل، أو مد أجل قائم، أو إلغاء أجل موجود، أو إضافة شرط جزائى، أو تقديم تأمين عينى أو شخصى، أو إلغاء هذا التأمين، أو تغيير مكان الوفاء، أو تعديل سعر الفائدة بخفضها أو رفعها، أو تغيير مقدار الدين بزيادته أو نقصه، كل ذلك لا يكفى لاستخلاص نية التجديد(1)، إلا إذا وجدت ظروف أخرى تدل فى وضوح

---

(١) نقض مدنى ١٩ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٠٢ ص٦٧٣- استئناف مصر ٥ مايو سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ١٠ ص١٧- استئناف مختلط ٦ يونيه سنة ١٨٨٩ م١ ص٢٣٨- ٤ فبراير سنة ١٨٩٠ م٢ ص٣٧٢- ٢٩ مايو سنة ١٨٩٠ م٢ ص٣٠٠- ٤ فبراير سنة ١٨٩١ م٣ ص١٧٢- ١٥ فبراير سنة ١٨٩١ م٣ ص٣٠٧ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٨٩١ م٤ ص٧٦- ١٧ أبريل سنة ١٩٠٠ م١٢ ص٢٠٤- ٣ أبريل سنة ١٩٠٢ م١٤ ص٢١٨- ١٤ مارس سنة ١٩٠٦ م١٨ ص١٤٧- ١٨ مايو سنة ١٩٠٩ م٢١ ص٣٥٦- ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١١ م٢٤ ص١٥- ١٩ أبريل سنة ١٩١٦ م٢٨ ص٢٥٩.

ويجب أن تكون نية التجديد من الوضوح بحيث تتعارض الظروف مع احتمال بقاء الالتزام القديم (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٣١). فظهور مدين جديد أو دائن جديد لا تستفاد منه ضرورة نية التجديد، إذ قد يكون هذا المدين الجديد قد انضم إلى المدين الأصلى مديناً متضامناً أو كفيلا، أو يكون هذا الدائن الجديد قد انضم إلى الدائن الأصلى دائناً متضامناً أو غير متضامن (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٣١- بلانيول وريبير وردوان٧ فقرة ١٢٦٥). وانظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٢٥٠. وإذا كان واحد من المدينين المتضامنين بالذات هو الذى يتعامل دائماً مع الدائن ويراجع الحساب ويدفع الفوائد والأقساط، فليس فى هذا دليل على التجديد إذ هو بصفته مديناً متضامناً مسئول عن كل ذلك (بلانيول وريبير وردوان٧ فقرة ١٢٦٥).

(٢) انظر آنفا فقرة ٤٩٠ وفقرة ٤٩٤.

(1) أ- تجديد الالتزام وفقا للمادة ٣٥٤ من القانون المدنى لا يستفاد من كتابة سند بدين موجود قبل ذلك ولا مما يحدث فى الالتزام من تغيير لا يتناول إلا زمان الوفاء أو كيفيته وينبنى على ذلك أنه متى كانت العلاقة بين طرفى النزاع تقوم بصفة أصلية على عقد اتفاق تحررت ببعض الدين الوارد فيه سندات إذنية وتنازل الدائن عن باقيه مع حفظ حقه فى الرجوع عن هذا التنازل إذا ما تخلف المدين عن الوفاء بأى سند منها فان تحرير هذه السندات لا يعتبر تجديدا للدين والدعوى التى ترفع للمطالبة بقيمتها مع باقى الدين تعتبر من دعاوى السندات الأذنية التى قصدت إليها المادة ١١٨ من قانون المرافعات ومن ثم فيتعين عند استئناف الحكم الصادر فيها رفعه بطريق إيداع عريضة الاستئناف قلم =

على هذه النية[1]. وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٤٥ مدنى على ذلك صراحة، فقد رأيناها تقضى بأنه «لا يستفاد التجديد من كتابة سند دين بدين موجود قبل ذلك، ولا مما يحدث فى الالتزام من تغيير لا يتناول إلا زمان الوفاء أو مكانه أو كيفيته، ولا مما يدخل على الالتزام من تعديل لا يتناول إلا التأمينات أو سعر الفائدة، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره[2].

ويتبين مما تقدم أن مجرد كتابة سند بدين كان غير مكتوب لا يعد تجديداً[1]، بل هو

=الكتاب طبقا للمادة ٤٠٥ مرافعات المعدلة بالقانون ٢٦٤ سنة ١٩٥٣ وإلا كان الاستئناف باطلا.
(الطعن ٣٤ لسنة ٢٦ق – جلسة ١٩٦١/٤/٢٠ س١٢ ص٣٨٦)

ب– تجديد الالتزام لا يفترض بل يجب أن يتفق عليه صراحة أو أن يستخلص بوضوح من الظروف (م٣٥٤مدنى) فإذا كان الدائن قد اتفق مع الغير على حلوله محل المدين فى الوفاء بالدين وعلى إنه إذا سدد جزءا من الدين تنازل الدائن عن الباقى تنازلا معلقا على شرط فاسخ هو سداد ذلك الجزء فى ميعاد معين، بحيث إذا لم يتم السداد فى الميعاد عاد للدائن حقه فى مطالبة المدين الأصل بجميع الدين، وكان هذا الاتفاق خلوا مما يدل دلالة واضحة على اتفاق أطرافه على تجديد الدين بتغيير المدين تجديدا من شأنه أن يبرئ ذمة المدين الأصلى فإن الاتفاق لا يكون منطوياً على تجديد الدين وإنما على إنابة قاصرة انضم بمقتضاها مدين جديد إلى الأصلى ولا تبرأ بها ذمة المدين إلا إذا أوفى أحدهما الدين. وللدائن أن يرجع على أيهما بكل الدين دون أن يتقيد فى هذا الرجوع بترتيب معين ولا يجوز لمن يحصل الرجوع عليه منهما أن يدفع بحق التجديد.
(الطعن ٣٦٢ لسنة ٢٦ق – جلسة ١٩٦٢/٤/٢٨ س١٣ ص٥٢٨).

جـ– الوصف التجارى للدين يبقى ملازما له ولو أثبت فى سند جديد ما لم يتفق الطرفان صراحة أو يستخلص بوضوح من الظروف أن القصد من تغيير السند هو تجديد الدين باستبدال دين مدنى به وفقا لما تقضى به المادة ١/٣٥٤ من القانون المدنى.
(الطعن ١٩٥ لسنة ٣٠ق – جلسة ١٩٦٥/٢/١١ س١٦ ص١٥٥)
(جلسة ١٩٧٠/١/٢١ مجموعة أحكام النقض السنة٢١ ص١٠٣٨)

(١) استئناف مصر ١٨ فبراير سنة ١٩٤٧ المجموعة الرسمية ٤٨ رقم ٢٤٧ – استئناف مختلط ٢٣ مـارس سنة ١٩١٠ م٢٢ ص٢٠٦ – ٢٠ أبريل سنة ١٩١١ م٢٣ ص٢٧٣ – ٢٦ أبريل سنة ١٩١١ م٢٣ ص٢٨٢ – ٣١ يناير سنة ١٩١٢ م٢٤ ص١١٨ – ٢٨ يناير سنة ١٩١٤ م٢٦ ص١٨٦ – ١٢ فبراير سنة ١٩١٤ م٢٦ ص٢٣٥ – ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٥ م٢٨ ص٧٣– ١٣ أبريل سنة ١٩١٦ م٢٨ ص٢٥٤ – ١٥ يونيه سنة ١٩١٦ م٢٨ ص٤٣٣– ٢٠ يونيه سنة ١٩٢٢ م٣٤ ص٤٨٩ – ٢٧ مايو سنة ١٩٣٦ م٤٨ ص٢٨٨. وإدراج دائن فى قائمة التوزيع وتسلمه أمر الصرف لا يعتبر تجديدا (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٦٥ ص٦٧١ هامش رقم ١).

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٢٤٨ وقد جاء فى آخرها: «وتتضح أهمية نفى التجديد فى هذه التطبيقات جميعاً من الناحية العملية فى الإبقاء على الدين بجميع ما يلحق به من التأمينات.

(1) أ– تحرير سندات بباقى الثمن لا يعتبر طبقاً للمادة ٣٥٤ من القانون المدنى تجديداً للدين =

تهيئة دليل على دين موجود فعلا[1]، كذلك إبدال ورقة تجارية بورقة تجارية أخرى، كابدال كمبيالة بكمبيالة أخرى أو سند أذنى بكمبيالة أو كمبيالة بسند إذنى، بغرض مد أجل الدين، أو تغيير سند الدين بكمبيالة أو سند إذنى لا يعد تجديداً[2]. وكذلك تحرير

=ينقضى به الدين الأصلى ويحل محله دين جديد، ما لم يتفق على غير ذلك أو تظهر نية التجديد بوضوح من الظروف.

(الطعن ٧٩ لسنة ٣٨ق - جلسة ١٩٧٣/٤/١٠ س٢٤ ص٥٧٠)

ب- لا محل للقول بأن السندات المحررة بباقى الثمن ينشأ عنها التزام جديد إلى جانب الالتزام الأصلى، ويبقى لكل من الالتزامين كيانه الذاتى بحيث يحق للدائن الرجوع على المدين بدعوى الدين الأصلى مستندا إلى عقد البيع أو بدعوى الالتزام الجديد «الصرفى» مستندا إلى السند الأذنى، ذلك أن مناط ما تقدم أن يكون السند الأذنى ورقة من الأوراق التجارية.

(الطعن ٧٩ لسنة ٣٨ق جلسة ١٩٧٣/٤/١٠ س٢٤ ص٥٧٠)

جـ- تجديد الالتزام وفقا للمادة ٣٥٤ من القانون المدنى لا يستفاد من كتابة سند بدين موجود قبل ذلك ولا مما يحدث فى الالتزام من تغيير لا يتناول الا زمان الوفاء أو كيفيته.

(الطعن ١٩٣٤ لسنة ٥١ق- جلسة ١٩٨٧/٢/١٦)

د- مفاد نصوص المواد ٣٥٢، ٣٥٣، ٣٥٤ من القانون المدنى أن التجديد يستلزم وجود إلتزام سابق يقوم عليه التجديد فيقضيه، وقيام التزام جديد هو الذى يقع عليه التجديد فينشئه، والتجديد لا يفترض بل يجب أن يتفق عليه صراحة أو يستخلص بوضوح من الظروف، فتحرير سند بثمن المبيع لا يعتبر تجديدا للدين ينقض به ويحل محله دين جديد، ولما كان تجديد الدين أمر موضوعى يستقل به قاضى الموضوع بالفصل فيه متى كانت الأسباب التى اقامت المحكمة عليها حكمها من شأنها أن تؤدى إلى النتيجة التى انتهى اليها. وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أن سند الدين تحرر فى ذات يوم تحرير عقد البيع متضمنا ثمن الاطيان المبيعة للمطعون عليها بموجب العقد المذكور بما ينفى تجديد الالتزام سواء يتغير الدين أو تغيير المدين وهو إستخلاص سائغ يؤدى إلى النتيجة التى إنتهى إليها فان النعى يكون على غير أساس.

(الطعن ١٩٣٢ لسنة ٥٦ق - جلسة ١٩٨٩/١/٢٩)

(جلسة ١٩٧٣/٤/١٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص٥٧٠)

(١) وقد قضت محكمة أسيوط بأن مجرد تغيير طريقة الدفع، أو تحرير سند رسمى بدل آخر عرفى، أو تأجيل الوفاء، أو تقسيطه، أو ما شابه ذلك، لا يعتبر تجديداً للتعهد. ويعتبر تجديدا تغيير التعهد سبب الالتزام، كما إذا كتب بمتأخر الأجرة سند تحت الإذن وذكر فيه أنه قرض (أسيوط ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٢١٩ ص٤٠٤) - انظر أيضاً بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٠٧.

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه لا يعتبر استبدالا للدين اتفاق الدائن مع المدين على تقسيط الدين وتحرير سندات بأقساطه، فلا يترتب على ذلك براءة ذمة الكفيل من الدين (١٤ مارس سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٣٨ ص٨٩٥). وقضت أيضاً بأن التوقيع على كمبيالات أخرى بدلا من كمبيالات سابقة فقدت أو أعدمت لا يعتبر استبدالا للدين ينبنى عليه زوال التأمينات، وإنما يعد ذلك إقراراً بدين سابق (٩ نوفمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٤٠ ص٦٤). وقضت محكمة=

الكمبيالة أو سند إذنى بثمن المبيع لا يعد تجديداً للثمن، بل يكون ضرباً من التوثيق له، ويبقى امتياز البائع قائماً حتى بعد كتابة الكمبيالة أو السند، وهذا ما لم يتفق على غيره. فإذا باع شخص لآخر داراً أو سيارة، وقبض البائع الثمن كمبيالات أو سندات إذنية، فلا يعد هذا تجديداً للثمن، ويبقى للبائع حق الامتياز وحق الفسخ(١)، وهذا ما لم يتفق على التجديد، ويعد اتفاقاً على التجديد أن يقر البائع أنه تسلم الثمن نقداً(٢). ولا يعتبر تجديداً

=الاستئناف المختلطة بأن مجرد تغيير سند الدين بكمبيالة أو بسند أذنى لا يعتبر تجديداً، ويجوز للدائن أن يطالب المدين إما بموجب السند الأصلى فيرد السند الجديد، أو بموجب السند الجديد فيلغى السند الأصلى، وهذا كله ما لم تظهر نية التجديد بوضوح (استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩٣١ م٤٣ ص٤٠٥– ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص٢٩٤– وأنظر أيضاً فى هذا المعنى: استئناف مختلط ٦ يونيه سنة ١٨٨٩ م١ ص٢٣٨– ٢٢ مارس سنة ١٨٩٣ م٥ ص١٨٢– ١٥ أبريل سنة ١٨٩٤ م٦ ص١٦٩– ١١ أبريل سنة ١٩١٧ م٢٩ ص٣٥٩– ٩ مارس سنة ١٩٢٦ م٣٨ ص٢٧٩– ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص٢ – ٧ مارس سنة ١٩٣٤ م٤٦ ص٢٠٣– ١٥ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م٤٧ ص٢٨ – ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص٢٤٩– ١٨ يونيه سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص٣٧٨).

ولا يعد تجديداً تغيير سند الدين بكمبيالة أو سند إذنى حتى لو أعطى الدائن مخالصة بالدين، إذ المفروض أنه جعل هذه المخالصة مشروطة بسداد الكمبيالة أو السند الأذنى. ومن باب أولى لا يكون هناك تجديد إذا ذكر الدائن فى الكمبيالة أو السند السبب الذى من أجله حرر السند الجديد: انظر فى هذه المسألة ديمولومب ٢٨ فقرة ٢٩٧ لوران ١٨ فقرة ٢٨٣ – هيك ٨ فقرة ١١٣– بودرى وبارد٣ فقرة ١٧٣٢– بلانيول وريبير وردوان٧ فقرة ١٢٦٤ ص٦٧٠.

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا ذكر فى عقد بيع عقار أن باقى الثمن تحرر به سند تحت الإذن، وذكر بالسند أن القيمة باقى ثمن عقار، كان هذا دليلا على أن العاقدين لم يقصدا استبدال الدين، وعلى ذلك لا تسقط الضمانات المترتبة لصالح الدين (١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٤١ ص١٨٧). وقضت أيضاً بأنه إذا استصدر البائع من المشترى أو من المشترين من المشترى سندات لأمره وإذنه، ثم احتفظ بضمان المشترى منه، دل هذا على أن نية الاستبدال معدومة. ولو استصدر البائع السندات من المشترين منه ولم يخل ذمة المشترى الأصلى من باقى الثمن، فلا يكون هناك استبدال معلق على شروط قيام المشترين الجدد بسداد الدين فإن لم يسددوه بقى الالتزام الأصلى عالقاً بذمة المشترى الأول (٢٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٨٤ ص٥٤٧). وقضت أيضاً بأن مجرد تحرير سند مستقل بالثمن لا يفيد أن البائع قصد اعتبار أن الثمن قد دفع وأن التأمينات التى كانت تضمنه قد سقطت، بل إن قصد المتعاقدين كان إيجاد أداة جديدة لدفع الثمن، فبعد أن كان ثابتاً بالعقد أصبح ثابتاً بالسند (١٦ فبراير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٦٢٨ ص١٢٣٢) – انظر أيضا: استئناف وطنى ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٧٦ ص١٥٨ – استئناف مختلط ٢٣ نوفمبر سنة ١٩١١ م٢٤ ص١٥– ٢٦ مايو سنة ١٩٣١ م٤٣ ص٤٠٥ – ١٧ أبريل سنة ١٩٤٠ م٥٢ ص٢٣٣– وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا حرر الغير سندات بالثمن للبائع، لم يكن هذا تجديداً بتغيير المدين، بل إنابة فى الوفاء إنابة قاصرة، ويكون الغير مديناً للبائع بدين جديد إلى جانب الدين الذى فى ذمة المشترى (٥ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م٤٣ ص١٣).

(١) استئناف مختلط ٨ مارس سنة ١٩١٦ م٢٨ ص١٨٩.

الإقرار بدين بعد صدور حكم به ولو قيل فى الإقرار إنه فى حالة عدم الوفاء ينفذ الحكم(١)، ولا الإقرار المكتوب الصادر من المستأجر بالمتجمد فى ذمته من الأجرة فيبقى امتياز المؤجر ويتقادم الدين بخمس سنوات(٢). وإثبات نية التجديد يتبع فيه القواعد العامة للإثبات(٣). وعبء الإثبات يقع على عاتق من يدعى التجديد، لأن التجديد كما قدمنا لا يفترض(٤).

---

(١) استئناف مختلط ٩ مايو سنة ١٩٣٩ م٥١ ص٣١١.

(٢) نقض مدنى ١٩ مارس سنة ١٩٥٣ المحاماة ٣٥ رقم ١٦ ص٥٦ - وقضت محكمة مصر بأنه إذا حصلت محاسبة واتفاق بين المتعاقدين عن دين الإيجار، وتعهد المستأجر بدفع الباقي لإذن المؤجر على نفس ورقة المحاسبة، فلا يعتبر هذا السند استبدالا، لأنه قد ذكر فيه بصريح العبارة أن سبب تحرير هذا السند هو دين الإيجار السابق، وهذا يظهر بجلاء أن المتعاقدين احتفظا بسبب الدين الأصلى. أما التعهد بأن يدفع المستأجر الباقى لإذن المؤجر، فهذا من قبيل التسهيل فى الوفاء، بدليل أن كثيراً من عقود الإيجار ينص فيها على قابليتها للتحويل ولا تفقد طبيعتها (٨ مارس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢١٨ ص٤٣٤).

هذا والأصل فى الصلح ألا يكون تجديداً للدين. وقضت محكمة استئناف مصر بأن الصلح مقرر للحقوق لا منشئ لها، فهو لا يغير من طبيعة الدين المتصالح عليه، وتبقى جميع التأمينات التى كانت للحق الذى وقع عليه الصلح على حالتها للوفاء بالصلح، فلا يعتبر الصلح استبدالا للدين المتصالح عليه. ولا عبرة كذلك بعدم ذكر قابلية الدين للتحويل فى محضر الصلح، لأن العبرة فى ذلك بسند الدين الأصلى إلا إذا حصل العدول عنه صراحة، (٢ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٥٥ ص٧١٧). وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الصلح مع المفلس لا يجدد الدين (١٢ فبراير سنة ١٩٢٥ م٢٧ ص٢٣١)، إلا إذا ظهرت نية التجديد بوضوح (٨ مايو سنة ١٩٢٤ م٣٦ ص٣٥٢)، وقضت أيضاً بأن الصلح على حكم بإدخال بعض تعديلات فيه والنزول عن جزء منه لا يعد تجديداً، فإذا لم ينفذ المدين الصلح كان للدائن أن ينفذ عليه الحكم (٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م٥٠ ص٧٩).

وقد قدمنا أن الدفع بطريق الشيك لا يعتبر تجديداً، بل هو لا يعتبر وفاء إلا بعد قبض قيمة الشيك (استئناف مختلط ٢٦ فبراير سنة ١٩٤١ م٥٣ ص١١١- وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٢٥٠ والمادة ٢٦٥ من تقنين الالتزامات البولونى - وانظر بلانيول وريبير وردوان٧ فقرة ١٢٦٤ ص٦٧٠- دى باج٢ فقرة ٥٦٢ وفقرة ٦١١).

وقد تتضمن تصفية الحساب تجديداً، وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه عند تصفية الحساب قد يكون الرصيد تجديداً للدين إذا ظهر ذلك بوضوح من نية الطرفين، وتستظهر هذه النية إذا كان الحساب متعلقاً بعد البيع ونزل البائع بعد تصفية الحساب عن امتيازه (٣٠ يناير سنة ١٩١٣ م٢ ص١٥٥).

(٣) بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٩٨ - فلا يجوز الإثبات إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها فيما يزيد على خمسمائة جنيه، وفيما لا يزيد على خمسمائة جنيه يجوز الإثبات بالبينة أو بالقرائن. وكون التجديد لا يفترض ليس معناه عدم جواز إثباته بالقرائن فيما لا يزيد على خمسمائة جنيه، بل معناه إنه إذا قام شك لا يعتبر أن هناك تجديداً (ديمولومب٢٨ فقرة ٢٧٠ - لوران ١٨ فقرة ٢٦١- بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٣٣).

(٤) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٣٣ - بلانيول وريبير وردوان٧ فقرة ١٧٦٥ ص٦٧٢.

واستخلاص نية التجديد من الظروف مسألة واقع تترك لقاضى الموضوع، ولا معقب عليه فى ذلك، ولا يخضع تقديره لرقابة محكمة النقض(١).

٤٩٨- تقييد الالتزام فى حساب جار: وقد رأينا أن المادة ٣٥٥ مدنى تقضى بأنه لا يكون تجديداً مجرد تقييد الالتزام فى حساب جار، وإنما يتجدد الالتزام إذا قطع رصيد الحساب وتم إقراره، على أنه إذا كان الالتزام مكفولا بتأمين خاص فان هذا التأمين يبقى ما لم يتفق على غير ذلك. ويخلص من هذا النص أن مجرد تقييد الالتزام فى حساب جار لا يكون تجديداً لهذا الالتزام. والسبب فى ذلك أن التجديد لا يكون إلا حيث يحل التزام جديد محل التزام سابق، ومجرد تقييد الالتزام فى الحساب الجارى قبل قطع رصيد الحساب لا ينشئ التزاماً جديداً ليحل محل الالتزام الذى أجرى تقييده، ومن ثم لا يتم التجديد.

ولكن ذلك لا يمنع من أن الالتزام الذى أجرى تقييده فى الحساب الجارى، وفقاً للقواعد المقررة فى الحسابات الجارية وهى قواعد تقتضيها طبيعة هذه الحسابات، تفنى ذاتيته باندماجه فى الحساب الجارى وصيرورته قلما من أقلامه فى الجهة الدائنة أو الجهة المدينة بحسب الأحوال(1). ومن ثم ينقضى هذا الالتزام قبل أن يتم تجديده، والذى يحل محله ليس التزاماً جديداً فان هذا لا يكون إلا بعد قطع رصيد الحساب كما قدمنا، ولكن عنصر حسابى (article de crédit - élément de comptabilité) هو الدائنية أو المديونية التى يمثلها الالتزام فى الحساب الجارى(٢). ويترتب على أن الالتزام ينقضى حتى

---

(١) نقض مدنى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٣ رقم ٣٦- ص٩٣- بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٣٤ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٧٦٥ ص٦٧٢- ولكن إذا كانت عناصر التجديد موجودة وفقاً لما ذهب إليه قاضى الموضوع فى تفسير نية الطرفين، وجب تطبيق أحكام التجديد، ولمحكمة النقض الرقابة على قاضى الموضوع فى ذلك (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٣٤ ويشيران إلى حكم محكمة النقض الفرنسية فى ١٣ يناير سنة ١٩٠٣ داللوز ١٩٠٣ -١-١٢٢).

(٢) انظر فى هذا المعنى بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧١٠ - بلانيول وريبير وردوان٧ فقرة ١٢٦٢ ص٦٦٨ وهامش رقم ٥ والمراجع والأحكام المشار إليها - بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٩٨ ص٨٥ - دى باج فقرة ٥٦٤ مكررة - وقارن ديموج فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٠٦ ص٣١٦.

(1) الحساب الجارى الذى يخضع لقاعدة عدم التجزئة - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - هو الحساب الذى يتضمن وجود معاملات متصلة بين طرفيه يعتبر فيها كل منهما مدينا أحيانا ودائنا أحيانا أخرى، وتكون هذه العمليات متشابهة يتخلل بعضها بعضا بحيث تكون مدفوعات كل من الطرفين مقرونة بمدفوعات الطرف الآخر فإذا كانت محكمة الموضوع قد نفت فى حدود سلطتها التقديرية وباسباب سائغة اتجاه نية الطرفين إلى فتح حساب جارى بينهما، اتصال العمليات المدرجة فيه ببعضها وتشابكها، وهو ما يلزم توافره فى الحساب الجارى وانتهت إلى اعتبار الحساب حسابا عاديا لا يخضع لقاعدة عدم التجزئة لا تكون قد أخطأت فى القانون. =

قبل أن يتم التجديد أن تزول عنه صفته المدنية إذا كان ديناً مدنياً، ولا يعود يخضع لسريان التقادم والذى يتقادم إنما هو رصيد الحساب بعد قطعه[1]. وكان ينبغى، إذا كان الالتزام مكفولا بتأمين خاص، أن ينقضى هذا التأمين بانقضاء الالتزام، حتى قبل التجديد. ولكن النص صريح، كما رأينا، فى أن التأمين يبقى ما لم يتفق على غير ذلك[2].

فإذا ما قطع رصيد الحساب الجارى وتم إقراره، فان الرصيد يكون حقاً لأحد طرفى الحساب ديناً فى ذمة الآخر. وعند ذلك يتم تجديد جميع الالتزامات المقيدة فى الحساب الجارى، ويصبح هذا الرصيد هو الالتزام الجديد الذى حل محل الالتزامات المقيدة[3]. وينتقل إلى الرصيد التأمين الخاص الذى كان يكفل الالتزام المقيد، والذى رأيناه يبقى بالرغم من انقضاء هذا الالتزام. ذلك أن القانون يفترض أن نية الطرفين قد انصرفت إلى استبقاء التأمين الخاص بعد تقييد الالتزام، فإذا ما قطع الرصيد انتقل التأمين إليه فأصبح مكفولا به. وغنى عن البيان أن هذا مجرد افتراض يجوز إسقاط دلالته عن طريق اتفاق الطرفين على زوال التأمين بمجرد تقييد الالتزام فى الحساب وانقضائه على هذا الوجه[4].

=(جلسة ١٩٦٩/٦/١٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ ص١٠٣٦)

(جلسة ١٩٦٨/١/٢٥ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ص١١٧)

(١) ولا يتقادم الرصيد إلا بخمس عشرة سنة، حتى لو كانت الالتزامات المقيدة تتقادم بأقل من هذه المدة (استئناف مصر ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٦٧ ص١٠٤- ١٥ يونيه سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ٨٥ ص١١٤).

(٢) وقد كانت محكمة الاستئناف تقضى بهذا المعنى فى عهد التقنين المدنى السابق بالرغم من أن هذا التقنين لم يكن يشتمل على نص فى ذلك: استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٨٩٥ م٧ ص١٥٤- ٦ مارس سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٣٣٥.

(٣) قارن استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٤ م١٧ ص٤٩- وانظر فى هذه المسألة الأستاذ عبد الحى حجازى٣ ص٨٢- ص٨٤: وهو يقول بأن الالتزام يفقد ذاتيته من وقت تقييده فى الحساب الجارى، ولكن يذهب إلى أن التقنين الجديد على العكس من ذلك يجعله محتفظاً بذاتيته، ويستدل النص الذى يقضى بأن مجرد تقييد الالتزام فى حساب جار لا يكون تجديداً. وغنى عن البيان إنه لا يوجد أى تعارض بين عدم تجديد الالتزام بمجرد تقييده فى الحساب الجارى وبين فناء ذاتيته باندماجه فى هذا الحساب، فقد قدمنا أن الالتزام بتقييده فى الحساب الجارى ينقضى قبل أن يتجدد. والذى نص عليه التقنين الجديد هو أن الالتزام لا يتجدد بمجرد تقييده فى الحساب الجارى، وهذا صحيح، ولكنه لا يمنع من فناء ذاتيته وانقضائه بهذا التقييد.

(٤) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «ولا يتجدد الالتزام بمجرد رصده فى الحساب الجارى، ما دام هذا الحساب لم يقطع. فإن قطع هذا الحساب وتم إقراره، استتبع ذلك التجديد. وقد نص، استثناء من حكم القواعد العامة، على بقاء الرهن التأمينى الذى ينشأ لضمان الوفاء بالالتزام، رغم تجديده بسبب قطع رصيد الحساب الجارى. إلا أن هذا الاستثناء أقيم على قرينة بسيطة، يجوز إسقاط دلالتها بإثبات العكس: أنظر المادة ١١٧ من تقنين الالتزامات السويسرى والمادة ٤٩٢ من المشروع» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٢٥٠).

المبحث الثانى

الآثار التى تترتب على التجديد

٤٩٩ – انقضاء الالتزام الأصلى وحلول التزام جديد مكانه – التأمينات: قدمنا أن التجديد يترتب عليه انقضاء الالتزام الأصلى ونشوء التزام جديد يحل محله. أما التأمينات التى كانت تكفل الالتزام الأصلى، فالأصل فيها أنها تزول مع هذا الالتزام الذى كانت تكفله، إلا أنه يجوز استثناء نقلها إلى الالتزام الجديد.

فنتكلم إذن فى مسألتين: (١) انقضاء الالتزام الأصلى ونشوء التزام جديد. (٢) انتقال التأمينات استثناء إلى الالتزام الجديد.

المطلب الأول

انقضاء الالتزام الأصلى ونشوء التزام جديد

٥٠٠ – النصوص القانونية: تنص المادة ٣٥٦ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«١ – يترتب على التجديد أن ينقضى الالتزام الأصلى بتوابعه وأن ينشأ مكانه التزام جديد».

«٢ – ولا ينتقل إلى الالتزام الجديد التأمينات التى كانت تكفل الالتزام الأصلى إلا بنص فى القانون، أو إلا إذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك»(١).

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادتين ١٨٦/٢٤٩ و١٨٨/٢٥٢(٢).

---

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا فى المادة ٤٩٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد: فيما عدا أن المشروع التمهيدى لم يكن يتضمن عبارة «إلا بنص فى القانون». وفى لجنة المراجعة أضيفت هذه العبارة لتواجه انتقال التأمينات بنص القانون فى حالة قطع رصيد الحساب الجارى مثلا، فإن المادة ٣٥٥ تنقل التأمين الخاص الذى قد يكون الالتزام مكفولا به إلى هذا الرصيد. وأصبحت المادة رقمها ٣٦٨ فى المشروع النهائى. ووافق عليها مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٥٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٢٥٢ – ص٢٥٣).

(٢) **التقنين المدنى السابق** م١٨٦/ ٢٤٩: استبدال الدين يترتب عليه زواله وإيجاد دين غيره بدله، ويكون الاستبدال بعقد.

م١٨٨/٢٥٢: التأمينات التى كانت على الدين القديم لا تكون على الدين الجديد، إلا إذا تبين من العقد أو من قرائن الأحوال قصد المتعاقدين انتقالها على الدين الجديد.

(ولا فرق بين التقنينين السابق والجديد فى الحكم: الموجز للمؤلف فقرة ٥٧٧– فقرة ٥٧٩).

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٥٤ – وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٤٣ – وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٤٠٣ و٤٠٤ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ١/٣٢٥(١).

ويخلص من هذا النص أن التجديد يقضى الالتزام الأصلى وينشئ التزاماً جديداً يحل محله، وهذا هو الفرق الجوهرى ما بين التجديد من جهة وبين الحوالة والحلول من جهة أخرى.

٥٠١ – انقضاء الالتزام الأصلى ونشوء التزام جديد: التجديد، كالوفاء، يقضى الالتزام الأصلى، فيزول هذا الالتزام بمقوماته وصفاته ودفوعه وما يلحق به من التأمينات.

والتجديد فى الوقت ذاته ينشئ التزاماً جديداً يحل محل الالتزام المنقضى. وانقضاء الالتزام الأصلى منوط بنشوء الالتزام الجديد، فلا ينقضى ذاك إلا إذا نشأ هذا، ولا ينشأ هذا إلا إذا انقضى ذاك(٢). ولابد أن يختلف الالتزام الجديد عن الالتزام الأصلى، كما قدمنا، فى عنصر من عناصره الجوهرية(1). والالتزام الجديد على كل حال التزام غير الالتزام

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى**:

التقنين المدنى السورى: م٣٥٤ (مطابقة للمادة ٣٥٦ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى الليبى: م٣٤٣ (مطابقة للمادة ٣٥٦ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى العراقى: م٤٠٣: إذا جدد الالتزام، سقط الالتزام الأصلى، وحل محله التزام جديد.

م٤٠٤: إذا كان الدين الأصلى مكفولا بتأمينات شخصية أو عينية، وصار تجديده، سقطت التأمينات، إلا إذا جددت هى أيضاً.

(وحكم التقنين العراقى متفق مع حكم التقنين المصرى: أنظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٣٣٨ وفقرة ٣٤٠).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م١/٣٢٥: إن التجديد يسقط الموجب أصلا وفرعا تجاه الجميع.

(والحكم يتفق مع حكم التقنين المصرى).

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٦٨.

(1) إذا اتفق وارث المدين مع الدائن على أن يحل محل المورث فى وفاء باقى الدين وفوائده وتصفية المطلوب من أصل وملحقات وتعيين رصيده وكيفية وفاء هذا الرصيد، واستخلص الحكم من ذلك ومن غيره من وقائع الدعوى وظروفها أنه حصل من ذلك الاقرار استبدال للدين الذى كان فى ذمة المورث بدين آخر فى ذمة الوارث، فلا معقب عليه فى ذلك، وإذا اعتبر الحكم الفوائد السابقة على تاريخ الاقرار جزءا من الأصل المتفق على ادائه بهذا الاقرار فلا يسقط حق المطالبة بها مع هذا الأصل إلا بالتقادم الطويل، إذا اعتبر الحكم – بناء على هذا التقرير – مجموع ما انفق الوارث على أدائه أصلا رأس مال، وأجرى عليه فوائد التأخير المتفق عليها فلا مخالفة للقانون.

(جلسة ١٩٤٢/١٢/٣١ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى الـ٢٥ عاما – ١ – ٦٠٥)

الأصلى، له مقوماته الذاتية[1]، وصفاته ودفوعه وتأميناته. فقد يكون الالتزام الأصلى تجارياً، وينشأ الالتزام الجديد مدنيا. وقد يكون الالتزام الأصلى غير منتج لفوائد، وينتج الالتزام الجديد فوائد. وقد يكون الالتزام الأصلى غير ثابت فى سند قابل للتنفيذ، ويثبت الالتزام الجديد فى ورقة رسمية فيكون قابلا للتنفيذ. وقد يكون الالتزام الأصلى معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل، ويكون الالتزام الجديد منجزاً لا شرط فيه ولا أجل. وقد يتقادم الالتزام الأصلى بمدة قصيرة، ويتقادم الالتزام الجديد بمدة أطول. وقد يكون الالتزام الأصلى مصدره عقد قابل للابطال فيجوز دفعه بابطاله، ويكون الالتزام الجديد مترتباً على تجديد هو إجازة للعقد القابل للابطال فلا يجوز دفعه بهذا الدفع. وقد يكون الالتزام الأصلى مكفولا بتأمينات عينية أو شخصية، فتزول هذه التأمينات مع زواله ولا تنتقل إلى الالتزام الجديد إلا بنص فى القانون أو إلا إذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك[2]. وإذا لم تنتقل تأمينات الالتزام الأصلى إلى الالتزام الجديد، بقى الالتزام الجديد عاريا عن التأمينات، إلا إذا كفل هو أيضاً بتأمينات مستقلة عن تأمينات الالتزام الأصلى. وقد يكون الالتزام الأصلى مكفولا بدعوى فسخ، فلا تنتقل الدعوى إلى الالتزام الجديد[3].

٥٠٢- مقابلة بين التجديد من جهة والحوالة والحلول والوفاء بمقابل من جهة أخرى: وانقضاء الالتزام الأصلى مع نشوء التزام جديد هو المميز الجوهرى الذى يفرق من حيث الأثر بين التجديد من جهة والحوالة والحلول من جهة أخرى، وقد سبق أن رأينا الفروق ما بين هذه النظم من حيث التكوين[4].

ففى حوالة الحق والوفاء مع الحلول، لا ينقضى الحق بل ينتقل بمقوماته وصفاته ودفوعه وتأميناته من دائن قديم إلى دائن جديد. أما فى التجديد بتغيير الدائن فقد رأينا أن

---

(١) استئناف وطنى ١٠ أغسطس سنة ١٨٩١ الحقوق ٦ ص٢٤٥.

(٢) وسنبين فيما يلى كيف تنتقل التأمينات إلى الالتزام الجديد بالاتفاق. أما انتقالها بنص القانون فمثله ما ورد فى المادة ٣٥٥ من أن الالتزام إذا قيد فى حساب جار فإنه لا يتجدد إلا إذا قطع رصيد الحساب، فإذا كان مكفولا بتأمين خاص فإن هذا التأمين يبقى ما لم يتفق على غير ذلك. فهنا انتقل التأمين الخاص من الالتزام إلى رصيد الحساب بحكم القانون (انظر تاريخ نص المادة ٣٥٦ آنفا فقرة ٥٠٠ فى الهامش).

(٣) وقد يكون المدين فى الالتزام الأصلى معذرا فيتحمل تبعة الهلاك، ولا يكون معذراً فى الالتزام الجديد فلا يتحمل هذه التبعة (بودرى وبارد ٣ فقرة١٧٣٥).

(٤) انظر آنفا فقرة ٤٩٢- وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٢٥٨ - ص٢٥٩.

الحق الأصلى ينقضى بمقوماته وصفاته ودفوعه وتأميناته، ويحل محله حق جديد بمقومات وصفات ودفوع وتأمينات أخرى، ولا ينتقل نفس الحق من الدائن الأصلى إلى الدائن الجديد.

وفى حوالة الدين ينتقل نفس الدين، على النحو المتقدم، من ذمة المدين الأصلى إلى ذمة المدين الجديد. أما فى التجديد بتغيير المدين فالدين الأصلى ينقضى على الوجه الذى قدمناه، ويحل محله دين جديد(١).

أما التجديد بتغيير الدين فلا يقابل لا بالحوالة ولا بالحلول، وإنما يقابل بالوفاء بمقابل. وقد قدمنا أن الفرق بين النظامين أن الوفاء بمقابل يقتضى أن تنتقل الملكية فوراً إلى الدائن حتى يتم الوفاء، وأما فى التجديد بتغيير الدين فالوفاء يكون عن طريق إنشاء التزام جديد لا يكون واجب التنفيذ فوراً(٢).

المطلب الثانى

إنتقال التأمينات من الالتزام الأصلى إلى الالتزام الجديد

٥٠٣- النصوص القانونية: تنص المادة ٣٥٧ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«١- إذا كانت هناك تأمينات عينية قدمها المدين لكفالة الالتزام الأصلى، فان الاتفاق على نقل التأمينات إلى الالتزام الجديد تراعى فيه الأحكام الآتية»:

«(أ) إذا كان التجديد بتغيير الدين، جاز للدائن والمدين أن يتفقا على انتقال التأمينات للالتزام الجديد فى الحدود التى لا تلحق ضرراً بالغير».

«(ب) إذا كان التجديد بتغيير المدين، جاز للدائن والمدين الجديد أن يتفقا على استبقاء التأمينات العينية دون حاجة إلى رضاء المدين القديم».

«(جـ) إذا كان التجديد بتغيير الدائن، جاز للمتعاقدين ثلاثتهم أن يتفقوا على استبقاء التأمينات».

---

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٢٥٢ ص٢٥٣.

(٢) بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٩٢- جوسران ٢ فقرة ٩٠٣- انسيكلوبيدى ودالوز ٣ لفظ Novation فقرة ٣١.

«٢- ولا يكون الاتفاق على نقل التأمينات العينية نافذاً فى حق الغير إلا إذا تم مع التجديد فى وقت واحد، هذا مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالتسجيل».

وتنص المادة ٣٥٨ على ما يأتى:

«لا ينتقل إلى الالتزام الجديد الكفالة، عينية كانت أو شخصية، ولا التضامن، إلا إذا رضى بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون»(١).

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المواد ١٨٩/٢٥٣-١٩١/٢٥٥(٢).

---

(١) **تاريخ النصوص:**

م٣٥٧: ورد هذا النص فى المادة ٤٩٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، فيما عدا خلافا فى أحدى العبارات وفيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يشترط ألا يكون الاتفاق على نقل التأمينات العينية نافذاً فى حق الغير إلا إذا كان بورقة رسمية. وفى لجنة المراجعة حذف هذا الشرط، وأصبحت المادة رقمها ٣٦٩ فى المشروع النهائى. ثم وافق عليها مجلس النواب. وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة «فى الحدود التى لا تلحق ضرراً بالغير» بعبارة «ما لم يترتب على ذلك زيادة فى هذا الالتزام تلحق ضرراً بالغير» التى كانت واردة فى المشروع، «لأنها فى عمومها أشمل من العبارة الأولى، ولأنها تبرز المعنى المقصود». ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته تحت رقم ٣٥٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٢٥٥ - ص٢٥٧).

م٣٥٨: ورد هذا النص فى المادة ٤٩٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٧٠ فى المشروع النهائى. ثم وافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٥٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٢٥٨ - ص٢٦٠).

(٢) **التقنين المدنى السابق م١٨٩/٢٥٣**: ومع ذلك لا يجوز الاتفاق على خلاف ما هو آت: فى الحالة الأولى من الأحوال السالف ذكرها يجوز للمدين والدائن أن يتفقا على أن التأمينات العينية، كالامتيازات ورهن العقار وحبس العين، تكون تأمينا على الدين الجديد إذا لم تكن فيه زيادة تضر بحقوق الغير. وفى الحالة الثانية يجوز للدائن ولمن حل محل المدين الأصلى أن يتفقا على بقاء التأمينات العينية ولو بغير رضاء المدين الأصلى. وفى الحالة الثالثة يجوز للمتعاقدين الثلاثة أن يتفقوا على بقاء التأمينات العينية.

م١٩٠/٢٥٤: لا يصح فى أى حال من الأحوال السالفة نقل التأمينات الشخصية، كالكفالة والتضامن، إلا برضاء الكفلاء والمتضامنين.

م١٩١/٢٥٥: الاتفاق على نقل التأمينات المذكورة بالمادة السابقة لا ينفذ على غير المتعاقدين إلا إذا كان حاصلا مع الاستبدال فى آن واحد بوثيقة رسمية.

(ويتفق التقنينان السابق والجديد إلا فى المسائل الآتية: (١) ذكر التقنين السابق التأمينات العينية كالامتيازات ورهن العقار وحبس العين، بتعميم خصصه التقنين الجديد بالتأمينات التى قدمهما المدين، فلا تدخل حقوق الامتياز ولا حقوق الاختصاص، وسنبسط ذلك فيما يلى. (٢) اقتصر التقنين السابق فى التأمينات التى يقدمها الغير على التأمينات الشخصية، أما التقنين الجديد فنص =

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادتين ٣٥٥ – ٣٥٦– وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٣٤٤– ٣٤٥ – ولا مقابل لها فى التقنين المدنى العراقى – وتقابل فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٢/٣٢٥ و٣(١).

ويخلص من النصوص المتقدمة الذكر أن التأمينات التى كانت تكفل الالتزام الأصلى إما أن تكون تأمينات عينية قدمها المدين نفسه وهذا هو الغالب، وإما أن تكون تأمينات عينية أو شخصية قدمها الغير ككفيل عينى أو كفيل شخصى. فنستعرض كلا من هاتين الحالتين.

=على التأمينات الشخصية والعينية. (٣) أوجب التقنين السابق فى المادة ٢٥٥/١٩١ أن يكون الاتفاق على نقل التأمينات المذكورة بالمادة السابقة – وهذا خطأ مادى والمقصود المادة قبل السابقة – بورقة رسمية حتى ينفذ فى حق الغير، أما التقنين الجديد فقد حذف هذا الشرط بعد أن كان وارداً فى المشروع التمهيدى: انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٢٥٩، وانظر الموجز للمؤلف فقرة ٥٧٨ والأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٨٠٤. هذا والعبرة فى تطبيق التقنين الجديد فى شأن نقل التأمينات التى قدمها المدين دون غيرها وفى شأن أن يكون الاتفاق على هذا النقل يصح ولو فى ورقة غير رسمية بتاريخ الاتفاق على نقل التأمينات، فإن كان هذا التاريخ سابقا على ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ صح نقل كل التأمينات ولو لم يكن المدين هو الذى قدمها ووجب أن يكون الاتفاق فى ورقة رسمية وذلك تطبيقاً لأحكام التقنين السابق، وإلا فتطبق أحكام التقنين الجديد.

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى م٣٥٥ – ٣٥٦ (مطابقتان للمادتين ٣٥٧ –٣٥٨ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى الليبى م٣٤٤ – ٣٤٥ (مطابقتان للمادتين ٣٥٧ – ٣٥٨ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى العراقى: لا مقابل – ويبدو أن التأمينات فى التقنين العراقى لا تنتقل بمرتبتها الأصلية، بل تجدد فتأخذ مرتبتها من وقت تجديدها: انظر عكس ذلك الاستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٣٣٩.

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٣٢٥/ ٢و٣: ويمكن الكفلاء وسائر الموجب عليهم أن يدخلوا برضاهم تحت أحكام الموجب الجديد – ويجوز وضع نص صريح يشترط به إلحاق الرهون والحقوق الممتازة ورهون المنقولات بالدين الجديد على الشروط نفسها التى كانت ضامنة للموجب الساقط، ولا يكون ذلك إلا إذا رضى بهذا الإلحاق صاحب الملك المترتب عليه حق الرهن أو الامتياز: (ويختلف حكم التقنين اللبنانى عن حكم التقنين المصرى فى مسألتين: (١) تشمل التأمينات حقوق الامتياز فى التقنين اللبنانى بالنص الصريح، أما فى التقنين المصرى فالتأمينات التى قدمها المدين لا تشمل حقوق الامتياز. (٢) فى التجديد بتغيير المدين إذا كان هذا المدين قدم تأميناً على ملك له وأريد نقله إلى الالتزام الجديد وجب رضاؤه بذلك فى التقنين اللبنانى، ولا يشترط هذا الرضاء فى التقنين المصرى).

١ – التأمينات العينية التى قدمها المدين

٥٠٤ – انتقال التأمينات إلى الالتزام الجديد فيه خروج على القواعد العامة – مبرراته: ولاشك فى أن انتقال التأمينات من الالتزام الأصلى إلى الالتزام الجديد أمر استثنائى. ذلك أن الالتزام الأصلى الذى كانت هذه التأمينات تكفله قد انقضى، فكان الواجب أن تنقضى بانقضائه. أما أن تبقى بعد انقضاء الالتزام، وتنتقل بمرتبتها الأصلية إلى الالتزام الجديد، فذلك فيه خروج ظاهر على القواعد العامة، ولا يبرره إلا اعتبارات عملية محضة، دعت القانون إلى أن يبيح الاتفاق على استبقاء هذه التأمينات مع نقلها إلى الالتزام الجديد.

وتتلخص هذه الاعتبارات العملية فى أن انتقال التأمينات إلى الالتزام الجديد فيه فائدة كبيرة للدائن، إذ تبقى له تأميناته القديمة حافظة لمرتبتها الأصلية، ولولا ذلك لما كان غالباً يرضى بالتجديد. هذا إلى أن انتقال هذه التأمينات لا يضر بالمدين، فهو قد سبق له أن قدمها لكفالة الالتزام الأصلى، فلا عليه أن يستبقيها لكفالة الالتزام الجديد فى حدود الالتزام الأصلى. ولا يضر هذا الانتقال بالغير، فسنرى أن الغير قد كفل القانون مصلحته فلا يضار بهذا الانتقال(١).

ونلاحظ هنا أمرين: (أولا) أن هذه التأمينات لا تنتقل إلى الالتزام الجديد بحكم القانون، بمجرد الاتفاق على التجديد. بل لابد من اتفاق خاص على انتقالها، وذلك إلى جانب الاتفاق على التجديد. فإذا لم يوجد هذا الاتفاق الخاص، ولم يكن هناك إلا الاتفاق على التجديد، انقضت التأمينات بانقضاء الالتزام الأصلى، فلا تنتقل إلى الالتزام الجديد(٢). (ثانياً) وقد يقال ما دام لابد من اتفاق خاص، فأين وجه الخروج على القواعد العامة، وفيم النص على إباحة استبقاء التأمينات، وكان أصحاب الشأن يستطيعون الاتفاق على ما يشاؤون من تأمينات دون حاجة إلى نص فى القانون يبيح لهم ذلك؟ ولكن لا وجه لهذا القول، فالتأمينات التى أباح النص الاتفاق على استبقائها هى التأمينات الأصلية، تنتقل إلى الالتزام الجديد بمرتبتها الأصلية. ولو لم يبح القانون ذلك، لما أمكن أصحاب الشأن أن يتفقوا إلا على تأمينات جديدة، بعد أن تكون التأمينات الأصلية قد انقضت بالتجديد. ولكانت مرتبة هذه التأمينات الجديدة من وقت الاتفاق عليها، فلا تكون لها مرتبة التأمينات الأصلية. هذا إلى أنه فى صورة خاصة من صور التجديد – التجديد بتغيير

---

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٦٩.

(٢) وهذا ما يستبقى أهمية التمييز بين الحوالة والتجديد. ففى الحوالة تنتقل التأمينات بمجرد الحوالة دون حاجة إلى اتفاق خاص، أما فى التجديد فقد رأينا أنها لا تنتقل بمجرد الاتفاق على التجديد بل لابد من اتفاق خاص.

المدين – أباح النص للدائن والمدين الجديد أن يتفقا على انتقال التأمينات الأصلية دون رضاء المدين الأصلى مع أنه هو المالك للمال المثقل بالتأمين، ولولا هذا النص لما أمكن الاتفاق على نقل هذه التأمينات دون رضائه.

٥٠٥– حماية الغير: وقد عنى القانون بحماية الغير حتى لا يضار بانتقال التأمينات، وذلك من ناحيتين: (أولا) نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٥٧ مدنى، كما رأينا، على أنه «لا يكون الاتفاق على نقل التأمينات العينية نافذاً فى حق الغير إلا إذا تم مع التجديد فى وقت واحد، هذا مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالتسجيل». ذلك أنه لو تم التجديد قبل الاتفاق على نقل التأمينات، لانقضى الالتزام الأصلى وانقضت معه هذه التأمينات، ولأفاد من انقضائها الغير، وهو هنا دائن له تأمين عينى متأخر عن التأمين الذى كان يكفل الالتزام الأصلى، فزوال هذا التأمين المتقدم يفيد الغير صاحب التأمين المتأخر. فلا يجوز أن يضار بعد ذلك بالاتفاق الذى يعقب التجديد على نقل التأمين المتقدم، الذى كان قد زال بالتجديد، إلى الالتزام الجديد. ومن ثم لم يجز القانون نقل التأمينات العينية التى كانت تكفل الالتزام الأصلى إلى الالتزام الجديد، إلا إذا تم هذا الانتقال مع التجديد فى وقت واحد[1]. ويراعى فوق ذلك الأحكام المتعلقة بالتسجيل، فيؤشر على هامش القيد الذى يشهر التأمين العينى بأن هذا التأمين أصبح يكفل الالتزام الجديد، يذكر المحل الجديد للالتزام إذا كان التجديد بتغيير الدين، ويذكر اسم المدين الجديد إذا كان التجديد بتغيير المدين، أو الدائن الجديد إذا كان التجديد بتغيير الدائن. (ثانياً) لا يجوز أن يكفل التأمين من الالتزام الجديد إلا بمقدار ما كان يكفل من الالتزام الأصلى. فلو كان الالتزام الجديد أكبر قيمة من الالتزام الأصلى، وكفل التأمين الالتزام الجديد كله، لتضرر الغير صاحب التأمين المتأخر إذ يرى التأمين المتقدم عليه قد زاد عبؤه عن ذى قبل. وهذا المحظور إنما يتحقق فى التجديد بتغيير الدين، دون التجديد بتغيير المدين أو بتغيير الدائن، ولذلك قضت الفقرة الأولى من المادة ٣٥٧ مدنى بأنه «إذا كان التجديد بتغيير الدين، جاز للدائن والمدين أن يتفقا على انتقال التأمينات للالتزام الجديد فى الحدود التى لا تلحق ضرراً بالغير»، أى فى حدود الالتزام الأصلى[2].

---

(١) ومن ثم يجب أن يكون الاتفاق على نقل التأمينات، لنفاذه فى حق الغير، ثابت التاريخ. إذ لو جاز أن يكون الاتفاق غير ثابت التاريخ، لأمكن تقديم تاريخه حتى يكون معاصراً للتجديد ولو كان الاتفاق لاحقاً، فتبقى التأمينات ضامنة للدين الجديد وكان ينبغى أن تنقضى (الموجز للمؤلف فقرة ٥٧٨ ص٦٠٢ – ص٦٠٣ – الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص٨٧ – ص٨٨ – الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٧٥).

(٢) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٢٥٩ وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نوعاً ثالثاً من الحماية للغير، إذ كان يشترط لنفاذ انتقال التأمينات العينية =

٥٠٦- ما المقصود بالتأمينات العينية التى قدمها المدين: ونرى أن المقصود بالتأمينات العينية التى قدمها المدين التأمينات الاتفاقية التى ارتضاها لكفالة دينه الأصلى. فيدخل فى ذلك الرهن الرسمى، ورهن الحيازة سواء كان على عقار أو على منقول. أما حقوق الامتياز فلا تدخل، لأنها تأمينات لم يقدمها المدين باختياره، بل هى تأمينات رتبها القانون وبناها على صفة فى الالتزام فهى لصيقة بهذه الصفة، فإذا كان الالتزام الأصلى قد قرر له القانون امتيازاً لصفته الخاصة، فلا يجوز الاتفاق على نقل هذا الامتياز إلى الالتزام الجديد وهو لم تتوافر له الصفة التى دعت إلى تقرير حق الامتياز(١). وهذا التفسير الذى يستخلص فى يسر من عبارة التقنين يجنبنا عيباً وقع فيه التقنين المدنى الفرنسى، إذ نصت المادة ١٢٧٨ من هذا التقنين على أن «حقوق الامتياز والرهون التى كانت للدين القديم لا تنتقل إلى الدين الذى حل محله، إلا إذا اشترط الدائن صراحة الاحتفاظ بها(٢)». ويعيب الفقه الفرنسى على هذا النص أنه يبيح اشتراط انتقال حقوق الامتياز والرهون القانونية، مع أن هذه الحقوق لم تقرر إلا لصفة فى الدين الأصلى، فكان ينبغى ألا يجوز اشتراط انتقالها إلى دين آخر ليست له هذه الصفة(٣).

وعلى التفسير الذى نقول به ينبغى ألا يجوز الاتفاق على نقل حق الاختصاص من الالتزام الأصلى إلى الالتزام الجديد، لأن حق الاختصاص تأمين لم يقدمه المدين اختياراً، بل رتبه القاضى على عقار المدين بموجب حكم واجب التنفيذ. والقانون إنما أباح، استثناء، الاتفاق على نقل التأمين الذى قدمه المدين، والاستثناء لا يقاس عليه. فالتأمين الذى لم يقدمه المدين، كحق الاختصاص، يبقى فى حكمه على الأصل، فيزول بالتجديد، ولا يجوز الاتفاق على نقله إلى الالتزام الجديد.

٥٠٧- كيف يتم انتقال التأمينات من الالتزام الأصلى إلى الالتزام الجديد: أما كيف يتم انتقال التأمينات التى قدمها المدين من الالتزام الأصلى إلى الالتزام الجديد، على النحو الذى قدمناه، أى فى حدود الالتزام الأصلى وبشرط أن يتم مع التجديد فى وقت واحد،

=فى حق الغير أن يكون الاتفاق فى ورقة رسمية، وقد حذف هذا الشرط فى لجنة المراجعة أنظر تاريخ نص المادة ٣٥٧ مدنى آنفاً فقرة ٣-٥ فى الهامش).

(١) فإذا جدد البائع التزام المشترى نحوه بدفع الثمن إلى التزام جديد ناشئ من عقد قرض مثلا، لم يجز الاتفاق على نقل امتياز البائع إلى هذا الالتزام الجديد.

(٢) وهذا هو النص فى أصله الفرنسى: Art. 1278: Les privilèges et hypothèques de l'ancienne créance ne passent point à celle qui lui est substituée, à moins que le créancier ne les ait expressément réservés.

(٣) أنظر بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٣٧.

فذلك يختلف باختلاف صور التجديد[1].

فإذا كان التجديد بتغيير الدين، تم نقل التأمينات بالطريق الذى يتم به التجديد ذاته، أى باتفاق بين الدائن والمدين.

وإذا كان التجديد بتغيير الدائن، تم نقل التأمينات أيضاً بالطريق الذى يتم به التجديد ذاته، أى باتفاق بين المدين والدائن الأصلى والدائن الجديد، فتتفق ثلاثتهم على أن تبقى التأمينات التى قدمها المدين لكفالة الالتزام الأصلى حتى تكفل الالتزام الجديد.

وإذا كان التجديد بتغيير المدين، فقد رأينا أن التجديد فى هذه الصورة يتم تارة باتفاق بين الدائن والمدين الجديد، ويتم طوراً باتفاق بين الدائن والمدين الأصلى والمدين الجديد. ونص القانون – المادة ٣٥٧ مدنى الفقرة الأولى حرف ب– لم يفرق بين الحالتين، بل قضى بأنه «إذا كان التجديد بتغيير المدين، جاز للدائن والمدين الجديد أن يتفقا على استبقاء التأمينات العينية دون حاجة إلى رضاء المدين القديم». فلا حاجة إذن إلى رضاء المدين القديم، سواء اشترك فى التجديد أو لم يشترك، لنقل التأمينات إلى الالتزام الجديد. ويصبح المدين القديم – بعد انقضاء دينه بالتجديد مع بقاء التأمينات تثقل ماله لكفالة المدين الجديد – بمثابة كفيل عينى لهذا المدين. وقد حسم التقنين المصرى بهذا النص خلافاً لا يزال قائماً فى القانون الفرنسى، فالفقه فى فرنسا منقسم، فى انتقال التأمين إلى الالتزام الجديد، بين اشتراط رضاء المدين وعدم اشتراط هذا الرضاء[2].

٢ – التأمينات الشخصية والعينية التى قدمها الغير

٥٠٨– وجوب رضاء الغير بنقل هذه التأمينات: وقد يكون الغير هو الذى قدم التأمينات التى تكفل الالتزام الأصلى. وهذا الغير إما أن يكون قد قدم تأميناً شخصياً، بأن كان كفيلا للالتزام الأصلى أو مديناً متضامناً فيه، وإما أن يكون قد قدم تأميناً عينياً، بأن يكون كفيلا عينياً رتب رهناً على مال مملوك له لضمان الالتزام الأصلى.

ففى جميع هذه الأحوال لا يجوز انتقال التأمين الشخصى أو العينى إلا برضاء الغير

---

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٢٥٩.

(٢) أنظر فى ذلك بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٣٨ ومن الفقهاء الذين يقولون بعدم ضرورة رضاء المدين توليه ٧ فقرة ٣١٢ وما بعدها – ديانتون ١٢ فقرة ٣١١ – كولميه دى سانتير ٥ فقرة ٢٢٦ مكررة – لاروميير ٥ م ١٢٧٩ فقرة ٢– ديمولومب ٢٧ فقرة ٣٥٦ – فقرة ٣٥٧. ومن الفقهاء الذين يقولون بضرورة رضاء المدين ماركاديه ٤ م ١٢٧٩ فقرة ٣– لوران ١٨ فقرة ٣٣٢– بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٣٨ – جوسران ٣ فقرة ٩١٤.

الذى رتب هذا التأمين. فلا يكفى إذن، حتى يكفل الكفيل الالتزام الجديد بعد أن كان يكفل الالتزام الأصلى، أن يتفق على ذلك الدائن والمدين ومعهما المدين الجديد أو الدائن الجديد، بل لابد من رضاء الكفيل أيضاً. فانه لم يكفل إلا التزاما بعينه هو الالتزام الأصلى، فحتى يكفل التزاماً غيره، ولو كان أقل قيمة، لابد من رضائه بذلك(١).

وإذا كان الالتزام الأصلى التزاماً تضامنياً، فقد رأينا عند الكلام فى التضامن(٢)، أن المادة ٢٨٦ مدنى تنص على أن «يترتب على تجديد الدين بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين أن تبرأ ذمة باقى المدينين، إلا إذا احتفظ الدائن بحقه قبلهم». ورأينا أن باقى المدينين المتضامنين الذين لم يشتركوا فى إجراء التجديد لا يكونون متضامنين فى الالتزام الجديد إلا برضاهم. فإذا اتفق الدائن مع المدينين المتضامنين جميعاً على تجديد الالتزام الأصلى، ظلوا جميعاً متضامنين فى الالتزام الجديد. أما إذا اتفق الدائن مع سائر المدينين المتضامنين غير المدين الذى أجرى التجديد على أن يبقوا متضامنين فى الدين القديم، أو احتفظ بحقه قبلهم دون ضرورة للاتفاق معهم، فان هؤلاء المدينين لا يلتزمون ولو غير متضامنين، بالالتزام الجديد، بل يبقون ملزمين بالتضامن بالدين الأصلى بعد حط حصة المدين الذى أجرى التجديد. وإذا كان الدائن أراد أن ينقل التضامن إلى الدين الجديد، واشترط ألا يتم التجديد إلا على هذا الأساس، ورفض باقى المدينين أن يلتزموا متضامنين بالدين الجديد، فان التجديد لا يتم إذ تخلف شرطه، ويظل الالتزام التضامنى الأصلى على حاله. أما إذا كان الدائن لم يتفق مع باقى المدينين لا على أن يبقوا ملتزمين بالدين الأصلى ولا على أن يتضامنوا فى الدين الجديد مع المدين الذى أجرى التجديد، ولم يحتفظ بحقه قبلهم، بل أجرى التجديد دون قيد ولا شرط، فقد افترض المشرع فى المادة ٢٨٦ مدنى السالفة الذكر افتراضاً معقولاً أن نية الدائن قد انصرفت إلى إبراء ذمتهم من الدين الأصلى لأنه انقضى بالتجديد ولم يحتفظ بحقه قبلهم، ومن الدين الجديد لأنهم لم يقبلوا الالتزام به. وقد سبق أن بينا ذلك تفصيلا عند الكلام فى التضامن(٣).

وإذا كان الغير قد قدم تأميناً عينياً لكفالة الالتزام الأصلى، أى كان كفيلا عينياً لهذا الالتزام، ان التأمين الذى قدمه بالمرتبة التى هو عليها لا ينتقل إلى كفالة الالتزام الجديد إلا برضائه. وإذا كان قد رتب تأمينا عينيا لدائن آخر متأخراً فى المرتبة عن التأمين الذى قدمه لكفالة الالتزام الأصلى، وجب أيضاً ألا ينتقل تأمين الالتزام الأصلى إلى الالتزام الجديد إلا

---

(١) مصر استئنافى ١٨ يوليه سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص٤٧٥.

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٩٠.

(٣) انظر آنفاً فقرة ١٩٠.

فى حدود الالتزام الأصلى حتى لا يضار الدائن المتأخر فى المرتبة، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك.

٥٠٩- جواز نقل هذه التأمينات بعد اجراء التجديد: والتأمينات التى قدمها الغير، شخصية كانت أو عينية، بخلاف التأمينات العينية التى قدمها المدين، لا يشترط أن يكون نقلها مع التجديد فى وقت واحد، بل يجوز أن يتفق على نقلها بعد إجراء التجديد[١]. فيجوز إذن، بعد إجراء التجديد، أن يتفق أطرافه مع الكفيل الشخصى أو الكفيل العينى أو المدينين المتضامنين على نقل هذه التأمينات الشخصية أو العينية إلى الالتزام الجديد، وذلك فى غير إخلال بحقوق الغير.

والمراد بالغير هنا دائن له تأمين عينى متأخر فى المرتبة. فإذا تم التجديد قبل الاتفاق على نقل الرهن المتقدم إلى كفالة الالتزام الجديد، فقد انقضى هذا الرهن المتقدم بانقضاء الالتزام الأصلى المضمون بالرهن. فلا يجوز، بعد أن استفاد الدائن المتأخر فى المرتبة من زوال الرهن المتقدم على هذا النحو، أن تتفق أطراف التجديد مع الكفيل العينى على أن ينتقل الرهن إلى الالتزام الجديد، فيضار الدائن المتأخر فى المرتبة باحياء رهن متقدم على تأمينه بعد أن كان هذا الرهن قد انقضى.

الفرع الثانى
الانابة فى الوفاء
(Délégation)

٥١٠- علاقة الانابة فى الوفاء بالتجديد: قد تنطوى الإنابة فى الوفاء على تجديد بتغيير المدين، بل وعلى تجديد بتغيير الدائن أيضاً، كما سنرى. ولكنها لا تنطوى على أى تجديد، فتكون الإنابة فى الوفاء نظاماً مستقلا كل الاستقلال عن التجديد، ولا علاقة تقوم بين النظامين[٢].

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «أما التأمينات التى تقدم من الغير - كالكفالة العينية أو الشخصية أو التضامن - فلا تنتقل إلا برضاء هذا الغير كفيلا كان أو مدينا متضامنا ... ويجوز أن يصدر هذا الرضاء بعد انقضاء التجديد، فى غير إخلال بحقوق الغير» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٢٥٩).

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٧١ - دى باج ٣ فقرة ٦٠٣.

وقد أرجع تالير (Thaller) أحكام الأوراق التجارية (effets de commerce) وهى ما =

ولم يعرض التقنين المدنى السابق للإنابة فى الوفاء إلا باشارة عابرة دون أن يذكر اسمها، أما التقنين المدنى الجديد فقد عنى بها وأفرد لها نصوصاً خاصة(١).

وسنرى أولا كيف تتم الإنابة فى الوفاء، سواء انطوت على تجديد أو لم تنطو. ثم نرى بعد ذلك ما هى الآثار التى تترتب على الإنابة فى الوفاء فى صورتيها، صورة التجديد وصورة النظام القانونى المستقل عن التجديد.

المبحث الأول

كيف تتم الإنابة فى الوفاء

٥١١- النصوص القانونية: تنص المادة ٣٥٩ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«١- تتم الإنابة إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبى يلتزم بوفاء الدين مكان المدين».

=تسمى الآن بسندات الائتمان الصرفية (titres de crédit) - وهى الكمبيالات (lettres de change) والسندات الإذنية (billets à ordre) والشيكات (chèques) - إلى قواعد الإنابة فى الوفاء (حوليات القانون التجارى سنة ١٩٠٦ وسنة ١٩٠٧- القانون التجارى الطبعة السابعة فقرة ١٦٣٩). وكذلك أرجعت إلى قواعد الإنابة فى الوفاء أحكام أوراق الاعتماد (lettres de crédit) والتحويل من حساب جار إلى حساب آخر (virement bancaire). على أن الفقه المعاصر تحول عن هذا الاتجاه. فالشيك ليس إلا أمراً يصدره الساحب (tireur) إلى المصرف المسحوب عليه (tiré) بدفع قيمة الشيك لحامله (bénéficiaire direct ou endossataire)، والمصرف ليس إلا وكيل الساحب ينفذ ما وكله فيه، وهذا هو أيضاً الحكم فى التحويل من حساب جار إلى حساب جار آخر (أنظر فى هذا المعنى دى باج ٣ فقرة ٦١١ وفقرة ٦١١ مكررة). وتخضع الكمبيالات والسندات الإذنية لأحكام خاصة بها أنشأتها وطورتها المعاملات التجارية، ولا تتسع لها قواعد الإنابة فى الوفاء التى ترجع فى أصلها إلى القانون الرومانى (أنظر فى هذا المعنى بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠١٨ ص١٠٠- بولانجيه فى أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ (délégation) فقرة ٢ وفقرة ٥- فقرة ٦). وأنظر فى نظام قريب من الإنابة، كان معروفاً فى القانون الفرنسى القديم تحت اسم (rescription)، وكان يتسع لتأصيل الأوراق التجارية ونحوها لو أن الفقه الفرنسى الحديث احتفظ به كما احتفظ به الفقه فى ألمانيا وفى سويسرا إلى كابيتان فى السبب فقرة ١٧٧.

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «أما الإنابة فلم يعرض لها التقنين القائم (السابق) إلا بمجرد إشارة عابرة فى بعض الأحكام الخاصة بالتجديد بتغيير المدين، دون أن يعنى بذكر اسمها. ولكن المشروع أفرد لها نصوصاً خاصة استظهر فيها سمتها الذاتية من حيث التجديد، وعرض صورتيها، فتناول الإنابة الكاملة وهى فى حقيقتها ليست سوى تجديد بتغيير المدين، والإنابة القاصرة، وهى لا تستتبع التجديد وهى بذلك أعظم أهمية من الناحية العملية» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٢٤٠).

«٢- ولا تقتضى الإنابة أن تكون هناك مديونية سابقة ما بين المدين والأجنبى»[١].

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص[٢].

ويقابل النص فى التقنينات المدنى العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٥٧ - وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٤٦- وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٤٠٥- - وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ١/٣٢٦ و٢[٣].

٥١٢- الانابة تفترض أشخاصا ثلاثة: ويستخلص من النص المتقدم الذكر أن الإنابة تقتضى وجود أشخاص ثلاثة: (١) المنيب (délégant) وهو المدين الذى ينيب الشخص الأجنبى ليفى الدين إلى الدائن، ومن ثم سمى منيباً. (٢) المناب (délégué) وهو هذا الشخص الأجنبى الذى ينيبه المدين ليفى الدين إلى الدائن، ومن ثم سمى منابا. (٣) المناب لديه (délégataire) وهو الدائن الذى ينيب المدين الشخص الأجنبى لديه ليفى له الدين، ومن ثم سمى منابا لديه.

٥١٣- ما يمكن أن يقوم من مديونية ما بين هؤلاء الاشخاص الثلاثة: والغالب أن يكون المنيب مديناً للمناب لديه، ولذلك ينيب المناب فى وفاء هذا الدين. والغالب أيضاً أن يكون المنيب دائناً للمناب، ولذلك اختاره ليقوم بوفاء دينه للمناب لديه، فيتخلص المناب بهذا الوفاء من الدين الذى فى ذمته للمنيب[٢].

---

(١) **تاريخ النص**: ورد هذا النص فى المادة ٤٩٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٧١ فى المشروع النهائى. ثم وافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٥٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٢٦١).

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٥٨٠ وما بعدها - الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٨٠٦ وما بعدها.

(٣) **التقنينات المدنية العربية الأخرى**:

التقنين المدنى السورى م٣٥٧ (مطابقة للمادة ٣٥٩ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى الليبى م٣٤٦ (مطابقة للمادة ٣٥٩ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى العراقى م٤٠٥ (مطابقة للمادة ٣٥٩ من التقنين المدنى المصرى - وانظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٣٤١).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٣٢٦/ ١و٢: إن التفويض هو توكيل يعطى من شخص (يدعى المفوض) لشخص آخر (يدعى المفوض إليه) ليعقد التزاماً تجاه شخص ثالث (يسمى المفوض لديه) - وهو لا يفيد بحكم الضرورة وجوب موجب سابق بين المتعاقدين. (وحكم التقنين اللبنانى متفق مع حكم التقنين المصرى).

(٢) فإذا باع شخص عقاراً مرهوناً لدائن، وأصبح البائع دائناً بالثمن للمشترى، جاز للبائع أن يفى الدين المضمون بالرهن عن طريق الإنابة فى الوفاء. ويتم ذلك بأن ينيب البائع المشترى فى الوفاء بهذا =

على أنه ليس من الضرورى أن يكون المنيب مديناً للمناب لديه، كما أنه ليس من الضرورى أن يكون المناب مديناً للمنيب.

فقد يكون المنيب غير مدين للمناب لديه، وإنما أراد أن يتبرع له بمال ليس عنده أو يقرضه إياه فقصد المناب، سواء كان هذا مديناً له أو غير مدين، وطلب إليه أن يلتزم باعطاء هذا المال للمناب لديه. ولكن هذا الفرض نادر، إذ يكون المنيب فى الكثرة الغالبة من الأحوال مديناً للمناب لديه، ويريد عن طريق الإنابة أن يفى بهذا الدين(١).

وقد يكون المناب غير مدين للمنيب، ومع ذلك يرضى بأن ينوب عنه فى الوفاء بدينه للمناب لديه، على أن يرجع عليه بعد ذلك بما وفاه عنه. وقد يكون متبرعاً، فلا يرجع على المنيب. ولما كانت مديونية المناب للمنيب ليست حتمية، بل وليست غالبة فى العمل كما تغلب مديونية المنيب للمناب لديه، فقد تولت الفقرة الثانية للمادة ٣٥٩ مدنى إبراز هذا الوضع، فنصت كما رأينا على أنه «لا يقتضى الإنابة أن تكون هناك مديونية سابقة ما بين المدين والأجنبى»، أى ما بين المنيب والمناب(٢).

٥١٤ – قد تتضمن الانابة تجديدا وقد لا تتضمن – الانابة الكاملة والانابة القاصرة: والإنابة، على النحو الذى بيناه، قد تتضمن تجديداً بتغيير المدين، وقد تنطوى فوق ذلك على تجديد بتغيير الدائن. فإذا كان المنيب مديناً للمناب لديه، ولم يكن المناب مديناً للمنيب أو كان مديناً له، واتفق الثلاثة على تجديد دين المنيب للمناب لديه عن طريق تغيير المدين، بأن يقبل المناب أن يكون مديناً للمناب لديه مكان المنيب، سميت الإنابة فى هذه الحالة إنابة كاملة (délégation parfaite)، لأنها تتضمن تجديداً بتغيير المدين. وقد تنطوى هذه الإنابة الكاملة فوق ذلك على تجديد آخر بتغيير الدائن، إذا كان المناب مديناً للمنيب وجدد هو الآخر دينه فجعل دائنه هو المناب لديه بدلا من المنيب، فيكون المنيب قد

=الدين للدائن المرتهن، ويكون البائع منيباً والمشترى مناباً والدائن منابا لديه. وتكون هناك علاقة مديونية ثانية بين المنيب والمناب لديه إذ البائع مدين للدائن المرتهن (انظر استئناف مختلط ١٨ أبريل سنة ١٩٣٩ م٥١ ص٢٦٢). وقد وجدت علاقة مديونية ثالثة بين المناب والمناب لديه، إذ المشترى يصبح مديناً مديونية مباشرة للدائن المرتهن (استئناف مختلط ١٣ مارس سنة ١٩١٣ م٢٥ ص٢٣٢).

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٧١.

(٢) وقد يعلق المنيب الإنابة على شرط فاسخ أو شرط واقف، إذا كان الدين الذى له فى ذمة المناب معلقاً على هذا الشرط، فإذا تحقق الشرط انفسخت الإنابة أو نفذت بحسب الأحوال (استئناف مختلط ٨ يونيه سنة ١٩٣٩ م٥١ ص٣٧٣).

جدد دينه نحو المناب لديه بتغيير المدين، ويكون المناب قد جدد دينه نحو المنيب بتغيير الدائن[1].

فإذا لم تتضمن الإنابة تجديداً بتغيير المدين، بل بقى المنيب مديناً للمناب لديه إلى جانب المناب، وصار للمناب لديه مدينان بدلا من مدين واحد، المنيب وهو مدينه الأصلى والمناب وهو المدين الجديد، سميت الإنابة فى هذه الحالة بالإنابة القاصرة (délégation imparfaite). وهى قاصرة إذ هى لم تبرئ ذمة المنيب نحو المناب لديه(I)، بينما الإنابة الكاملة قد أبرأت ذمة المنيب نحو المناب لديه عن طريق التجديد. والإنابة القاصرة هى التى يغلب وقوعها فى العمل، فان المناب لديه قل أن يقبل إبراء ذمة المنيب، ويأبى إلا أن يستبقيه مديناً أصلياً ويضيف إليه المناب مديناً جديداً. ومن ثم نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٦٠ مدنى، كما سنرى، على ما يأتى: «ومع ذلك لا يفترض التجديد فى الإنابة، فإذا لم

---

(١) وهذه الإنابة الكاملة التى تتضمن تجديداً بتغيير المدين وتجديداً بتغيير الدائن هى التى رددنا إليها الحوالة فى الفقه الإسلامى فى مذاهب المالكية والشافعية والحنابلة فيما قدمناه (انظر آنفاً فقرة ٢٤٠).

(I) أ- الانابة فى الوفاء - على ما تنص عليه المادتان ١/٣٥٩، ١/٣٦٠ من القانون المدنى - هى احدى صورتى تجديد الالتزام بتغيير المدين، فإذا لم تتضمن الانابة تجديدا بتغيير المدين بل بقى المنيب مدينا للمناب لديه إلى جانب المناب وصار للمناب لديه مدينان بدلا من مدين واحد سميت الانابة فى هذه الحالة بالانابة القاصرة.

(الطعن ٢١٣٢ لسنة ٥٢ق - جلسة ١٩٨٨/١/١٨)

ب- تجديد الالتزام بتغيير المدين - وفقا للمادة ٢/٣٥٢ من القانون المنى - يتم اما باتفاق الدائن مع اجنبى على ان يكون هذا الأجنبى مدينا مكان المدين الاصلى وعلى ان تبرأ ذمة المدين الاصلى دون حاجة لرضائه - أو إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبى قبل أن يكون هو المدين الجديد - وكانت الإنابة فى الوفاء - على ما تنص عليه المادتان ١/٣٥٩، ١/٣٦٠ من القانون المدنى - هما احدى صورتى تجديد الالتزام بتغيير المدين - فإذا لم تتضمن الإنابة تجديدا بتغيير المدين بل بقى المنيب مدينا للمناب لديه إلى جانب المناب وصار للمناب لديه مدينان بدلا من مدين واحد سميت الانابة فى هذه الحالة بالانابة القاصرة - لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد اقام قضاءه بالزام الطاعنة بالدين المطالب به على ان المحكمة تستخلص من ظروف الدعوى وملابساتها أن أمر الدفع الصادر من الشركة المستأنفة - الطاعنة - إلى شركة كلنجديل بتاريخ ١٩٧٩/٤/١٤ يعتبر بمثابة انابة قاصرة إنضم بمقتضاها مدين جديد إلى المدين الأصلى...» دون أن يبين تلك الظروف والملابسات التى استند إليها فى القول بالانابة القاصرة فان تلك العبارة المرسلة من شأنها ان تجهل بالاسباب التى قام عليها قضاءه وتعجز محكمة النقض عن مراقبة صحة تطبيقه للقانون مما يعيبه بالقصور فى التسبيب ويستوجب نقضه.

(الطعن ٢١٣٢ لسنة ٥٢ق - جلسة ١٩٨٨/١/١٨)

يكن هناك اتفاق على التجديد قام الالتزام الجديد إلى جانب الالتزام الأول». فنية التجديد يجب، كما قدمنا، أن تكون واضحة لا غموض فيها. فإذا قام شك، اعتبرت الإنابة قاصرة لا تتضمن تجديداً(١)(1).

والعبرة في معرفة ما إذا كانت الإنابة كاملة أو قاصرة هي بأن تتضمن تجديداً بتغيير المدين أو لا تتضمن، فان تضمنت هذا التجديد كانت كاملة، وإلا فهي قاصرة. أما التجديد بتغيير الدائن فليس من شأنه أن يجعل الإنابة كاملة، فقد لا يتفق على التجديد بتغيير المدين، فتكون الإنابة قاصرة حتى لو اتفق على التجديد بتغيير الدائن. على أن الغالب أن الإنابة إذا تضمنت تجديداً، كان التجديد من الجهتين، بتغيير المدين وبتغيير الدائن في وقت واحد(٢).

٥١٥ – الانابة القاصرة والاشتراط لمصلحة الغير: ويمكن الوصول إلى الإنابة القاصرة عن طريق الاشتراط لمصلحة الغير. ويكون ذلك بأن يشترط المنيب على المناب أن يقوم بوفاء دينه للمناب لديه، فينشأ عندئذ للمناب لديه حق مباشر يستطيع بموجبه أن يستوفي حقه

---

(١) دمنهور تجارى ٦ ديسمبر سنة ١٩٥٥ المحاماة ٣٦ رقم ٤٥٧ ص١٣٧٤ – هذا ولا ضرورة في الإنابة، كاملة كانت أو قاصرة، لأى إجراء لتكون نافذة في حق الغير، ويكفي في ذلك رضاء أطراف الإنابة. ذلك أن الإنابة لا تنطوى على حوالة حق، لتكون في حاجة إلى إعلان. فالمناب لديه يصبح دائناً للمناب دون أن ينتقل إليه حق المنيب في ذمة المناب، إذ يبقى هذا الحق في ذمة المناب للمنيب ما لم يكن قد انقضى بالتجديد (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٤٦– بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٧٣) – ويصح أن يكون رضاء المناب لديه ضمنياً، كما إذا قبل استيفاء الدين من المناب (استئناف مختلط ٢٠ أبريل سنة ١٩٤٤ م٥٦ ص٨-١). ويجوز، قبل رضاء المناب لديه، إذ اتفق المنيب والمناب على الإنابة، أن يرجع كل منهما فيها (استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩٣١ م٤٣ ص١٦٢).

(٢) انظر بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٢١-١.

(1) لم تستلزم المادة ٢/١٨٧ من القانون المدنى القديم والمادة ٣٥٩ من القانون المدنى الجديد أن يكون المناب لديه طرفا في الاتفاق الذى يتم بين المنيب والمناب كما لم تشترطا للقبول شكلا خاصا ولا وقتا معينا بل يكفى لقيامها بالنسبة للمناب لديه أن يقبلها ما دام لم يحصل العدول عنها من طرفيها. وإذن فإذا كان الطاعنان قد تمسكا بوجود إنابة ناقصة تجير لهما مطالبة المطعون عليهما بدينهما قبل البائعين لهما استنادا إلى نص وارد في عقد البيع الصادر لهما، وكان الحكم المطعون فيه قد قضى برفض طلبات الطاعنين المبنية على نظرية الإنابة الناقصة دون أن يبين سنده في القول بعدم موافقتهما على هذه الإنابة، فانه يكون معيبا بما يستوجب نقضه.

(الطعن ٢٧٩ لسنة ٢٤ق – جلسة ١٩٥٩/٢/١٢ س-١ ص١٤٣)

(جلسة ١٩٦٢/٤/٢٨ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ ص٥٢٨)

من المناب، فيكون له بذلك مدينان: لمنيب وهو مدينه الأصلى ولم تبرأ ذمته بالاشتراط، والمناب وهو المتعهد فى الاشتراط فترتب فى ذمته التزام مباشر نحو المناب لديه.

بل إن الاشتراط لمصلحة الغير أيسر من الإنابة القاصرة، إذ هو يتم بمجرد اتفاق المنيب والمناب، ومن وقت هذا الاتفاق. أما رضاء المناب لديه فليس ضرورياً إلا لجعل الاشتراط غير قابل للنقض. وهذا بخلاف الإنابة القاصرة، فانها لا تتم إلا فى الوقت الذى يجتمع فيه رضاء كل من المنيب والمناب والمناب لديه[1]. على أن الإنابة القاصرة تفضل الاشتراط لمصلحة الغير فى أن المناب لديه لا يحتج عليه بالدفوع المستمدة من العلاقة ما بين المنيب والمناب، أما المنتفع فى الاشتراط فيحتج عليه بالدفوع المستمدة من عقد الاشتراط الذى تم بين المنيب والمناب[2].

المبحث الثانى

الآثار التى تترتب على الانابة فى الوفاء

٥١٦- التمييز بين صورتى الانابة فى الوفاء: هنا يجب التمييز بين صورتى الإنابة فى الوفاء: الإنابة الكاملة (أى التجديد بتغيير المدين) والإنابة القاصرة.

المطلب الأول

الإنابة الكاملة أو التجديد بتغيير المدين

٥١٧- النصوص القانونية: تنص الفقرة الأولى من المادة ٣٦٠ من التقنين المدنى على ما يأتى:

---

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٧٩ - والقضاء فى فرنسا يتردد بين النظامين، فهو تارة يطبق أحكام الاشتراط لمصلحة الغير وبخاصة فيما بين الورثة إذا اتفقوا على أن يتحمل أحدهم بدين على التركة، وطوراً يطبق أحكام الإنابة وبخاصة فى إنابة البائع للمشترى أن يفى بدين على البائع. وأمام هذا التسابق بين النظامين، يرجع الفقه أن يكون السبق للاشتراط لمصلحة الغير (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٧٩ ص٦٨٣- وانظر أيضاً بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٥٧).

(٢) بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٢٠.

«إذا اتفق المتعاقدون فى الإنابة على أن يستبدلوا بالتزام سابق التزاماً جديداً، كانت هذه الإنابة تجديداً للالتزام بتغيير المدين، ويترتب عليها أن تبرأ ذمة المنيب قبل المناب لديه، على أن يكون الالتزام الجديد الذى ارتضاه المناب صحيحاً وألا يكون المناب معسراً وقت الإنابة».

وتنص المادة ٣٦١ على ما يأتى:

«يكون التزام المناب قبل المناب لديه صحيحاً ولو كان التزامه قبل المنيب باطلا أو كان هذا الالتزام خاضعاً لدفع من الدفوع، ولا يبقى للمناب إلا حق الرجوع على المنيب، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره(١)».

ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق، ولكن الأحكام كان معمولا بها دون نص(٢).

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادتين ١/٣٥٨ و٣٥٩ – وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ١/٣٤٧ و٣٤٨– وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ١/٤٠٦ و٤٠٧ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣٢٧(٣).

---

(١) **تاريخ النصوص:**

م**١/٣٦٠**: ورد هذا النص فى المادة ١/٤٩٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١/٣٧٢ فى المشروع النهائى. ثم وافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ١/٣٦٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٣٦٢ – ص٣٦٣).

م**٣٦١**: ورد هذا النص فى المادة ٤٩٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٧٣ فى المشروع النهائى. ثم وافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٦١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٢٦٤– ص٢٦٥).

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٥٨١– الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٨٠٧.

(٣) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى: م١/٣٥٨ و٣٥٩ (مطابقتان للمادتين ١/٣٦٠/ و٣٦١ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى الليبى: م١/٣٤٧ و٣٤٨ (مطابقتان للمادتين ١/٣٦٠ و٣٦١ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى العراقى: م١/٤٠٦: إذا اتفق المتعاقدون فى الإنابة على أن يستبدلوا التزاماً جديداً بالالتزام الأول، كانت الإنابة تجديداً للالتزام بتغيير المدين. (ونص التقنين العراقى لا يشترط، كما يشترط، نص التقنين المصرى، ألا يكون المناب معسراً وقت الإنابة: أنظر مع ذلك الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٣٤٣). =

ونتناول، فى بسط الآثار التى تترتب على الإنابة الكاملة، العلاقة ما بين المنيب والمناب لديه، ثم العلاقة ما بين المنيب والمناب، وأخيراً العلاقة ما بين المناب لديه والمناب.

٥١٨- العلاقة ما بين المنيب والمناب لديه: لما كانت الإنابة الكاملة هى كما قدمنا تجديد بتغيير المدين لالتزام المنيب قبل المناب لديه، فان التجديد يقضى هذا الالتزام، فتبرأ ذمة المنيب. ويشترط لانقضاء الالتزام، كما هو الأمر فى كل تجديد، أن ينشأ الالتزام الجديد المترتب فى ذمة المناب للمناب لديه صحيحا. ولذلك لا تضيف الفقرة الأولى من المادة ٣٦٠ مدنى فى هذا الصدد جديداً.

ولكنها تضيف جديداً عندما تشترط «ألا يكون المناب معسراً وقت الإنابة». ذلك أن الأصل فى تجديد الدين بتغيير المدين أنه متى نشأ الالتزام الجديد صحيحا، فقد انقضى الالتزام القديم، ولا يرجع الدائن إلا على المدين الجديد. فإذا كان هذا معسراً، سواء كان معسراً عند التجديد أو أعسر بعد ذلك، فان الدائن هو الذى يتحمل تبعة هذا الإعسار، ولا رجوع له على المدين الأصلى إلا إذا اشترط عليه ذلك عند التجديد. أما فى الإنابة الكاملة، فقد جعل القانون للدائن – المناب لديه – حق الرجوع على المدين – المنيب – إذا كان المدين الجديد – المناب – معسراً وقت الإنابة، وذلك دون حاجة إلى اشتراط ذلك عند الإنابة. فقد افترض القانون أن هذه هى نية ذوى الشأن، وأن المناب لديه لم يقبل الإنابة مع التجديد، وما يستتبع ذلك من براءة ذمة المنيب، إلا وهو حاسب أن المناب موسر وقت الإنابة على الأقل. فإذا تبين أنه كان معسراً فى هذا الوقت، رجع المناب لديه على المنيب، ولكن لا بدعوى ضمان، بل بدعوى الدين الأصلى. ذلك أن المناب لديه وقع فى غلط جوهرى، عندما رضى بالإنابة حاسباً أن المناب غير معسر. فإذا ما أبطل الإنابة للغلط، رجع الالتزام الأصلى الذى كان له فى ذمة المنيب بما كان يكفله من تأمينات[1].

= م٤٠٧ (مطابقة للمادة ٣٦١ من التقنين المدنى المصرى).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٣٢٧: إذا كان قصد المتعاقدين إبدال الموجب أو الموجبات السابقة بموجب جديد (تفويض كامل) فتبرأ فى الحالة ذمة المفوض تجاه المفوض لديه، على شرط أن يكون الالتزام الجديد الذى التزمه المفوض إليه صحيحاً وأن يكون المفوض إليه مليئاً عند التفويض. (وهذا الحكم متفق مع حكم التقنين المدنى المصرى. ولا مقابل فى التقنين اللبنانى للمادة ٣٦١ من التقنين المصرى، فهل يمكن العمل بحكم هذه المادة فى لبنان واعتبار التزام المفوض إليه تجاه المفوض لديه التزاما مجرداً، بالرغم من انعدام النص على ذلك؟).

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٢٦٤ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٧٧ – وعلى المناب لديه أن يثبت إعسار المناب حتى يستطيع الرجوع على المنيب (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٤٨).

ويذهب بعض الفقهاء إلى التمييز بين الإنابة الكاملة حيث يرجع المناب لديه على المنيب بدعوى =

٥١٩- العلاقة ما بين المنيب والمناب: قد لا تكون هناك مديونية سابقة ما بين المنيب والمناب كما قدمنا. فعند ذلك، وبعد أن أصبح المناب مديناً للمناب لديه، يستطيع الرجوع على المنيب بدعوى شخصية، هى دعوى الوكالة إن كانت الإنابة بتفويض من المنيب، أو هى دعوى الفضالة، أو فى القليل دعوى الإثراء بلا سبب. وهذا كله ما لم يكن المناب قد انصرفت نيته إلى التبرع، فعندئذ لا يرجع بشئ على المنيب.

أما إذا كان المناب مديناً للمنيب، فالغالب أن يكون قد قصد من قبوله الإنابة أن يجدد الدين الذى فى ذمته للمنيب عن طريق تغيير الدائن، ويكون قد وفى هذا الدين بالالتزام الجديد الذى نشأ فى ذمته للمناب لديه، فلا يرجع على المنيب بشئ[1]. وقد لا يقصد المناب تجديد دينه بتغيير الدائن. فعند ذلك تبقى الإنابة كاملة كما قدمنا، لأن العبرة فى كونها كاملة هى بانطوائها على تجديد بتغيير المدين لا على تجديد بتغيير الدائن. ولما كان التجديد بتغيير المدين قد أنشأ فى ذمة المناب التزاماً جديداً نحو المناب لديه، فان المناب يرجع على المنيب بدعوى الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب. وقد تقع مقاصة - إذا توافرت شروطها - ما بين حق الرجوع هذا وبين الدين الذى فى ذمة المناب للمنيب، فينقضى هذا الدين عن طريق المقاصة إن كان لا ينقضى عن طريق التجديد.

٥٢٠- العلاقة ما بين المناب لديه والمناب: رأينا أن التجديد بتغيير المدين الذى تضمنته الإنابة الكاملة قد أنشأ التزاماً جديداً فى ذمة المناب للمناب لديه، حل محل الالتزام الأصلى الذى كان فى ذمة المنيب للمناب لديه والذى انقضى بالتجديد. ومن ثم يكون للمناب

=الدين الأصلى إذا كان المناب معسراً وقت الإنابة وذلك عن طريق إبطال الإنابة للغلط، وبين التجديد بتغيير المدين إذا اشترط الدائن على المدين الأصلى يسار المدين الجديد وقت التجديد حيث يرجع الدائن على المدين الأصلى بدعوى الضمان لا بدعوى الدين الأصلى إذا كان المدين الجديد معسراً وقت التجديد (كولان وكابيتان ٢ فقرة ٥٥٤ ص٣٨٩ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٨٣٠ - بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٢٢). ويرى الأساتذة بلانيول وريبير وردوان أنه يمكن اعتبار التجديد بتغيير المدين المشترط فيه يسار المدين الجديد تجديداً معلقا على شرط هذا اليسار. فإذا تخلف هذا الشرط، وتبين أن المدين الجديد كان معسراً وقت التجديد، انفسخ التجديد، ورجع الدائن على المدين الأصلى بدعوى الدين الأصلى لا بدعوى الضمان، فلا يكون هناك محل للتمييز بين الإنابة الكاملة والتجديد بتغيير المدين المشترط فيه يسار المدين الجديد (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٧٧ ص٦٨١- ص٦٨٢- وانظر أيضا بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٥٠).

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «ويقضى تحديد صلة المنيب والمناب شيئاً من التفصيل: فإن كان للمنيب فى ذمة المناب دين سابق، انطوت الإنابة على تجديد بتغيير الدائن. وإن لم يكن بينهما مثل هذا الدين، ثبت للمناب حق الرجوع على المنيب، ما لم تكن نيته قد انصرفت إلى التبرع له» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٢٦٤).

لديه حق الرجوع على المناب بهذا الالتزام الجديد. فان وجده معسراً، وكان الإعسار قائماً وقت الإنابة، فقد رأينا أن التجديد يجوز إبطاله، فيرجع المناب لديه على المنيب بدعوى الدين الأصلى. أما إذا كان الأعسار قد حدث بعد الإنابة، تحمل المناب لديه تبعة هذا الإعسار، ولا رجوع له على المنيب بسببه إلا إذا كان قد اشترط ذلك عليه فى عقد الإنابة.

وعند رجوع المناب لديه على المناب بالالتزام الجديد، لا يستطيع الثانى أن يحتج على الأول بالدفوع التى كان يستطيع أن يحتج بها على المنيب فى الدين الذى للمنيب فى ذمة المناب، فانه لا توجد علاقة بين هذا الدين وبين الالتزام الجديد الذى نشأ فى ذمة المناب للمناب لديه. ويعتبر الالتزام الجديد التزاماً مجرداً (obligation abstraite) بالنسبة إلى الالتزام الذى فى ذمة المناب للمنيب. ولذلك رأينا المادة ٣٦١ مدنى تنص على أن «يكون التزام المناب قبل المناب لديه صحيحا، ولو كان التزامه قبل المنيب باطلا، أو كان هذا الالتزام خاضعاً لدفع من الدفوع، ولا يبقى للمناب إلا حق الرجوع على المنيب، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره». فإذا لم يجعل المناب، باتفاق واضح، التزامه نحو المناب لديه خاضعاً لالتزامه نحو المنيب، ولم يبين عند قبوله الإنابة أنه لم يرض بها إلا بسبب أنه مدين للمنيب وأنه إنما يفى بهذا الدين عن طريق التزامه نحو المناب لديه، كان التزامه نحو المناب لديه منبت الصلة بالتزامه نحو المنيب. ويترتب على ذلك أنه يبقى ملتزماً نحو المناب لديه عن طريق التجديد، حتى لو ثبت أن التزامه نحو المنيب باطل لأى سبب من أسباب البطلان، أو أن هذا الالتزام قد انقضى لأى سبب من أسباب الانقضاء، أو أن هناك أى دفع آخر يمكن أن يدفع به هذا الالتزام[1]. ويجب عليه فى كل حال أن يفى بالتزامه نحو المناب لديه، ثم إذا ثبت أن التزامه نحو المنيب لا وجود له لبطلانه أو لانقضائه أو لأى سبب آخر، رجع بدعوى الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب على المنيب، كما كان يرجع لو لم يكن بين الاثنين مديونية سابقة[2].

---

(١) استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٩٣٩ م٥١ ص٣٦١.

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٢٦٥- وهذا عن العلاقة ما بين الالتزام الجديد والالتزام الذى يكون فى ذمة المناب للمنيب. أما فيما بين الالتزام الجديد والالتزام الأصلى الذى كان فى ذمة المنيب للمناب لديه، فالعلاقة وثيقة، فإن الأول قد حل محل الثانى عن طريق التجديد. ويكون انقضاء الالتزام الثانى متوقفاً على نشوء الالتزام الأول صحيحاً، كما أن نشوء الالتزام الأول متوقف على انقضاء الالتزام الثانى، وهذا هو الأمر فى شأن كل تجديد.

المطلب الثانى

الإنابة القاصرة

٥٢١- النصوص القانونية: تنص الفقرة الثانية من المادة ٣٦٠ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«ومع ذلك لا يفترض التجديد فى الإنابة، فإذا لم يكن هناك اتفاق على التجديد، قام الالتزام الجديد إلى جانب الالتزام الأول»(١).

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص(٢).

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٢/٣٥٨ - وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢/٣٤٧ - وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٢/٤٠٦ - وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣/٣٢٦(٣).

وقد قدمنا أن التجديد لا يفترض فى الإنابة، فإذا لم يشترط أو قام شك فى اشتراطه، فالمفروض أن أطراف الإنابة لم يقصدوا تجديداً، بل قصدوا أن يضيف المناب لديه إلى المنيب مدينه الأصلى مديناً جديداً هو المناب.

---

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ٢/٤٩٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢/٣٧٢ فى المشروع النهائى. ثم وافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢/٣٦٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٢٦٢ - ص٢٦٣).

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٥٨٢- الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٨٠٧.

(٣) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى م٢/٣٥٨ (مطابقة للمادة ٢/٣٦٠ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى الليبى م٢/٣٤٧ (مطابقة للمادة ٢/٣٦٠ من التقنين المصرى).

التقنين المدنى العراقى م٢/٤٠٦ (مطابقة للمادة ٢/٣٦٠ من التقنين المدنى المصرى: انظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٣٤٤ - فقرة ٣٤٥).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٣/٣٢٦: وهذا التعامل لا يقدر تقديراً (ne se présume pas)، ولا يفضى إلى تجديد موجب سابق كان يربط المفوض بالمفوض إليه أو المفوض بالمفوض لديه. وإذا لم يكن هناك نص خاص، فالموجب الجديد يندمج (vient se juxtaposer) بجانب الموجبات السابقة (وهذا ما يسمى التفويض الناقص).

(وحكم التقنين اللبنانى متفق مع حكم التقنين المصرى).

فنتناول هنا، كما تناولنا فى الإنابة الكاملة، العلاقة ما بين المنيب والمناب لديه، ثم العلاقة ما بين المنيب والمناب، ثم العلاقة ما بين المناب لديه والمناب.

٥٢٢ – العلاقة ما بين المنيب والمناب لديه: فى الإنابة القاصرة يبقى المنيب مديناً للمناب لديه، ولا تبرأ ذمته إلا إذا وفى المناب الالتزام الجديد الذى فى ذمته للمناب لديه، أو إلا إذا وفى المنيب نفسه للمناب لديه الدين الأصلى الذى فى ذمته. وبمجرد أن يقوم أحدهما – المناب أو المنيب – بالوفاء للمناب لديه، تبرأ ذمة الآخر. وللمناب لديه أن يرجع على المنيب بالدين الأصلى بما يكفله من تأمينات[1] قبل أن يرجع على المناب، كما أن له أن يرجع على المناب بالالتزام الجديد قبل أن يرجع على المنيب، فليس يلتزم فى الرجوع على ايهما بترتيب معين.

٥٢٣ – العلاقة ما بين المنيب والمناب: إذا لم تكن هناك مديونية سابقة بينهما، وقد أصبح المناب مديناً للمناب لديه، فانه إذا وفاه هذا الدين قبل أن يوفيه المنيب الدين الأصلى، كان للمناب حق الرجوع على المنيب بدعوى الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب بحسب الأحوال، ما لم يكن متبرعاً فلا يرجع بشئ.

أما إذا كان المناب مديناً للمنيب، فيجوز أن يكون قد قصد تجديد هذا الدين عن طريق التزامه نحو المناب لديه، فينقضى التزامه نحو المنيب فى مقابل الالتزام الذى نشأ فى ذمته للمناب لديه، ويكون هذا تجديداً بتغيير الدائن. فإذا ما وفى المناب الدين للمناب لديه، لم يرجع على المنيب بشئ. أما إذا كان المنيب هو الذى وفى الدين الأصلى للمناب لديه، فانه يرجع على المناب بما كان له من دين فى ذمته، لأن ذمة المناب نحو المناب لديه تكون قد برئت بالوفاء الحاصل من المنيب، فينفسخ التجديد، ويعود الدين الذى كان فى ذمة المناب للمنيب.

وقد لا يقصد المناب تجديد دينه قبل المنيب، فيبقى هذا الدين قائماً فى ذمته. ويرجع به عليه المنيب، إذا كان هو الذى قام بالوفاء للمناب لديه. أما إذا كان المناب هو الذى قام بالوفاء للمناب لديه، كان له حق الرجوع على المنيب. وقد تقع مقاصة – إذا توافرت شروطها – ما بين حق الرجوع هذا وبين الدين الذى فى ذمة المناب للمنيب.

٥٢٤ – العلاقة ما بين المناب لديه والمناب: هذه هى السمة البارزة فى الإنابة القاصرة، فان المناب يكون مديناً جديداً للمناب لديه، فيكون إذن للمناب لديه مدينان: مدينه الأصلى وهو المنيب، والمدين الجديد وهو المناب. ويستطيع المناب لديه، كما رأينا، أن يرجع على

---

(١) بولانجيه فى أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ (délégation) فقرة ١٤.

أيهما دون أن يلتزم بترتيب معين، فاذا وفاه أحدهما برئت ذمة الاثنين معاً نحوه. ثم يرجع المناب على المنيب أو لا يرجع بحسب الأحوال، طبقاً للقواعد التى أسلفناها. ويترتب على ما قدمناه أنه إذا كان المناب مديناً للمنيب. فالتزم نحو المناب لديه فى مقابل الدين الذى فى ذمته للمنيب، اجتمعت ديون ثلاثة: دين المنيب للمناب لديه، ودين المناب للمنيب، ودين المناب للمناب لديه. فإذا قضى المناب الدين للمناب لديه، انقضت هذه الديون الثلاثة فى وقت واحد(١).

ويلاحظ أنه إذا كان للمناب لديه مدينان، فان كل مدين منهما مصدر دينه مستقل عن مصدر دين الآخر: مصدر دين المنيب هو مصدر الالتزام الأصلى، ومصدر دين المناب هو عقد الإنابة. ومن ثم لا يكون هناك تضامن بين المدينين(٢). كذلك لا يعتبر المناب كفيلا للمنيب، فقد قدمنا أن للمناب لديه أن يرجع عليه أولا وليس له أن يدفع بحق التجريد(٣)(1).

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «أما إذا بقى المنيب ملزماً بالدين قبل المناب له رغم الإنابة، فيكون للدائن مدينان عوضاً عن مدين واحد، وهذا هو الفرض الغالب لأن التجديد لا يفترض فى الإنابة. فلو فرض فى هذه الحالة أن كان للمنيب دين سابق فى ذمة المناب، استتبعت الإنابة وجود دين ثالث يترتب للمناب لديه فى ذمة المناب ويضم إلى الدينين الأولين، وهما دين المناب له قبل المنيب ودين المنيب قبل المناب، فإذا قام المناب بقضاء حق المناب له، انقضت هذه الديون الثلاثة. وإذا تخلف عن الوفاء، كان للمناب له أن يرجع على المنيب والمناب، دون أن يكونا متضامنين. فإن وفاه الأول كان لهذا أن يرجع بدينه على المناب، وإن انتصف من الثانى انقضت الديون الثلاثة كما تقدم بيان ذلك» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٢٦٤ - ص٢٦٥).

(1) الانابة القاصرة ينضم بمقتضاها مدين جديد إلى المدين الأصلى ولا تبرأ بها ذمة المدين إذا وفى احدهما الدين، للدائن أن يرجع على أيهما بكل الدين دون أن يدفع بحق التجريد.
(جلسة ١٩٦٢/٤/٢٨ الطعن ٣٦٢ لسنة ٢٦ق السنة ١٣ ص٥٢٨)

(٢) ولما كان الدينان لهما محل واحد بالرغم من اختلاف المصدر، يدل على ذلك أن الوفاء بأحدهما يبرئ من الآخر (انظر دى باج ٣ فقرة ٦١٢ ص٥٨٤)، أمكن القول بأنه إذا لم يكن هناك تضامن بين المدينين، فهناك تضام بينهما، فهما مدينان بالتضام (in solidum) لا بالتضامن (انظر آنفا فقرة ١٧٧ - وقارن بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٧٨ - ص٦٨٢ هامش رقم ١).

(٣) فالإنابة القاصرة ضمان للدائن أكثر منها ضماناً للمدين، والغرض منها أن يتمكن المدين من تقديم ضمان لدائنه، فيما إذا أراد مد أجل الدين أو فيما إذا وقع عند الدائن شك فى يساره، فيأتى بمدين آخر إلى جانبه يستطيع الدائن أن يرجع عليه أولا إذا شاء. وهذا من شأنه أن يبعث الاطمئنان إلى نفس الدائن، وأن يمكن المدين من استخدام ما عسى أن يكون له من دين فى ذمة المناب ليكون أداة ائتمان يوثق بها دينه نحو دائنه (انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٧٨ ص٦٨٢ هامش رقم ١ - وانظر أيضاً بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٥٣ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٥٥٤). ومع ذلك يذهب بعض الفقهاء إلى أن تفسير النية المعقولة لأطراف الإنابة يؤدى إلى القول بأن المناب لديه =

والدين الذى أنشأته الإنابة فى ذمة المناب للمناب لديه هو دين مجرد (obligation obstraite)، لا يتأثر بالدين الذى يكون فى ذمة المناب للمنيب، شأن الإنابة القاصرة فى ذلك هو شأن الإنابة الكاملة فيما قدمناه. فإذا كان الدين الذى فى ذمة المناب للمنيب باطلا، أو كان قد انقضى، أو كان يصح أن يدفع بأى دفع آخر، فليس لأى شئ من هذا أثر فى الدين الذى فى ذمة المناب للمناب لديه[1]. ذلك أن المناب لديه عندما اتخذ المناب مديناً جديداً إلى جانب مدينه الأصلى لم يدخل فى اعتباره أن هذه المديونية الجديدة لها أية صلة بالمديونية ما بين المناب والمنيب. وقد سبق بيان ذلك تفصيلا عند الكلام فى الإنابة الكاملة، وأوردنا نص المادة ٣٦١ مدنى التى تقضى بأن «يكون التزام المناب قبل المناب لديه صحيحاً ولو كان التزامه قبل المنيب باطلا، أو كان هذا الالتزام خاضعاً لدفع من الدفوع، ولا يبقى للمناب إلا حق الرجوع على المنيب، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره». وهذا النص يسرى على الإنابة القاصرة كما يسرى على الإنابة الكاملة، فهو لا يميز فى عموم عباراته بين هاتين الصورتين[2]. وإذا وفى المناب الدين للمناب لديه،

=يرجع أولا على المناب، فإن لم يدفع الدين فى الحال رجع المناب لديه فوراً على المنيب دون حاجة إلى اتخاذ إجراءات أخرى. ويكون شأن الإنابة القاصرة فى المسائل المدنية هو شأن الكمبيالة فى المسائل التجارية، ففى الكمبيالة إذا لم يستوف صاحبها حقه من المسحوب عليه رجع فوراً على الساحب (بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٢٤ ص١٠٥- وانظر أيضاً فى هذا المعنى بولانجيه فى أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ délégation فقرة ١٥ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٨٣٢).

(١) على أنه قد تنتقل التأمينات التى كانت لدين المنيب فى ذمة المناب عند رجوع المناب لديه على المناب إذا كانت هذه هى نية أصحاب الشأن، وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا أناب بائع العقار المشترى فى الوفاء بدين على البائع بما على المشترى من الثمن وكانت هذه الإنابة شرطاً فى البيع، انتقل للمناب لديه حق امتياز البائع على العقار وهو فى يد المشترى (استئناف مختلط ٧ مايو سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٤٨٢).

(٢) ومن الحق أن يرجع المناب، دون أن يعتد بالمديونية بين المناب والمنيب. فهو في الإنابة القاصرة قد ضم المناب مديناً إلى جانب المنيب لقاء مزية أولاها، كأن يكون قد مد فى أجل الدين. وهو فى الإنابة الكاملة قد أبرأ ذمة المنيب وجعل مكانه المناب مديناً، فلا يجوز بعد أن فقد حق الرجوع على المنيب ألا يستطيع الرجوع بعد ذلك على المناب (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٧٤ - وانظر أيضاً بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٥٦- وأنظر استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م٤٣ ص٢٠٨ - ١٧ مارس سنة ١٩٣٦ م٤٨ ص١٩١- ومع ذلك أنظر فى أن المناب يستطيع أن يحتج على المناب لديه بالدفوع التى كان يستطيع أن يحتج بها على المنيب وذلك فى الإنابة القاصرة دون الإنابة الكاملة: استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٩٣٩ م٥١ ص٣٦١).

وإذا كان المناب مديناً للمنيب وقبل الإنابة فأصبح مديناً للمناب لديه، فإن مركزه يختلف فى الإنابة عنه فى حوالة الحق فيما إذا كان المنيب، بدلا من الالتجاء إلى الإنابة، عمد إلى حوالة الحق الذى له فى ذمة المناب إلى دائن جديد. فتختلف عندئذ حوالة الحق عن الإنابة من الوجوه الآتية: (١) من =

وكان التزامه هو نحو المنيب باطلا أو كان قد انقضى، فانه يرجع على المنيب بدعوى الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب بحسب الأحوال، كما هو الأمر فيما لو لم تكن هناك مديونية سابقة بينهما. وغنى عن البيان أن للمناب أن يشترط فى الإنابة جعل التزامه نحو المنيب سبباً لالتزامه نحو المناب لديه، وعندئذ يسقط التزامه نحو المناب لديه إذا تبين أن التزامه نحو المنيب كان باطلا أو كان قد انقضى أو كان يمكن دفعه بأى دفع آخر(١).

وإذا كان الدين الذى للمناب لديه على المناب لا يتأثر بالدين الذى للمنيب على المناب، فانه على النقيض من ذلك يتأثر بالدين الذى للمناب لديه على المنيب، إذ أن محل الدينين محل واحد كما قدمنا، فالدفوع التى يمكن أن يدفع بها أحدهما يدفع بها الآخر، ذلك أن المناب لما اتخذ مدينين، المنيب والمناب، لم يقصد أن يضاعف الدين الذى له، ولا وجه لهذه المضاعفة. بل هو قصد أن يتقاضى الدين الذى له من أى المدينين، فإذا تقاضاه من أحدهما برئت ذمة الآخر. فالدينان متصلان أحدهما بالآخر أوثق الاتصال، وإذا كان الدين الذى للمناب لديه على المنيب باطلا أو قابلا للإبطال أو كان يمكن أن يدفع بأى دفع آخر، جاز للمناب فى الدين الآخر الذى فى ذمته للمناب لديه أن يدفع رجوع هذا عليه بكل هذه الدفوع(٢).

=حيث الانعقاد: لا تقتضى الحوالة رضاء المدين، وتقتضى الإنابة رضاء المناب. (٢) من حيث النفاذ: تقتضى الحوالة إعلان المدين أو قبوله، ولا تقتضى الإنابة إعلان المناب إذا هو رضى بالإنابة فلا حاجة إلى إعلانه بها. (٣) من حيث الآثار: فى الحوالة ينتقل إلى الدائن الجديد نفس الحق بصفاته وتأميناته ودفوعه، وفى الإنابة يترتب للمناب لديه فى ذمة المناب حق جديد ليست له صفات الحق الذى للمنيب على المناب ولا تأميناته ولا دفوعه. ويتبين من ذلك أن الإنابة تمتاز على الحوالة من الناحية الآتية: لا يستطيع المناب أن يحتج على المناب لديه بالدفوع التى كان يستطيع أن يحتج بها على المنيب، أما فى حوالة الحق فعلى النقيض من ذلك يستطيع المدين أن يحتج على المحال له بالدفوع التى كان يستطيع أن يحتج بها على الدائن الأصلى.

(١) الأستاذ أسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٧٩ ص٣٥٩.

(٢) أنظر فى هذا المعنى فيما يتعلق بالإنابة الكاملة كابيتان فى السبب فقرة ١٧٩ ص٣٩٨ هامش رقم ٢- بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٥٢ - وفى القانون الألمانى يميز الفقهاء، فى الإنابة الكاملة والإنابة القاصرة على حد سواء، بين ما إذا كان المناب قد التزم نحو المناب لديه التزاماً مجرداً فعند ذلك لا يستطيع أن يحتج عليه بالدفوع التى كان يستطيع المنيب أن يحتج بها، أو التزم التزاماً غير مجرد وعندئذ يستطيع أن يحتج بهذه الدفوع (كابيتان فى السبب فقرة ١٨٣ ص٤٠٩ هامش رقم ٣). وغنى عن البيان أن المناب، فى التقنين المصرى، لا يلتزم نحو المناب لديه التزاما مجرداً إلا فيما يتعلق بالدفوع التى كان يستطيع أن يحتج بها على المنيب (م٣٦١ مدنى)، أما الدفوع التى كان المنيب يستطيع أن يحتج بها على المناب لديه فلا يوجد نص يجعل التزام المناب فيها مجرداً.

انظر عكس هذا الرأى - أى لا يجوز للمناب أن يحتج على المناب لديه بالدفوع التى تكون للمنيب فى مواجهة المناب لديه- الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص٩٤- ص٩٥ بالنسبة إلى الإنابة القاصرة=

الفصل الثالث

المقاصة(*)

Compensation

٥٢٥ – المقاصة أداة وفاء وأداة ضمان: إذا أصبح المدين دائناً لدائنه، وكان محل كل من الدينين المتقابلين – ما فى ذمة المدين للدائن وما فى ذمة الدائن للمدين – نقودا أو

=وص٩٧ بالنسبة إلى الإنابة الكاملة – وانظر أيضاً الأستاذ محمود أبو عافية فى التصرف القانونى المجرد (النسخة العربية) فقرة ٦١ ص٢٢٠– ص٢٢١ (ويذهب إلى حد أنه إذا قام المنيب بوفاء الدين بعد الإنابة، لم تبرأ ذمة المناب ولا يجوز له أن يحتج على المناب لديه بهذا الوفاء).

والقضاء المختلط قد اضطرد فى المعنى الذى نقول به، فقد قضى: (أولا) بأنه لا يجوز للمناب أن يحتج على المناب لديه بالدفوع التى كان يستطيع أن يحتج بها على المنيب، فهنا يكون التزام المناب مجرداً (استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م٤٣ ص٢٠٨ – ١٧ مارس سنة ١٩٣٦ م٤٨ ص١٩١، ومع ذلك انظر استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٩٣٩ م٥١ ص٣٦١). (ثانياً) بأنه يجوز للمناب أن يحتج على المناب لديه بالدفوع التى تكون للمنيب فى مواجهة المناب لديه، فهنا لا يكون التزام المناب مجرداً (استئناف مختلط ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٠٨ م٢١ ص٢٨– ٢ مارس سنة ١٩٢١ م٣٣ ص١٩٤ – أول ديسمبر سنة ١٩٢٥ م٣٨ ص٧٨).

على أن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى قد ورد فيها ما يفيد عدم جواز احتجاج المناب على المناب لديه بالدفوع التى للمنيب فى مواجهة المناب لديه، فقد جاء فيها ما يأتى: «بيد أن الفكرة الجوهرية فى الإنابة هى أن تعهد المناب قبل المناب له تعهد مجرد. وأهم ما يتفرع على هذه الفكرة من الناحية العملية عدم جواز احتجاج المناب على المناب له (وردت المنيب خطأ فى المذكرة الإيضاحية) بالدفوع التى كان له أن يتمسك بها قبل المنيب، أو بالدفوع التى كان للمنيب أن يتمسك بها قبل المناب له» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٢٦٥). ونرى عدم التقيد بما جاء فى المذكرة الإيضاحية فى هذه المسألة.

(*) مراجع: جوسلان (Jousselin) فى المقاصة القانونية والمقاصة القضائية رسالة من باريس سنة ١٩٠٠ – كاسان (Cassin) الدفع المستخلص من عدم التنفيذ فى الروابط التبادلية رسالة من باريس سنة ١٩١٤ – نيكيه (Nicket) مفعول المقاصة (Du jeu de la compensation) رسالة من مونبلييه سنة ١٩٣٤ – نستيانى (Nestianu) فى المقاصة فى القانون المدنى الألمانى والقانون الفرنسى القديم والحديث باريس سنة ١٩٣٨ – ليـر (lair) فى المقاصة والدعاوى الفرعية فى القانون الرومانى رسالة من باريس سنة ١٨٦٢ – ألبير ديجاردن (Albert Desjardins) فى المقاصة والدعاوى الفرعية فى القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم والحديث باريس سنة ١٨٦٤.

مثليات متحدة فى النوع والجودة، وكان كل من الدينين خالياً من النزاع مستحق الأداء صالحا للمطالبة به قضاء، انقضى الدينان بقدر الأقل منهما عن طريق المقاصة. فالمقاصة إذن هى أداة وفاء، وهى فى الوقت ذاته أداة ضمان(١).

أما أنها أداة وفاء، فذلك ظاهر مما قدمناه. فتقابل دينين توافرت فيهما شروط معينة يقضى كلا الدينين بقدر الأقل منهما، فيكون كل مدين قد وفى الدين الذى عليه بالدين الذى له، ومن هنا كانت المقاصة أداة وفاء أو سبباً من أسباب انقضاء الالتزام. بل هى أداة تبسيط فى الوفاء، فهى تقضى دينين فى وقت معاً دون أن يدفع أى مدين من المدينين إلى دائنه شيئاً، إلا من كان دينه أكبر فيدفع لدائنه ما يزيد به هذا الدين على الدين لآخر. وبذلك يقتصد المدين من نفقات الوفاء، ولا يتجشم عناء إخراج النقود أو غيرها من المثليات وإرسالها للدائن وما ينطوى عليه ذلك من مخاطر وتبعات(٢). ومن ثم كان للمقاصة شأن كبير فى المعاملات التجارية حيث الحاجة تشتد إلى السرعة فى التعامل والاقتصاد فى الإجراءات. وهذا الحساب الجارى، وهو من دعائم التجارة، يقوم على أساسين، المقاصة ثم التجديد. فتقع المقاصة أولا بين الحساب الدائن والحساب المدين، ثم يتخلف عن المقاصة رصيد هو الذى يقع فى شأنه التجديد. وهذه غرف المقاصة (chambres de compensation)، تقوم عملياتها على إجراء المقاصة بين ما للمصارف وما عليها، فيستغنى بذلك عن نقل العملة من مصرف إلى مصرف ثم ردها بعد ذلك إلى المصرف الذى خرجت منه(٣).

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى: «ويتفرع على ذلك أن المقاصة تنطوى على معينين: أولهما معنى الوفاء، فكل من الدينين يقاص وفاء بالدين الآخر. والثانى معنى الضمان، لأن من يتمسك بها، لتلاقى ما وجب فى ذمته بما وجب له فى ذمة هذا الدائن من حيث القصاص، يضمن استيفاء دينه مقدماً على سائر الدائنين. وقد تغالت التقنينات الجرمانية فى إعمال فكرة الضمان هذه، فقضت المادة ١٢٣ من تقنين الالتزامات السويسرى مثلا بأن للدائنين عند إفلاس المدين أن يقاصوا ديونهم، ولو لم تكن مستحقة الأداء، فيما يجب فى ذمتهم من ديون للمفلس. وغنى عن البيان أن هذا النص يجعل للمقاصة حقيقة الامتياز، وهو أمر غير ميسور القبول» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٢٧٤).

ويلاحظ أن فكرة الضمان هى الغالبة فى القوانين الجرمانية فالمقاصة فيها ضرب من التأمين (garantie)، وفكرة الوفاء هى الغالبة فى القوانين اللاتينية فالمقاصة فيها وفاء مبسط. (paiement abrégé). انظر فى هذا المعنى بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٣٥ وفقرة ١٠٤٨ ص١٢١ هامش رقم ٣ – كولان وكاپيتان ٢ فقرة ٥٧٦).

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٨١.

(٣) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٠٣ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٨١.

وأما أن المقاصة أداة ضمان، فذلك ظاهر أيضاً من أن الدائن الذى يستوفى حقه من الدين فى ذمته لمدينه إنما يختص بهذا الدين الذى فى ذمته دون غيره من دائنى المدين، فيستوفى حقه منه متقدماً عليهم جميعاً. وهو، وإن كان دائناً عادياً، فى حكم الدائن المرتهن أو الدائن ذى حق الامتياز، والدين الذى فى ذمته فى حكم المال المرهون المخصص لوفاء حقه. ومن ثم تكون المقاصة من شأنها أن تقدم للدائن تأميناً، فهى من هذا الوجه أداة ضمان[1].

٥٢٦- المقاصة والدفع بعدم التنفيذ والحق فى الحبس: والمقاصة، كأداة للضمان على الوجه الذى بيناه، تقرب فى مهمتها من نظامين قانونيين آخرين، هما الدفع بعدم التنفيذ والحق فى الحبس. فقد رأينا أن أى طرف فى العقد الملزم للجانبين له أن يمتنع عن تنفيذ ما عليه من التزام حتى يستوفى ما له من حق مقابل، ورأينا كذلك أن الدائن له أن يحبس تحت يده ما لمدينه عنده حتى يستوفى حقاً مرتبطاً بالشئ المحبوس. ففى هاتين الحالتين وضع القانون تحت تصرف الدائن أداة ضمان تكفل له الوفاء بحقه، فيمتنع عن تنفيذ التزامه أو يحبس ما تحت يده. والمقاصة تؤدى نفس الغرض، فالدائن لا يدفع الدين الذى عليه استيفاء للحق الذى له. بل إن المقاصة تصل إلى مدى أبعد فى تأدية هذا الغرض، إذ الدائن لا يقتصر على الامتناع عن تنفيذ التزامه أو على حبس الدين الذى عليه، بل هو يقضى الدين الذى عليه قضاء تاماً بالحق الذى له فيه ذمة دائنه[2]. وقد سبقت الإشارة إلى ذلك عند الكلام فى الدفع بعدم التنفيذ فى الجزء الأول من الوسيط، وفى الحق فى الحبس فى الجزء الثانى.

٥٢٧- منشأ المقاصة فى القانون الرومانى وفى القانون الفرنسى القديم: ومما يوثق العلاقة ما بين المقاصة والحق فى الحبس - والدفع بعدم التنفيذ ليس إلا صورة من صور الحق فى الحبس كما قدمنا - أن منشأهما واحد فى القانون الرومانى، فقد كان كلاهما يقوم على الدفع بالغش (exception de doli).

فقد رأينا عند الكلام فى الحق فى الحبس[3] أن منشأ هذا الحق يرجع إلى عهد القانون الرومانى، فقد كان الحائز لعين غير مملوكة له وهو يعتقد أنها ملكه، إذا أنفق مالا فى حفظها أو فى تحسينها، وأراد المالك أن يسترد العين، أعطى البريطور الرومانى للحائز دفعاً

---

(١) بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٣٤ - فقرة ١٠٣٥ - دى باج ٣ فقرة ٦١٧- الموجز للمؤلف فقرة ٥٨٣.

(٢) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٠٢ ص١٣١ - ص١٣٢ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٨٠.

(٣) الوسيط جزء ٢ فقرة ٦٣٦.

بالغش (exceptio doli) يدفع به دعوى الاسترداد حتى يسترد ما صرفه فى حفظ العين وفى تحسينها. وكذلك أعطى هذا الدفع بالغش فى العقود الملزمة لجانب واحد كالوديعة، إذا أنفق المودع عنده مالا على الوديعة وكان له الحق فى استرداد ما أنفق. وكان هذا الدفع مفهوماً ضمناً فى العقود الملزمة للجانبين، وبموجبه يستطيع كل من المتعاقدين أن يقف تنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل، وهذا ما سمى بعد ذلك فى القانون الفرنسى القديم بالدفع بعدم تنفيذ العقد.

أما المقاصة فقد تأخر ظهورها فى القانون الرومانى، إذ حال دونها فى أول الأمر مبدأ كان معروفاً فى القانون الرومانى هو مبدأ وحدة الدعوى. فالدعوى الواحدة كانت لا تتضمن إلا طلباً واحداً، وكان لا يجوز دفعها إلا بنعم أو لا، أى بالإقرار أو الإنكار. فإذا طالب الدائن مدينه بالدين، وأراد المدين أن يدفع الطلب بالمقاصة فى دين له فى ذمة المدين، امتنع ذلك عليه، لأنه لابد أن يجيب أولا بأن الدين الذى يطالب به الدائن هو فى ذمته حقاً، ولا يستطيع أن يضيف إلى هذه الإجابة أن له أيضاً ديناً فى ذمة الدائن، وقعت به المقاصة. فكان يحكم عليه أولا بالدين الذى لدائنه فى ذمته، وله بعد ذلك أن يرفع دعوى مستقلة على دائنه يطالبه فيها بالدين الذى له فى ذمته. ولا يجوز أن يتقدم بهذه الدعوى كدعوى فرعية فى الدعوى الأولى التى رفعها الدائن، لأن مبدأ وحدة الدعوى كان يحول دون ذلك. ثم أقر القانون الرومانى بعد ذلك استثناءات معينة من هذا المبدأ، وانتهى الأمر إلى وضع قاعدة عامة هى إعطاء المدين الذى له دين فى ذمة دائنه دفعاً بالغش (exceptio doli) يدفع به دعوى الدائن إذا لم يجز المقاصة بين ما له وما عليه، فكان المدين يتمكن بذلك من إجبار دائنه على إجراء المقاصة. ونرى من ذلك أن هناك أصلا مشتركاً بين المقاصة والحق فى الحبس والدفع بعدم تنفيذ العقد هو الدفع بالغش. ثم تطور القانون الرومانى، وفى عهد جوستنيان كانت المقاصة تجرى بحكم القانون (ipso jure)، ولكن ذلك لم يكن يعنى أن المقاصة كانت قانونية، فقد بقيت مقاصة قضائية لابد من التمسك بها أمام القضاء ويجوز للقاضى ألا يحكم بها إذا رأى أن البت فى المقابل يستغرق وقتاً طويلاً وإجراءات معقدة. وإنما أريد بذلك أن التمسك بالمقاصة لم يعد يقتضى الدفع بالغش[1].

وانتقلت المقاصة إلى القانون الفرنسى القديم بعد تطور بطئ طويل المدى، وكانت المقاصة قضائية فى بعض الجهات وقانونية فى الجهات الأخرى. ثم تغلبت المقاصة القانونية التى تتم بمجرد تلاقى الدينين دون حاجة إلى حكم قضائى بل ودون علم الطرفين

---

(١) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٠٤ ص١٣٦- ص١٣٧.

بوقوعها[1]، وذلك أخذاً بتفسير خاطئ للقانون الرومانى فى عهد جوستنيان حيث وردت عبارة (ipso jure) كما قدمنا.

ومن القانون الفرنسى القديم انتقلت المقاصة القانونية على الوجه الذى بيناه إلى التقنين المدنى الفرنسى، نتيجة لهذا الفهم الخاطئ للقانون الرومانى[2].

٥٢٨ – المقاصة فى التقنينات اللاتينية وفى التقنينات الجرمانية: وهكذا انتقلت المقاصة من القانون الرومانى، حيث كانت مقاصة قضائية، إلى التقنينات اللاتينية مقاصة قانونية.

وهناك فرقان جوهريان بين المقاصة القانونية والمقاصة القضائية: (١) فالمقاصة القانونية تتم كما قدمنا بتلاقى الدينين المتقابلين، فينقضيان معاً بمجرد هذا التلاقى وبحكم القانون. ولا يملك القانون إلا أن يقضى بالمقاصة بمجرد توافر شروطها، دون أن يكون له الحق فى رفضها بدعوى أن التحقق من الدين المقابل يقتضى وقتاً وإجراءات طويلة. بل عليه أن يتحقق من وقوع المقاصة مهما طالت الإجراءات، فإذا تحقق من ذلك وجب أن يقضى بها. أما المقاصة القضائية فلا تتم بتلاقى الدينين المتقابلين: بل هى لا تقع إلا إذا صدر حكم القاضى بها. فلابد إذن من أن يتمسك بها الخصم أمام القضاء، وللقاضى أن يرفض الحكم بها إذا رأى أن البت فى الدين المقابل يقتضى وقتاً واجراءات طويلة. بل وله حق التقدير فى أن يقضى بها أو لا يقضى، فقد يستصوب عدم القضاء بها بالرغم من تحقق شروطها، تاركاً لذى الشأن أن يرفع دعوى مستقلة بالحق الذى له. (٢) المقاصة القانونية تقتضى شروطاً معينة يجب توافرها جميعاً حتى تقع بحكم القانون، فإذا ما توافرت هذه الشروط وقعت ولا مناص من وقوعها، وإذا تخلف شرط مهما كان شأنه لم تقع. أما المقاصة القضائية فأكثر مرونة، إذ هى موكولة إلى تقدير القاضى، فقد لا يقضى بها مع توافر شروطها، كما قدمنا، وقد يقضى بها مع تخلف بعض الشروط.

أما التقنينات الجرمانية – كتقنين الالتزامات السويسرى[3] والتقنين الألمانى[4]

---

(١) پوتييه فى الالتزامات فقرة ٦٣٥.

(٢) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٠٤ ص١٤٣– دى باج ٣ فقرة ٦١٦.

(٣) وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١٣٨ من تقنين الالتزامات السويسرى على ما يأتى «لا تقع المقاصة إلا إذا أعلن المدين للدائن بنيته فى التمسك بها، فينقضى الدينان عندئذ بمقدار الأقل منهما ومن اللحظة التى كان فيها الدينان صالحين للمقاصة».

(٤) وقد نصت المادة ٣٨٧ من التقنين المدنى الألمانى على ما يأتى: «إذا كان شخصان مدينين، كل منهما للآخر، بدين من جنس واحد، جاز لكل منهما أن يقاص حقه فى الحق الذى للآخر، من الوقت الذى يستطيع أن يطالب فيه بحقه وأن يؤدى الحق الذى عليه». ونصت المادة ٣٨٨ على ما يأتى: «تتم المقاصة بإعلان عن الإرادة يوجه للطرف الآخر» ولا تصح إذا علقت على شرط أو =

والتقنين اليابانى[1]– فلم تأخذ لا بالمقاصة القانونية التى أخذ بها التقنين المدنى الفرنسى، ولا بالمقاصة القضائية التى كان يأخذ بها القانون الرومانى. بل جعلت المقاصة رهينة بإعلان عن الإرادة (délaration de volonté) يصدر من أحد الطرفين للآخر، فتقع المقاصة بموجب هذه الإرادة المنفردة متى كانت شروط المقاصة متوافرة. وتعتبر المقاصة قد وقعت بأثر رجعى من وقت توافر هذه الشروط، لا من وقت الإعلان عن الإرادة، دون أن يكون للقاضى حق التقدير. فالمقاصة على هذا الوجه ليست قانونية، لأنها لا تقع بحكم القانون بل باعلان عن الإرادة. وليست قضائية، لأن التمسك بها أمام القضاء ليس ضرورياً بل يصح أن يصدر هذا الإعلان خارج القضاء، ثم إن القاضى لا يملك إلا الحكم بها متى توافرت شروطها وليس له حق التقدير. ومن ثم تصبح المقاصة فى التقنينات الجرمانية تصرفاً قانونياً صادراً من جانب واحد[2]، ولهذا التصرف أثر رجعى يستند إلى وقت تلاقى الدينين متوافرة فيهما شروط المقاصة. وهذا الأثر الرجعى فى التقنينات الجرمانية يقربها كثيراً من المقاصة القانونية فى التقنينات اللاتينية، ففى النظامين تتم المقاصة وينقضى الدينان من وقت تلاقيهما.

على أنه لا تزال هناك فروق بين النظامين. ففى النظام اللاتينى تنص المادة ١٢٩٠ من التقنين المدنى الفرنسى على أن «المقاصة تتم من تلقاء نفسها وبحكم القانون، ولو بغير علم المدينين. فينقضى الدينان على وجه التقابل، فى اللحظة التى يتلاقيان فيها، فى حدود ما يتعادل من مقدار كل دين[3]». ويتبين من ذلك أن المقاصة القانونية فى التقنينات اللاتينية تختلف عن المقاصة فى التقنينات الجرمانية من الوجوه الآتية:

أولا– تقع المقاصة القانونية من تلقاء نفسها وبحكم القانون، ولو دون علم أحد من الطرفين. وإذا كان أحدهما قد تمسك بالمقاصة، فهذا التمسك لا يجعلها تتم، إذ هى قد

=أضيفت إلى أجل». ونصت المادة ٣٨٩ على ما يأتى: «يترتب على المقاصة أن الحقين، بالمقدار الذى يتعادلان فيه، يعتبران منقضيين من وقت تواجدهما أحدهما تجاه الآخر صالحين للمقاصة».

(١) وقد نصت المادة ٥٠٦ من التقنين المدنى اليابانى على ما يأتى: «١– تتم المقاصة بإعلان عن الإرادة يوجه إلى الطرف الآخر. ولا يجوز مع ذلك أن يعلق هذا الإعلان على شرط أو يقترن بأجل. ٢– والإعلان عن الإرادة المذكور فى الفقرة السابقة يستند إلى الوقت الذى كان فيه الدينان صالحين للمقاصة على وجه التقابل».

(٢) أنظر التعليقات على التقنين المدنى الألمانى جزء أول م٣٨٨.

(٣) وهذا هو النص فى أصله الفرنسى: Art. 1290: La compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, mêma à l'insu des débiteurs; les deux dettes s'éteignent à l'instant où elles se trouvent exister à fois, jusqu' à concurrence de leurs quotités respectives.

تمت قبل ذلك. وإنما هو يتمسك بواقعة ترتب عليها أثرها، كما لو كان يتمسك بالوفاء أو بأى سبب آخر من أسباب انقضاء الالتزام[1]. أما المقاصة فى التقنينات الجرمانية فلا تقع من تلقاء نفسها بحكم القانون، وإنما تقع باعلان عن الإرادة يوجه إلى الطرف الآخر كما تقدم القول، فهى إذن لا يمكن ان تقع دون علم من الطرفين. وإذا لم يعلن أحد من الطرفين إرادته فى إجراء المقاصة، فالمقاصة لا تقع، ولا يستطيع القاضى أن يجريها بنفسه، ويتقاضى كل من الطرفين الدين الذى له من الآخر.

ثانياً- إذا كانت المقاصة تستند فى كل من النظامين إلى وقت تلاقى الدينين، إلا أن ذلك لا يمنع من أن إعلان الإرادة فى التقنينات الجرمانية إجراء لابد منه فى المقاصة وله أثره البالغ. ذلك أنه يجب، فى التقنينات الجرمانية، أن تكون شروط المقاصة متوافرة إلى وقت إعلان الإرادة. فإذا كانت هذه الشروط متوافرة عند تلاقى الدينين، ثم تخلف شرط منها عند إعلان الإرادة، فان الأثر الرجعى لا يفيد، ولا يمكن إعلان الإرادة فى إجراء المقاصة إلا إذا كانت شروطها متوافرة وقت الإعلان. وهذا بخلاف المقاصة القانونية، فانها تقع بمجرد تلاقى الدينين متوافرة فيهما الشروط، حتى لو تخلف أحد هذه الشروط عند التمسك بها. ونورد مثلا: دفع أحد الطرفين دينه بعد أن تلاقى الدينان متوافرة فيهما شروط المقاصة، وهو يجهل ذلك. ففى النظام الجرمانى، إذا كان هذا الدفع سابقاً على إعلان الإرادة، لم يجز صدور الإعلان بعد ذلك، لأن المقاصة وقت الدفع لم تكن قد وقعت، فوقع الدفع صحيحاً عن دين قائم لم ينقض بالمقاصة. ولا يبقى للطرف الذى دفع الدين الذى عليه إلا أن يتقاضى من الطرف الآخر الدين الذى له. أما فى النظام اللاتينى، فبمجرد تلاقى الدينين متوافرة فيهما الشروط تقع المقاصة دون حاجة إلى إعلان. فإذا دفع أحد الطرفين دينه بعد ذلك فقد دفع ديناً انقضى بالمقاصة، وله أن يسترد ما دفعه للطرف الآخر بموجب قواعد استرداد غير المستحق، لا أن يطالب الطرف الآخر بالدين الذى له كما هو الأمر فى النظام الجرمانى. وهذا ما لم يكن قد نزل عن المقاصة، فله فى هذه الحالة أن يطالب الطرف الآخر بالدين الذى له[2].

ثالثاً- إذا كان أحد الدينين قد سقط بالتقادم وقت إعلان الإرادة، فقد كان ينبغى فى التقنينات الجرمانية ألا يجوز صدور هذا الإعلان، حتى لو كان الدين لم يسقط بالتقادم عند تلاقيه بالدين المقابل، لأن أحد شروط المقاصة قد تخلف وقت الإعلان. أما فى

---

(١) وهذا ما كان يقوله بوتييه فى عهد القانون الفرنسى القديم: بوتييه فى الالتزامات فقرة ٦٣٥.

(٢) انظر المادة ١٢٩٩ من التقنين المدنى الفرنسى. وانظر التعليقات على التقنين المدنى الألمانى جزء أول م٣٨٧ وم٣٨٩ فقرة ثانية.

التقنينات اللاتينية، فانه بمجرد تلاقى الدينين ينقضيان بالمقاصة، حتى لو أن أحدهما كان قد انقضت مدة التقادم بالنسبة إليه وقت التمسك بالمقاصة. ومن الغريب أن التقنين الألمانى قد أورد فى المادة ٣٩٠ حكماً فى هذه المسألة يخالف منطق التقنينات الجرمانية ويتفق مع منطق التقنينات اللاتينية، إذ تنص هذه المادة على ما يأتى: «لا يمنع التقادم من وقوع المقاصة إذا كان الحق الذى تم تقادمه لم يكن قد انقضى بالتقادم وقت إن كانت المقاصة ممكنة بينه وبين الحق الآخر(١)». وقد أورد التقنين المدنى المصرى الجديد هذا الحكم فى المادة ٣٦٦، إذ تنص على أنه «إذا كان الدين قد مضت عليه مدة التقادم وقت التمسك بالمقاصة، فلا يمنع ذلك من وقوع المقاصة به رغم التمسك بالتقادم، ما دامت هذه المدة لم تكن قد تمت فى الوقت الذى أصبحت فيه المقاصة ممكنة». ولكن ورود هذا الحكم فى التقنين المدنى المصرى الجديد يتفق مع منطق هذا التقنين، فقد أخذ بالمقاصة القانونية المعروفة فى التقنينات اللاتينية كما سنرى.

رابعاً- لما كانت المقاصة فى التقنينات الجرمانية لا تقع إلا باعلان الإرادة، وجب أن يكون من أعلن إرادته فى إجراء المقاصة أهلا لوفاء الدين ولاستيفائه، لأن التصرف القانونى الذى صدر منه هو وفاء لدينه واستيفاء لحقه. أما فى التقنينات اللاتينية، فالمقاصة تقضى الدينين بمجرد تلاقيهما، وذلك بحكم القانون ودون حاجة إلى إعلان عن الإرادة. فالمقاصة فى هذه التقنينات واقعة مادية وليست تصرفاً قانونياً، ومن ثم لا تشترط أية أهلية فى أى من الطرفين، بل تقع المقاصة بحكم القانون فى دينين متقابلين، حتى لو كان كل من المدينين غير مميز(٢).

خامساً- فى حوالة الدين، هل يجوز للمدين الجديد أن يتمسك بمقاصة بين الدائن والمدين القديم؟ إذا أخذنا بالنظرية الجرمانية، لم يجز ذلك، لأن المقاصة لا تتم إلا باعلان عن الإرادة، والمفروض أن المدين القديم لم يصدر منه هذا الإعلان فلم تقع المقاصة، فانتقل الدين قائماً إلى المدين الجديد، فليس لهذا أن يدفع بمقاصة لم تقع. وهذا ما

---

(١) انظر التعليقات على التقنين المدنى الألمانى جزء أول م٣٨٩ فقرة ثانية. ويعلل الفقه الألمانى هذا الخروج على منطق التقنين الألمانى باعتبارات عملية، فإن الدائن الذى يصبح مديناً لمدينه يعتبر نفسه عادة قد استوفى حقه، فلا يعنيه بعد ذلك أن يقطع سريان التقادم بالنسبة إلى حقه ما دام قد استوفاه. فإذا سقط حقه بالتقادم قبل أن يعلن إرادته فى إجراء المقاصة، لم يعامل بمقتضى منطق القانون فيضيع عليه حقه ويجبر على الوفاء بدينه، بل يعامل بمقتضى التصرف المألوف بين الناس فيعذر فى سكوته عن قطع التقادم قبل إعلانه إرادته فى إجراء المقاصة (التعليقات على التقنين المدنى الألمانى جزء أول م٣٩٠ فقرة رابعة).

(٢) لوران ١٨ فقرة ٣٨٢ - بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٤٩ ص١٢١ - دى باج ٣ فقرة ٦١٨ ص٥٩٣.

نصت عليه صراحة المادة ٤١٧ من التقنين المدنى الألمانى، إذ تقول: «لا يجوز للمحال عليه أن يتمسك بمقاصة مع حق للمدين السابق[١]». أما إذا أخذنا بالنظرية اللاتينية، وجب القول بأن المقاصة قد وقعت بين دين المدين القديم ودين الدائن منذ تلاقيهما، فالدين يكون إذن قد انقضى بالمقاصة قبل حوالته، وللمدين الجديد أن يتمسك بهذه المقاصة قبل الدائن[٢].

هذا وقد اختار التقنين المدنى المصرى فى المقاصة النظام اللاتينى، جرياً على تقاليده، فأخذ بالمقاصة القانونية كما هى معروفة فى التقنين المدنى الفرنسى. وإذا كان قد نص فى الفقرة الأولى من المادة ٣٦٥ مدنى على ألا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها، فسنرى أن المقصود بهذا النص أن ينتفى عن المقاصة أنها من النظام العام، فلا يصح للقاضى أن يقضى بها من تلقاء نفسه، بل لابد أن يتمسك بها ذو المصلحة فيها.

---

(١) وهذا بخلاف حوالة الحق فى التقنين المدنى الألمانى، فقد نصت المادة ٤٠٦ من هذا التقنين على ما يأتى: «يجوز للمدين أيضاً أن يتمسك تجاه الدائن الجديد بمقاصة فى حق له فى ذمة الدائن السابق...» والسبب فى هذا الخلاف أن المدين فى حوالة الحق قد يفاجأ بهذه الحوالة قبل أن يعلن إرادته فى إجراء المقاصة بين الحق المحال وحق له فى ذمة المحيل، فلم يرد القانون أن يحرمه من إعلان إرادته فى إجراء المقاصة حتى بعد الحوالة. أما فى حوالة الدين، فالمدينان القديم والجديد، باتفاقهما على الحوالة قبل إجراء المقاصة، قد جعلا المقاصة مستحيلة باختيارهما (أنظر التعليقات على التقنين المدنى الألمانى جزء أول م٤١٧ فقرة ٢). انظر فى هذه المسألة المادة ٣٦٨ من التقنين المدنى المصرى والمادة ١٢٩٥ من التقنين المدنى الفرنسى. وانظر آنفاً فقرة ٢٣٥ فى الهامش.

(٢) انظر آنفا فقرة ٣٣٥- وقد قدمنا أن كلا من المدين الجديد والمدين القديم، فى التقنين المدنى المصرى، يستطيع أن يتمسك بالمقاصة. وهذا ما لم تكن حوالة الدين قد انعقدت باتفاق بينهما، فإن هذا يدل على أن المدين القديم قد نزل عن المقاصة ولا يريد التمسك بها، فحول الدين الذى فى ذمته إلى المدين الجديد ليطالب بالدين الذى له فى ذمة الدائن.

هذا وما قدمناه من الفروق بين المقاصة فى القوانين الجرمانية والمقاصة فى القوانين اللاتينية ترجع كلها إلى أن المقاصة فى القوانين الأولى تقع بإعلان عن الإرادة، وتقع فى القوانين الأخرى من تلقاء نفسها بحكم القانون. وهناك فروق ترجع إلى أن الفكرة الغالبة فى المقاصة فى القوانين الجرمانية هى فكرة الضمان، وهى فى القوانين اللاتينية فكرة الوفاء، ونذكر منها فرقين: (١) لا تشترط القوانين الجرمانية فى وقوع المقاصة أن يكون الدينان خاليين من النزاع مستحق الأداء لأن فكرة الضمان لا تقتضى ذلك، وتقتضيه فكرة الوفاء فكان شرطاً فى القوانين اللاتينية. (٢) إذا أفلس أحد المدينين قبل وقوع المقاصة، امتنع وقوعها فى القوانين اللاتينية، لأن وفاء ديون المفلس تتقيد بشروط وبإجراءات تتعارض مع وقوع المقاصة. أما فى القوانين الجرمانية فالإفلاس لا يحول دون وقوع المقاصة، بل إن فكرة الضمان تستدعى وقوع المقاصة عند الإفلاس أكثر ما تستدعيه فى الأحوال الأخرى (انظر فى ذلك كولان وكابيتان ٢ فقرة ٥٧٦).

٥٢٩- المقاصة القانونية والمقاصة القضائية والمقاصة الاختيارية: رأينا فيما تقدم أن هناك إلى جانب المقاصة القانونية مقاصة قضائية هى المقاصة التى كانت معروفة فى القانون الرومانى. ويوجد إلى جانب هذين النوعين من المقاصة ما يعرف بالمقاصة الاختيارية، وهى مقاصة تتم بارادة أحد الطرفين أو بارادتيهما معاً، إذا نزل صاحب الشأن عن شرط من شروط المقاصة لم يتوافر ما دام هذا الشرط مقرراً لمصلحته.

وأهم هذه الأنواع الثلاثة هى المقاصة القانونية، وهى التى عنى المشرع ببسط أحكامها تحت عنوان «المقاصة»، وقصد بهذا التعبير المقاصة القانونية دون غيرها. فنبدأ ببحثها، ثم نبحث بعد ذلك النوعين الآخرين: المقاصة الاختيارية والمقاصة القضائية.

الفرع الأول
المقاصة القانونية
(Compensation légale)

٥٣٠- المسائل التى يتناولها البحث: نبحث فى المقاصة القانونية - وكثيراً ما نطلق فنقول المقاصة فينصرف اللفظ إلى المقاصة القانونية - موضوعين رئيسيين:

(أولاً) الشروط الواجب توافرها حتى تقع المقاصة.

(ثانيا) كيف يكون إعمال المقاصة، وما هى الآثار التى تترتب عليها[1].

---

(١) ولا يختلف التقنين المدنى الجديد عن التقنين المدنى السابق فى أحكام المقاصة - عدا النص الوارد فى التقنين الجديد قاضياً بوجوب التمسك بالمقاصة - إلا فى مسائل تفصيلية أشارت إليها المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فيما يأتى: «وقد عمد المشروع ، فوق علاج هذه المسألة الكلية (وجوب التمسك بالمقاصة)، إلى تدارك عيوب التقنين الراهن (السابق)، ولا سيما فيما يتعلق بالقصاص فى الديون المتنازعة أو الديون المستحقة الأداء فى أمكنة مختلفة. ثم أنه جمع النصوص المتعلقة بالمقاصة جمعاً أدنى إلى العقل والمنطق. ونص كذلك على أن سقوط الدين بالتقادم لا يحول دون وقوع المقاصة ما دام السقوط لم يكن قد تم فى الوقت الذى أصبح فيه القصاص ممكناً، وليس هذا الحكم إلا نتيجة منطقية لقاعدة استناد أثر المقاصة إلى وقت توافر شروط القصاص فى الدينين» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٢٦٦- ص٢٦٧). وانظر فى التقنين المدنى السابق الموجز للمؤلف فقرة ٥٨٣- فقرة ٥٩٣.

المبحث الأول

شروط المقاصة

٥٣١- ما يدخل فى الشروط وما لا يدخل - الديون التى لا تقع فيها المقاصة: يشترط، حتى تقع المقاصة بين دينين متقابلين، أن يكون محل كل منهما نقوداً أو مثليات متحدة فى النوع والجودة، وأن يكون الدينان صالحين للمطالبة بهما قضاء، وأن يكونا خاليين من النزاع مستحقى الأداء.

ولا يشترط أن يتحد مكان الوفاء، كما لا يشترط اتحاد مصدر الدينين.

وتقع المقاصة فى الديون أياً كان مصدرها، إلا فى ديون معينة لا تقع فيها المقاصة نظراً لاعتبار خاص فيها.

فنبحث: (أولا) ما يدخل فى الشروط وما لا يدخل (ثانياً) الديون التى لا تقع فيها المقاصة.

المطلب الأول

ما يدخل فى الشروط وما لا يدخل

١- ما يدخل فى الشروط

٥٣٢- النصوص القانونية: تنص المادة ٣٦٢ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«١- للمدين حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له قبل هذا الدائن ولو اختلف سبب الدينين، إذا كان موضوع كل منهما نقوداً أو مثليات متحدة فى النوع والجودة. وكان كل منهما خالياً من النزاع، مستحق الأداء، صالحاً للمطالبة به قضاء».

«٢- ولا يمنع المقاصة أن يتأخر ميعاد الوفاء لمهلة منحها القاضى أو تبرع بها الدائن»(١).

---

(١) **تاريخ النص**: ورد هذا النص فى المادة ٤٩٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، فيما عدا بعض فروق لفظية بسيطة. ووافقت لجنة المراجعة على النص مع تعديل لفظى طفيف، تحت رقم ٣٧٤ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب. وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت كلمة «النوع» بكلمة «الجنس» لأنها أخص من الجنس، وأصبح النص =

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادتين ١٩٢/٢٥٦ و١٩٤/٢٥٨(١).

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الآخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٦٠- وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٤٩ - وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٨-٤ - ٩-٤ - وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٣٢٨ - ٣٣٠(٢).

=مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى. ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته تحت رقم ٣٦٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٢٦٨ وص٢٧٠).

(١) **التقنين المدنى السابق**: م١٩٢/٢٥٦: المقاصة هى نوع من وفاء الدين يحصل حتما بدون علم المتعاملين إذا كان كل منهما دائناً ومديناً للآخر.

م١٩٤/٢٥٨: لا تقع المقاصة إلا إذا كان الدينان خاليين من النزاع ومستحقى الطلب، وكانا من النقود أو من أشياء من جنس واحد يقوم بعضها مقام بعض بالنسبة لنوعها وقيمتها، وبشرط أن يكونا واجبى الأداء فى مكان واحد.

(والأحكام متفقة فى التقنينين القديم والجديد، فيما عدا وجوب الأداء فى مكان واحد فقد كان شرطاً فى المقاصة فى التقنين السابق، وهو فى التقنين الجديد ليس بشرط كما سنرى - انظر مع ذلك فى وحدة مكان الوفاء فى التقنين السابق وكيف فسرت بما يتفق مع التقنين الجديد: الموجز للمؤلف فقرة ٥٨٩- والتون ٢ ص٥٢١ - ص٥٢٢ - الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت ص٢٦٥ هامش رقم ١).

(٢) **التقنينات المدنية العربية الآخرى**:

التقنين المدنى السورى م٣٦٠ (مطابقة للمادة ٣٦٢ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى الليبى م٣٤٩ (مطابقة للمادة ٣٦٢ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى العراقى م٨-٤: المقاصة هى إسقاط دين مطلوب لشخص من غريمه فى مقابلة دين مطلوب من ذلك الشخص لغريمه.

م٩-٤: ١- المقاصة إما جبرية تحصل بقوة القانون، أو اختيارية تحصل بتراضى المتداينين. ٢- ويشترط لحصول المقاصة الجبرية اتحاد الدينين جنساً ووصفاً وحلولا وقوة وضعفاً، ولا يشترط ذلك فى المقاصة الاختيارية. فإن كان الدينان من جنسين مختلفين أو متفاوتين فى الوصف أو مؤجلين أحدهما حالا والآخر مؤجلا أو أحدهما قويا والآخر ضعيفاً، فلا يلتقيان قصاصاً إلا بتراضى المتداينين، سواء اتحد سببهما أو اختلف.

(والحكم متفق مع حكم التقنين المصرى: أنظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى فقرة ٣٥١- فقرة ٣٥٥).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٣٢٨: إذا وجد شخصان وكل منهما دائن ومديون للآخر، حق لكل واحد منهما أن يقاص الآخر بماله قبله على قدر المبلغ الأدنى من الدينين.

م٣٢٩: لا تجرى المقاصة إلا بين الديون التى يكون موضوعها نقوداً أو أشياء ذات نوع واحد من المثليات.

م٣٣٠: لا يدخل فى المقاصة إلا الديون المحررة والمستحقة الأداء. على أن المهلة الممنوحة من =

ويخلص من النص المتقدم الذكر أن هناك شروطاً خمسة يجب توافرها حتى تقع المقاصة بين دينين: (١) التقابل ما بين الدينين (٢) التماثل فى المحل ما بين الدينين (٣) صلاحية كل من الدينين للمطالبة به قضاء (٤) خلو الدينين من النزاع (٥) استحقاق الدينين للأداء[1]. ونضيف شرطاً سادساً هو أن يكون كل من الدينين قابلا للحجز عليه، وهو شرط يؤخذ من الحالات الواردة فى المادة ٣٦٤ مدنى، حيث تقرر هذه المادة أن المقاصة لا تقع «إذا كان أحد الدينين حقاً غير قابل للحجز». ولما كان الاعتبار الذى امتنعت من أجله المقاصة هنا يرجع إلى طبيعة الدين لا إلى مصدره، فيحسن جعل هذه الحالة ضمن شروط المقاصة، وانتزاعها من الحالات الأخرى التى ترجع إلى مصدر الدين لا إلى طبيعته.

ونبحث هذه الشروط الستة تباعاً.

٥٣٣- الشرط الأول - التقابل ما بين الدينين: يجب لوقوع المقاصة أن يكون هناك دينان متقابلان (réciprouques)، أى أن يكون كل من طرفى المقاصة مديناً بشخصه للآخر وفى الوقت ذاته دائناً بشخصه له. فيتقابل الدينان، وينقضيان بالمقاصة[1]. فإذا كان (أ) قد أقرض (ب) ألفاً، ثم اشترى منه سيارة بألف، وقعت المقاصة بين مبلغ القرض وثمن السيارة.

ويترتب على ذلك أنه لا يكون هناك محل للمقاصة إذا كان أحد الطرفين مديناً

= القاضي لا تحول دون المقاصة. وليس من الضرورة أن يكون الدينان واجبى الأداء فى مكان واحد. على أن الأحوال التى تحول دون الإبقاء تحول مبدئيا دون المقاصة.

(وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المصرى).

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٢٧٣.

(1) أ- من بين شروط تحقق المقاصة القانونية أن يكون الدينان متقابلين أى أن يكون كل من طرفيهما دائنا ومدينا للآخر بذات الصفة.

(الطعن ٣٥٤ لسنة ٤٩ق - جلسة ١٩٨٢/١٢/٢٣ س٣٣ ص١٢٣٩)

ب- للمدين طبقا للمادة ٣٦٢ من القانون المدنى حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له قبل هذا الدائن إذا كان كل من الدينين خاليا من النزاع مستحق الأداء صالحا للمطالبة به قضاء. فإذا كان الطاعن مدينا للمطعون ضدها بالثمن الذى قدره حكم الشفعة ودائنا لها فى ذات الوقت بمقابل أتعاب المحاماة المحكوم له بها ابتدائيا واستئنافيا فى دعوى الشفعة وكذا بمصروفات تلك الدعوى التى حصل على أمر نهائى بتقديرها قبل رفع الدعوى فإن المقاصة تكون قد وقعت بين هذين الدينين لتوافر شرائطها القانونية بقدر الأقل منهما.

(الطعن ٣٧ لسنة ٣٠ ق - جلسة ١٩٦٤/١٢/٣ س١٥ ص١١٣٤)

للآخر بصفته الشخصية ودائناً له بصفته ولياً أو وصياً أو قيماً أو وكيلا أو وارثاً، أو كان الأمر على العكس من ذلك[1]. ولا تقع المقاصة بين دين الشركة فى ذمة أجنبى ودين لهذا الأجنبى فى ذمة أحد الشركاء، إذ الأجنبى مدين للشركة ودائن لأحد الشركاء والشركة غير أحد الشركاء فيها[2]. ولا تقع المقاصة بين دين للدائن فى ذمة المدين ودين لكفيل غير متضامن فى ذمة الدائن، إذ الدينان هنا غير متقابلين، فأحدهما فى ذمة المدين للدائن والآخر فى ذمة الدائن للكفيل لا للمدين[3]. ولكن الكفيل يستطيع أن يتمسك بالمقاصة بين الدين الذى كفله ودين للمدين فى ذمة الدائن، لأن مديونيته تابعة لمديونية المدين، فإذا تخلص المدين من مديونيته عن طريق المقاصة تخلص الكفيل تبعاً لذلك[4]. ولا تقع المقاصة بين ثمن الأوراق المالية التى اشتراها شخص فى البورصة بواسطة الوكيل بالعمولة وبين دين للمشترى فى ذمة البائع لهذه الأوراق، وذلك لأن الوكيل بالعمولة يتوسط بين البائع والمشترى، فيكون هو الدائن بالثمن وليس البائع، فلا يكونان الدينان متقابلين[5]. ولا تجوز المقاصة فى دين على الوقف لمدين المستحق فيه، ولا فى دين على

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا تجوز المقاصة فى دين على الوصى شخصياً لمدين القاصر المشمول بوصايته، ولا فى دين على القاصر لمدين الموصى عليه، ولا فى دين مستحق على الدائن لموكل المدين أو لكفيله، ولا فيما لمدين شركة قبل أحد الشركاء المساهمين، ولا فيما لمدين تركة قبل أحد الورثة، ولا فيما لأحد الورثة قبل أحد دائنى التركة (نقض مدنى ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٩ ص١١٦٧ – انظر قريباً من هذا المعنى: نقض مدنى ١٥ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٦٠ ص٥٢٣).

(٢) نقض مدنى ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٩ ص١١٦٧ – استئناف مختلط ١٣ مارس سنة ١٨٩٥ م٧ ص١٨٥ – ٢٠ أبريل سنة ١٩١٠ م٢٢ ص٢٧٥ – بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨١١.

(٣) ولكن يجوز للكفيل إذا طالبه الدائن أن يتمسك بالمقاصة فى دين له على الدائن، إذ هو يفى بالدين المكفول عن طريق المقاصة، ولكن المقاصة هنا اختيارية لا قانونية، فلا ينقضى الدينان إلا من وقت التمسك بالمقاصة. ولا يجوز للدائن أن يرجع على المدين بعد ذلك فقد استوفى حقه من الكفيل، وإذا رجع جاز للمدين أن يدفع رجوعه بالمقاصة التى تمسك بها الكفيل. وإنما يرجع الكفيل على المدين، بعد أن وفى دينه عن طريق المقاصة (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨١٤).

(٤) وقد نصت المادة ١٢٩٤ من التقنين المدنى الفرنسى على هذه الأحكام صراحة إذ تقول: «يجوز للكفيل أن يتمسك بالمقاصة فى دين على الدائن للمدين الأصلى، ولكن لا يجوز للمدين الأصلى أن يتمسك بالمقاصة فى دين على الدائن للكفيل». وهذا هو النص فى أصله الفرنسى: Art. 1294: La caution peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal. Mais le débiteur principal ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à la caution.

(٥) قارب استئناف مختلط ٤ فبراير سنة ١٩٠٣ م١٥ ص١٣٢ – بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨١٩.

المستحق فى الوقف لمدين الوقف[1].

ومتى وجد دينان متقابلان لشخصين كلاهما دائن للآخر ومدين له، وقعت المقاصة بين هذين الدينين[2]، حتى لو كان أحد الطرفين أو كلاهما لم تتوافر فيه لا أهلية الوفاء ولا أهلية الاستيفاء[3]. ذلك أن المقاصة واقعة مادية يرتب عليها القانون انقضاء الدينين.

---

(١) استئناف مختلط ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٧ م١٩ ص١٩٦ – على أنه قد قضى بوقوع المقاصة فى دين للوقف على دائن المستحق الوحيد فيه (استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٥ م٥٨ ص١٤).

ولا تجوز المقاصة بين دين للموكل ودين على الوكيل بقبض الدين الأول (استئناف مختلط ٢٥ نوفمبر سنة ١٩١٥ م٢٨ ص٣٥). وإذا اشترط البائع على المشترى دفع الثمن للغير، أصبح المشترى مديناً لهذا الغير بالثمن، فلا يستطيع أن يقاص الثمن بدين له فى ذمة البائع (استئناف مختلط ٩ يونيه سنة ١٩٢٧ م٣٩ ص٥٣٦). ولا مقاصة بين دين لدائن ودين لأجنبى على هذا الدائن (استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩٠٣ م١٥ ص١٣٦)، ولكن يستطيع الأجنبى أن يقبل حوالة الدين الذى للدائن برضاء هذا الدائن، فيصبح مديناً للدائن ودائناً له، فتقع المقاصة. ولا يستطيع الدائن الظاهر أن يتمسك بالمقاصة بين الدين الظاهر الذى له على المدين ودين للمدين فى ذمته (دى باج ٣ فقرة ٦٣١). وإذا لم يصبح المدين دائناً لدائنه إلا بعد أن حول دائنه الحق الذى له فى ذمة المدين، لم يجز المقاصة بين الدينين، لأن المدين قد أصبح بالحوالة مديناً للمحال له ثم صار دائناً للدائن، فلا تقابل بين الدينين (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٨٤ ص٦٨٧). انظر أمثلة أخرى: استئناف مختلط ٩ مارس سنة ١٩١٦ م٢٨ ص١٩٠ – ٢ مايو سنة ١٩٢٣ م٣٥ ص٤٢٥.

(٢) على أنه يلاحظ أن المقاصة لا تقع، حتى لو كان الدينان متقابلين، إذا تعلق بأحد الدينين حق للغير أقوى من حق الطرف الآخر. وسنرى ذلك فى حالة الحجز التحفظى (م٣٦٧ مدنى) وفى حالة قبول المدين لحوالة الحق (م٣٦٨ مدنى) فيما يأتى. ونذكر هنا، تطبيقاً للقاعدة السالفة الذكر، أنه إذا بيع مال المدين فى المزاد وفاء لديونه، فرسا المزاد على أحد الدائنين، لم تقع المقاصة بين الدين الذى لهذا الدائن والثمن الذى عليه، لأن الثمن قد تعلق به حقوق الدائنين الآخرين، فيجب أن يقسم بينهم قسمة الغرماء. وهذا ما لم يكن للدائن الراسى عليه المزاد رهن أو امتياز يجعله مقدماً على سائر الدائنين، فتقع المقاصة عندئذ بين الدين الذى له والثمن الذى عليه، إذا لم يتعلق بالثمن حق للدائنين أقوى من حقه، بل حقه هو الأقوى: انظر فى هذا المعنى استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩١٤ م٢٦ ص٣٣٨ – ٢٨ مايو سنة ١٩١٨ م٣٠ ص٤٥٠ – ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٨ م٣١ ص٥٣ – ١٠ يونيه سنة ١٩١٩ م٣١ ص٣٣٥ – ١٨ أبريل سنة ١٩٢٢ م٣٤ ص٣٣٣ – ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م٣٥ ص١٤ – ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م٣٦ ص٩٢ – ١٨ فبراير سنة ١٩٢٦ م٣٨ ص٢٤٨ – ١٧ نوفمبر سنة ١٩٢٨ م٤٠ ص١٣٨ – ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٤٦١ – ٢٤ يونيه سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٥٨٢ – ١٣ يناير سنة ١٩٣١ م٤٣ ص٤٦٩ – وقارن بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٢٠ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٨٤ ص٦٨٨.

(٣) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢٦ ص٣٤٦ – بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٢١ – لوران ١٨ فقرة ٣٨٢ – بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٤٩ ص١٢١ – دى باج ٣ فقرة ٦١٨ ص٥٩٣.

وليست تصرفاً قانونياً يتطلب أهلية معينة كما هو الأمر فى القوانين الجرمانية على ما قدمنا(١).

٥٣٤- الشرط الثانى - التماثل فى المحل ما بين الدينين: ويجب أن يكون محل كل من الدينين نقوداً أو أشياء مثلية من نوع واحد ومن درجة واحدة فى الجودة، وذلك حتى يتمكن كل من الطرفين أن يستوفى حقه عن طريق المقاصة من نفس الشئ الواجب الأداء. فإذا كان لشخص على آخر مائة جنيه، وعليه مائة جنيه، فانه بذلك يستطيع أن يستوفى المائة التى له بالمائة التى عليه. ولما كان المحلان متماثلين، فقد استوفى كل من الطرفين حقه من نفس الشئ الواجب الأداء. ومن ثم تقع المقاصة بين دينين محل كل منهما قطن من نوع الكرنك ومن مرتبة «جودفير»، أو قمح هندى من صنف متوسط، أو سيارات من ماركة بويك موديل سنة ١٩٥٧، وهكذا. وتصبح المقاصة كذلك فى الأسهم والسندات وسائر الأوراق المالية، إذا كانت متماثلة(٢).

ولا تجوز المقاصة فى دينين محل أحدهما قطن من نوع الكرنك ومحل الآخر قطن من نوع الأشمونى، ولا فى دينين محل أحدهما قمح هندى ومحل الآخر قمح استرالى. ومن باب أولى لا تجوز المقاصة فى دينين محل أحدهما قطن ومحل الآخر قمح، ولا فى دينين محل أحدهما نقود ومحل الآخر قمح أو قطن، ولو كان سعر هذه المثليات محدداً فى الأسواق أو فى البورصات(٣).

ولا تجوز المقاصة بداهة فى دينين محل كل منهما عمل أو امتناع عن عمل، أو محل أحدهما عمل ومحل الآخر امتناع عن عمل من باب أولى، وذلك مهما تشابهت الأعمال، وحتى لو لم يكن من الضرورى أن يقوم المدين نفسه بالعمل الذى التزم به. فلابد إذن لإمكان المقاصة أن يكون محل كل من الدينين التزاماً بنقل الملكية (obligation de donner)(٤).

ولا تجوز المقاصة فى دينين أحدهما بسيط والآخر تخييرى أو بدلى، حتى لو كان أحد محلى الاختيار فى الالتزام التخييرى، أو كان المحل الأصلى أو البدلى فى الالتزام البدلى، مماثلا فى النوع والجودة للمحل فى الدين البسيط. ذلك لأنه إذا وقعت المقاصة

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٢٨.

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٨٥.

(٣) قارن الفقرة الثانية من المادة ١٢٩١ من التقنين المدنى الفرنسى.

(٤) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٨٥.

هنا، حرم فى الالتزام التخييرى صاحب الاختيار من حق اختياره، أو حرم المدين فى الالتزام البدلى من أن يؤدى الأصل أو البدل[1].

٥٣٥- الشرط الثالث - صلاحية كل من الدينين للمطالبة به قضاء: ولابد، لوقوع المقاصة أن يكون كل من الدينين صالحاً للمطالبة به قضاء. فإذا كان أحد الدينين أو كلاهما غير صالح للمطالبة به قضاء، لم تجز المقاصة. فالالتزام الطبيعى لا يقبل المقاصة فى التزام مدنى، بل ولا فى التزام طبيعى مثله، لأن المقوم الرئيسى للالتزام الطبيعى هو أن المدين فيه لا يجبر على الوفاء، والمقاصة وفاء إجبارى للمدين، فتتعارض مع طبيعة الالتزام الطبيعى.

وإذا كان أحد الدينين قد مضت عليه مدة التقادم، فانه لا يصلح للمقاصة، حتى قبل أن يتمسك المدين بالتقادم فيصبح التزاماً طبيعياً، فان الدين الذى مضت عليه مدة التقادم لا يصلح للمطالبة به قضاء، لأنه قابل للدفع بالتقادم[2]. ولا يصلح الدين الذى مضت

---

(١) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٢٣- فقرة ١٨٢٤ - أما إذا اختار صاحب الاختيار فى الالتزام التخييرى المحل الذى يؤديه، أو اختار المدين فى الالتزام البدلى أن يؤدى الأصل أو أن يؤدى البدل، وكان المحل الذى وقع عليه الاختيار مماثلا فى النوع والجودة للمحل فى الدين البسيط، فإن المقاصة يمكن وقوعها حينئذ بين الدينين.

هذا ولا يمنع المقاصة أن يكون أحد الدينين أو كلاهما مصحوباً بشرط جزائى، فإن الشرط الجزائى لا يغير من محل الالتزام، بل هو مجرد تقدير للتعويض عند عدم الوفاء (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٢٥).

(٢) ويمكن استخلاص هذا الحكم بطريق المفهوم العكسى من المادة ٣٦٦ مدنى، إذ تنص على أنه «إذا كان الدين قد مضت عليه مدة التقادم وقت التمسك بالمقاصة، فلا يمنع ذلك من وقوع المقاصة به رغم التمسك بالتقادم ما دامت هذه المدة لم تكن قد تمت فى الوقت الذى أصبحت فيه المقاصة ممكنة». فيفهم من هذا النص، بطريق عكسى، إنه لو تمت مدة التقادم فى الوقت الذى أصبحت فيه المقاصة ممكنة، ولو قبل التمسك بالمقاصة، فإن ذلك لا يمنع من التمسك بها. هذا إلى أن المقاصة وفاء إجبارى، والدين الذين مضت عليه مدة التقادم لا يجبر المدين على الوفاء به، إذ يمكنه أن يتمسك بسقوطه بالتقادم.

وقد اشترط التقنين المدنى المصرى فى الدين أن يكون «صالحاً للمطالبة به قضاء»، فيدخل الدين الذى مضت عليه مدة التقادم قبل التمسك بالتقادم على ما رأينا، لأنه دين غير صالح للمطالبة به قضاء. أما فى التقنين المدنى الفرنسى فلم يرد هذا الشرط، ويدمجه الفقه الفرنسى عادة فى شرط استحقاق الدين للأداء، فالالتزام الطبيعى لا يصلح للمقاصة عند الفقه الفرنسى لأنه دين غير مستحق الأداء (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٣٩). ومن ثم وقع خلاف فى الدين الذى مضت عليه مدة التقادم قبل التمسك بالتقادم، هل يصلح للمقاصة أو لا يصلح. فمن الفقهاء من يقول بصلاحيته (لارومبيير ٥ م١٢٩١ فقرة ٢٥- ديمولومب ٢٨ فقرة ٥٤٤- بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٣٩ - دى باج ٣ فقرة ٦٢٦)، ومنهم من يقول بعدم صلاحيته (دلفنكور٢ فقرة ٥٨١- ديرانتون١٢ فقرة ٤٠٨ - ماركادية ٤ فقرة ٨٢٦).

عليه مدة التقادم للمقاصة به فى دين آخر، حتى لو كان هذا الدين الآخر هو نفسه قد مضت عليه مدة التقادم. بل الذى يقع فى مثل هذه الحالة أن كل مدين يتمسك بسقوط دينه بالتقادم، فيسقط الدينان معاً، ولكنهما يسقطان بالتقادم لا بالمقاصة. وما تخلف عن كل منهما من التزام طبيعى لا يصلح للمقاصة فى الالتزام الطبيعى الذى تخلف عن الالتزام الآخر، لما سبق أن قدمناه من أن الالتزام الطبيعى لا يقاص فى التزام طبيعى مثله.

وقد وضح السبب الذى من أجله يشترط فى الدين، ليكون صالحاً للمقاصة، أن يكون صالحاً للمطالبة به قضاء. فالمقاصة وفاء إجبارى كما قدمنا، والدين الذى لا يصلح للمطالبة به قضاء لا يجوز إجبار المدين على الوفاء به، فتتعارض طبيعته مع طبيعة المقاصة.

ولا يستخلص من هذا الشرط أنه إذا كان هناك دين أقوى من دين آخر، لم تجز المقاصة بين هذين الدينين، إذا كان المقصود بالدين الأقوى أن يكون أكثر توثيقاً أو أبعد مدى ونفاذاً من ناحية الواقع لا من ناحية الطبيعة القانونية. فالمقاصة تقع بين دينين أحدهما أقوى من الآخر بهذا المعنى، ما دام الدينان صالحين للمطالبة بهما قضاء. فيقاص الدين المكفول بتأمينات فى دين لا تأمين له، والدين الذى ينتج فائدة فى دين لا ينتجها، والدين المشمول بسند قابل للتنفيذ كحكم أو ورقة رسمية فى دين غير مشمول بهذا السند[1]. أما إذا كان التفاوت فى القوة راجعاً إلى الطبيعة القانونية للدين، كما رأينا فى الدين الطبيعى والدين المدنى، وكما سنرى فى الحق القابل للحجز والحق غير القابل له، فان المقاصة تصبح غير ممكنة.

٥٣٦- الشرط الرابع - خلو الدينين من النزاع: ويجب، لوقوع المقاصة، أن يكون كل من الدينين خالياً من النزاع (liquide). والمراد بخلو الدين من النزاع أمران: (أولا) أن يكون هذا الدين محققاً لا شك فى ثبوته فى ذمة المدين. (ثانياً) أن يكون الدين معلوم المقدار.

ولابد من اجتماع هذين الأمرين فى كل من الدينين[2]، لأن المقاصة تتضمن

---

(١) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢٦ ص٣٤٦- وتصح المقاصة فى دين قابل للإبطال أو قابل للفسخ - ما دام لم يبطل أو يفسخ - ولو فى دين غير قابل لذلك، ولا يرجع التفاوت فى القوة هنا إلى طبيعة الدين. فإذا ما أبطل الدين أو فسخ، انتقضت المقاصة واعتبرت كأنها لم تكن (استئنا مختلط ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٤ م٢٧ ص٥٩ - وانظر أيضاً أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢٦ ص٣٤٣ - بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٣٨ وفقرة ١٨٤٠).

(٢) نقض مدنى ١٥ يونيه سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٢ ص٤٢٢- استئناف وطنى ٨ فبراير سنة ١٨٩٢ الحقوق ٦ ص٤٠٩ - ٢١ أبريل سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص١٥٤- استئناف =

معنى الوفاء الإجبارى، ولا يجبر المدين على دفع دين متنازع فيه أو دين غير معلوم المقدار(١)(1).

أ- والدين لا يكون خالياً من النزاع إذا قامت فيه من المدين منازعة جدية. وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كانت المنازعة تعتبر جدية قائمة على أساس ليكون الدين متنازعاً فيه، أو هى مماحكة من المدين يريد بها وقف إجراء المقاصة وتقاضى الدين الذى له قبل الوفاء بالدين الذى عليه بزعم أن هذا الدين متنازع فيه(٢). وليس من الضرورى،

=مختلط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م٥١ ص٦٣- ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م٥٢ ص٦٦- ١٦ فبراير سنة ١٩٤٢ م٥٤ ص١٠٢.

(١) وفى القوانين الجرمانية لا يشترط لإمكان وقوع المقاصة خلو الدين من النزاع، لأن المعتبر فى المقاصة فى هذه القوانين هو معنى التأمين أكثر من معنى الوفاء، ومعنى التأمين يبقى قائماً حتى لو كان الدين غير خال من النزاع. ويذكر سالى فى هذا الصدد أن الوفاء الفعلى بدين غير خال من النزاع هو الذى يكون غير مأمون العاقبة، فقد لا يكون الدين موجوداً ثم يتعذر على المدين استرداده من الدائن. أما الوفاء بدين متنازع فيه عن طريق المقاصة فليس فيه أى حرج، وإذا تبين أن الدين غير موجود فليس فى ذلك ضير على أحد، إذ أن شيئاً لم يدفع فيخشى من تعذر استرداده (سالى: بحث فى النظرية العامة للالتزام فى مشروع التقنين المدنى الألمانى فقرة ٦٥- وانظر رداً على ما يقوله سالى فى بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٣١ ص١٦٩).

(٢) ولا يعتبر الدين متنازعاً فيه حتى لو لم يقدم الدائن الدليل عليه فى الحال، ما دام يستطيع أن يقدم هذا الدليل فى وقت مناسب دون طويل إبطاء (لاروميير ٥ م١٢٩١ فقرة ١٥- ديمولومب ٢٨ فقرة ٥١٧ - بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٣٢ ص١٧٠- ص١٧١). ولا يعتد بالتنازع إذا كان الأمر لا علاقة له بالمقاصة (نقض مدنى ٩ مارس سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٤٩٣ ص٩٩٨).

وإذا صدر حكم بالدين، وكان الحكم غير نهائى، بقى الدين متنازعاً فيه. فإذا أصبح الحكم نهائياً، صار الدين خالياً من النزاع. وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الدين الثابت بمقتضى حكم نهائى يكون خالياً من النزاع (١١ أكتوبر سنة ١٨٨٧ الحقوق ٢ ص٣١٧). وقضت محكمة سوهاج بأنه لا تجوز مقاصة دين بحكم نهائى فى دين بحكم ابتدائى، لاحتمال إلغاء الحكم الابتدائى أو تعديله (١٨ مارس سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص١٠٠).

(1) أ- إذ كانت المقاصة القانونية - على ما تقضى به المادة ٣٦٢ من القانون المدنى - تستلزم فى الدين أن يكون خاليا من النزاع بأن يكون محققا لاشك فى ثبوته فى ذمة المدين وأن يكون معلوم المقدار فانه لابد من اجتماع هذين الشرطين لأن المقاصة تتضمن معنى الوفاء الإجبارى ولا يجبر المدين على دفع دين متنازع فيه أو دين غير معلوم المقدار.

(الطعن ٣١٢ لسنة ٣٥ق- جلسة ١٩٦٩/٦/١٧ س٢٠ ص١٩٩٦، جلسة ٧٣/٣/٣ س٢٤ ص٣٧٢، جلسة ٧٧/٤/٦ ص٢٨ ص٩٣٦)

ب- إذ كانت المقاصة القانونية، وعلى ما تقضى به المادة ٢٦٢ من القانون المدنى تستلزم فى الدين أن يكون خاليا من النزاع مستحق الأداء أى محققا لاشك فى ثبوته فى ذمة المدين ومعلوم المقدار، وكان لابد من اجتماع الشرطين، لان المقاصة تتضمن معنى الوفاء الاجبارى ولا يجبر المدين على =

حتى يكون الدين متنازعاً فيه أن ترفع به دعوى أمام القضاء. بل يكفى أن تقوم فى شأنه منازعة جدية ولو خارج القضاء.

وكل دين غير محقق الوجود يكون فى حكم الدين المتنازع فيه، إذ يجمع بين الاثنين معنى الشك فى وجود الدين. فالدين المعلق على شرط واقف هو دين غير محقق الوجود، فلا تقع المقاصة بينه وبين دين آخر، ولو كان هذا الدين الآخر هو أيضاً معلق على شرط واقف. ذلك أن أحد الدينين أو كليهما قد يوجد وقد لا يوجد، والمقاصة تتضمن معنى الوفاء الإجبارى كما قدمنا، ولا جبر فى وفاء دين معلق على شرط واقف قبل أن يتحقق الشرط(١)(1). أما الدين المعلق على شرط فاسخ فهو دين محقق الوجود وإن لم يكن محقق البقاء، فتقع المقاصة بينه وبين دين آخر. فإذا ما تحقق الشرط الفاسخ زالت المقاصة وعاد الدين المقابل إلى الوجود بأثر رجعى(٢).

ب- ولا يكفى أن يكون الدين محقق الوجود، بل يجب أيضاً أن يكون معلوم المقدار.

=دفع دين متنازع فيه أو دين غير معلوم المقدار وكان البين من الحكم المطعون فيه أن مورث المطعون ضدهم - البائع - نازع مورث الطاعنين - المشترى - فى قيمة المدفوع له من الثمن - بمقتضى العقد الذى قضى بفسخه - وانكر عليه استحقاقه لفوائد ما دفعه كما نازعه فى قيمة ما أجراه من اصلاحات وما اقامه من المبانى وما أداه من أموال أميرية بما استوجب ندب خبير لتقدير ذلك. فان مؤدى ذلك تخلف الشرطين الواجب توافرهما لاجراء المقاصة القانونية.

(الطعن ٤٢٩ لسنة ٤٢ق - جلسة ١٩٧٧/٣/٣٠ س٢٨ ص٨٣٠)

جـ- من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن للمدين طبقا لنص المادة ٣٦٢ من القانون المدنى حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له قبل هذا الدائن إذا كان كل من الدينين خاليا من النزاع مستحق الأداء صالحا للمطالبة به قضاء.

(الطعن ٩٦ لسنة ٥١ق- جلسة ١٩٨٤/١٢/١٦ س٣٥ ص٢١٠٣)

د- مفاد نص المادة ٣٦٢ من القانون المدنى أن وقوع المقاصة القانونية يستلزم اجتماع شرطين فى الدين هما أن يكون خاليا من النزاع الجدى محققاً لاشك فى ثبوته فى ذمة المدين وأن يكون معلوم المقدار وتقدير وجه الجد فى المنازعة من الأمور التى تستقل بها محكمة الموضوع بغير معقب عليها من محكمة النقض طالما أقامت قضاءها على أسباب سائغة.

(الطعن ١٢٤٥ لسنة ٤٩ق - جلسة ١٩٨٣/٦/٩ س٣٤ ص١٣٩٨)

(١) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٣٢ ص١٦٩- استئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٠٦ م١٩ ص٣٦.

(٢) انظر آنفاً فقرة ٥٣٥ فى الهامش.

(1) لقاضى الموضوع بالنسبة للدين المتنازع فيه، أن يحدد مقداراً منه هو الحد الأدنى لما يعتبره ثابتا فى ذمة الدين ويقضى بالمقاصة فى هذا المقدار.

(جلسة ١٩٦٧/١١/٢١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص١٧٢٠)

فالدين الذى لا يكون معلوم المقدار لا يصلح للمقاصة، ومن ثم لا يجوز للمضرور فى عمل غير مشروع أن يقاص حقه فى التعويض قبل تقديره فى دين عليه للمسئول(١). ولا يعتبر الدين معلوم المقدار إذا كان تعيين مقداره يتوقف على تسوية معقدة(٢)، أو على تقدير خبير، ولا يصبح معلوم المقدار إلا بعد إجراء التسوية أو بعد الحكم فى تقدير الخبير(٣).

---

(١) ولكن إذا كان المسئول نفسه هو الذى يتمسك بالمقاصة، فليس للمضرور أن يتمسك بعدم وقوعها بسبب عدم تقدير حقه (استئناف مختلط ١٤ مايو سنة ١٩٤٦ م٥٨ ص١٤٣). ولكن المقاصة هنا تكون اختيارية أو قضائية، ولا تكون مقاصة قانونية.

(٢) كما يقع أحياناً فى تصفية شركة أو تصفية تركة أو تصفية حسابات الأوصياء (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٨٦ ص٦٩١ وهامش رقم ٣).

(٣) وقضت محكمة استئناف مصر بأن المقاصة القانونية لا تكون إلا حيث يخلو المبلغان المتقاص بينهما من كل نزاع يتعلق بأصلهما وتصفيتهما (٢٢ يونيه سنة ١٩٣١ الجريدة القضائية ٩٦ ص١٥). فلا يمكن عمل المقاصة بين دين ثابت بكمبيالة واجبة الدفع عند الطلب وبين ثمن أقطان مدعى بتوريدها إذا كانت قيمتها متنازعا منها (استئناف ٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٤٢ ص٧٢)، ولا المصروفات القضائية إذا كانت غير مقررة (عابدين ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٠٢ الحقوق ١٧ ص٢٧٦). وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الدين غير الخالى من النزاع لا تجوز فيه المقاصة (٦ يونيه سنة ١٨٨٩ م١ ص١٦٨)، فلا تجوز مقاصة أجرة ثابتة فى دين متنازع فيه (١٣ نوفمبر سنة ١٨٨٩ م٢ ص٦)، ولا دين ثابت فى دين لا يزال فى حاجة إلى حكم لتصفيته (٥ مارس سنة ١٨٩٠ م٢ ص٣٤٢)، ولا أجرة ثابتة فى تعويض لم يقدر عن عجز مدعى فى الأرض المؤجرة (٢٨ مايو سنة ١٨٩٠ م٢ ص٢٦٧)، ولا دين ثابت فى دين لا يزال أمام القضاء (٥ فبراير سنة ١٨٩١ م٣ ص١٨٠ – ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م٥ ص٤٤ – ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٩٤ م٧ ص٢١)، ولا دين ثابت فى تعويض لم يقدر بعد، ومن باب أولى فى دينين متقابلين لا يزالان أمام القضاء (٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ م٨ ص٢١٣)، ولا دين ثابت بعقد صلح فى دين لم يصدر به حكم نهائى (١١ فبراير سنة ١٨٩٧ م٩ ص١٥٤)، ولا أجرة ثابتة فى تعويض عن أعمال أجراها المستأجر لم تقدر بعد (٦ مايو سنة ١٨٩٧ م٩ ص٣٣٤)، ولا دين ثابت بسند فى تعويض لم يقدر (٩ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م١١ ص٢٩٠)، ولا دين معترف به فى دين لم يقطع فيه الحساب (٤ فبراير سنة ١٩٠٣ م٥ ص١٣٢)، ولا دين ثابت بكمبيالة فى دين صدر به حكم غيابى (٢٠ مايو سنة ١٩٠٣ م١٥ ص٨-٣)، ولا دين معترف به فى دين لا يزال فى حاجة إلى إثبات (٤ مايو سنة ١٩٠٤ م١٦ ص٢٣٣)، ولا أجرة ثابتة فى تعويض لم يقدر (٢ مارس سنة ١٩٠٥ م١٧ ص١٥١)، ولا دين ثابت فى أسهم متنازع فيها وغير معلومة المقدار (١٢ فبراير سنة ١٩٠٨ م٢٠ ص٨٤) ولا دين ثابت فى دين احتمالى (١١ فبراير سنة ١٩٠٩ م٢١ ص١٨١)، ولا دين ثابت فى دين محول متنازع فيه (٢٢ يونيه سنة ١٩١٠ م٢٢ ص٣٧٧)، ولا تجوز المقاصة فى دين غير مقدر (٢٣ نوفمبر سنة ١٩١١ م٢٤ ص١٥)، أ تعويض غير مقدر (٢٠ مارس سنة ١٩١٣ م٢٥ ص٢٥٠)، أو دين يحتاج فى تقديره إلى خبير (١٥ مايو سنة ١٩١٣ م٢٥ ص٣٨١ – ١١ يونيه سنة ١٩١٤ م٢٦ ص٤٢٥) أو بوجه عام دين متنازع فيه (١٦ مايو سنة ١٩١٨ م٣٠ ص٤٣٥ – ٣٠ ديسمبر سنة =

ولكن إذا كان تعيين مقدار الدين إنما يتوقف على عملية عناصرها ثابتة لا خلاف فيها، وهى بعد سهلة الأجراء، كأجرة عيادة الأطباء وكحساب جار محدد العناصر ولا ينقصه لتحديد الرصيد إلا عملية حسابية بسيطة، فان الدين يعتبر معلوم المقدار وتصح فيه المقاصة(١).

وإذا كان تعيين مقدار الدين يتوقف على مسألة موضوعية، كان التعيين أمر واقع يترك

=١٩٢٩ م٤٢ ص١٢٠ – ١٨ فبراير سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٢٩٥ – ١٤ يناير سنة ١٩٣١ م٤٣ ص١٥١ – ١٩ يناير سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص١٢٢ – ١٤ ابريل سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص٢٧٨ – ١٠ يناير سنة ١٩٣٤ م٤٦ ص١١٨ – ٣٠ يناير سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص١٣٧ – ٢٨ مايو سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص٣٤١ – ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٥ م٤٨ ص٣٤ – ١١ مارس سنة ١٩٣٦ م٤٨ ص١٧٦ – ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م٤٩ ص١ – ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م٥٠ ص٢٧ – ٢ فبراير سنة ١٩٣٨ م٥٠ ص١٢١ – ٥ مايو سنة ١٩٣٨ م٥٠ ص٢٨٥).

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بمقاصة أجرة ثابتة فى محصول ورده المستأجر للمؤجر بكميات محددة وبمخالصات من المؤجر (١٥ أبريل سنة ١٨٩٧ م٩ ص٢٧٦).

وقد يكون الدين بعضه ثابت وبعضه متنازع فيه أو غير معلوم المقدار، فيجوز للقاضى أن يحكم بالمقاصة فى الجزء الثابت، ويستبقى الجزء الآخر حتى يتم تقديره. ويجوز للقاضى كذلك فى الدين المتنازع فيه أن يحدد مقداراً منه هو الحد الأدنى لما يعتبره القاضى ثابتاً فى ذمة المدين، ويقضى بالمقاصة فى هذا المقدار مقاصة قانونية لا مقاصة قضائية، إذا لم ير ضرورة للانتظار حتى يفصل فى الدين كله (أنظر فى هذا المعنى بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٣٣ مكررة أولا ص١٧٣). وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يتضمن نصاً يقرر هذا المبدأ، هو المادة ٥٠٠ من هذا المشروع، وكانت تجرى على الوجه الآتى: «إذا كان الدين الذى طلبت المقاصة فيه غير خال من النزاع، وكان الفصل فيه ميسوراً، جاز للقاضى أن يجرى المقاصة فيما ثبت له وجوده من هذا الدين». وقد أقرت لجنة المراجعة هذه المادة، كما أقرها مجلس النواب، ولكن لجنة مجلس الشيوخ حذفتها «لأنها تتناول نقطة تفصيلية يحسن تركها للقواعد العامة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٢٦٨ فى الهامش). وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى شأن هذه المادة ما يأتى: «فيراعى من ناحية أنه (المشروع) أجاز المقاصة ولو كان دين المدين متنازعاً، وجعل للقاضى أن يجريها فيما ثبت له وجوده من هذا الدين. ولا يعتبر هذا الإجراء صورة من صور المقاصة القضائية، لأن أثر القصاص فى هذه الحالة ينسحب إلى وقت تلاقى الدينين ولا يترتب من وقت صدور الحكم فحسب» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٢٧٤).

وهناك طريقة يستطيع من كان له دين متنازع فيه أن يلجأ إليها إلى أن يفصل فى النزاع، فتقع المقاصة. وذلك أن يوقع حجزاً تحت يد نفسه بالدين الذى له وهو الدين المتنازع فيه على أن يقدر القاضى الدين تقديراً مؤقتاً. فإذا فصل فى مقدار الدين فى دعوى تثبيت الحجز، أصبح الدين خالياً من النزاع، ووقعت المقاصة. وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا حجز المدين تحت يد نفسه بدين له على الدائن، فبمجرد تثبيت الحجز تقع المقاصة بين الدينين (استئناف مختلط ٢٨ مارس سنة ١٩٠١ م١٣ ص٢٢٠).

لتقدير قاضى الموضوع ولا معقب عليه من محكمة النقض. أما إذا كان تعيين المقدار يتوقف على مسألة قانونية كمقدار نصيب الوارث فى التركة، فان التعيين يكون من مسائل القانون ويخضع لرقابة محكمة النقض(١).

٥٣٧- الشرط الخامس - استحقاق الدينين للأداء: ويجب، لوقوع المقاصة، أن يكون كل من الدينين مستحق الأداء، لأن المقاصة وفاء إجبارى كما قدمنا، ولا يجبر المدين على الوفاء إلا عند استحقاق الدين(1).

والدين لا يكون مستحق الأداء إذا كان مضافاً إلى أجل واقف. فلا تجوز المقاصة بين دين مؤجل ودين حال، ولا بين دينين كلاهما مؤجل، إذ يكون المدين قد أجبر بذلك على الوفاء قبل حلول الأجل(٢). على أن نظرة الميسرة التى يمنحها القاضى للمدين، وهى أجل، لا تمنع من المقاصة كما قدمنا. إذ أن القاضى قد منحها للمدين نظراً له، على اعتبار أنه غير قادر على الوفاء بدينه فوراً، فإذا تبين أنه قادر على الدفع عن طريق

---

(١) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٣٣ مكررة ثانياً.

(٢) وقد يكون للمدين الحق فى حبس الدين المستحق الأداء، فيكون الحبس بمثابة الأجل، ولا يكون الدين فى هذه الحالة مستحق الأداء، فلا يصلح للمقاصة. فإذا اشترى الدائن من مدينه عقاراً مرهوناً لغيره، كان من حقه أن يحبس الثمن ليوفى حق الدائن المرتهن. فلا يستطيع البائع للعقار أن يتمسك بالمقاصة بين هذا الثمن والدين الذى عليه للمشترى. ولكن المشترى يستطيع أن ينزل عن حقه فى حبس الثمن، وأن يتمسك هو بالمقاصة بين الثمن والدين الذى فى ذمة البائع، فإذا ما رجع الدائن المرتهن على العقار المرهون واستوفى حقه منه، رجع المشترى على البائع بالضمان. والقضاء الفرنسى يمنع، فى هذه الحالة، التمسك بالمقاصة، سواء من جانب البائع أو من جانب المشترى، بدعوى أن أحد الدينين، وهو الثمن، قد ترتب عليه حق للغير، وهو الدائن المرتهن. وقد طبقنا هذا المبدأ الذى يقول به القضاء الفرنسى فى حالة ما إذا بيع مال المدين فى المزاد وفاء لديونه، فرسا المزاد على أحد الدائنين، فلا تقع المقاصة بين الدين الذى لهذا الدائن والثمن الذى عليه، لأن الثمن قد تعلق به حقوق الدائنين الآخرين، فيجب أن يقسم بينهم قسمة الغرماء (انظر آنفاً فقرة ٥٣٣ فى الهامش). ولكن المزاد الجبرى فى هذه الحالة الأخيرة قد طهر العقار من الرهون إن كان مرهوناً، وهو على كل حال جعل حقوق الدائنين تتعلق بالثمن الذى رسا به المزاد، فلم يعد الثمن بعد أن تعلقت به حقوق الغير صالحاً للمقاصة، أما فى بيع العقار المرهون بيعاً اختيارياً، فإن حق الدائن المرتهن لم يتعلق بالثمن، بل هو لا يزال متعلقاً بالعقار المرهون (انظر فى هذه المسألة بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٨٧ مكررة ثالثاً- لوران ١٨ فقرة ٤٢- بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٤٨ - وقارن ديمولومب ٢٨ فقرة ٦٣٥- أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢٦ هامش رقم ٣ - بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٣٩).

(1) المقاصة القانونية وعلى ما تقضى به المادة ٣٦٢ من القانون المدنى تستلزم فى الدين الذى يطلب التقاضى به ان يكون خاليا من النزاع أى محققا لاشك فى ثبوته فى ذمة الدين ومعلوم المقدار وأن يكون مستحق الأداء.

(الطعن ٢١٠٧ لسنة ٥٢ق - جلسة ١٩٨٧/١٢/٧)

المقاصة، أى عن طريق الوفاء بحق له استجد فى ذمة دائنه، فلا وجه لانتظار انقضاء الأجل الذى يمنحه القاضى، بل تقع المقاصة قبل انقضاء هذا الأجل. ومثل نظرة الميسرة الأجل الذى تبرع به الدائن، فهو أيضاً لا يمنع من وقوع المقاصة ولو قبل انقضائه، لنفس الأسباب التى قدمناها فى نظرة الميسرة. وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٦٢ مدنى، كما رأينا، على هذا الحكم صراحة إذ تقول: «ولا يمنع المقاصة أن يتأخر ميعاد الوفاء لمهلة منحها القاضى أو تبرع بها الدائن».

فإذا كان الدين مضافاً إلى أجل، فانه لا يصلح للمقاصة كما قدمنا، ولابد من حلول الأجل متى يصبح صالحاً(١). ويحل الأجل بانقضاء مدته، أو بالنزول عنه ممن له مصلحة فيه. فإذا انقضت مدة الأجل، أو نزل عنه من له مصلحة فيه من الطرفين(٢)، فقد أصبح الدين صالحاً للمقاصة(٣).

ويحل الأجل أيضاً بسقوطه. ويسقط بشهر إفلاس المدين أو شهر إعساره، وكذلك إذا ضعفت التأمينات إلى حد كبير أو لم يقدم المدين للدائن ما وعد فى العقد بتقديمه من التأمينات (م٢٧٣ مدنى). فإذا سقط الأجل للسببين الأخيرين – ضعف التأمينات أو عدم تقديم التأمين الموعود به – فقد حل الدين وأصبح خالصاً للمقاصة. أما إذا سقط الأجل بسبب إفلاس المدين أو إعساره، فان الدين يحل أيضاً، ولكنه لا يكون صالحاً للمقاصة. وذلك أن المدين بعد شهر إفلاسه أو إعساره يمتنع عليه الوفاء بديونه، والمقاصة ضرب من الوفاء، فلا تقع بعد الإفلاس أو الإعسار(٤).

---

(١) ولا يعتبر الرصيد فى الحساب الجارى قد حل قبل قطع الحساب، ومن ثم لا تجوز مقاصة رصيد حساب جار لم يقطع فى دين آخر (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٨٦ ص٦٩٣).

(٢) استئناف مختلط ٢٣ يناير سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص١٧٧.

(٣) فإذا كان على المستأجر أجرة لم تحل، استطاع أن ينزل عن الأجل وهو فى مصلحته، وأن يتمسك بالمقاصة بين دين الأجرة الذى لم يحل ودين له فى ذمة المؤجر. ولكن إذا كان المؤجر قد حول الأجرة قبل حلولها إلى محال له، وذلك قبل أن ينزل المستأجر عن الأجل ويتمسك بالمقاصة، فإن المقاصة بعد ذلك لا تقع، وعلى المستأجر أن يدفع الأجرة إلى المحال له ويتقاضى من المؤجر الدين الذى فى ذمته (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٣٥).

وقد يحل الأجل قبل انقضائه بناء على اتفاق سابق، كما إذا اشترط الدائن على المدين أن تحل جميع الأقساط إذا تأخر المدين فى دفع قسط منها. فإذا حلت على هذا الوجه، أمكن الدائن أن يقاص بها ديناً فى ذمته للمدين (استئناف مختلط ٢٠ مارس سنة ١٩١٣ م٢٥ ص٢٥٠).

(٤) ولا يكون الدين صالحاً للمقاصة بعد إيداع التاجر دفاتره للحصول على صلح واق (استئناف مختلط ٧ فبراير سنة ١٩٤٠ م٥٢ ص١٣٦). ولكن إذا كان المدينان المتقابلان كلا لا يقبل التجزئة، كما فى الحساب الجارى وفى حساب الوصى وفى الحساب ما بين الوكيل والموكل وفى أى حساب آخر ما بين شخصين، فإن المقاصة تقع حتى بعد إفلاس أحد المدينين: استئناف مختلط ٢٦ نوفمبر سنة=

٥٣٨- الشرط السادس - قابلية كل من الدينين للحجز: تقرر المادة ٣٦٤ مدنى أن المقاصة لا تقع «إذا كان أحد الدينين حقاً غير قابل للحجز». فلابد إذن، لوقوع المقاصة، من أن يكون كل من الدينين قابلا للحجز، لأن المقاصة وفاء إجبارى، والحق غير القابل للحجز لا يمكن إجبار صاحبه على وفاء دينه به لعدم قابليته للحجز.

فإذا كان أحد الدينين أو كلاهما غير قابل للحجز، لم تقع المقاصة. مثل ذلك أن يكون للمدين دين نفقة فى ذمة دائنه، فلا يستطيع الدائن أن يمتنع عن دفع دين النفقة لمدينه بدعوى المقاصة بين هذا الدين والدين الذى له فى ذمة المدين. ذلك أنه لا يستطيع أن يستوفى حقه من دين النفقة، وهو دين غير قابل للحجز. كذلك لا تمكن المقاصة بين المرتبات بالقدر غير القابل للحجز ودين مقابل، كما إذا كان صاحب العمل دائناً للعامل بما قدمه له من مأكول ولباس وسكنى ونحو ذلك، فلا يستطيع صاحب العمل أن يمتنع عن دفع القدر غير القابل للحجز من أجرة العامل بدعوى المقاصة بين هذه الأجرة وتلك الديون(١).

٢- ما لا يدخل فى الشروط

٥٣٩- وحدة المصدر بين الدينين ليست بشرط: رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٣٦٢ مدنى تقرر إمكان المقاصة «ولو اختلف سبب الدينين». والمقصود بسبب الدين هو مصدره. فتجوز إذن المقاصة بين دين مصدره عقد ودين مصدره عمل غير مشروع، كما تجوز المقاصة بين دين مصدره عمل غير مشروع ودين مصدره إثراء بلا سبب، أو دين مصدره نص فى القانون ودين مصدره عمل غير مشروع، وهكذا، كل ذلك إذا توافرت شروط المقاصة على الوجه الذى بيناه.

=١٩١٣ م٢٦ ص٤٨- ٢٥ فبراير سنة ١٩١٤ م٢٦ ص٢٥٣. وهذا هو الحكم أيضاً فيما إذا كان الدينان لهما مصدر واحد كعقد ملزم للجانبين: استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩٣٦ م٤٨ ص١٢٣. وهذا المبدأ هو الذى يسير عليه القضاء الفرنسى (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٨٧- فقرة ١٢٨٧ مكررة).

وفى القانون الفرنسى إذا كان الإفلاس يحول دون المقاصة (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٣٦)، فإن الإعسار لا يحول دون المقاصة (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٣٧) لأنه لم ينظم كما نظم فى التقنين المصرى الجديد.

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٨٩ مكررة - ولا تجوز المقاصة بين حق رب العمل فى ذمة العامل وحق العامل فى التعويض عن إصابات العمل، لأن قانون إصابات العمل قد نص فى المادة ٢/٨ على عدم جواز الحجز على المبالغ المستحقة تعويضاً للعامل المصاب (الأستاذ حلمى مراد ٢ ص٥٣٣ وما بعدها - الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص١٠٨- ص١٠٩).

فالقاعدة العامة أن كل دين توافرت فيه شروط المقاصة تجوز المقاصة فيه، أياً كان مصدره، كما أسلفنا القول. إلا إذا كان هناك ديوناً تنشأ من مصادر معينة لا تجوز المقاصة فيها، وسنتناولها بالبحث فى المطلب التالى.

٥٤٠ – وحدة مكان الوفاء بين الدينين ليست بشرط – النصوص القانونية: تنص المادة ٣٦٣ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«يجوز للمدين أن يتمسك بالمقاصة ولو اختلف مكان الوفاء فى الدينين، ولكن يجب عليه فى هذه الحالة أن يعوض الدائن عما لحقه من ضرر لعدم تمكنه بسبب المقاصة من استيفاء ما له من حق أو الوفاء بما عليه من دين فى المكان الذى عين لذلك[1]».

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ١٩٤/٢٥٨[2].

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٦١ – وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٥٠– ولا مقابل له فى التقنين المدنى العراقى – ويقابل فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣٣٠/٢[3].

---

(١) **تاريخ النص**: ورد هذا النص فى المادة ٥٠١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٧٦ فى المشروع النهائى. ثم وافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٦٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٢٧١– ص٢٧٢).

(٢) **التقنين المدنى السابق**: م١٩٤/٢٥٨ : ..... وبشرط أن يكونا واجبى الأداء فى محل واحد.

(ونرى من ذلك أن التقنين المدنى السابق يشترط وحدة مكان الوفاء فى الدينين، خلافا للتقنين المدنى الجديد فقد ألغى هذا الشرط صراحة – ومع ذلك قارن الموجز للمؤلف فقرة ٥٨٩ ووالتون ٢ ص٥٢١– ص٥٢٢، وانظر آنفاً فقرة ٥٣٢ فى الهامش – وإذا سلمنا أن وحدة مكان الوفاء كانت شرطاً فى التقنين السابق، فإن العبرة فى تطبيق أحكام التقنين الجديد تكون بالوقت الذى تتم فيه المقاصة، أى بالوقت الذى يتلاقى فيه الدينان المتقابلان متوافرة فيهما شروط المقاصة. فإن كان هذا الوقت قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ وجب تطبيق أحكام التقنين السابق، وإلا طبقت أحكام التقنين الجديد فلا تشترط وحدة المكان. على أنه يلاحظ أن وحدة المكان إذا لم تكن متوافرة قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩، ثم استمر الدينان متقابلين بعد هذا التاريخ مع تخلف هذا الشرط، كان التقنين الجديد هو الذى يسرى، فلا تشترط وحدة المكان وتقع المقاصة بالرغم من تخلف هذا الشرط. ولكنها لا تقع إلا فى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ وقت سريان التقنين الجديد، ولا تقع قبل ذلك عند تلاقى الدينين حيث كان التقنين القديم هو الذى يسرى).

(٣) **التقنينات المدنية العربية الأخرى**:

التقنين المدنى السورى م٣٦١ (مطابقة للمادة ٣٦٣ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى الليبى م٣٥٠ (مطابقة للمادة ٣٦٣ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى العراقى: لا مقابل فيه للنص. ولكنه لم يذكر اتحاد مكان الوفاء ضمن شروط =

ويخلص من هذا النص أنه لا ضرورة، لوقوع المقاصة، أن يكون الدينان المتقابلان واجبى الوفاء فى مكان واحد(١). فإذا فرض أن شخصاً دائن لآخر بألف واجب الدفع فى القاهرة، والآخر دائن للأول بألف واجب الدفع فى باريس، وقد توافرت شروط المقاصة فى الدينين، وتمسك الأول بالمقاصة، لم يحل اختلاف مكان الوفاء دون وقوعها. غير أن الدائن الآخر الذى كان يجب أن يستوفى حقه فى باريس قد حرم من جراء المقاصة، أن يكون عنده الألف فى هذه المدينه ذاتها. فيستطيع، بالرغم من وقوع المقاصة، أن يرجع على الأول بمصروفات نقل هذا المبلغ من القاهرة إلى باريس. وإذا فرض أن الآخر هو الذى تمسك بالمقاصة، وهو مدين بألف فى القاهرة ودائن بألف فى باريس، جاز للأول أن يرجع عليه بمصروفات نقل الألف من باريس إلى القاهرة(٢).

=المقاصة، فيستخلص من ذلك أنه ليس بشرط، ويتفق التقنين العراقى مع التقنين المصرى إذن فى هذا الحكم).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٢/٢٣٠: وليس من الضرورى أن يكون الدينان واجبى الأداء فى مكان واحد.

(وحكم التقنين اللبنانى يتفق مع حكم التقنين المصرى).

(١) انظر فى هذا المعنى المادة ١٢٩٦ من التقنين المدنى الفرنسى، وتجرى على الوجه الآتى: «إذا كان الدينان غير واجبى الوفاء فى مكان واحد، لم يجز التمسك بالمقاصة إلا بعد حساب مصروفات النقل». وهذا هو النص فى أصله الفرنسى: Art. 1296: Lorsque les dettes ne sont pas payables au méme lieu, on n'en peut opposer la compensation qu'en faisant raison des frais de la remise.

وانظر أيضاً فى هذا المعنى المادة ١/٣٩١ من التقنين المدنى الألمانى والتعليقات على التقنين المدنى الألمانى جزء أول م٣٩١ فقرة ٢ – فقرة ٣.

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «ويراعى من جهة أخرى أنه (أى التقنين الجديد) أجازها (أى المقاصة) كذلك ولو اختلف مكان الوفاء فى الدينين. بيد أنه يتعين على من يتمسك بالمقاصة فى هذه الحالة أن يعوض الدائن عما لحقه من ضرر لعدم تمكنه، من جراء هذه المقاصة، من استيفاء ما له من حق، أو للوفاء بما عليه من دين، فى المكان الذى حدد لذلك. فلو فرض أن أحد الدينين واجب الوفاء فى القاهرة، وأن الدين الآخر واجب الوفاء فى باريس، وأن الدائن الذى اشترط الوفاء فى باريس قد تحمل خسارة من جراء عدم استيفائه لحقه فى هذه المدينة بسبب المقاصة، كان لهذا الدائن أن يرجع بنفقات نقل المبلغ إذا كان قد ألجئ إلى ذلك: انظر المادة ١٢٩٦ من التقنين الفرنسى» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٢٧٤– ص٢٧٥).

ويذهب بودرى وبارد إلى أنه كان من الممكن، من الناحية التشريعية، عدم اشتراط استحقاق الدينين للأداء، كما لم تشترط وحدة مكان الوفاء. وإذا كان اختلاف مكان الوفاء أمكنت مواجهته عن طريق حساب نفقات النقل، فقد كان من الممكن كذلك مواجهة اختلاف زمان الوفاء عن طريق استنزال ما يقابل الوقت الباقى للاستحقاق من الدين (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٤٩ ص١٨٧).

المطلب الثانى

الديون التى لا تقع فيها المقاصة

٥٤١- النصوص القانونية: تنص المادة ٣٦٤ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«تقع المقاصة فى الديون أيا كان مصدرها، وذلك فيما عدا الأحوال الآتية:

«(أ) إذا كان أحد الدينين شيئاً نزع دون حق من يد مالكه، وكان مطلوباً رده».

«(ب) إذا كان أحد الدينين شيئاً مودعاً أو معاراً عارية استعمال، وكان مطلوباً رده».

«(جـ) إذا كان أحد الدينين حقاً غير قابل للحجز»(١)(1).

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٢٥٩/٩٥(٢).

---

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ٥٠٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يتضمن عبارة تقضى بعدم جواز وقوع المقاصة أيضاً «عندما يتنازل المدين مقدماً عن المقاصة». ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٣٧٧ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب. وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة «عندما يتنازل المدين مقدماً عن المقاصة» نظراً لأن «البنوك فى معاملاتها مع الأفراد تتمسك فى عقودها معهم بالنص على عدم جواز تمسكهم بالمقاصة، وفى هذا ضرر بليغ بهؤلاء الأفراد، ويجب أن يضمن مشروع هذا القانون نصا يمنع النزول مقدماً عن التمسك بالمقاصة». ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته تحت رقم ٣٦٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٢٧٣ وص٢٧٥- ص٢٧٦).

(٢) **التقنين المدنى السابق:** م٢٥٩/١٩٥: لا محل للمقاصة إذا كان أحد الدينين غير جائز الحجز عليه، أو عبارة عن مبلغ مودع أو أشياء مودعة يمكن قيام بعضها مقام بعض.

(ولم يورد التقنين المدنى السابق، بين الديون التى لا تقع المقاصة فيها، الشئ المنزوع دون حق من يد مالكه والشئ المعار. ففيما يتعلق بهذين تكون العبرة بوقت تلاقى الدينين، فإن كان سابقاً على ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ سرى التقنين السابق فتقع المقاصة، وإلا سرت أحكام التقنين الجديد فلا تقع).

(1) أ- لئن كان الشارع قد نص فى المادتين ٥١، ٥٤ من قانون العمل رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ على حالتين تقع فيهما المقاصة القانونية بين أجر العامل وبين دين رب العمل الناشئ عن فرض أو تعويض الاتلاف وجعل لكل منهما حكما خاصا، إلا أنه فيما عدا هاتين الحالتين تظل المقاصة ووفقا للقاعدة العامة المقررة بالمادة ٣٦٤ من القانون المدنى جائزة بين ديون رب العمل الأخرى وبين أجر العامل بالقدر القابل للحجز عليه من هذا الأجر.

(الطعن ٤٦٣ لسنة ٤١ق- جلسة ١٩٧٨/٢/٢٥ س٢٩ ص٥٩٧).

ب- النص فى المادة ٦٨ من القانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ باصدار قانون العمل المقابلة للمادة ٤ من قانون العمل السابق ٩١ لسنة ١٩٥٩ يدل على أن المشرع - وعلى خلاف القاعدة العامة فى المقاصة القانونية التى تستلزم لوقوعها أن يكون الدينان خاليين من النزاع - أجاز لصاحب العمل =

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية: فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٦٢ – وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٥١– وفى التقنين المدنى العراقى المواد ٤١٠ – ٤١٢ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣٣١(١).

= اقتطاع مبلغ التعويض من أجر العامل. – أى ايقاع المقاصة – بين ما هو مستحق له من تعويض وبين أجر العامل فى حدود أجر خمسة أيام فى الشهر ولو كان استحقاقه للتعويض أو مقداره محل نزاع – يؤكد ذلك ما جاء فى هذه المادة بشأن الطريق الذى يتعين على العامل اتباعه للتظلم من تقدير صاحب العمل، وإذ كان حق الأخير فى إجراء المقاصة القانونية استثناء من القواعد العامة التى تستلزم أن يكون الدينان خاليين من النزاع ومن ثم فلا يجوز التوسع فيه وقصره على الحالات المنصوص عليها فى المادة ٦٨ سالفة الذكر بأن يكون التعويض الحاصل الاقتطاع من أجله ناشئاً عما تسبب العامل فى فقده أو اتلافه أو تدميره من مهمات أو آلات أو منتجات يمتلكها رب العمل أو هى فى عهدته، وأن يكون الاقتطاع من أجر العامل إذا كان التعويض المستحق لصاحب العمل راجعاً إلى أية أضرار أخرى لحقت رب العمل من غير هذه الحالات الواردة فى النص فلا يجوز لصاحب العمل إجراء المقاصة للحصول على التعويض من أية مبالغ أخرى تكون مستحقة عليه للعامل بل عليه أن يرجع إلى القضاء لاقتضاء التعويض ما لم يكن قد اتفق عليه رضاءً.

(الطعن رقم ٣٦ لسنة ٦٠ق– جلسة ١٩٩٤/٢/١٠).

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى: م٣٦٢ (مطابقة للمادة ٣٦٤ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى الليبى: م٣٥١ (مطابقة للمادة ٣٦٤ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى العراقى م٤١٠: إذا كان للوديع دين على صاحب الوديعة، والدين والوديعة من جنس واحد، أو كان للغاصب دين على صاحب العين المغصوبة من جنسها، فلا تصير الوديعة أو العين المغصوبة قصاصاً بالدين، إلا إذا تقاص الطرفان بالتراضى.

م٤١١: إذا أتلف الدائن عيناً من مال المدين، وكانت من جنس الدين، سقطت قصاصاً، وإن كانت خلافه فلا تقع المقاصة دون تراضيهما.

م٤١٢: إذا كان للكفيل المحروم من حق التجريد دين على الدائن المكفول له من جنس الدين المكفول به، فالدينان يلتقيان قصاصاً من غير رضاهما. وإن كانت من غير جنس الدين المكفول به، فلا يلتقيان قصاصاً إلا بتراضى الدائن المكفول له مع الكفيل لا مع المدين.

(والتقنين العراقى يورد حالتى الغصب والوديعة، ويغفل حالة العارية. وأما التعويض عن التلف، فقد أجرى عليه حكم القواعد العامة. وخالف التقنين المصرى فى المقاصة القانونية التى تقع بين دين الكفيل والدين المكفول به).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٣٣١: تجرى المقاصة أيا كانت أسباب أحد الدينين، فيما خلا الأحوال الآتية: ١– عند المطالبة برد شئ نزع بلا حق من يد مالكه. ٢– عند المطالبة برد وديعة أو عارية استعمال. ٣– إذا كان هناك دين غير قابل للحجز. ٤– إذا عدل المديون مقدما عن المقاصة.

(وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المصرى، فيما عدا أن التقنين اللبنانى يجبر النزول مقدماً عن المقاصة كما كان يفعل المشروع التمهيدى للتقنين المصرى).

والنص يمنع المقاصة فى ديون ينظر فى بعضها إلى مصادرها، وينظر فى بعض آخر إلى طبيعة الدين وهى عدم القابلية للحجز. وقد فصلنا هذه الحالة عن بقية الحالات، وألحقناها بما يجب أن يتوافر من الشروط لإمكان وقوع المقاصة فيما قدمناه. فلم تبق إلا الحالتان اللتان فيهما ينظر القانون إلى مصدر الدين. فتارة يراع اعتداء من المدين لا يصح تشجيعه فيمنع المقاصة، وهذه هى حالة نزع الشئ دون حق من يد مالكه. وطوراً يراه إخلالا بواجب الأمانة والثقة اللتين وضعهما الدائن فى المدين بحيث يكون إمكان المقاصة متعارضاً مع هذا الواجب، وهذه هى حالة ما إذا كان مصدر الدين وديعة أو عارية استعمال(١). فنتكلم فى هاتين الحالتين(٢).

٥٤٢- أحد الدينين شئ نزع دون حق من يد مالكه: والصورة العملية لهذه الحالة أن يكون للدائن دين محله نقود أو مثليات كقطن أو قمح، ويمتنع المدين عن وفاء دينه فى ميعاد استحقاقه، فيعمد الدائن، بدلا من أن يقاضى المدين ويطالب بحقه، إلى أن ينتزع منه ما يماثل دينه من النقود أو المثليات، قاصداً بذلك أن يستوفى حقه بيده. ولاشك فى أن انتزاع الشئ عنوة من يد المدين دون رضائه لا يعتبر وفاء(٣)، ويصبح الدائن مديناً، بموجب العمل غير المشروع، برد النقود أو المثليات التى انتزعها. ولما كانت هذه معادلة لدينه، فقد كانت القواعد العامة تقضى بأن تقع فيها المقاصة مع الدين الذى له فى ذمة المدين(٤). ولكن القانون منع المقاصة هنا، إمعاناً منه فى الضرب على أيدى الدائنين الذين ينتزعون حقوقهم بأيديهم من مدينيهم وكان الواجب عليهم أن يلجأوا إلى القضاء.

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٢٧٤.

(٢) أما التقنين المدنى الألمانى فلم يورد إلا حالة واحدة لا تجوز فيها المقاصة، هى أن يكون مصدر الدين عملا غير مشروع ارتكب عمداً، فلا يجوز للمدين فى هذا العمل أن يقاص دينه هذا بدين له فى ذمة المضرور: انظر التعليقات على التقنين المدنى الألمانى جزء أول م٣٩٣.

(٣) وقد ورد فى المادة ٣٩١ من التقنين المدنى العراقى: «رب الدين إذا ظفر عرضاً بجنس حقه من مال مدينه وهو على صفته، فله الاحتفاظ به». وقد اعتبر القانون هنا ظفر الدائن عرضاً بجنس حقه من مال مدينه وفاء، لأن الدائن لم يستول عليه عنوة ولم ينزعه اغتصاباً، بل ظفر به عرضاً.

(٤) ويذهب بودرى وبارد إلى أن القواعد العامة لا تقضى فى هذه الحالة بوقوع المقاصة، إلا إذا انتزع الدائن من مدينه نقوداً استهلكت أو اختلطت بمال الدائن فأصبحت ديناً فى ذمته، أما إذا انتزع نقوداً لم تستهلك ولم تختلط بمال فاحتفظت بذاتيتها، أو انتزع مثليات، فقد تعينت وأصبحت بانتزاعها عيناً معينة بالذات، فتمتنع المقاصة بموجب القواعد العامة دون حاجة إلى نص خاص، لأن العين المعينة بالذات لا تمكن المقاصة فيها. وإذا استهلك الدائن المثليات غير النقود التى انتزعها من مدينه، فإنه لا يستطيع أيضاً أن يتمسك، فى التعويض الذى يترتب فى ذمته، بالمقاصة، لأن التعويض يكون فى هذه الحالة ديناً غير معلوم المقدار، فتمتنع المقاصة طبقاً للقواعد العامة دون حاجة إلى نص خاص (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٥٤- وانظر أيضا: ديمولومب ٢٨ فقرة ٥٨٨ و٥٩٠ - لوران ١٨ فقرة ٤٤٥- هيك ٨ فقرة ١٥٩).

وانتزاع الدائن الشيء دون حق من يد المالك يتم بطرق مختلفة. فقد يكون بطريق السرقة خفية، أو بطريق النصب، أو بطريق خيانة الأمانة، وهذه كلها جرائم معاقب عليها. وقد يتم لا بطريق جريمة معاقب عليها، ولكن بطريق عمل غير مشروع يرتب الالتزام بالرد، وذلك بأن يغتصب الدائن من مدينه الشيء، لا خفية ولا نصباً ولا تبديداً، ولكن عنوة. وقد يخبره وهو يغتصب الشيء أنه إنما يستوفى به حقه، ذلك أن الاستيفاء لا يكون عن طريق الغصب[1].

٥٤٣- أحد الدينين شيء مودع أو معار عارية استعمال: وهذه حالة نادرة الحصول فى العمل، نقلها التقنين المدنى الفرنسى عن دوما وبوتييه فى القانون الفرنسى القديم[2]، ثم نقلها عن التقنين المدنى الفرنسى التقنين المدنى المصرى[3].

وصورة الوديعة، كما يمكن أن تقع فى العمل، هى أن يودع المدين عند دائنه نقوداً لا يأذن له فى استعمالها (م٧٢٦ مدنى) وهذا ما يسمى بالوديعة الناقصة (dépôt irrégulie) ويكون دين الدائن فى ذمة مدينه نقوداً أيضاً، فتتوافر شروط المقاصة بين هذا الدين والدين الذى فى ذمة الدائن لمدينه من رد الوديعة. فلا يجوز للدائن، بالرغم من توافر شروط المقاصة، أن يتمسك بها فيمتنع عن رد الوديعة. ذلك أن المدين قد ائتمنه على وديعته ووضع ثقته فيه، فلا يجوز الإخلال بهذه الثقة ولو عن طريق التمسك بالمقاصة[4]. وإنما يجب على الدائن أن يرد الوديعة للمدين، ثم يطالبه بعد ذلك بالدين الذى فى ذمته[5]. ويمكن أيضاً أن تتحقق صورة الوديعة، حتى لو كانت وديعة كاملة، فى الفرض الآتى: يودع المدين عند دائنه عيناً معينة بالذات، فتهلك بتقصير من الدائن، فيكون الدائن مديناً بالتعويض لمدينه، ويقدر هذا التعويض اتفاقاً أو قضاء. فهذا الفرض يتسع له النص إذ يقول: «إذا كان أحد الشيئين شيئاً مودعاً. وكان مطلوباً رده»، فان مطالبة المدين للدائن بالتعويض عن هلاك الوديعة تدخل فى المطالبة بالرد. فإذا تم الأمر على هذا

---

(١) لاروميير٥ م١٢٩٣ فقرة ٢- ديمولومب ٢٨ فقرة ٢٨٩ - لوران ١٨ فقرة ٤٤٤ - بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٥٣.

(٢) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٥٦ ص١٩٦ - ص١٩٧.

(٣) وكان التقنين المدنى السابق، كما رأينا، قد اقتصر فى نقلها على الوديعة دون العارية. والوديعة وحدها هى التى تكلم فيها بوتييه، ودوما الذى تكلم فى العارية.

(٤) استئناف مختلط ٣مارس سنة ١٩٢٧ م٣٩ ص٣٠٢- المنصورة ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٩ رقم ٥٤٠ ص١٤٤٨. وقد تكون الوديعة أسهماً أو سندات فلا تجوز فيها المقاصة (استئناف وطنى ٤ مايو سنة ١٩٠٩ الحقوق ٢٤ ص١٧٧).

(٥) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٥٦ ص١٩٤.

الوجه كانت شروط المقاصة متوافرة، وبالرغم من توافرها لا يجوز للدائن أن يتمسك بها لأن أحد الدينين وهو التعويض مصدره عقد وديعة(١).

أما العارية فهى أصعب تصوراً من الوديعة. ولابد أن نفرض أن المدين بمبلغ من النقود قد أعار دائنه عيناً معينة بالذات لأن المثليات لا تعار بل تقرض – فهلكت بتقصير من الدائن، فأصبح مسئولا عن التعويض. ثم قدر هذا التعويض اتفاقاً أو قضاء، وأصبحت شروط المقاصة متوافرة ما بين الدين الذى فى ذمة المدين للدائن والتعويض فى ذمة الدائن للمدين. وبالرغم من توافر شروط المقاصة لا يجوز للدائن أن يتمسك بها، وليس له أن يمتنع عن دفع التعويض للمعير. ذلك أن المعير قد ائتمنه على الشئ المعار، بل نزل له عن منفعته دون أجر، فلا يكون جزاؤه على ذلك أن يمتنع المستعير عن دفع التعويض المستحق ولو عن طريق التمسك بالمقاصة. فعلى المستعير أن يدفع التعويض للمعير، ثم يطالبه بعد ذلك بالدين الذى له فى ذمته.

وغنى عن البيان أن النص مقصور على عقدى الوديعة والعارية، فلا يتعدى إلى غيرهما من العقود كعقد الوكالة مثلا(٢).

---

(١) قارن بودرى وبارد٣ فقرة ١٨٥٦ ص١٩٥– ص١٩٦.

(٢) فإذا تسلم الوكيل نقوداً لحساب الموكل، وقعت المقاصة، إذا توافرت شروطها، بين هذه النقود وبين ما قد يكون للوكيل فى ذمة الموكل من دين يتعلق بالمصروفات التى أنفقها فى تنفيذ الوكالة (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٥٦ مكررة أولا).

المبحث الثانى
كيف يكون إعمال المقاصة وما هى الآثار التى تترتب عليها
المطلب الأول
كيف يكون إعمال المقاصة

٥٤٤- النصوص القانونية: تنص الفقرة الأولى من المادة ٣٦٥ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«لا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها، ولا يجوز النزول عنها قبل ثبوت الحق فيها»(١).

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٢٥٦/١٩٢(٢).

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ١/٣٦٣ - وفى التقنين المدنى الليبى المادة ١/٣٥٢- وفى التقنين المدنى العراقى المادة

---

(١) **تاريخ النص**: ورد هذا النص فى العبارة الأولى من المادة ٥٠٣ من المشروع التمهيدى ونصها كالآتى: «لا تقع المقاصة إلا إذا طلبها من له مصلحة فيها». وفى لجنة المراجعة عدل النص على الوجه الآتى: «لا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها»، وأصبح رقم المادة ٣٧٨ فى المشروع النهائى. ووافق عليها مجلس النواب. وفى لجنة مجلس الشيوخ عدل النص أولا على النحو الآتى: «لا يقضى بوقوع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها، ولا يجوز النزول عنها قبل ثبوت الحق فيها»، وذلك «إبرازاً لمعنى انصراف النص إلى حالة التمسك بالمقاصة أمام القضاء... وقد رأت اللجنة.. أن المقاصة طريق من طرق الاستيفاء، ومن الخير ألا يتنازل صاحب الحق عنه إلا بعد ترتبه». ثم عدل النص بعد ذلك فى اللجنة نفسها على النحو الذى استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، وأعيدت عبارة «لا تقع المقاصة» بدلا من عبارة «لا يقضى بوقوع المقاصة» ليكون الحكم مطلقاً لا يرتبط بالتقاضى، وقد تقع المقاصة خارج دائرة التقاضى»، وأصبحت المادة رقمها ٣٦٥. ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٢٧٧- ص٢٨١).

(٢) التقنين المدنى السابق م٢٥٦/١٩٢: المقاصة هى نوع من وفاء الدين يحصل حتما بدون علم المتعاملين إذا كان كل منهما دائناً ومديناً للآخر.

(وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين الجديد، إذ كان العمل جاريا فى عهد التقنين السابق على وجوب التمسك بالمقاصة: الموجز للمؤلف فقرة ٥٩١).

٤١٣- وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى العبارة الأخيرة من المادة ٣٣١ والعبارة الأولى من المادة ٣٣٢(١).

وهذا النص يعالج مسألتين: (أولا) أن المقاصة لا تقع إلا إذا تمسك بها من له الحق فيها. (ثانياً) وأنه لا يجوز النزول عنها إلا بعد ثبوت الحق فيها.

٥٤٥- وجوب التمسك بالمقاصة: لا تزال المقاصة قانونية فى التقنين المدنى الجديد، كما كانت فى التقنين المدنى السابق، وكما هى فى التقنينات اللاتينية وبخاصة التقنين المدنى الفرنسى. فهى ليست مقاصة قضائية كما كان الأمر فى القانون الرومانى، ولا هى مقاصة تقع باعلان عن الإرادة كما هو الأمر فى التقنينات الجرمانية. وقد بسطنا الفروق الجوهرية التى تميز المقاصة القانونية فى القوانين اللاتينية عن المقاصة باعلان عن الإرادة القوانين الجرمانية(٢).

ولكن التقنين المدنى الجديد أوجب على ذى المصلحة فى المقاصة أن يتمسك بها(٣). والتمسك بالمقاصة هنا ليس هو إعلان الإرادة فى إجراء المقاصة كما رأينا ذلك فى التقنينات الجرمانية، بل إن المقاصة تقع بحكم القانون لا باعلان عن الإرادة، وتقع

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى م١/٣٦٣ (مطابقة للمادة ١/٣٦٥ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى الليبى م١/٣٥٢ (مطابقة للمادة ١/٣٦٥ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى العراقى م٤١٣: تقع المقاصة بقدر الأقل من الدينين، ولا تقع إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها.

(ويتفق هذا الحكم مع حكم التقنين المصرى. ولم يذكر التقنين العراقى، كما ذكر التقنين المصرى، أنه لا يجوز النزول عن المقاصة قبل ثبوت الحق فيها. فيجوز القول فى القانون العراقى أنه يجوز النزول عن المقاصة قبل ثبوت الحق فيها تبعاً للرأى السائد فى الفقه الفرنسى: انظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٣٥٩).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٣٣١: تجرى المقاصة... فيما خلا الأحوال الآتية: ... ٤- إذا عدل المديون مقدماً عن المقاصة.

م٣٣٢: لا تجرى المقاصة حتما، بل بناء على طلب أحد الفريقين.

(والحكم متفق مع حكم التقنين المصرى، فيما عدا أنه يجوز فى التقنين اللبنانى النزول مقدماً عن المقاصة وذلك بصريح النص).

(٢) انظر آنفاً فقرة ٥٢٨.

(٣) دى باج ٣ فقرة ٦١٩- وذو المصلحة فى المقاصة هو أحد المدينين. وقد يكون مديناً متضامناً يتمسك بمقاصة تمت بين الدائن ومدين متضامن آخر، أو كفيلا يتمسك بمقاصة تمت بين المدين والدائن (انظر الأستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٩١).

بمجرد تلاقى الدينين ولو من غير علم أصحاب الشأن. ووجوب التمسك بالمقاصة قصد به رفع شبهة، إذ أراد التقنين الجديد أن يؤكد أن المقاصة ليست من النظام العام بل هى مقررة لمصلحة الطرفين، وأن القاضى لا يجوز له أن يقضى بها من تلقاء نفسه حتى لو علم بوقوعها وإنما يجب على ذى المصلحة أن يتمسك بها[1]. فإذا لم يتمسك بها صاحب المصلحة مع علمه بوقوعها، أمكن تأويل ذلك على أنه قد نزل عنها بعد ثبوتها، وهذا جائز كما سنرى.

والتمسك بالمقاصة يصح فى أية حالة كانت عليها الدعوى[1]، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف[2]. بل يصح التمسك بالمقاصة حتى بعد صدور حكم نهائى، وفى

---

(١) وهذا هو الذى يميز التقنين المدنى الجديد عن القوانين اللاتينية. ففى هذه القوانين تقع المقاصة أيضاً بحكم القانون، وبمجرد تلاقى الدينين، وبغير علم من ذى المصلحة، بل وعلى الخصم أن ينبه القاضى إلى وجوب تقرير وقوعها لأن القاضى لا يعلم بوقوعها فى أغلب الأحيان فيجب تنبيهه إلى ذلك. ولكن - وهنا تفترق القوانين اللاتينية عن التقنين المصرى الجديد - إذا علم القاضى عرضاً بوقوع المقاصة، كأن وقف على ذلك من واقع ملف الدعوى والمستندات، حكم من تلقاء نفسه بوقوعها فى القوانين اللاتينية (ديمولومب ٢٨ فقرة ٦٤٣ - لوران ١٨ فقرة ٣٨١- بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٦١)، أما فى التقنين المصرى الجديد فالنص صريح فى أنه لا يجوز للقاضى أن يحكم بوقوع المقاصة من تلقاء نفسه بل لابد من التمسك بها. على أن هناك رأياً فى الفقه الفرنسى يذهب هو أيضاً إلى وجوب التمسك بالمقاصة وإلى أنه لا يجوز للقاضى أن يحكم بها من تلقاء نفسه (بلانيول وريبير وبولانجيه٢ فقرة ٢٠٥٤ - كولان وكاپيتان ٢ فقرة ٥٦٢- جوسران ٢ فقرة ٩٣٦ ص٤٩٧ - أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ compensation فقرة ٧).

(٢) استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩٠٠ م١٢ ص٧٥ - ٨ أبريل سنة ١٩٣٦ م٤٨ ص٢١٩- أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢٨ ص٣٥٤ - ص٣٥٥ - دى باج ٣ فقرة ٦١٨ ص٥٩٤ - بودرى وبارد ٣ فقرة ١٦٨٢ - ولكن لا يجوز التمسك بالمقاصة لأول مرة أمام محكمة النقض (أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ compensation فقرة ١٠).

(1) أ- يشترط لاجراء المقاصة القضائية - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - أن يطلبها صاحب الشأن بدعوى أصلية أو فى صورة طلب عارض، وإذا كان الطاعن لم يتمسك لدى محكمة الموضوع إلا باستحقاقه للريع بعد ابطال عقد شرائه للأطيان وعدم خصمه من الثمن المدفوع منه، فان الحكم المطعون فيه إذ لم يعمل المقاصة القضائية بين الفائدة التى يرى الطاعن استحقاقه لها وبين الريع المقضى به لا يكون مخالفا للقانون أو مشوبا بالقصور.

(جلسة ١٩٧٣/٣/١٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص٤٣٠)

(جلسة ١٩٧١/٦/٢٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ ص٨١٨)

(جلسة ١٩٦٩/٦/١٧ مجموعة احكام النقض السنة ٢٠ ص٩٩٦)

(جلسة ١٩٦٨/٢/٢٢ مجموعة احكام النقض السنة ١٩ ص٣٤٥)

ب- إذ كان دفاع الطاعن أمام محكمة أول درجة - وقد أبدى فى صورة طلب عارض - ينطوى =

أثناء إجراءات التنفيذ[1]. ذلك أن المقاصة تقع بحكم القانون[2] كما قدمنا دون حاجة إلى إعلان عن الإرادة، والتمسك بها ليس إلا إعلاناً للقاضي أن ذا المصلحة فيها يطلب الحكم بوقوعها، إذ القاضي من جهة لا يستطيع أن يحكم بوقوع المقاصة من تلقاء نفسه، وإغفال الخصم التمسك بها قد يؤول من جهة أخرى على أنه قد نزل عنها بعد ثبوتها[3].

=على طلب اجراء المقاصة القضائية بين الريع المستحق للمطعون ضده من أعيان التركة وبين الديون التى قام الطاعن بسدادها عن تركة المورث المطعون ضده - وهو دفاع جوهرى - من شأنه لو صح أن يغير وجه الرأى فى الدعوى فان الحكم إذ خلا من الرد على هذا الدفاع يكون مشوبا بالقصور.
(جلسة ١٩٦٩/١/٢٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ ص١٥٠)

جـ- الدفع بالمقاصة بين دينين هو من الدفوع التى لا يسوغ إثارتها لأول مرة أمام محكمة النقض.
(الطعن ١٨٢ لسنة ٢٤ق - جلسة ١٩٥٨/١٢/٤ س٩ ص٧٠٣)

(١) ويطلب الخصم وقف إجراءات التنفيذ حتى يحكم قاضى الموضوع فى وقوع المقاصة (استئناف مختلط ١٧ مايو سنة ١٩٠٥ م١٧ ص٢٨٩ - أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ compensation فقرة ١٣)، وذلك حتى لو لم تقع المقاصة إلا بعد صدور الحكم النهائى (استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٩٣٨ م-٥ ص٣١٩). وصدور حكم نهائى بالدين لا يتعارض مع التمسك بعد ذلك بالمقاصة، فالمطلوب من المدين أن يوفى الدين المحكوم به تنفيذاً للحكم النهائى، فتعتبر المقاصة فى حكم الوفاء من حيث تنفيذ الحكم (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٦٣).

(٢) أما حكم القاضى فليس إلا كاشفاً عن وقوع المقاصة. على أنه لو كان الدين متنازعاً فيه، ثم حسم النزاع بحكم، وتمسك ذو الشأن بالمقاصة القانونية، اعتبرت المقاصة واقعة من وقت حسم النزاع. (انظر ما يلى فقرة ٥٥١- وقارن استئناف مختلط أول أبريل سنة ١٩٤٣ م٥٥ ص١١٦- ١٣ فبراير سنة ١٩٤٥ م٥٧ ص٤٩).

(٣) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «لم يختر المشروع مذهب التقنين الألمانى (م٣٨٨) فى وقوع المقاصة بمقتضى إعلان يصدر من جانب واحد، بل التزم على نقيض ذلك التصوير اللاتينى فى ترتيب أثرها بحكم القانون. وكل ما هنالك أنه نص على وجوب طلبها، تأكيداً لنفى ارتباطها بالنظام العام أو تخويل القضاء سلطة الحكم بها من تلقاء نفسه. ويراعى أن هذا الطلب لا يختلف عن الإعلان الذى يتطلبه التقنين الألمانى من حيث الشكل فحسب، بل وكذلك من حيث الآثار. فلو فرض أن طلب المقاصة أفرغ فى صورة إعلان صدر فى غير مجلس القضاء، فلا يكون من أثر ذلك محو الفوارق الجوهرية بين المذهب الجرمانى والمذهب اللاتينى فى هذا الصدد. فإذا وفى أحد الطرفين عند تلاقى الدينين، فالظاهر وفقاً للمذهب الجرمانى أن الإعلان بالمقاصة يصبح ممتنعاً ويكون الوفاء صحيحاً، فى حين أن الوفاء فى هذه الحالة يعتبر وفقاً للمذهب اللاتينى وفاء بدين تم انقضاؤه ويكون للموفى حق المطالبة برد ما أداه: تعليقات على التقنين الألمانى جزء أول ص٥٤٢» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٢٨٢).

وجاء أيضاً فى مكان آخر: «يختلف مذهب التقنينات اللاتينية عن مذهب التقنينات الجرمانية فيما يتعلق بالمقاصة. فالمقاصة القانونية تقع، وفقاً لمذهب التقنينات اللاتينية، بحكم القانون وبمقتضى هذا الحكم وحده ولو كان المدين غير عالم بأمرها: المادة ١٢٩٠ من التقنين الفرنسى وانظر كذلك المادة=

بل ويمكن التمسك بالمقاصة خارج مجلس القضاء، ولا يعتبر هذا التمسك تصرفاً قانونياً كما فى القوانين الجرمانية، إنما هو إشعار للطرف الآخر بوقوع المقاصة(١).

٥٤٦- جواز النزول عن المقاصة بعد ثبوت الحق فيها: قلنا إن المقاصة ليست من النظام العام، بل هى مقررة لمصلحة الطرفين. فيجوز إذن لمن تقررت لمصلحته أن ينزل عنها بعد ثبوت حقه فيها(٢).

والذى ينزل عن المقاصة هو ذو المصلحة فيها. وقد يكون نزوله عنها ضمنيا(1)، ويكون ذلك عادة بعدم التمسك بها مع علمه بوقوعها. فهو، دون أن يذكر شيئاً عن الدين الذى له فى ذمة دائنه، ينصرف إلى دفع مطالبة الدائن بدفوع غير المقاصة، أو يقر بحق الدائن دون أن يتمسك بالمقاصة. ويعتبر نزولاً ضمنياً عن المقاصة وفاء المدين طوعاً بحق الدائن، كما يعتبر نزولاً ضمنياً أن يكون الدين حالا فيقبل إضافته إلى أجل فينزل

=٢٥٦/١٩٢ من التقنين المصرى. أما التقنينات الجرمانية فلا تتم فيها المقاصة بحكم القانون، بل بمقتضى تعبير عن الإرادة يصدر من جانب واحد: المادة ٣٨٨ من التقنين الألمانى. على أن اختلاف هذين المذهبين فيما يتعلق بالقاعدة العامة لا يلبث أن يتضاءل إلى حد بعيد عند مواجهة التفاصيل، فيراعى من ناحية أن التقنينات اللاتينية تستلزم طلب المقاصة، وهى بهذا تحتم صدور تعبير عن الإرادة كما هو الشأن فى التقنينات الجرمانية. ويراعى من ناحية أخرى أن التقنينات الجرمانية تسند أثر التعبير عن الإرادة، فينقضى الدينان المتقابلان بالمقاصة من وقت توافر شروط المقاصة بالنسبة لهما كما هى الحال فى التقنينات اللاتينية. وقد اختار المشروع مذهب التقنينات اللاتينية، إلا أنه تحاشى التعبير بوقوع المقاصة بحكم القانون دون علم المدينين، والحق أن فى هذا التعبير مدخلا للشك فى طبيعة المقاصة، فضلا عن مجانبته للصحة. ذلك أن المقاصة ليست من النظام العام، وليس للقاضى أن يحكم بها من تلقاء نفسه. وإزاء هذا احتذى مثال المشروع الفرنسى الإيطالى، ونص على أن المقاصة لا تقع إلا إذا طلبها من له مصلحة فيها» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٢٦٦).

(١) انظر تاريخ نص المادة ٣٦٥ آنفاً فقرة ٥٤٤ فى الهامش - وانظر الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص١١١.

(٢) استئناف مصر ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المجموعة الرسمية ٤١ رقم ٨٣- وفى القانون الفرنسى، كما سنرى، يجوز النزول عن المقاصة بعد ثبوت الحق فيها وقبل ثبوت هذا الحق. والنزول بعد ثبوت الحق أشد إشكالا، فى نظر الفقه الفرنسى، من النزول قبل ثبوته. ذلك أن المقاصة بعد ثبوت الحق، تكون قد قصت الدينين من وقت تلاقيهما بحكم القانون، فكيف يمكن بعد ذلك النزول عن المقاصة وعودة الدينين بعد انقضائهما! (انظر فى هذا المعنى بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٥٠).

(1) لقاضى الموضوع السلطة فى استخلاص ما إذا كان صاحب المصلحة فى التمسك بالمقاصة قد نزل أو لم ينزل عنها وذلك بناء على ما يستظهره من ظروف الدعوى وملابساتها.

(الطعن ٣٢ لسنة ٣٤ق- جلسة ١٩٦٧/١١/٢١ س١٨ ص١٧٢٠)

(جلسة ١٩٧٧/١١/٩ مجموعة احكام النقض السنة ٢٨ ص١٦٣٢)

بذلك عن مقاصته فى دين عليه لمدينه[1].

والنزول عن المقاصة لا يفترض، فمجرد سكوت المدين عن التمسك بها لا يفيد حتما النزول عنها، بل له كما قدمنا أن يتمسك بها فى أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف. ومجرد مطالبة الدائن المدين بالدين لا يتضمن حتما نزول هذا الدائن عن حقه فى مقاصة هذا الدين فى ذمته لمدينه، ما دام لم يستوف حقه فعلا من المدين. كذلك يجب تفسير النزول عن المقاصة فى أضيق الحدود، فمن استوفى جزءاً من حقه لا يعد متنازلا عن المقاصة بباقى حقه فى دين عليه لمدينه[2].

ومتى نزل صاحب المصلحة فى المقاصة عن حقه فى التمسك بها[3]، فان له أن يتقاضى حقه من مدينه كاملا، وعليه أن يؤدى الدين الذى فى ذمته لهذا المدين. فبعد أن كانت المقاصة قد قضت الدينين معاً منذ تلاقيهما، فان النزول عن المقاصة يعيد الدينين إلى الوجود بما كان لهما من تأمينات، وذلك دون إضرار بحقوق الغير. فلو أن أحد الدينين كان مضموناً بكفيل شخصى أو كفيل عينى، فانقضت الكفالة بالمقاصة، ثم نزل المدين فى هذا الدين عن التمسك بالمقاصة، فان الدين يعود، ولكن لا تعود الكفالة. ذلك أن الكفيل كان قد تخلص من الكفالة منذ أن انقضى الدين بالمقاصة، فلا يضار بنزول المدين عن مقاصة الدين المكفول[4].

أما قبل ثبوت الحق فى المقاصة – أى قبل توافر شروطها أو قبل تلاقى الدينين – فانه لا يجوز لذى الشأن أن ينزل مقدماً عن الحق فى التمسك بها، لأن هذا الحق لم يثبت بعد حتى يمكن النزول عنه. كذلك لا يصح للمدين، وقت أن يعقد الدين، أن ينزل مقدماً عن جواز انقضاء هذا الدين بالمقاصة. وعدم جواز النزول مقدماً عن المقاصة حكم ورد صريحاً فى الفقرة الأولى من المادة ٣٦٥ مدنى، فقد رأيناها تقضى بأنه لا يجوز النزول عن التمسك بالمقاصة قبل ثبوت الحق فيها. أما فى فرنسا فلا يوجد نص مقابل للنص المتقدم الذكر، ومن ثم يجنح أكثر الفقهاء إلى القول بجواز النزول عن المقاصة قبل ثبوت

---

(١) وكل طلب يتقدم به المدين، أو دفع يتمسك به، ويكون متعارضاً مع وقوع المقاصة، يمكن اعتباره نزولا ضمنياً عن التمسك بها (استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩٤٥ م٥٧ ص٤٩).

(٢) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٦٧ ص٢٠٩.

(٣) وقد ينزل أحد المدينين عن المقاصة ولكن يتمسك بها المدين الآخر، فتقع المقاصة بالرغم من نزول المدين الأول عنها. فيكفى إذن لوقوع المقاصة أن يتمسك بها أحد المدينين، وإذا أريد للمقاصة ألا تقع وجب أن ينزل عنها المدينان معاً.

(٤) والنزول عن المقاصة يقطع سريان التقادم، لأنه يكون بمثابة إقرار بالدين، فيعود الدين وتسرى فى حقه تقادم جديد (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٦٨ ص٢١٠).

الحق فيها[1]. ويوجه الحكم الذى أخذ به التقنين المصرى، من عدم جواز النزول مقدماً عن المقاصة، أن المقاصة شرعت لتحقيق أغراض جوهرية، فهى وفاء إجبارى مبسط، وهى فى الوقت ذاته تأمين للدين. فلا يجوز تفويت هذه الأغراض الهامة بالنزول مقدماً عن المقاصة، وإلا أصبح النزول شرطاً مألوفاً فى التعامل (clause de style). ثم إن الواجب ألا يصح النزول إلا عند ثبوت الحق فى المقاصة، حتى يتبين من ينزل عن حقه موقفه، فينزل وهو على بصيرة من أمره[2].

٥٤٧ – حالة من حالات النزول الضمنى عن المقاصة بعد ثبوتها – نص قانونى: وهناك حالة من حالات النزول الضمنى عن المقاصة بعد ثبوت الحق فيها، ورد فى شأنها نص خاص فى التقنين المدنى هو المادة ٣٦٩، وتجرى على الوجه الآتى: «إذا وفى المدين ديناً وكان له أن يطلب المقاصة فيه بحق له، فلا يجوز أن يتمسك إضراراً بالغير بالتأمينات التى تكفل حقه، إلا إذا كان يجهل وجود هذا الحق[3]». وهذا النص يفرض أن المدين وفى

---

(١) انظر فى هذا المعنى ماركاديه ٤ فقرة ٨٣٣– كوليه دى سانتير ٥ فقرة ٢٤١ مكررة ثالثاً – أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢٧ ص٣٥٢ وهامش رقم ٨– لاروميير ٥ م ١٢٩٥ فقرة ١– ديمولومب ٢٨ فقرة ٦٠٤. وانظر أيضاً المادة ٣٣١ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى، وهى تصرح بجواز النزول مقدماً عن المقاصة (أنظر آنفاً فقرة ٥٤١ فى الهامش). وانظر عكس هذا الرأى فلا يجوز النزول مقدماً عن المقاصة: توليه ٧ فقرة ٣٠٣ – لوران ١٨ فقرة ٤٥٦.

وإذا أجزنا النزول مقدما عن المقاصة، أمكن للغير العلم بذلك، فيكون النزول ساريا فى حقه. وهذا بخلاف النزول عن المقاصة بعد ثبوت الحق فيها، فقد قدمنا أن هذا النزول لا يضار به الغير ولا يكون ساريا فى حقه (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٨١ ص٢٢٠).

(٢) وقد ورد فى الأعمال التحضيرية تعليلان لعدم جواز النزول عن المقاصة قبل ثبوتها، كلاهما ذكر فى لجنة مجلس الشيوخ: ١– «للقضاء على محاولة الدائنين التحكم فى المدين عند نشوء الدين للحصول مقدماً على الرضاء بالتنازل عن هذا الحق» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٢٧٨). ٢– «وقد راعت اللجنة أن المقاصة طريق من طرق الاستيفاء، ومن الخير ألا يتنازل صاحب الحق عنه إلا بعد ترتبه» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٢٧٩). وقد قدمنا أن المشروع التمهيدى كان يتضمن نصاً يقضى بعدم جواز المقاصة عندما يتنازل المدين مقدماً عنها، فعكست لجنة مجلس الشيوخ هذا الحكم، ولم تجز التنازل عن المقاصة قبل ثبوت الحق فيها، نظراً لأن «البنوك فى معاملاتها مع الأفراد تتمسك فى عقودها معهم بالنص على عدم جواز تمسكهم بالمقاصة، وفى هذا ضرر بليغ بهؤلاء الأفراد» (انظر تاريخ المادة ٣٦٤ آنفاً فقرة ٥٤١ فى الهامش).

(٣) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ٥٠٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، فيما عدا أن المشروع التمهيدى اشتمل فى آخر النص على عبارة «وكان له فى ذلك عذر مقبول». ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٣٨٢ فى المشروع النهائى. ثم وافق عليه مجلس النواب. وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة «وكان له فى ذلك عذر مقبول»، اكتفاء بواقعة جهل المدين لوجود حقه، وحسما للمنازعات التى تنشأ عن تقدير ما يعتبر مقبولا أو =

دينه للدائن، بالرغم من وجود حق له فى ذمة الدائن كان من الممكن أن يقاص به دينه فلم يفعل. وهنا يجب التمييز بين حالتين:

أولا- حالة ما إذا كان المدين وهو يدفع دينه يعلم بوجود حق له يمكن أن يقاص به الدين، فلم يتمسك مع ذلك بالمقاصة ودفع الدين. وهنا يجب تأويل عدم تمسك المدين بالمقاصة مع علمه بجواز التمسك بها أن هذا نزول ضمنى منه عن التمسك بحقه فى المقاصة بعد ثبوتها، وهذه هى الحالة التى أشرنا إليها فيما تقدم. ومن ثم ينقضى الدين الذى كان فى ذمة المدين بالوفاء، ويعود للمدين حقه الذى كان قد انقضى بالمقاصة بعد أن نزل عنها. ولا يعود من التأمينات التى كانت تكفل هذا الحق ما تضر عودته بالغير، فلا تعود الكفالة الشخصية أو العينية، ولا يضار دائن مرتهن متأخر فى المرتبة عن مرتبة الرهن الذى كان يكفل الحق، وقد تقدم بيان ذلك[1].

ثانياً- حالة ما إذا كان المدين وهو يدفع دينه يجهل وجود حق له يمكن أن يقاص به الدين، وعليه هو يقع عبء إثبات ذلك[2]. فهنا لا يمكن القول بأن المدين، وهو يجهل وجود حقه، أنه نزل عن التمسك بالمقاصة فى هذا الحق. وكان مقتضى تطبيق القواعد

=غير مقبول من الإعذار، وترك أمر الإثبات للقواعد العامة. ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته تحت رقم ٣٦٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٢٨٩- ٢٩٠).

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٢٦٢/١٩٨- وكانت تجرى على الوجه الآتى: «إذا اجتمع صفتا دائن ومدين فى شخص واحد، ودفع ما عليه من الدين بغير التفات إلى المقاصة المستحقة له، ثم طالب بماله من الدين، وكان لمدينه كفلاء فيه أو شركاء متضامنون أو مدانيون متأخرون عن المطالب المذكور فى درجة الامتياز أو الرهن أو مالك لمنقول مرهون تأميناً على الدين المطالب به، فلكل واحد من هؤلاء التمسك عليه بالمقاصة التى لم يلتفت إليها، إلا إذا كان له عذر صحيح منعه وقت الوفاء عن العلم بوجود دينه الذى كانت تمكن به المقاصة». والحكم فى هذا النص لا يختلف عن الحكم فى نص التقنين الجديد.

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٦٧ (وهى مطابقة) - وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٥٦ (وهى مطابقة) - وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٤١٦ (وهى مطابقة مع إضافة عبارة «وكان له فى ذلك عذر مقبول» التى كانت واردة فى المشروع التمهيدى للتقنين المصرى) - وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى لا يوجد نص مقابل، فيجب تطبيق القواعد العامة.

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٤٦.

(٢) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٧٣. وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يقضى بأن يثبت المدين أيضاً أنه كان له عذر مقبول فى جهله بوجود حقه، ولكن لجنة مجلس الشيوخ حذفت العبارة التى كانت تقضى بذلك»، «اكتفاء بواقعة جهل المدين لوجود حقه، وحسما للمنازعات التى تنشأ عن تقدير ما يعتبر مقبولا أو غير مقبول من الأعذار» (انظر تاريخ نص المادة ٣٦٩ فى هذه الفقرة فى الهامش).

العامة أن يقال إن المقاصة قد وقعت بحكم القانون، فانقضى بها دين المدين، فإذا دفعه بعد ذلك يكون قد دفع ديناً انقضى، فيسترد ما دفع وفقاً لقواعد استرداد غير المستحق. ولا يرجع بحقه وبما يكفل هذا الحق من تأمينات، لأن هذا الحق قد انقضى أيضاً بالمقاصة وانقضت معه تأميناته. ولكن القانون جعل من جهل المدين بوجود حقه المكفول بتأمينات عذراً مقبولاً، فحفظ له قصده، واعتد بالوفاء الصادر منه على أنه وفاء لدين قائم فى ذمته لا على أنه وفاء لدين قد انقضى بالمقاصة. وما دامت المقاصة لم تقع، فان حق المدين فى ذمة الدائن يبقى بما له من تأمينات، ولو كانت هذه التأمينات كفالة شخصية أو كفالة عينية فأضر بقاؤها بالغير، وذلك كله رعاية لحسن نية المدين[1].

المطلب الثانى

الآثار التى تترتب على المقاصة

٥٤٨- فيما بين الطرفين وبالنسبة إلى الغير: إذا وقعت المقاصة بين دينين متقابلين على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم، انقضى الدينان بقدر الأقل منهما، وهذا فيما بين الطرفين. أما بالنسبة إلى الغير، فلا يجوز أن تقع المقاصة إضراراً بحقوق كسبها هذا الغير.

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٢٨٩- وانظر بودرى وبارد٣ فقرة ١٨٧٢.

ونص المادة ٣٦٩ مدنى يقابله فى التقنين المدنى الفرنسى المادة ١٢٩٩ وتتضمن نفس الحكم. والفقه الفرنسى يجعل مع ذلك كلا من المدين والدائن مخيرا، فالمدين مخير بين الرجوع بحقه بما كان يكفله من تأمينات، أو يرجع بدعوى استرداد غير المستحق وقد تكون له مصلحة فى ذلك إذا كان الدائن قد استوفى الحق وهو سيئ النية فيرجع المدين عليه بالفوائد (ديمولومب ٢٨ فقرة ٦٢٣- أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢٩ ص٣٥٧- ص٣٥٨ - بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٧٢ - انظر مع ذلك لوران ١٨ فقرة ٤٦٤). ولا نرى ما يمنع من العمل بهذا الحكم فى مصر، فإن المادة ٣٦٩ مدنى إنما تقرر أمراً لمصلحة المدين حسن النية، فله أن يرجع إلى تطبيق القواعد العامة إذا رأى أن تطبيقها أصلح له (انظر فى هذا المعنى الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٩٤). وكذلك الدائن، إذا استوفى الحق وهو يجهل إنه انقضى بالمقاصة، مخير بين الوفاء بدينه بما كان يكفله من تأمينات، أو يرد ما استوفاه للمدين ويتمسك بالمقاصة التى تمت وهو يجهلها (ديمولومب ٢٨ فقرة ٦٢٥- فقرة ٦٢٦ - لوران ١٨ فقرة ٤٦٤ - أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢٩ هامش رقم ٨ - بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٧٣ - أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ compensation فقرة ١٨٠). وهنا أيضاً لا يوجد ما يمنع من الأخذ بهذا الحكم فى مصر، فإن المدين إذا لم يستبق حقه بما كان يكفله من تأمينات، يكون قد استرد فعلا ما وفاه للدائن، فوصل إلى حقه كاملا من طريق أقرب.

١ – أثر المقاصة فيما بين الطرفين

٥٤٩– النصوص القانونية: تنص الفقرة الثانية من المادة ٣٦٥ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«ويترتب على المقاصة انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما، منذ الوقت الذى يصبحان فيه صالحين للمقاصة. ويكون تعيين جهة الدفع فى المقاصة كتعيينها فى الوفاء».

وتنص المادة ٣٦٦ على ما يأتى:

«إذا كان الدين قد مضت عليه مدة التقادم وقت التمسك بالمقاصة، فلا يمنع ذلك من وقوع المقاصة به رغم التمسك بالتقادم ما دامت هذه المدة لم تكن قد تمت فى الوقت الذى أصبحت فيه المقاصة ممكنة»(١).

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المادتين ٢٥٧/١٩٣ و٢٦٠/١٩٦(٢).

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادتين ٢/٣٦٣ و٣٦٤ – وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٢/٣٥٢ و٣٥٣– وفى التقنين

---

(١) **تاريخ النصوص:**

م٢/٣٦٥: ورد هذا النص ضمن المادة ٥٠٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، فيما عدا تحويرات لفظية بسيطة. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٧٨ من المشروع النهائى. ثم وافق عليه مجلس النواب. وفى لجنة مجلس الشيوخ قسم النص إلى فقرتين، اشتملت الفقرة الثانية منها على النص الذى نحن بصدده على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، وأصبح رقم المادة ٣٦٥. ووافق عليه مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٢٧٧– ٢٨١).

م٣٦٦: ورد هذا النص فى المادة ٥٠٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «إذا كان الدين قد سقط بالتقادم وقت طلب المقاصة، فلا يمنع سقوطه من وقوع المقاصة فيه، ما دام هذا السقوط لم يكن قد تم فى الوقت الذى أصبحت المقاصة فيه ممكنة». وفى لجنة المراجعة حور النص تحويراً لفظياً، فصار مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، وأصبح رقمه ٣٧٩ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٦٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٢٨١ وص٢٨٣).

(٢) **التقنين المدنى السابق م٢٥٧/١٩٣**: تحصل المقاصة بقدر الأقل من الدينين.

م٢٦٠/١٩٦: يحصل التسديد بالمقاصة كما يحصل فى حالة الوفاء بالدفع عند تعدد الديون.

(والتقنينان السابق والجديد حكمهما واحد. ولم يرد فى التقنين السابق ما يقابل نص المادة ٣٦٦ من التقنين الجديد، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص لأنه متفق مع القواعد العامة: انظر الموجز للمؤلف فقرة ٥٩٠– فقرة ٥٩١– الأستاذ أحمد حشمت أبو ستت فقرة ٨١٩ – فقرة ٨٢٠).

المدنى العراقى المادتين ٤١٣- ٤١٤- وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٣٣٢- ٣٣٤ و٣٣٦(١).

ويخلص من هذه النصوص أن المقاصة، كالوفاء، تقضى الدينين بقدر الأقل منهما، ذلك أن كل دائن يستوفى حقه من الدين الذى فى ذمته. ويعتبر انقضاء الدينين قد تم من وقت تلاقيهما متوافرة فيهما شروط المقاصة، لا من وقت التمسك بالمقاصة. وإذا تعددت

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى: م٢/٣٦٣ و٣٦٤ (مطابقتان للمادتين ٢/٣٦٥ و٣٦٦ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى الليبى: م٢/٣٥٢ و٣٥٣ (مطابقتان للمادتين ٢/٣٦٥ و٣٦٦ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى العراقى م٤١٣: تقع المقاصة بقدر الأقل من الدينين، ولا تقع إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها.

م٤١٤: إذا كان الدين لا تسمع فيه الدعوى لمرور الزمن وقت التمسك بالمقاصة، فلا يمنع ذلك من وقوع المقاصة ما دامت المدة اللازمة لعدم سماع الدعوى لم تكن قد تمت فى الوقت الذى أصبحت فيه المقاصة ممكنة.

(وحكم التقنين العراقى يتفق مع حكم التقنين المصرى).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى: م٣٣٢: لا تجرى المقاصة حتما بل بناء على طلب أحد الفريقين، وهى تسقط الدين فى اليوم الذى تتوافر فيه الشروط اللازمة لإمكان التذرع بها مع قطع النظر عن الأمور التى تكون قد وقعت فيما بعد كسقوط أحد الموجبين بمرور الزمن.

م٣٣٣: إن المقاصة فى الأساس تفعل عند الإدلاء بها فعل الإيفاء، ولكن بقدر الدين الأقل. وهى تسقط ملحقات الموجب (كرهن العقار والمنقول والكفالة الخ) على نسبة إسقاطها للموجب نفسه. على أن سقوط الحقوق الخاضعة للقيد فى السجل العقارى لا يتم إلا بمحو ذلك القيد.

م٣٣٤: يجوز للكفيل أن يطلب المقاصة بما يجب على الدائن للمدين الأصلى، ولكن لا يجوز لهذا المدين أن يطلب المقاصة بما يجب على الدائن للكفيل. كما أنه لا يجوز للمدين المتضامن أن يحتج بوجود دين آخر لأحد شركائه فى الدين مترتب على الدائن. أما إذا احتج بالمقاصة الكفيل أو المدين المتضامن بعد أن يصبحا دائنين للدائن، فالمقاصة تسقط الدين عن المدين الأصلى أو عن سائر المدينين، ويحق لهؤلاء الإدلاء بالمقاصة.

م٣٣٦: متى وجدت بين شخصين عدة ديون قابلة للمقاصة، تطبق القواعد الموضوعة لتعيين جهة الإيفاء.

(وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المصرى إما بالنص أو بتطبيق القواعد العامة، فيما عدا التضامن: ففى التقنين اللبنانى إذا وقعت المقاصة بين أحد المدينين المتضامنين والدائن دون أن يتمسك هذا المدين بها، لم يجز لأى مدين متضامن آخر أن يحتج بهذه المقاصة، أما فى التقنين المصرى فقد رأينا أن أى مدين آخر يحتج بالمقاصة لا بقدر حصة من وقعت معه).

الديون التى تصح فيها المقاصة، كان تعيين جهة الدفع فى حالة المقاصة كتعيينها فى حالة الوفاء. ونبحث كلا من هذه المسائل الثلاث.

٥٥٠- المقاصة تقضى الدينين بقدر الأقل منهما: المقاصة لها أثر الوفاء فى كل من الدينين المتقابلين، إذ كل دين قد استوفى من الدين المقابل. فينقضى الدينان إذن، إذا كانا متساويين.

ويترتب على انقضائهما أنه لو كان أحدهما أو كلاهما ينتج فائدة، فان الفوائد تنقطع من وقت الانقضاء، أى من وقت تلاقى الدينين لا من وقت التمسك بالمقاصة فحسب. وقد تتعادل منفعة كل من المدينين من وراء انقطاع الفوائد، وقد لا تتعادل. فإذا كان كل من الدينين ينتج فائدة سعرها معادل لسعر الفائدة فى الدين الآخر، ففى هذا الفرض، والدينان متساويان وسعر الفائدة متحد، تتعادل منفعة كل من المدينين بانقطاع الفوائد، ولا يكسب أحدهما بانقاطعها أكثر مما يكسب الآخر. أما إذا كان أحد الدينين ينتج فائدة سعرها أكبر من سعر الفائدة التى ينتجها الدين الآخر، أو كان أحد الدينين ينتج فائدة والدين الآخر لا ينتج فائدة ما، فان انقطاع الفوائد يفيد المدين الذى ينتج دينه فائدة، أو ينتج فائدة أكبر، أكثر مما يفيد المدين الآخر.

ويترتب على انقضاء الدينين أيضاً أن التأمينات التى كانت تكفل أيا منهما تنقضى معه. فلو كان أحد الدينين مكفولا بكفيل شخصى أو بكفيل عينى أو برهن أو امتياز أو اختصاص أو بغير ذلك من التأمينات الشخصية أو العينية، فان هذه التأمينات تزول بمجرد انقضاء الدين المكفول. ولكن يجب التأشير على هامش القيد بزوال التأمين، حتى يكون زواله ساريا فى حق الغير(١).

ومن أجل ذلك يجوز للكفيل الشخصى أن يتمسك بالمقاصة الواقعة بين المدين المكفول ودائنه، لأن هذه المقاصة تقضى الدين المكفول فتنقضى الكفالة بانقضائه(٢). وهذا صحيح حتى لو كان الكفيل الشخصى متضامنا مع المدين، فان تضامن الكفيل مع المدين لا يخرجه عن أن يكون كفيلا التزامه تابع لالتزام المدين الأصلى فمتى انقضى الالتزام الأصلى انقضى التزام الكفيل(٣). أما المدين الأصلى فليس له أن يطلب المقاصة

---

(١) انظر الفقرة الأخيرة من المادة ٣٣٣ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى.

(٢) انظر المادة ٣٣٤ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى - وكذلك يجوز للكفيل العينى أن يتمسك بالمقاصة الواقعة بين المدين ودائنه، إذ المقاصة تقضى الدين المكفول، فينقضى الرهن الواقع على مال الكفيل العينى.

(٣) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٦٥.

بما فى ذمة الكفيل[1]، لأنه هو المدين وليس له أن يفى دينه من مال الكفيل. ولكن يجوز للكفيل، إذا رجع عليه الدائن، أن يدفع بالمقاصة بين الدين المكفول ودين له فى ذمة الدائن[2]، وله بعد ذلك أن يرجع على المدين الأصلى بما وفاه من دينه على هذا النحو[3]. أما المدين المتضامن فقد رأينا، عند الكلام فى التضامن، أنه يستطيع أن يدفع بالمقاصة الواقعة بين الدائن ومدين متضامن آخر، ولكن بقدر حصة هذا المدين[4].

هذا كله إذا كان الدينان المتقابلان متساويين. فإذا كانا غير متساويين، ونفرض أن أحدهما ألف ينتج فوائد بسعر ٥٪ وله تأمينات تكفله والدين الآخر خمسمائة لا تنتج فوائد وليس لها تأمينات، فان المقاصة تقضى الدينين بقدر الأقل منهما، أى بقدر خمسمائة. فينقضى الدين الآخر كله، وينقضى الدين الأول بقدر خمسمائة، يبقى منه خمسمائة تستمر فى إنتاج الفوائد بسعر ٥٪ وتستمر مكفولة بالتأمينات التى كانت تكفل الدين كله. وهنا نرى أن صاحب الدين الأول قد استوفى بحكم المقاصة جزءاً من دينه، فهو قد أجبر على الاستيفاء الجزئى. ولكن ليس له أن يشكو من ذلك، فانه لو استوفى حقه كاملا وهو ألف، لوجب عليه أن يؤدى منه فى الحال خمسمائة للطرف الآخر، فلا يبقى له إلا

---

(١) انظر المادة ٣٣٤ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى - وانظر آنفا فقرة ٥٣٣.

(٢) انظر المادة ٣٣٤ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى - وتكون المقاصة هنا اختيارية لا قانونية، فلا ينقضى الدينان إلا من وقت التمسك بالمقاصة (انظر آنفا فقرة ٥٣٣ فى الهامش).

(٣) أما التقنين المدنى العراقى فتقضى المادة ٤١٢ منه، على النقيض من ذلك، بما يأتى: «إذا كان للكفيل المحروم من حق التجريد دين على الدائن المكفول له من جنس الدين المكفول به، فالدينان يلتقيان قصاصاً من غير رضاهما». فالمقاصة فى التقنين العراقى قانونية لا اختيارية (انظر آنفاً فقرة ٥٤١ فى الهامش).

(٤) قارن المادة ٣٣٤ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى وهى لا تجيز للمدين المتضامن أن يحتج بالمقاصة أصلا ولو بقدر حصة المدين المتضامن الذى وقعت معه المقاصة، وقارن أيضاً المادة ٣/١٢٩٤ من التقنين المدنى الفرنسى وهى فى معنى التقنين اللبنانى.

ونستدرك هنا خطأ فى شأن التقنين اللبنانى ورد فى مناسبة المادة ٣٧ من هذا التقنين (انظر آنفا ص٣١٥ فى الهامش). فقد قلنا هناك إن التقنين اللبنانى يجعل لكل مدين متضامن الحق فى إسقاط الدين كله بالمقاصة. والصحيح أنه لا يستطيع ذلك إلا إذا وقعت المقاصة معه هو ورجع عليه الدائن فتمسك بها، وفى هذا يتفق التقنين اللبنانى مع سائر التقنينات العربية ومع التقنين الفرنسى. أما إذا تمسك المدين المتضامن بمقاصة وقعت مع مدين متضامن آخر دون أن يتمسك هذا المدين الآخر بها، فإن هذا التمسك لا يفيد المتمسك أصلا ولا يستطيع هذا أن يستنزل من الدين حتى حصة المدين الذى وقعت معه المقاصة. وفى هذا يتفق التقنين اللبنانى مع التقنين الفرنسى، ويخالف التقنينات العربية الأخرى.

خمسمائة. وهذا هو عين المبلغ الباقى له فى ذمة الطرف الآخر بعد إعمال المقاصة، وله أن يستوفيه فوراً[1].

٥٥١- انقضاء الدينين منذ الوقت الذى يصبحان فيه صالحين للمقاصة: قدمنا أن المقاصة تقع من وقت تلاقى الدينين المتقابلين صالحين للمقاصة، أى متوافرة فيهما شروطها. فهى لا يتأخر وقوعها إلى وقت التمسك بها، بل هى مقاصة قانونية تقع بحكم القانون، ولو بدون علم صاحب الشأن، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك[2].

فالمقاصة إذن تقع منذ تلاقى الدينين المتقابلين متوافرة فيهما شروطها[3](1). فإذا

---

(١) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٦٤ ص٢٠٥- ويلاحظ أنه إذا كان أحد الدينين المطلوب القصاص فيهما دون نصاب الاستئناف والدين الآخر يبلغ النصاب، جاز رفع استئناف عن الحكم الصادر فى الدين الأول بالرغم من أنه لم يبلغ النصاب، لأن الحكم تناول الدين الآخر وهو يبلغه (استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٩٤٦ م٥٨ ص٤٠).

(٢) وحتى المقاصة التى تقع باعلان عن الإرادة، كما هو الأمر فى التقنينات الجرمانية، فانها تستند إلى وقت تلاقى الدينين كما قدمنا.

(٣) وإذا رسا المزاد على الدائن المرتهن للعقار، وكان مقدما على سائر الدائنين، فوقعت المقاصة بين الثمن الذى فى ذمته الراسى به المزاد والحق الذى له المكفول بالرهن، فإن المقاصة تقع وقت النطق بحكم مرسى المزاد، ففى هذا الوقت يثبت الثمن ديناً حالا فى ذمة الدائن المرتهن، فيتلاقى الدينان متوافرة فيهما شروط المقاصة. ومن ثم لا يكون الدائن المرتهن فى حاجة إلى أن يدرج اسمه فى قائمة التوزيع بعد أن انقضى حقه بالمقاصة، ويستطيع أن يتمسك بالمقاصة عن طريق المعارضة فى قائمة التوزيع النهائى (استئناف مختلط ١٣ يونيه سنة ١٩٤٠ م٥٢ ص٣١١- ١٦ ديسمبر سنة ١٩٤٧ م٦٠ ص٣١).

(1) أ- المقاصة القانونية وفق المادة ٣٦٥ من القانون المدنى تقع بقوة القانون متى توافرت شرائطها، وانها كالوفاء ينقضى بها الدينان بقدر الأقل منهما إذ يستوفى كل دائن حقه من الدين الذى فى ذمته، وان هذا الانقضاء ينصرف إلى الوقت الذى يتلاقى فيه الدينان متوافرة فيهما شروطها، ولما كانت المقاصة لا تتعلق بالنظام العام ويجوز النزول عنها صراحة أو ضمنا بعد ثبوت الحق فيها، وأوجب القانون على ذى المصلحة التمسك بها. فانه لا يكون من شأن اجراء هذه المقاصة عند التمسك بها فى الدعوى أى تأثير على ما تم من اجراءات استوجب القانون اتخاذها قبل رفع الدعوى بالاخلاء بمقتضى المادة ٢٣ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ سالفة الإشارة، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى برفض الدفع بعدم قبول الدعوى القائم على بطلان التكليف بالوفاء، فانه يكون قد أصاب صحيح القانون.

(الطعن ٩ لسنة ٤٤ق - جلسة ١٩٧٧/١١/٩ س٢٨ ص١٦٣٢)

ب- المقاصة طبقا لنص المادة ١٩٢ من القانون المدنى القديم هى نوع من وفاء الدين تحصل بقدر الأقل من الدينين كنص المادة ١٩٣ من ذلك القانون. وهذا الوفاء الذى يحصل بالمقاصة يستلزم قانونا تحديد الدين الذى تجرى به المقاصة فى التاريخ المعتبر مبدأ لتنفيذها مضافا إليه فوائده السابقة على هذا التاريخ، فإذا كان الحكم قد أضاف فوائد لاحقة للتاريخ المذكور فانه يكون قد أخطأ.

(جلسة ١٩٥٨/١/٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٩ ص٤٣)

كان أحد الدينين أو كلاهما محلا للنزاع أو غير معلوم المقدار، وقعت المقاصة من وقت حسم النزاع أو من وقت تحديد مقدار الدين. وإذا كان أحد الدينين أو كلاهما مؤجلا، وقعت المقاصة من وقت حلول الأجل. وقس على ذلك سائر الشروط. وينقضى الدينان بقدر الأقل منهما بمجرد وقوع المقاصة، ويكون للمقاصة نفس الأثر الذى للوفاء فى انقضاء كل من الدينين.

وتبقى المقاصة واقعة والدينان منقضيين، حتى لو تخلفت الشروط أو بعضها بعد ذلك عند التمسك بالمقاصة. وقد أوردت المادة ٣٦٦ مدنى مثلا على ذلك، فنصت على أنه «إذا كان الدين قد مضت عليه مدة التقادم وقت التمسك بالمقاصة، فلا يمنع ذلك من وقوع المقاصة به رغم التمسك بالتقادم، ما دامت هذه المدة لم تكن قد تمت فى الوقت الذى أصبحت فيه المقاصة ممكنة». والنص يفترض أن هناك دينين متقابلين تلاقيا، متوافرة فيهما شروط المقاصة، قبل أن تمضى عليهما بطبيعة الحال مدة التقادم. وعند التمسك بالمقاصة كانت مدة التقادم قد انقضت بالنسبة إلى أحد الدينين. ولما كانت العبرة فى وقوع المقاصة بالوقت الذى تلاقى فيه الدينان صالحين للمقاصة، لا بوقت التمسك بالمقاصة، فان الدينين فى وقت تلاقيهما لم يكن قد مضت على أى منهما مدة التقادم، فوقعت المقاصة بينهما وانقضيا. ومن ثم يجوز التمسك بالمقاصة، حتى لو كان وقت التمسك بها قد تقادم أحد الدينين وتمسك المدين بالتقادم، لأن العبرة كما قلنا بوقت تلاقى الدينين لا بوقت التمسك بالمقاصة. وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك[1].

أما إذا كان قد مضى على كل من الدينين، وقت التمسك بالمقاصة، مدة التقادم، فقد يرى الطرفان أنهما فى غير حاجة إلى التمسك بالمقاصة، لأن كلا منهما يستطيع أن

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٢٨– وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٢٨٢– وقد كان هذا الحكم فى عهد التقنين المدنى السابق، بالرغم من عدم اشتمال هذا التقنين على نص مماثل لنص المادة ٣٦٦ فى التقنين المدنى الجديد، وذلك لأن الحكم ليس إلا تطبيقاً للقاعدة العامة التى تقضى بأن المقاصة تقع من وقت تلاقى الدينين. وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان أحد الدينين قد استحق فى ٣٠ نوفمبر سنة ١٩١٥ والآخر فى آخر ديسمبر سنة ١٩٢٨، فإنه فى هذا الوقت الأخير لم يكن الدين الأول قد سقط الحق فى المطالبة به بمضى المدة، فيتقابل الدينان فيه وتقع المقاصة بقدر أقلهما. ولا يمنع من حصول هذه المقاصة أن يكون قد طلبها صاحب الدين الأول بعد دعوى خصمه صاحب الدين الثانى عليه مهما استطالت المدة، لأن المقاصة تقع حتما بدون طلب من ذوى الشأن، فالتمسك بها بعد رفع دعوى الخصم إنما هو تمسك بأمر قد وقع فعلا بقوة القانون (نقض مدنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ٢ رقم ٢١ ص٥٠– انظر أيضاً: استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٩٣٨ م٥٠ ص٣١٩).

يتمسك بالتقادم. ولكن لا يزال لهما حق التمسك بالمقاصة ما دامت شروطها قد توافرت قبل انقضاء مدة التقادم، والتمسك بالمقاصة خير لهما من التمسك بالتقادم، لأن التمسك بالتقادم يتخلف عنه التزام طبيعي لا يتخلف عن التمسك بالمقاصة(١).

٥٥٢ – تعيين جهة الدفع فى المقاصة: وقد يتلاقى دين صالح للمقاصة من جهة مع ديون متعددة متقابلة معه من جهة أخرى هى أيضاً صالحة للمقاصة، بأن يكون فى ذمة أحد المدينين للآخر مثلا ألف، وفى ذمة الآخر له دينان أحدهما ألف غير مكفولة والدين الآخر ألف مكفولة بتأمين عينى. وتتلاقى هذه الديون جميعاً، فتقع المقاصة بين الدين الأول وأحد الدينين المقابلين له، فأى هذين الدينين هو الذى تقع فيه المقاصة؟ تجيب على ذلك العبارة الأخيرة من المادة ٣٦٥ مدنى بما يأتى: «ويكون تعيين جهة الدفع فى المقاصة كتعيينها فى الوفاء». ومن ثم يجب تطبيق قواعد تعيين جهة الدفع (imputation des paiements) التى مرت بنا عند الكلام فى الوفاء، إذ المقاصة كما قدمنا ضرب من الوفاء(٢).

على أنه يجب أن يستبعد من هذه القواعد ما يرجع التعيين فيه إلى إرادة المدين أو إلى إرادة الدائن، فالمقاصة وفاء إجبارى يقع لا بارادة المدين ولا باردة الدائن(٣). ويبقى من

---

(١) هذا وقد يتلاقى الدينان متوافرة فيهما شروط المقاصة، ثم يطرأ بعد ذلك على أحد الدينين ما يجعله ينقضى بسبب آخر غير التقادم الذى نحن بصدده، كأن يعمد أحد المدينين إلى تجديد دينه. ففى هذه الحالة إذا كان المدين قد جدد دينه وهو عالم بجواز التمسك بالمقاصة، كان هذا التجديد بمثابة نزول ضمنى عن المقاصة يكون له حكم النزول وقد تقدم بيانه. أما إذا كان لا يعلم بوقوع المقاصة، فإن التجديد يكون باطلا، لأن الدين المراد تجديده يكون قد انقضى بالمقاصة فلا يكون هناك محل للتجديد.

(٢) وتطبيقاً لهذه القواعد إذا تقابل دينان، أحدهما خمسمائة مثلا والآخر خمسمائة تضاف إليه مائة هى المصروفات والفوائد، وقعت المقاصة فى الدين الآخر فى المصروفات والفوائد أولا ثم فى رأس المال. فينقضى الدين الأول كله. وينقض من الدين الآخر المصروفات والفوائد أولا وهى المائة، ثم أربعمائة من رأس المال، وتبقى مائة من رأس المال.

(٣) ولما كانت المقاصة فى القوانين الجرمانية تتم بإعلان عن الإرادة كما قدمنا، فهنا يتسع المجال لمن أعلن عن إرادته فى إيقاع المقاصة أن يعين أيا من الديون المتعددة يريد إيقاع المقاصة فيه. وقد نصت المادة ٣٩٦ من التقنين المدنى الألمانى فى هذا المعنى على ما يأتى: «إذا كان أحد الطرفين له حقوق متعددة تصلح كلها للمقاصة، فللطرف الذى يوقع المقاصة أن يعين أيا من هذه الحقوق يريد أن تقع فيه. فإذا وقعت المقاصة دون هذا التعيين، أو حصل التعيين ولكن الطرف الآخر اعترض عليه دون إبطاء، وجب تطبيق أحكام الفقرة الثانية من المادة ٣٦٦». (أنظر التعليقات على التقنين المدنى الألمانى ١ م٣٩٦ فقرة ١ – فقرة ٣).

هذه القواعد ما يرجع التعيين فيه إلى حكم القانون. وفى المثل المتقدم أحد الدينين غير مكفول والدين الآخر مكفول بتأمين عينى، فهذا الدين الآخر – وهو الدين الأشد كلفة على المدين (م٣٤٥مدنى) – هو الذى تقع فيه المقاصة[١].

وغنى عن البيان أننا نفترض فى المثل المتقدم أن الدينين المقابلين فى جهة وجدا أولا – متعاقبين أو متعاصرين – ثم وجد الدين المقابل فى الجهة الأخرى. أما إذا وجد أحد الدينين أولا ثم وجد الدين المقابل، أو وجد الدين المقابل أولا ثم وجد أحد الدينين، فقد تلاقى عند ذلك دينان متقابلان وانقضيا بالمقاصة. فإذا وجد الدين الآخر بعد ذلك لم يكن الدين الذى ينقضى بالمقاصة، حتى لو كان هو الدين المكفول. فلا بد إذن من أن يكون الدينان المقابلان من جهة قائمين معاً وقت تلاقيهما مع الدين المقابل من جهة أخرى، حتى يكون هناك محل لتطبيق القواعد المتعلقة بتعيين جهة الدفع. أما إذا كان أحد الدينين المقابلين هو الذى كان قائماً وحده، فانه هو الدين الذى ينقضى بالمقاصة سواء كان هو الدين المكفول أو الدين غير المكفول[٢].

٢ – أثر المقاصة بالنسبة إلى الغير

٥٥٣– النصوص القانونية: تنص المادة ٣٦٧ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«١– لا يجوز أن تقع المقاصة إضراراً بحقوق كسبها الغير».

«٢– فإذا أوقع الغير حجزاً تحت يد المدين، ثم أصبح المدين دائناً لدائنه، فلا يجوز له أن يتمسك بالمقاصة إضراراً بالحاجز».

وتنص المادة ٣٦٨ على ما يأتى:

«١– إذا حول الدائن حقه للغير، وقبل المدين الحوالة دون تحفظ، فلا يجوز لهذا المدين أن يتمسك قبل المحال له بالمقاصة التى كان له أن يتمسك بها قبل قبوله للحوالة، ولا يكون له إلا الرجوع بحقه على المحيل».

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٢٨٢– وأنظر أيضاً بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٦٤ ص٢٠٦.

(٢) ديمولومب ٢٨ فقرة ٦٥٥– بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٦٤ ص٢٠٦– ويترتب على ذلك أنه إذا قام دين من جهة، ثم قام دينان متعاصران (أى فى وقت واحد) مقابلان له من جهة أخرى، فإن هذين الدينين يكونان قائمين معاً وقت تلاقيهما مع الدين المقابل، ويكون هناك محل لتطبيق القواعد المتعلقة بتعيين جهة الدفع، فينقض الدين المكفول ويبقى الدين غير المكفول.

«٢- أما إذا كان المدين لم يقبل الحوالة ولكن أعلن بها، فلا تمنعه هذه الحوالة من أن يتمسك بالمقاصة»(١).

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المادتين ٢٦١/١٩٧ و٢٦٢/١٩٩(٢).

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادتين ٣٦٥- ٣٦٦- وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٣٥٤- ٣٥٥- وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٤١٥ و٤١٧ - وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣٣٥(٣).

---

(١) **تاريخ النصوص:**

م٣٦٧: ورد هذا النص فى المادة ٥٠٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٨٠ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٦٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٢٨٤ - ٢٨٥).

م٣٦٨: ورد هذا النص فى المادة ٥٠٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، فيما عدا أن الفقرة الثانية من النص فى المشروع التمهيدى كانت تنتهى بالعبارة الآتية: «إلا إذا كان الحق الذى يريد المقاصة به ثبت فى ذمة المحيل بعد إعلان الحوالة». ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٣٨١ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب. وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت العبارة السالفة الذكر، لأنه بعد إعلان الحوالة ينتقل الحق من المحيل إلى المحال له، فإذا ثبت فى ذمة المحيل للمدين دين بعد ذلك، لم يكن هناك محل للمقاصة، ففى القواعد العامة ما يغنى عن هذه العبارة. وأصبحت المادة رقمها ٣٦٨. ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٢٨٥ وص٢٨٧ - ص٢٨٨).

(٢) **التقنين المدنى السابق** م٢٦١/١٩٧: إذا أحال الدائن آخر بدين وقعت منه المقاصة، وقبل المدين الحوالة، فلا يصح له بعد ذلك التمسك بالمقاصة على المحتال، إنما له أن يطالب المحيل بدينه.

م٢٦٣/١٩٩: وضع الحجز على ما فى ذمة المدين يمنع المدين المذكور من طلب المقاصة التى تحدث بعد الحجز. (وأحكام التقنين المدنى السابق متفقة مع أحكام التقنين المدنى الجديد).

(٣) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى م٣٦٥- ٣٦٦ (مطابقتان للمادتين ٣٦٧- ٣٦٨ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى الليبى م٣٥٤- ٣٥٥ (مطابقتان للمادتين ٣٦٧- ٣٦٨ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى العراقى م٤١٥ (مطابقة للمادة ٣٦٧ من التقنين المدنى المصرى).

م٤١٧: (مطابقة للمادة ٣٦٨ من التقنين المدنى المصرى مع إضافة عبارة «إلا إذا كان الحق الذى يريد المقاصة به ثبت فى ذمة المحيل بعد إعلان الحوالة» التى كان يتضمنها المشروع التمهيدى للتقنين المصرى - والحكم فى التقنين العراقى متفق مع الحكم فى التقنين المصرى: انظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٣٦١). =

ويخلص من هذه النصوص أن المبدأ العام هو عدم جواز وقوع المقاصة إضراراً بحقوق كسبها الغير[1]. وقد أورد التقنين المدنى تطبيقين هامين لهذا المبدأ: (أولهما) توقيع الحجز التحفظى على أحد الدينين المتقابلين. (والثانى) حوالة أحد الدينين المتقابلين وقبول المدين للحوالة دون تحفظ.

٥٥٤- توقيع الحجز التحفظى على أحد الدينين المتقابلين: إذا تلاقى دينان متقابلان صالحان للمقاصة، فوقعت المقاصة بينهما، فلا يحول دون ذلك أن يوقع حجز تحفظى على أحد هذين الدينين أو على كليهما، حتى قبل التمسك بالمقاصة، ما دام الدينان قد توافرت فيهما شروط المقاصة قبل توقيع الحجز التحفظى. فالعبرة كما قلنا بوقت تلاقى الدينين صالحين للمقاصة، لا بوقت التمسك بالمقاصة.

أما إذا وقع الحجز التحفظى على دين قبل نشوء دين مقابل صالح للمقاصة به[2]، فان الدين المحجوز عليه يصبح غير قابل للمقاصة حماية لحق الدائن الحاجز. ونشوء دين مقابل لهذا الدين صالح للمقاصة بعد توقيع الحجز التحفظى على الدين لا يغير من عدم قابليته للمقاصة بعد أن تعلق به حق الغير، إذ المقاصة لا تقع إضراراً بحقوق كسبها الغير.

فلو أن شخصاً فى ذمته دين لشخص آخر، ووقع حجز تحفظى على هذا الدين من دائن للدائن، ثم نشأ بعد ذلك دين للمدين فى ذمة الدائن صالح للمقاصة بالدين الأول، فلا تقع المقاصة بالرغم من ذلك. ذلك أن وقوعها إضراراً بحق الدائن الحاجز، وهو من الغير فى المقاصة. وكما أن المدين الذى وقع تحت يده الحجز لا يستطيع أن يوفى الدين المحجوز عليه للدائن بعد توقيع الحجز، كذلك هو لا يستطيع أن يوفيه بعد توقيع الحجز بحق له فى ذمة الدائن عن طريق المقاصة.

= **تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٣٣٥**: إن المقاصة لا تؤثر فى حقوق شخص ثالث مكتسبة من قبل.

(وقد اقتصر التقنين اللبنانى على إيراد المبدأ دون النص على تطبيقاته. ولكن هذه التطبيقات يعمل بها فى لبنان لأنها مستمدة من هذا المبدأ).

(١) وقد سبق أن بينا أن المادة ٣٦٩ مدنى تقرر مبدأ مكملا لهذا المبدأ، هو أن النزول عن المقاصة لا يجوز أن يضر بالغير، فإذا وفى المدين ديناً وكان له أن يطلب المقاصة فيه بحق له، فلا يجوز أن يتمسك إضرار بالغير بالتأمينات التى تكفل حقه (أنظر آنفاً فقرة ٥٤٧). فلا يجوز إذن الأضرار بحقوق كسبها الغير، لا عن طريق التمسك بالمقاصة، ولا عن طريق النزول عنها.

(٢) ويستوى أن ينشأ الدين المقابل بعد توقيع الحجز أو قبله، ما دام لم يصلح للمقاصة إلا بعد توقيع الحجز (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٢٨٦- استئناف مختلط ١٠ يناير سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص١٠٢- وانظر أيضاً المادة ٣٩٢ من التقنين الألمانى والتعليقات على التقنين المدنى الألمانى ١ م٣٩٢ فقرة١ - فقرة ٢).

على أنه يجوز للمدين الذى وقع الحجز تحت يده، فامتنعت عليه المقاصة، أن يوقع هو أيضاً حجزاً تحفظياً تحت يد نفسه، فيشترك بذلك مع الدائن الحاجز الأول فى اقتضاء حقه من الدين الذى فى ذمته، ولكنه يشترك فى ذلك مع الدائن الحاجز الأول شركة الغرماء(١).

٥٥٥- حوالة أحد الدينين المتقابلين وقبول المدين الحوالة دون تحفظ: والتطبيق الثانى الذى أورده التقنين المدنى للمبدأ القاضى بعدم جواز وقوع المقاصة إضراراً بحقوق كسبها الغير، هو حالة ما إذا وقعت حوالة لأحد الدينين المتقابلين، فتعلق بهذا الدين حق الغير وهو المحال له(٢). وهنا يجب التمييز بين فرضين:

(الفرض الأول) أن تكون الحوالة قد سرت فى حق المدين بقبوله لها. فإذا قبل المدين الحوالة مع وجود حق له فى ذمة المحيل كان يستطيع أن يقاص به الدين موضوع الحوالة، وكان قبوله للحوالة دون تحفظ، فقد تعلق بالدين المحال به حق المحال له، ولا يجوز بعد ذلك أن تقع المقاصة إضراراً بهذا الحق. ويستوى فى ذلك أن يكون المدين المحال عليه عالما وقت قبوله الحوالة بالحق الذى له فى ذمة المحيل وبامكان المقاصة به أو غير عالم بذلك(٣). فان كان عالما، وقبل مع ذلك الحوالة دون تحفظ، حمل ذلك منه على أنه قد نزل عن المقاصة

---

(١) استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص١٤٠- وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى: «ويعرض أول هذين التطبيقين عند توقيع حجز تحت يد المدين، فإذا ترتب لهذا المدين فى ذمة دائنه المحجوز على ماله، بعد توقيع ذاك الحجز، امتنع عليه التمسك بالمقاصة إضراراً بالحاجز. ومؤدى هذا أن الدين المحجوز لا يجوز القصاص فيه، شأنه من هذا الوجه شأن الدين غير القابل للحجز. ولا يشترط فى هذه الحالة أن يترتب دين المدين فى ذمة دائنه بعد الحجز، بل تمنع المقاصة كذلك ولو كان هذا الدين قد نشأ من قبل ما دامت شروطها لم تتوافر عند توقيعه: قارن المادة ٣٩٢ من التقنين الألمانى. ويراعى أخيراً أن للدائن الذى تمتنع عليه المقاصة فى هذه الحالة أن يحجز تحت يد نفسه، فيتيسر له بذلك أن يشترك مع الحاجز الأول فى اقتسام الدين المحجوز عند التوزيع» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٢٨٦).

(٢) استئناف مختلط ١٥ مايو سنة ١٩١٣ م٢٥ ص٣٧٩.

(٣) ومع ذلك يجوز للمدين أن يتمسك بالمقاصة، ولو كان قد قبل الحوالة أو كان محجوزاً تحت يده قبل نشوء حقه، إذا كان هذا الحق الذى يقاص دينه به نشأ من نفس المصدر الذى نشأ منه الدين وكان من شأنه أن يحدده. ففى عقد البيع إذا كان البائع مدينا بضمان عيب ودائنا بالثمن، ووقعت المقاصة بين الدينين، ولكن البائع حول الثمن إلى أجنبى وقبل المشترى الحوالة، أو وقع دائن للبائع حجزاً على الثمن تحت يد المشترى قبل وقوع المقاصة، فقبول المشترى للحوالة أو توقيع الحجز التحفظى تحت يده لا يمنعه من التمسك بالمقاصة بين الثمن وضمان العيب (استئناف مختلط ٨ يناير سنة ١٩١٤ م٢٦ ص١٣٥- ٧ مايو سنة ١٩٤٠ م٥٢ ص٢٤٧).

بعد ثبوت حقه فيها، وهذا جائز كما قدمنا. وفي هذه الحالة لا يجوز له أن يتمسك بالمقاصة ضد المحال له بعد أن نزل عنها. ويعود له بطبيعة الحال حقه نحو المحيل الذى كان قد انقضى بالمقاصة قبل النزول عنها، إلا أن التأمينات التى كانت تكفل هذا الحق لا تعود، قياساً على الحكم الوارد فى المادة ٣٦٩ مدنى السابق ذكرها، وهى تقضى بعدم جواز عودة التأمينات إضراراً بحقوق الغير بعد النزول عن المقاصة. أما إذا كان المدين وقت قبوله للحوالة دون تحفظ غير عالم بالحق الذى له فى ذمة المحيل، فان المقاصة مع ذلك تمتنع أيضاً، لأنه قبل الحوالة دون تحفظ، فتعلق حق الغير بالدين، والمقاصة لا تقع إضراراً بحق كسبه الغير كما قدمنا. ولكن يعود للمدين، مع حقه نحو المحيل الذى عاد له، التأمينات التى كانت تكفل هذا الحق، لأن المدين لا يعتبر متنازلا عن مقاصة كان لا يعلم بوقوعها، وهذا كله قياساً أيضاً على المادة ٣٦٩ مدنى السالفة الذكر وهى تجيز عودة التأمينات إذا كان المدين يجهل وجود الحق الذى كان يصح أن يقاص به دينه.

(والفرض الثانى) أن تكون الحوالة قد سرت فى حق المدين باعلانها له لا بقبوله إياها. وفى هذا الفرض لم يكن فى استطاعة المدين تلافى الإضرار بالغير، كما كان يستطيع فى الفرض الأول الذى قبل فيه الحوالة دون تحفظ. فقد كان يستطيع فى الفرض الأول، إذا كان عالماً بوجود الحق، أن ينبه المحال له إلى وقوع المقاصة ولا يقبل الحوالة. وإذا لم يكن عالماً بوجود الحق، فان قبوله للحوالة دون تحفظ من شأنه أن يوهم المحال له أن الحوالة وقعت على محل قابل له، فوجب أن يتحمل تبعة القبول الصادر منه دون تحفظ[1]. أما فى الفرض الثانى الذى نحن بصدده، وهو لم يصدر منه قبول للحوالة بل أعلن بها، فلا ذنب له، إذ هو لم يقبل الحوالة فيجر قبوله المحال له إلى الوهم الذى وقع فيه فى الفرض الأول. ومن ثم وجب إعمال المقاصة بين الدينين بعد أن تلاقيا صالحين لها قبل صدور الحوالة، وتكون الحوالة واردة على حق انقضى بالمقاصة، فتقع باطلة. ويستطيع المدين إذن أن يحتج بالمقاصة على المحال له فى هذا الفرض، ولا يمنعه من ذلك إلا أن يكون الحق الذى يقاص به دينه قد ثبت بعد إعلان الحوالة به، ففى هذه الأحوال لا تقع المقاصة لأن الدين المحال به لم يتلاق مع الدين المقابل، بل انتقل إلى المحال له قبل ذلك، فأصبح غير صالح للمقاصة[2].

---

(١) الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٩٣ ص٣٦٩.

(٢) أنظر تاريخ المادة ٣٦٨ مدنى آنفاً فقرة ٥٥٣ فى الهامش - وأنظر ديرانتون١٢ فقرة ٤٣٤ - فقرة ٤٣٦ - ماركاديه ٤ فقرة ٨٤٢ - ديمولومب ٢٨ فقرة ٥٧٥- فقرة ٥٧٩- لوران ١٨ فقرة ٤٦٧- هيك ٨ فقرة ١٦٥- أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢٨ ص٣٤٧ - بودرى وبارد٣ فقرة ١٨٧٥ - فقرة ١٨٨٠. =

الفرع الثانى
المقاصة الاختيارية والمقاصة القضائية

٥٥٦- سكوت التقنين المدنى عن المقاصة الاختيارية والمقاصة القضائية: والتقنين المدنى، عندما عرض للمقاصة، لم يقصد إلا المقاصة القانونية التى سبق أن بسطنا أحكامها. أما المقاصة الاختيارية[1]، وأما المقاصة القضائية، فقد سكت عنهما، وترك أحكامهما تسرى عليها القواعد العامة، وبخاصة قواعد قانون المرافعات فيما يختص بالمقاصة القضائية.

وسنورد فى إيجاز أحكام كل من هذين النوعين من المقاصة، مستمدين إياها من القواعد العامة.

المبحث الأول
المقاصة الاختيارية
(Compensation facultative ou conventionnelle)

٥٥٧- الاحوال التى تجرى فيها المقاصة الاختيارية: قد يوجد دينان ولكن لا تتوافر فيهما كل شروط المقاصة القانونية التى أوردناها.

فقد لا يكون هناك تقابل ما بين الدينين، بأن يكون أحد الدينين فى ذمة الدائن للكفيل والدين الآخر فى ذمة المدين للدائن، وقد علمنا أن المقاصة القانونية لا تقع فى

=وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «أما التطبيق الثانى فيتحقق إذا حول الدائن حقه للغير وقبل المدين هذه الحوالة دون تحفظ. فلا يجوز لهذا المدين أن يتمسك بالمقاصة إضراراً بالمحال له، ولو كان له أن يتمسك بها من قبل. ولا يمكن لمن يفوت عليه التمسك بالمقاصة على هذا الوجه إلا أن يرجع بدينه على المحيل، دون أن يكون له أن يتمسك بالتأمينات التى أنشئت لضمان الوفاء بهذا الدين إضراراً بالغير. ولكن إذا كان المدين قد أعلن بالحوالة دون أن يقبلها، فلا يحول هذا الإعلان بينه وبين التمسك بالمقاصة. وغنى عن البيان أنه لا يجوز للمدين أن يتمسك بالمقاصة بين دين وجب له فى ذمة دائنه وبين الدين المحال به، إذا كان دينه هو قد ترتب بعد إعلان الحوالة» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٢٨٦).

(١) ورد فى التقنين المدنى العراقى نص فى المقاصة الاختيارية، هو نص المادة ٤٠٩ من هذا التقنين (أنظر آنفاً فقرة ٥٣٢ فى الهامش). ولم يرد له نظير، لا فى التقنين المدنى المصرى، ولا فى التقنينات المدنية العربية الأخرى.

دين للكفيل فى ذمة الدائن. وقد يكون الدين فى ذمة المدين للدائن والدين الآخر فى ذمة الدائن الأجنبى، فلا تقع المقاصة القانونية ما بين الدينين لأنهما غير متقابلين.

وقد لا يكون هناك تماثل فى المحل ما بين الدينين، فقد يكون محل أحد الدينين مقداراً معيناً من القطن ويكون محل الدين الآخر نقوداً أو مقداراً معيناً من القمح، فلا تجرى المقاصة القانونية ما بين الدينين لعدم التماثل فى المحل.

وقد يكون أحد الدينين غير صالح للمطالبة به قضاء بأن يكون التزاماً طبيعياً يقابله التزام مدنى، فلا تجرى المقاصة القانونية ما بين هذين الالتزامين.

وقد يكون أحد الدينين غير خال من النزاع أو غير معلوم المقدار، فتمتنع المقاصة القانونية ما بين الدينين.

وقد يكون أحد الدينين غير مستحق الأداء بأن كان مضافاً إلى أجل، فلا تجرى المقاصة القانونية بينه وبين دين مقابل مستحق الأداء.

وقد يكون أحد الدينين غير قابل للحجز كدين النفقة، فتمتنع المقاصة القانونية بينه وبين دين مقابل قابل للحجز.

وقد يكون أحد الدينين مما لا تجرى فيه المقاصة القانونية استثناء، كأن يكون شيئاً نزع دون حق من مالكه أو شيئاً مودعاً أو معاراً.

وقد استعرضنا فيما قدمناه الأسباب المختلفة التى تمنع من وقوع المقاصة القانونية، سواء كان ذلك يرجع لاختلال شرط من شروط هذه المقاصة أو يرجع لعدم صلاحية الدين نفسه للمقاصة لاعتبار خاص فيه.

وهذه الأسباب المختلفة ترجع إلى رعاية مصلحة أحد الطرفين أو إلى رعاية مصلحتهما معاً، لأن المقاصة القانونية إنما شرعت لمصلحة خاصة، فهى ليست من النظام العام كما قدمنا.

فإذا تبين أن سبباً منها يرجع إلى رعاية مصلحة أحد الطرفين، ونزل هذا الطرف عن حقه، فيكفى أن يعلن إرادته فى إجراء المقاصة حتى تجرى، ولكنها تجرى مقاصة اختيارية لا مقاصة قانونية. وإذا تبين أن السبب يرجع إلى رعاية مصلحة كل من الطرفين، فلابد أن يتفق كلهما على إجراء المقاصة، ولا يكفى رضاء أحدهما، فإذا اتفقا أجريت المقاصة اختيارية لا قانونية(١).

---

(١) على أن للمقاصة الاختيارية حدوداً لا تتخطاها إرادة الطرفين، وهذه هى منطقة النظام العام. فهى لا تجوز بعد شهر الأفلاس، بل ولا فى المدة المشتبه فيها. كذلك لا يجوز أن يجريها رب العمل فى الديون التى له على العمال يقاص بها مرتباتهم وأجورهم (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقر ١٢٩٤).

ولنستعرض الآن مرة أخرى الأحوال التى قدمناها، لنرى كى تتم المقاصة الاختيارية فى كل منها، أتتم بارادة أحد الطرفين أم لا تتم إلا باتفاقهما.

فأما إذا لم يوجد تقابل بين الدينين، كأن يكون أحد الدينين فى ذمة الدائن للكفيل أو فى ذمة الدائن لأجنبى، فانه إذا لم يجز للمدين أن يتمسك بالمقاصة بين الدين الذى فى ذمته للدائن والدين الذى فى ذمة الدائن للكفيل، فان الكفيل له أن يتمسك بالمقاصة بين الدين المكفول والدين الذى له فى ذمة الدائن، وبذلك تتم مقاصة اختيارية ما بين الدينين أجراها الكفيل بارادته وحده، وكانت المقاصة القانونية ممتنعة لمصلحته فنزل عن هذه المصلحة[1]. كذلك إذا لم يجز للمدين أن يتمسك بالمقاصة بين الدين الذى فى ذمته للدائن والدين الذى فى ذمة الدائن للأجنبى، فان الأجنبى يستطيع بارادته وحده أن يجرى مقاصة اختيارية بين الدين الذى فى ذمة المدين للدائن والدين الذى فى ذمة الدائن له، وكانت المقاصة القانونية ممتنعة لمصلحته فنزل عن هذه المصلحة[2].

وإذا لم يوجد تماثل فى المحل ما بين الدينين، كأن يكون محل أحدهما قطناً ومحل الآخر قمحاً أو نقوداً، كان من الممكن إجراء المقاصة الاختيارية، بأن يتفق الطرفان معاً على إجراء هذه المقاصة ما بين الدينين وإن لم يتماثل المحل فيهما. وكانت المقاصة القانونية ممتنعة لمصلحة كل من الطرفين، فنزلا عن هذه المصلحة باتفاقهما[3].

وإذا كان أحد الدينين غير صالح للمطالبة به قضاء، كالالتزام الطبيعى، جاز للملتزم بارادته وحده أن يجرى المقاصة الاختيارية بين هذا الالتزام الطبيعى الذى عليه لدائنه والتزام مدنى فى ذمة دائنه له. ذلك أن المقاصة القانونية إنما امتنعت رعاية لمصلحته وحده، وقد نزل عن هذه المصلحة.

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥٣٣ فى الهامش وفقرة ٥٥٠.

(٢) بل يستطيع الأجنبى أن يحول حقه قبل الدائن إلى المدين، ويكفى إعلان الدائن لتكون الحوالة نافذة فى حقه. فإذا تمت الحوالة أصبح المدين دائناً لدائنه، فوقعت المقاصة القانونية بين الدينين (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٨٥ ص٢٢٥) – أنظر فى ذلك: لارومبيير ٥ م١٢٩٣ فقرة ١٨ – ديمولومب ٢٨ فقرة ٧٦– فقرة ٧٧– بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٨٥ – عكس ذلك: ديرانتون ١٢ فقرة ١٧ – لوران ١٨ فقرة ٤٢٠.

وكذلك يستطيع الأجنبى أن يقبل حوالة الدين الذى فى المدين إلى ذمته، برضاء الدائن أو بإقراره وفقاً للقواعد المقررة فى حوالة الدين، فيصبح مديناً للدائن ودائناً له، فتقع المقاصة (أنظر آنفاً فقرة ٥٣٣ فى الهامش).

(٣) أنظر تطبيقاً تشريعياً فى التقنين المدنى الفرنسى فى المادة ٢/١٢٩١ فى هذا التقنين. وأنظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٩٣.

وإذا كان أحد الدينين غير خالٍ من النزاع، أمكن المدين فى هذا الدين أن ينزل عن المنازعة فيه، فيجرى بارادته وحده المقاصة الاختيارية بين الدينين.

كذلك إذا كان أحد الدينين غير معلوم المقدار، أمكن الطرفين معاً أن يحددا مقداره، وأن يجريا المقاصة الاختيارية بين الدينين باتفاقهما.

وإذا كان أحد الدينين مضافاً إلى أجل والدين الآخر مستحق الأداء، فمن كان الأجل فى مصلحته له أن ينزل عنه. فان كان هو المدين أو كان هو الدائن، أجرى المقاصة الاختيارية بارادته وحده. وإن كان الأجل لمصلحة الطرفين معاً، أجريت المقاصة الاختيارية باتفاقهما.

وإذا كان أحد الدينين غير قابل للحجز، كأن كان على الدائن بالنفقة دين فى ذمته لمدينه، جاز لهذا الدائن أن يجرى المقاصة الاختيارية بارادته وحده بين دين النفقة الذى له والدين الذى فى ذمته.

وإذا كان أحد الدينين مما لا تجرى فيه المقاصة القانونية، كأن كان شيئاً نزع دون حق من مالكه أو كان شيئاً مودعاً أو معاراً، جاز لمن نزع منه ملكه أو للمودع أو للمعير أن يجرى المقاصة الاختيارية بارادته وحده بين الدينين.

ونرى من ذلك أن المقاصة الاختيارية يمكن إجراؤها حيث يقوم مانع من وقوع المقاصة القانونية، ويكون هذا المانع قد روعيت فيه مصلحة أحد الطرفين أو كليهما. فينزل من روعيت مصلحته عن هذه المصلحة، فيتم إجراء المقاصة الاختيارية بارادة أحد الطرفين أو باتفاقهما معاً بحسب الأحوال(١).

٥٥٨- الآثار التى تترتب على المقاصة الاختيارية: رأينا أن المقاصة القانونية تقع بمجرد تلاقى الدينين. بل إن المقاصة التى تتم باعلان عن الإرادة، فى القوانين الجرمانية، تقضى الدينين من وقت تلاقيهما بأثر رجعى. وهذا بخلاف المقاصة الاختيارية، فانها لا تنتج أثرها إلا من وقت إعلان صاحب المصلحة إرادته فى إجرائها. فلا تستند إلى الماضى، ولا ينقضى الدينان من وقت تلاقيهما، بل من وقت إعلان الإرادة فى إجرائها، إرادة أحد الطرفين أو إرادة كل منهما بحسب الأحوال(٢).

---

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٩٢.

(٢) نقض مدنى ٤ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٥٧ ص١٤٤ - ديمولومب ٢٨ فقرة ٦٧١ - فقرة ٦٧٣- لاروميير ٥م ١٢٩٣ فقرة ١٦- لوران ١٨ فقرة ٤٦٩- بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٨٧ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٩٥.

وإذا وقع نزاع فى صحة إجراء المقاصة الاختيارية، حسم القاضى النزاع. ولكن لا تنقلب المقاصة =

وتقضى المقاصة الاختيارية الدينين معاً كما تقضيهما المقاصة القانونية، فتنقطع الفوائد، وتزول التأمينات. ولا يجوز الرجوع فى المقاصة الاختيارية، ولو كانت قد تمت بارادة أحد الطرفين، إلا باتفاقهما معاً. وإذا اتفق الطرفان على الرجوع، لم يضار الغير بذلك، فلا تعود التأمينات التى تكون قد زالت، توقياً للإضرار بحقوق الغير(١).

ولا يجوز أن تتضمن المقاصة الاختيارية وفاء جزئياً يجبر عليه الدائن. فلا يجوز إجراء مقاصة اختيارية بين دينين غير متساويين، إلا برضاء الدائن بالدين الأكبر، وقد قدمنا أن الوفاء الجزئى لا يجوز إلا برضاء الدائن(٢).

المبحث الثانى
المقاصة القضائية
(Compensation judiciaire ou reconventionnelle)

٥٥٩- الأحوال التى تجرى فيها المقاصة القضائية: تجرى المقاصة القضائية أمام القضاء بدعوى عارضة من المدعى عليه كما سنرى. ولابد أن تكون فى دينين متقابلين(٣) تمتنع فيهما على المدعى عليه المقاصة القانونية، وتتعذر المقاصة الاختيارية. ذلك أنه لو كانت المقاصة القانونية جائزة، لوقعت من تلقاء نفسها بحكم القانون ومن وقت تلاقى الدينين، ولما احتاج المدعى عليه أن يرفع بها دعوى عارضة، بل لاقتصر على الدفع بالمقاصة القانونية، ولتحتم على القاضى الحكم بها متى ثبت له وقوعها. وكذلك لو كانت المقاصة الاختيارية ممكنة للمدعى عليه لاستطاع بارادته وحده أن يجرى هذه المقاصة فتقع من

=الاختيارية بذلك إلى مقاصة قضائية، فإن القاضى لا يملك فى المقاصة الاختيارية سلطة تقديرية، بل يتعين عليه أن يقضى بوقوعها إذا كانت شروطها متوافرة. وهو يملك هذه السلطة التقديرية فى المقاصة القضائية، كما سنرى. وإذا رفع الدائن على المدين دعوى الدين، وأراد المدين إجراء المقاصة الاختيارية، لم يكن فى حاجة إلى رفع دعوى فرعية كما هو الأمر فى المقاصة القضائية على ما سنرى، بل يكفى أن يقدم إلى المحكمة طلباً بذلك (بودرى وبارد٣ فقرة ١٨٨٦).

(١) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٨٦ ص٢٢٦.

(٢) ديمولومب ٢٨ فقرة ٦٦٤- هيك ٨ فقرة ١٧٢ - بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٨٤- عكس ذلك لاروميير ٥ م١٢٩٣ فقرة ١٤.

(٣) ولا يشترط أن يكون بين الدينين أية رابطة (لاروميير ٥ م١٢٩٣ فقرة ٢٠- ديمولومب ٢٨ فقرة ٦٨٩ - فقرة ٦٩٠ - لوران ١٨ فقرة ٤٨١). ولكن القضاء البلجيكى يشترط وجود رابطة بين الدينين (أنسكلوبيدى داللوز ١ لفظ compensation فقرة ٢٤٠).

وقت إعلان هذه الإرادة، ولما احتاج إلى دعوى عارضة، بل اقتصر على الدفع بوقوع المقاصة الاختيارية، فتحتم على القاضى الحكم بها.

فالمقاصة القضائية تكون إذن فى الأحوال التى لا تتوافر فيها شروط المقاصة القانونية، ويكون الشرط أو الشروط المتخلفة ليست من الشروط التى روعيت فيها مصلحة المدعى عليه وحده وإلا لأمكن لهذا أن ينزل عنها وأن يجرى المقاصة الاختيارية بدلا من الالتجاء إلى المقاصة القضائية الأكثر تعقيداً. ويبدو أن المقاصة القضائية تكون حيث يتخلف من شروط المقاصة القانونية أحد شرطين: الخلو من النزاع ومعلومية المقدار[1]. فتقابل الدينين وصلاحيتهما للمطالبة بهما قضاء وقابليتهما للحجز واستحقاقهما للأداء[2]، كل هذه شروط لابد من توافرها حتى فى المقاصة القضائية، ولا يتصور أى نوع من المقاصة بدونها. كذلك التماثل فى المحل ما بين الدينين لابد منه -حتى فى المقاصة القضائية، فبدون التماثل لا يمكن القاضى أن يستنزل أحد الدينين من الدين الآخر، وليس أمامه إلا أن يقضى بالدينين جميعاً، وهذه ليست مقاصة[3]. فلا يبقى إذن إلا أن يكون الدينان خاليين من النزاع معلومى المقدار وهذان شرطان يمكن أن يتخلف أحدهما أو كلاهما، وهنا يلجأ المدعى عليه إلى المقاصة القضائية[1]، إذا تعذرت عليه المقاصة الاختيارية بأن يكون حسم النزاع فى الدين أو تحديد مقداره متوقفاً على رضاء الطرف الآخر ويأبى هذا أن يتفق معه.

---

(١) ولما كان التقنين المدنى الألمانى يجيز المقاصة القانونية فى الديون غير الحالية من النزاع (انظر آنفاً فقرة ٥٢٦ فى الهامش)، فقد أصبحت المقاصة القضائية ليس لها إلا محل محدود جداً فى هذا التقنين (انظر التعليقات على التقنين المدنى الألمانى جزء أول م٣٨٧ فقرة ٢- فقرة ٣).

(٢) على أن هناك طريقة عملية لمقاصة دين مؤجل فى دين مستحق الأداء، إذا رأى القاضى فى ظروف معينة أن هذه المقاصة عادلة. وسبيله إلى ذلك أن يمنح المدين فى الدين المستحق الأداء نظرة الميسرة، ويجعل النظرة تمتد إلى وقت حلول الأجل فى الحق الذى للمدين على الدائن. فتنقضى نظرة الميسرة فى الدين فى الوقت الذى يحل فيه الأجل فى الحق، فيصبح الدينان مستحقى الأداء، فتقاصان (انظر فى ذلك بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٨٩ - أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ compensation فقرة ٢٤٢).

(٣) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٨٩- بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٩٦- جوسران ٢ فقرة ٩٤٤- دى باج٣ فقرة ٦٦٧- الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص١٠٠- الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٩٦.

(1) متى كانت المقاصة التى انتهى إليها الحكم تنطوى فى حقيقتها على مقاصة قضائية قدرت المحكمة فى سبيل إجرائها كلا من الدينين ومدى المنازعة فيه وأثرها عليه ثم أجرت المقاصة بموجبها بعد ذلك - فانه لا يؤثر فى ذلك ما استطرد إليه الحكم تزيدا من توافر شروط المقاصة القانونية.

(الطعن ٣٥٤ لسنة ٢٣ق - جلسة ١٩٥٨/١/٢ س٩ ص٤٣)

فإذا رفع المدعى دعوى يطالب فيها المدعى عليه بدين معلوم المقدار بموجب سند مكتوب، فادعى المدعى عليه أن له فى ذمة المدعى تعويضاً وطلب المقاصة به فنازع المدعى فى التعويض أو سلم به ولكنه دفع بأنه تعويض لم يقدر، فهنا لا يستطيع المدعى عليه أن يدفع دعوى المدعى، لا بالمقاصة القانونية لأن شروطها لم تتوافر، ولا بالمقاصة الاختيارية لأن الشرط المتخلف لا يستطيع المدعى عليه وحده أن ينزل عنه بل لابد من رضاء المدعى وهو يأبى. فلا يبقى أمام المدعى عليه إلا المقاصة القضائية، يلجأ إليها على الوجه الذى نتولى الآن بيانه[1].

٥٦٠- كيف تجرى المقاصة القضائية وما يترتب عليها من الآثار: لا تكون المقاصة القضائية إلا فى صورة دعوى أمام القضاء، وهى عادة تكون عارضة (demande reconventionnelle) يرفعها المدعى عليه على المدعى يدفع بها الدعوى الأصلية[2]. وقد نصت المادة ١٢٥ من تقنين المرافعات على هذه الدعوى صراحة، إذ تقول: «للمدعى عليه أن يقدم من الطلبات العارضة: (١) طلب المقاصة القضائية ...».

ويطلب المدعى عليه فى هذه الدعوى العارضة من القاضى أن يسقط قصاصاً الدين المطلوب منه فى دين يدعيه على المدعى[1]، بأن يفض النزاع فى خصوص هذا الدين

---

(١) وقد يكون الدين الذى للمدعى هو أيضاً محل نزاع أو غير معلوم المقدار، ومن أجل ذلك رفع به الدعوى. فإذا تنازع شخصان، ورفع كل منهما على الآخر دعوى تعويض، جاز للقاضى أن يجرى المقاصة القضائية بين الطلبين. وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا تطاول كل من طرفى الخصوم على صاحبه بالقذف، وطلب كلاهما من الآخر تعويضاً، جاز للمحكمة الحكم بسقوط حق كل منهما قبل الآخر لتكافؤ السيئات (١٢ مايو سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية٢ ص٥٢).

(٢) ويجوز أن يبادر الطرف صاحب الحق المتنازع فيه أو غير معلوم المقدار إلى رفع دعوى أصلية بحقه، دون أن ينتظر رفع دعوى عليه من الطرف الآخر، وذلك حتى يصل من طريق القضاء إلى حسم النزاع فى حقه أو إلى تحديد مقداره، تمهيداً لإجراء المقاصة. وفى هذه الحالة يحسن به أن يحتاط، فيبادر عند رفع الدعوى إلى توقيع حجز تحت يد نفسه على الدين الذى فى ذمته للطرف الآخر، حتى لا يعمد هذا التصرف فيه، كأن يحوله إلى آخر قبل أن تصبح المقاصة ممكنة (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٩٦).

(1) أ- يشترط لاجراء المقاصة القضائية أن يطلبها صاحب الشأن بدعوى أصلية أو فى صورة طلب عارض. وإذا كان الطاعن لم يتمسك لدى محكمة الموضوع الا باستحقاقه للريع بعد ابطال عقد شرائه للاطيان وعدم خصمه من الثمن المدفوع منه فان الحكم المطعون فيه إذ لم يعمل المقاصة القضائية بين الفائدة التى يرى الطاعن استحقاقه لها وبين الريع المقضى به لا يكون مخالفا للقانون أو مشوبا بالقصور.

(الطعن ٣٨١ لسنة ٣٧ق - جلسة ١٩٧٣/٣/١٥ س٢٤ ص٤٣٠)

(الطعن ٣١٢ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٦٩/٦/١٧ س٢٠ ص٩٩٦) =

= (الطعن ٢١٧ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٨/٢/٢٢ س١٩ س٣٤٥)

(الطعن ١١٠ لسنة ٢٥ق جلسة ١٩٥٩/٦/٢٥ س١٠ ص٥١٩)

ب- يشترط للإدعاء بالمقاصة القضائية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن ترفع به دعوى أصلية أو أن يطلب في صورة طلب عارض يقدمه، وكانت المادة ١٢٣ من قانون المرافعات تشترط لقبول الطلب العارض أن يقدم إلى المحكمة بصحيفة تعلن للخصم قبل يوم الجلسة أو يبدى شفاها في الجلسة في حضور الخصم ويثبت في محضرها، وإذ لا تقبل الطلبات الجديدة في الإستئناف وتحكم المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبولها طبقا لنص الفقرة الأولى من المادة ٢٣٥ من قانون المرافعات ومن ثم لا يجوز إبداء طلبات عارضة في الاستئناف ويكون طلب الطاعن إجراء المقاصة القضائية لأول مرة في مذكرة دفاعه أمام محكمة الدرجة الثانية غير جائز قانوناً.

(الطعن ١٠٤١ لسنة ٤٧ق - جلسة ١٩٨١/٣/٢ س٣٢ ص٧٣٧)

جـ- إذ كان لا يجوز للمدين طلب المقاصة القضائية لأول مرة أمام محكمة الاستئناف على خلاف المقاصة القانونية التي يجوز له طلبها في اية حالة كانت عليها الدعوى - وكانت المقاصة القانونية وعلى ما تقضي به المادة ٣٦٢ من القانون المدني تستلزم في الدين الذى يطلب التقاص به ان يكون خاليا من النزاع - أى محققا لاشك في ثبوته في ذمة المدين ومعلوم المقدار - وان يكون مستحق الأداء وكان الثابت في الدعوى ان الطاعن لم يطلب المقاصة الا أمام محكمة الاستئناف وإذ كان الدين الذى طلب التقاص به ما زال محل نزاع في الدعوى رقم ٤٧٥ لسنة ١٩٧٩ تجارى كلى جنوب القاهرة لم يحسم بعد ومن ثم فلا نعى على الحكم المطعون فيه إن هو اعتبر انه بصدد مقاصة قانونية لم تتوافر شروطها واغفل بحث المقاصة القضائية باعتبارها من قبيل الطلبات الجديدة التى لا تقبل أمام محكمة الاستئناف ولذا يكون ما ورد بسبب الطعن على غير أساس.

(الطعن ٢١٠٧ لسنة ٥٢ق - جلسة ١٩٨٧/١٢/٧)

(الطعن ٩٦ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٤/١٢/١٦ س٣٥ ص٢١٠٣)

د- طلب الطاعن إجراء المقاصة فيما يدعيه من دين بما اشتمل عليه من ثمن انقاض العقار محل النزاع دون تعيين مقدار هذا الدين وخلوه من النزاع إنما ينطوى في حقيقته على مقاصة قضائية، ولما كان يتعين على الطاعن أن يسلك في هذا الطلب سبيل الدعوى العادية أو أن يبديه في صورة طلب عارض أمام محكمة أول درجة إلا أنه تنكبه هذا الطريق الصحيح بإبداء طلب المقاصة القضائية لأول مرة أمام محكمة الاستئناف فإن هذا الطلب يكون غير مقبول باعتباره من الطلبات الجديدة التى لا يجوز إبداؤها لأول مرة أمام محكمة الاستئناف وتقضى المحكمة بعدم قبوله من تلقاء نفسها طبقا لنص الفقرة الأولى من المادة ٢٣٥ من قانون المرافعات، لما كان ما تقدم، فإن الحكم المطعون فيه إذ لم يستجب لدفع الطاعن بالحبس ولطلبه إجراء المقاصة فإنه يكون صحيح النتيجة قانوناً. ومن ثم فلا يجدى الطاعن تعييب الأسباب القانونية للحكم في هذا الخصوص، ذلك بأنه متى كان الحكم المطعون فيه سليماً في نتيجته التي انتهى إليها فإنه لا يبطله ما يكون قد اشتملت عليه أسبابه من أخطاء قانونية إذ لمحكمة النقض أن تصحح هذه الأخطاء بغير أن تنقضه.

(الطعن ٥٧٤ لسنة ٥٧ق - جلسة ١٩٩٠/٦/٢١)

هـ- لما كان الثابت أن الطاعنة قد طلبت أمام محكمة الاستئناف لأول مرة إجراء المقاصة القضائية المنصوص عليها في المادة ١٢٥ من قانون المرافعات، وكان يشترط للادعاء بالمقاصة القضائية - =

الذى يدعيه على المدعى إذا كان الدين متنازعاً فيه، أو أن يعين مقدار هذا الدين إذا لم يكن معلوم المقدار، ثم يجرى المقاصة القضائية بعد ذلك[1].

وللقاضى حرية كاملة فى تقدير هذا الطلب الذى يتقدم به المدعى عليه فى دعواه العارضة. فقد يرى منذ البداية أن هذه الدعوى العارضة ليس لها أساس واضح، فيرفض النظر فيها ويقتصر على النظر فى الدعوى الأصلية، ويبقى للمدعى عليه أن يرفع دعوى مستقلة بما يدعيه من الدين إذا شاء. وقد يرى القاضى أن الدعوى العارضة لها أساس، ولكنها من التعقيد والغموض بحيث تكون فى حاجة إلى تحقيق واسع وإجراءات طويلة من شأنها أن تعطل الفصل فى الدعوى الأصلية، فيرفض هنا أيضاً النظر فيها، مع الدعوى الأصلية، مستبقياً إياها للفصل فيها فيما بعد، أو تاركاً للمدعى عليه أن يرفع بطلبه دعوى مستقلة[2]. وقد يرى القاضى أخيراً أن الدعوى العارضة مما يتيسر البت فيه مع الدعوى

=وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن ترفع به دعوى أصلية أو أن يطلب فى صورة طلب عارض يقدم بصحيفة تعلن إلى الخصم أو يبدى شفاها فى الجلسة فى حضور الخصم ويثبت فى محضرها تطبيقاً لنص المادة ١٢٣ من قانون المرافعات، وكانت الطلبات الجديدة لا تقبل فى الاستئناف وتحكم المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبولها طبقاً لنص الفقرة الأولى من المادة ٢٣٥ من هذا القانون، ومن ثم لا يجوز طلب المقاصة القضائية لأول مرة أمام محكمة الاستئناف وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فى قضائه بعدم قبول طلب الطاعنة المقاصة القضائية فانه يكون قد أصاب صحيح القانون.

(الطعن ١٥٢٧ لسنة ٥٥، ٤٢٠، ٥٧٧ لسنة ٥٨ق – جلسة ١٩٩١/٥/٣٠)

(١) ولا يجوز للمدعى أن يدفع هذه الدعوى العارضة بدعوى عارضة أخرى، إلا إذا كانت الدعوى العارضة الأولى من شأنها إذا نجحت ألا تقتصر على استنفاد الدين الذى له، بل تزيد على هذا الدين فتجعل المدعى مدينا للمدعى عليه (بودرى وبارد٣ فقرة ١٨٩٣ – أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ compensation فقرة ٢٤٣).

(٢) فلا يعطل القاضى دون مقتض الفصل فى الدعوى الأصلية، وبخاصة إذا كان غير مختص بنظر الدعوى العارضة اختصاصاً نوعياً (استئناف مختلط ١٨ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م٢ ص٣٣٧)، أو رأى أن الدعوى العارضة إنما أريد بها تعطيل الدعوى الأصلية: استئناف مختلط ١٥ أبريل سنة ١٨٩٦ م٨ ص٢١٧– ١٦ ديسمبر سنة ١٨٩٧ م١٠ ص٥٢– ٩ فبراير سنة ١٨٩٩ م١١ ص١٢٥– ١١ يناير سنة ١٩٠٠ م١٢ ص٧٥– ١٣ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م١٣ ص٤٧– ٧ مارس سنة ١٩٠٧ م٢٩ ص١٤٠– ٢٧ يناير سنة ١٩٠٩ م٢١ ص١٤٦– ٢ مارس سنة ١٩١٠ م٢٢ ص١٦٦– ٨ ديسمبر سنة ١٩١٠ م٢٣ ص٦٨– ١٠ يونيه سنة ١٩١٤ م٢٦ ص٤١٤– ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٤ م٢٧ ص٥٩– ٥ أبريل سنة ١٩١٦ م٢٨ ص٢٣٥ – ١٧ مايو سنة ١٩١٦ م٢٨ ص٣٣٨– ٢٨ مارس سنة ١٩١٧ م٢٩ ص٣٣٠– ٢٠ مارس سنة ١٩١٩ م٣١ ص٢٢٨– ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م٣٣ ص٦٧– ١١ يونيه سنة ١٩٢١ م٣٣ ص٣٩١– ٤ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م٣٥ ص١١– ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م٣٥ ص٤٣– ١٤ يونيه سنة ١٩٢٨ م٤٠ ص٤٣٢ – ٢ أبريل سنة ١٩٣١ م٤٣ ص٣٢٩– ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م٤٩ ص١. =

الأصلية، فينظر الدعويين معاً[1]، وقد يرفض إحداهما دون الأخرى، أو يرفضهما معاً، أو يقبلهما معاً، بحسب الأدلة التى تقدم بها الخصوم. وإلى كل ذلك تشير المادة ١٢٧ من تقنين المرافعات، إذ تنص على أن «تحكم المحكمة في كل نزاع يتعلق بقبول الطلبات العارضة أو التدخل. ولا يترتب على الطلبات العارضة أو التدخل ارجاء الحكم فى الدعوى الأصلية متى كانت صالحة للحكم فيها. وتحكم المحكمة فى موضوع الطلبات العارضة أو طلبات التدخل مع الدعوى الأصلية كلما أمكن ذلك، وإلا استبقت الطلب العارض أو طلب التدخل للحكم فيه بعد تحقيقه»[2].

فإذا قبل القاضى كلا من الدعوى الأصلية والدعوى العارضة، بعد أن فض النزاع فى شأن الدين الذى يدعيه المدعى عليه فى ذمة المدعى أو بعد أن عين مقداره، فانه يجرى المقاصة القضائية بين الدينين بعد أن أصبحت المقاصة ممكنة. فينقضى الدينان بقدر الأقل منهما[1]، كما فى المقاصة القانونية. فإذا كان دين المدعى هو الأكبر، قضى له بما زاد به دينه. وإذا كان دين المدعى عليه هو الأكبر، قضى للمدعى عليه بالزيادة. وإذا كان الدينان متساويين، قضى بايقاع المقاصة فى كل من الدينين وبانقضائهما معاً.

وحكم القاضى هو الذى ينشئ المقاصة القضائية، ومن ثم لا تقع هذه المقاصة إلا من وقت صدور الحكم بها، لا من وقت رفع الدعوى العارضة، لأن الحكم هنا منشئ

=ولا تقبل دعوى عارضة للمقاصة فى حق ملكية مرفوع به دعوى أصلية: استئناف مختلط ٣١ مارس ١٩٣٦ م٤٨ ص٢٠٤.

(١) وبخاصة إذا كانت الدعوى العارضة مرتبطة بالدعوى الأصلية ارتباطاً وثيقاً، فإن هذا يهيئ جواً مناسباً لقبول النظر فيها، والفصل فى الدعويين معاً لإجراء المقاصة إن كان لها وجه: استئناف مختلط ٢١ فبراير سنة ١٩١٧ م٢٩ ص٣١٠. وأنظر أيضاً: استئناف مختلط ١١ أبريل سنة ١٨٩٥ م٧ ص٢٢١- ٢٣ يناير سنة ١٩٠٧ م٢٩ ص٩٩- ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٣ م٣٥ ص٣٩٩- ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٣٣ م٤٦ ص٢.

(٢) وقد يوقف القاضى الدعوى الأصلية، حتى يترك للمدعى عليه فرصة لتصفية الحق الذى له فى ذمة المدعى، تمهيداً لإجراء المقاصة: استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٨٩٨ م١٠ ص١٩٦- بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٨٨. وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن ليس للدائن الذى دينه معلوم المقدار أن يجرى تنفيذ حكمه، بل يجب عليه الانتظار حتى يصفى الدين الذى لمدينه فتحصل المقاصة (٢١ ديسمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ١٣١ ص١٢٢).

(1) لقاضى الموضوع بالنسبة للدين المتنازع فيه، أن يحدد مقداراً منه هو الحد الأدنى لما يعتبره ثابتاً فى ذمة المدين ويقضى بالمقاصة فى هذا المقدار.

(الطعن ٣٢ لسنة ٣٤ق- جلسة ١٩٦٧/١١/٢١ س١٨ ص١٧٢٠)

وليس كاشفاً. وفى هذا تختلف المقاصة القضائية عن كل من المقاصة القانونية التى تقع من وقت تلاقى الدينين. والمقاصة الاختيارية التى تقع من وقت إعلان الارادة فى إجرائها(١).

ويترتب على إجراء المقاصة القضائية من الآثار ما يترتب على المقاصة القانونية. فينقضى الدينان المتقابلان بقدر الأقل منهما كما بينا. وتنقطع الفوائد وذلك من وقت صدور الحكم بالمقاصة، وتزول التأمينات التى كانت تكفل أيا من الدينين وذلك أيضاً من وقت صدور الحكم، ولكن لا يسرى زوال التأمينات فى حق الغير إلا بالتأشير بذلك فى هامش القيد.

---

(١) لوران ١٨ فقرة ٤٧٦ – هيك ٨ فقرة ١٧٣– بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٩٤ – فقرة ١٨٩٥ – على أن عدداً كبيراً من الفقهاء يذهبون إلى أن المقاصة القضائية كاشفة لا منشئة فتستند إلى وقت رفع الدعوى العارضة (لاروميير٥ م١٢٩٣ فقرة ٢٦– ديمولومب ٢٨ فقرة ٦٩١– أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢٨ ص٣٩٧ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٩٧). ويذهب البعض إلى جعل المقاصة القضائية كاشفة فيما بين الطرفين، ومنشئة بالنسبة إلى الغير ممن كسب حقاً على أحد الدينين (أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ compensation فقرة ٢٣٨).

وكان القضاء المختلط منقسما فى هذه المسألة، فبعض الأحكام تذهب إلى أن المقاصة القضائية كاشفة تستند إلى وقت تلاقى الدينين (استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩١٤ م٢٦ ص٣٨٢– ١١ فبراير سنة ١٩١٥ م٢٧ ص١٥٧)، وأحكام أخرى تذهب إلى أنها منشئة تحدث أثرها وقت صدور الحكم (استئناف مختلط ١٥ مايو سنة ١٩١٣ م٢٥ ص٣٨١– ٢٤ مايو سنة ١٩٣٨ م٥٠ ص٣١٩). وهناك حكم يقضى بأنه إذا كان النزاع فى الدين مما يسهل فضه، وجب اعتبار الدين غير متنازع فيه ويصلح للمقاصة القانونية (استئناف مختلط أول أبريل سنة ١٩٣٧ م٤٩ ص١٧٧). ولعل هذا الحكم هو الذى يرفع التعارض ما بين الأحكام المتقدمة الذكر. فإذا كان النزاع مما يسهل فضه فى يسر وسرعة اعتبر الدين غير متنازع فيه وكانت المقاصة قانونية ترجع إلى يوم تلاقى الدينين، أما إذا كان النزاع لا يسهل فضه اعتبر الدين متنازعاً فيه وكانت المقاصة قضائية تحدث أثرها وقت صدور الحكم النهائى. على أنه يلاحظ – بفرض التسليم أن القاضى فى المقاصة القضائية إنما يقتصر على استكمال شروط المقاصة القانونية، وأنه متى توافرت هذه الشروط وقعت المقاصة بحكم القانون – أن هذه الشروط لا تستكمل فعلا إلا وقت صدور الحكم، فلا تقع المقاصة إلا فى هذا الوقت، سواء اعتبرت مقاصة قضائية أو مقاصة قانونية (قارن الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٩٦ ص٣٧٢).

الفصل الرابع

اتحاد الذمة (*)

(Confusion)

٥٦١- مقارنة بين أتحاد الذمة والمقاصة: يتحقق اتحاد الذمة إذا اجتمع فى شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد(١). فالمفروض إذن أن هناك ديناً واحداً، فورث الدائن المدين أو ورث المدين الدائن، أو تحقق أى سبب قانونى آخر غير الميراث نقل إلى الدائن صفة المدين أو نقل إلى المدين صفة الدائن، فاجتمع بذلك فى شخص أحد طرفى الدين صفتا الدائن والمدين. وتعذر إذن على هذا الشخص أن يمارس حقه، إذ هو دائن ومدين، ولا يستطيع أن يطالب نفسه بالدين. ومن ثم ينقضى الدين، أو فى الصحيح يقف نفاذه، لهذا الضرب من الشلل الذى اعتراه(٢)، كما سنرى.

ويتبين مما تقدم أن هناك فرقاً جوهرياً بين اتحاد الذمة والمقاصة. ففى اتحاد الذمة لا يوجد إلا دين واحد(٣) اجتمع فى أحد طرفيه صفتا الدائن والدين، فوقف نفاذه. أما فى المقاصة فقد رأينا أنه يوجد دينان متقابلان لا دين واحد، ولكن الدائن فى الدين الأول هو

(*) مراجع: مولان (Moulin) شراء الشركة لأسهمها رسالة من باريس سنة ١٩٣١- لاجارد (Lagarde) شراء الشركة لأسهمها - لابيه (Labbé) بحث فى بعض الصعوبات الخاصة بضياع الشئ المستحق وباتحاد الذمة فى القانون الرومانى.

(١) وكما يتحقق اتحاد الذمة (confusion) فى الديون، يتحقق أيضاً فى الحقوق العينية ويسمى بالتجمع أو الإدغام (consolidation). فينتهى حق الارتفاق باجتماع العقار المرتفق به والعقار المرتفق فى يد مالك واحد (١٠٢٦ مدنى). وينتهى حق الرهن الحيازى إذا اجتمع مع حق الملكية فى يد شخص واحد (م١١١٣ مصرى). وينتهى حق الانتفاع إذا اجتمع مع حق الرقبة فى يد شخص واحد، بأن مات صاحب الرقبة وورثه صاحب حق الانتفاع. انظر بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٩٧ ص٢٣٣. وانظر فى القانون المدنى العراقى فى هذه المسألة مقالا للأستاذ ضياء شيت خطاب فى مجلة القضاء ببغداد السنة ١٥ ص٢٠٠ وص٢٠٨- ص٢١١.

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «والواقع أن هذا الأثر أقرب فى حقيقته إلى شل حكم الاستحقاق، وهو المطالبة، منه إلى معنى الانقضاء. فالالتزام يعود إلى الوجود، إذا زال السبب الذى أدى إلى اتحاد الذمة زوالا مستنداً» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٢٩١. وانظر أيضاً ص٢٩٢ - ص٢٩٣).

(٣) قارن المادة ١٣٠٠ من التقنين المدنى الفرنسى وهى تتحدث فى اتحاد الذمة عن دينين خطأ (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٩٧ ص٢٣٤- بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٦٣).

المدين فى الدين الآخر والدائن فى الدين الآخر هو المدين فى الدين الأول. فيوجد إذن فى المقاصة شخصان: دائن هو مدين، ومدين هو دائن. أما فى اتحاد الذمة بعد تحققها فلا يوجد إلا شخص واحد، هو دائن ومدين فى وقت واحد. والمقاصة تقضى الدينين المتقابلين، كما فى الوفاء. أما اتحاد الذمة فلا يقضى الدين الواحد الذى اتحدت الذمة فيه، بل يقف نفاذه(١).

٥٦٢- الاهمية المحدودة لاتحاد الذمة: وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «ليس لاتحاد الذمة حظ موفور من الأهمية من الناحية العملية. وقد أغفله التقنين الألمانى، ولو أنه أقره بطريق ضمنى. ذلك أن واضعى هذا التقنين اعتبروه سبباً طبيعياً لانقضاء الالتزام من حيث هو حتم تقتضيه طبيعة اجتماع صفتى الدائن والمدين فى الشخص الواحد، وانتهوا إلى أن أثره يتفرع لزاماً على جوهر الالتزام ذاته: تعليقات على التقنين الألمانى ١ ص٥٥١)(٢).

وهناك سبب آخر - فى مصر - يجعل اتحاد الذمة محدود الأهمية من الناحية العملية. ذلك أن اتحاد الذمة يتحقق، أكثر ما يتحقق، عن طريق الميراث. وله صورتان: (الصورة الأولى) حيث يرث المدين الدائن، فتكون التركة هى الدائنة للمدين، ويرث المدين هذا الحق الذى للتركة، فتتحد الذمة فى الدين. وهذا صحيح فى مصر، لأن قواعد الفقه الإسلامى - وهى التى تطبق فى الميراث - تقره، فتنتقل إلى الورثة الحقوق التى للتركة. (والصورة الثانية) حيث يرث الدائن المدين، فتكون التركة هى المدينة للدائن، والدائن هو الوارث. وهنا تأبى قواعد الفقه الإسلامى أن تتحد الذمة فى الدين، إذ أن الدائن لا يرث الدين الذى على التركة، فالديون لا تورث، ولا تركة إلا بعد سداد الدين. فتبقى التركة منفصلة عن مال الدائن حتى تسدد دينها لهذا الدائن، ثم يرث الدائن بعد ذلك من التركة ما يبقى بعد سداد الديون، فلا يكون هناك مجال لاتحاد الذمة فى هذه الصورة. وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى: «ورغم أن نصيب هذا النظام من

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٢٩٢- وجاء فى الموجز : «والذى يحدث الشبهة هو أن الشخص الواحد، فى كل من اتحاد الذمة والمقاصة، يصبح دائناً ومديناً. لكن يلاحظ أن الشخص في اتحاد الذمة يصبح دائناً ومديناً فى دين واحد، أما فى المقاصة فإنه يكون دائناً فى دين ومديناً فى دين آخر» (الموجز للمؤلف فقرة ٥٩٤ ص٦١٦).

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٢٩٣- وقد أغفل التقنين الألمانى ذكر سببين لانقضاء الالتزام كان من المألوف ذكرهما منذ عهد القانون الرومانى، وهما التجديد واتحاد الذمة. وكان اتحاد الذمة مذكوراً فى المشروع الأول من التقنين الألمانى، ولكنه حذف فى المشروع الثانى باعتبار أنه أمر تقتضيه طبائع الأشياء، فلا حاجة إلى ذكره (تعليقات على التقنين المدنى الألمانى جزء أول ص٥١١).

الأهمية فى مصر جد ضئيل، إذ أن الشريعة الرسلامية لا تقر أحد تطبيقيه الرئيسيين، فقد أفرد له المشروع مادتين (أدمجتا بعد ذلك فى مادة واحدة)، تناول فى أولاهما تحديد نطاقه، واستظهر فى الثانية معنى الأثر المترتب عليه»[1].

فنبحث إذن فى اتحاد الذمة موضوعين:

(أولا) كيف يتحقق اتحاد الذمة، فنحدد بذلك نطاقه.

(ثانياً) الآثار التى تترتب على اتحاد الذمة.

الفرع الأول
كيف يتحقق اتحاد الذمة

٥٦٣- عن طريق الميراث: أكثر ما يتحقق اتحاد الذمة عن طريق الميراث كما قدمنا. فيكون هناك شخص مدين لآخر، وهو فى الوقت ذاته وارثه. فإذا مات الدائن، أصبحت تركته دائنة للمدين بمبلغ الدين. فإذا فرضنا أن المدين هو الوارث الوحيد للدائن، فانه يرث كل الدين الذى للتركة فى ذمته، فيصبح دائناً فى هذا الدين نفسه، وتجتمع فيه صفتا المدين والدائن، فينقضى الدين أو يقف نفاذه عن طريق اتحاد الذمة. وإذا كان المدين هو أحد وارثين يرث كل منهما النصف، فقد ورث من الدين نصفه، فاتحدت الذمة فى هذا النصف، فانقضى أو وقف نفاذه. أما النصف الآخر من الدين، فيبقى المدين ملتزماً به نحو الوارث الآخر.

وإذا كان الدائن هو الوارث للمدين، ومات المدين، فقد أصبحت تركته مدينة للدائن. وسواء كان الدائن هو الوارث الوحيد للمدين أو هو أحد الورثة، فانه طبقاً لقواعد الشريعة الإسلامية وهى التى تسرى فى الميراث، وإن كان يرث الدين الذى للتركة، لا يرث الدين الذى على التركة. ومن ثم لابد من سداد الدين أولا، فيستوفى الدائن هذا الدين من التركة. وعند ذلك تصبح التركة خالية من الديون، فيرثها الدائن وحده أو مع غيره(1). ومن أجل ذلك لا يتهيأ فى هذه الصورة، كما قدمنا، أن تتحد الذمة فى الدين الذى على

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٢٩١.

(1) اتحاد الذمة لا يتحقق إلا باجتماع صفتى الدائن والمدين فى شخص واحد بالنسبة إلى دين واحد ومن ثم فلا يتحقق اتحاد الذمة إذا ما ورث الدائن المدين إذ تمنع من ذلك أحكام الشريعة الإسلامية التى تحكم الميراث فى هذه الحالة ذلك أنه حيث يرث الدائن المدين فإنه لا يرث الدين الذى على التركة حتى ولو كان هو الوارث الوحيد للمدين لما هو مقرر فى الشريعة الإسلامية من أنه لا تركة إلا بعد سداد الدين مما مقتضاه أن تبقى التركة منفصلة عن مال الوارث الدائن حتى تسدد الديون التى =

التركة. بل يتقاضى الدائن حقه أولا من التركة، فينقضى بطريق الوفاء لا بطريق اتحاد الذمة، ثم يرث الدائن التركة بعد ذلك خالية من الديون(١). وهذا بخلاف القانون الفرنسى، إذ يرث الدائن فى هذه الصورة الدين الذى على التركة إذا كان قد قبل الميراث دون قيد، فتتحد الذمة فى الدين كما فى الصورة الأولى(٢). أما إذا قبل الميراث مع اشتراط الجرد (sous bénéfice d'inventaire)، فانه يصبح فى وضع مماثل لوضع الوارث فى الشريعة الإسلامية، فلا تتحد الذمة، بل يتقاضى الدائن أولا الدين من التركة، ثم يرث التركة بعد تصفيتها من الديون(٣).

٥٦٤- عن طريق الوصية: وقد يتحقق اتحاد الذمة عن طريق الوصية، ويكون الموصى له إما خلفاً عاماً وإما خلفاً خاصاً.

=عليها وبعد ذلك يرث هذا الدائن وحده أو مع غيره من الورثة ما يتبقى من التركة.
(الطعن ٣٤١ لسنة ٣١ق - جلسة ١٩٦٦/٤/١٤ س١٧ ص٨٤٦)
(جلسة ١٩٦٩/٥/١٣ مجموعة احكام النقض السنة ٢٠ ص٧٦٩)

(١) استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م٣٧ ص٦٦.

(٢) وقد جاء فى الموجز: «وإذا كان الفرق بين القانون الفرنسى والشريعة الإسلامية واضحاً فى هذه المسألة، فيتحقق اتحاد الذمة فى القانون الفرنسى ولا يتحقق فى الشريعة الإسلامية، فإن النتيجة واحدة فى الشريعتين. ونوضح ذلك بمثل: تركة المورث قدرها ألفان، وله وارثان لكل منهما النصف، وعليه دين لأحد الوارثين قدره ألف. ففى القانون الفرنسى يرث الوارث الدائن ألفا، ويرث إلى جانب ذلك نصف الدين (أى خمسمائة)، فتتحدد ذمته فى هذا النصف، ويرجع بالنصف الباقى من الدين على الوارث الثانى. فيكون مجموع ما ناله هو الألف التى ورثها والخمسمائة التى رجع بها على الوارث الثانى. وهذا ما يناله أيضاً فى الشريعة الإسلامية، دون أن يكون هناك اتحاد ذمة فى نصف الدين. فإن الوارث فى هذه الشريعة يبدأ باستيفاء حقه من التركة، فينال ألفا باعتباره دائناً، والألف الباقية ينال منها خمسمائة باعتباره وارثاً. لكن يلاحظ أن الوارث فى القانون الفرنسى قد نال ألفاً باعتباره وارثاً وخمسمائة باعتباره دائناً، أما فى الشريعة الإسلامية فقد نال ألفاً باعتباره دائناً وخمسمائة باعتباره وارثاً. وقد يترتب على ذلك بعض النتائج العملية. من ذلك أن الوارث فى الشريعة الإسلامية قد يحرم من الميراث، لقتله المورث مثلا، فيحرم من الخمسمائة التى نالها باعتباره وارثاً، لا من الألف التى نالها باعتباره دائناً. ومن ذلك أيضاً أن الوارث إذا دفع ضريبة على الميراث، بدفع الضريبة باعتبار أن ما ورثه خمسمائة لا ألف» (الموجز للمؤلف فقرة ٥٩٤ ص٦١٦ وهامش رقم ١). وانظر فى هذا المعنى فى القانون المدنى العراقى مقالا للأستاذ ضياء شيت خطاب فى مجلة القضاء ببغداد السنة ١٥ ص٢٠٤- ص٢٠٦.

(٣) وإذا كانت الدولة هى الوارثة لانعدام الوارث، وجب اعتبارها فى وضع الوارث الذى قبل الميراث مع اشتراط الجرد. فتسدد أولا الديون التى على التركة من أموال التركة، وما بقى من هذه الأموال بعد سداد الديون تتملكه الدولة. فإذا كانت الدولة دائنة للتركة، تقاضى أولا الدين الذى لها. فإذا كانت التركة لا تفى بالدين، رجعت بالباقى على الكفلاء (توليه ٧ فقرة ٤٣٤ - ديرانتون ١٢ فقرة ٤٧٩ - لوران ١٨ فقرة ٤٩٣ - بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩٠٢).

فيكون الموصى له خلفاً عاماً إذا أوص الدائن لمدينه بثلث تركته مثلا، فيصبح المدين الموصى له بعد موت الموصى مديناً للتركة بالدين وموصى له بثلث التركة. فينتقل إليه من الدين ثلثه، ويكون مديناً به بحكم المديونية السابقة ودائناً له بحكم الوصية. فتتحد الذمة فى ثلث الدين، ويبقى ثلثاه فى ذمته ديناً للتركة. أما إذا كان المدين هو الذى أوصى للدائن بثلث تركته، فان الدائن الموصى له يكون بعد موت الموصى دائناً للتركة بمبلغ الدين وموصى له بثلث التركة. ويجب، طبقاً لقواعد الشريعة الإسلامية، سداد دين التركة أولا، فيستوفى الدائن منها مبلغ الدين. وينقضى الدين بالوفاء لا باتحاد الذمة، ثم يستولى الدائن بعد ذلك عن طريق الوصية على ثلث التركة خالية من الديون.

ويكون الموصى خلفاً خاصاً إذا أوصى الدائن لمدينه بالدين الذى له فى ذمته. فيكون المدين، بعد موت الدائن، مديناً للتركة بحكم مديونيته السابقة، ودائناً فى نفس الدين بحكم الوصية. فتجتمع فيه صفتا المدين والدائن، وتتحدد الذمة فى الدين. ولا يتصور هنا أن يوصى المدين للدائن بالدين الذى فى ذمته له، إذ هو دين عليه، لا حق له، حتى يوصى به.

٥٦٥- عن طريق التصرف القانونى ما بين الاحياء: وقل أن تجتمع صفتا الدائن والمدين فى الشخص الواحد عن طريق التصرف القانونى ما بين الأحياء. ومع ذلك فهناك مثل أورده المشرع، إذ نص فى الفقرة الأولى من المادة ٤٦٩ مدنى على ما يأتى: «إذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل إلى شخص آخر، فللمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا هو رد إلى المتنازل له الثمن الحقيقى الذى دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع». فهذا دين متنازع فيه فى ذمة المدين للدائن، وقد حوله الدائن بمقابل إلى شخص آخر، فيستطيع المدين أن يحول الصفقة إليه عن طريق رد الثمن والفوائد إلى المحال له. فيصبح المدين، بفضل هذا الاسترداد، دائناً لنفسه، وتتحد الذمة فى الدين. والواقعة التى أدت إلى اتحاد الذمة هنا هى تصرف قانونى ما بين الأحياء، فان استرداد (retait) المدين للدين ينطوى كالشفعة على تصرف قانونى.

والمثل الآخر الذى يورده الفقه عادة لتصرف قانونى ما بين الأحياء يكون سبباً لاتحاد الذمة هو مثل الكمبيالة التى قبلها المسحوب عليه، فأصبح مديناً بقيمتها. وقبل حلول ميعاد استحقاقها يشتريها المسحوب عليه، فتصبح ملكه، ومن ثم يصير دائناً لنفسه. فتجتمع صفتا المدين والدائن، وتتحد الذمة فى الدين. وسبب اتحاد الذمة هنا هو شراء المسحوب له للكمبيالة، وهذا تصرف قانونى ما بين الأحياء[1].

---

(١) لارومبيير ٥ م١٣٠٠ فقرة ٥- بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٩٨ ص٢٣٥.

ويتحقق اتحاد الذمة أيضاً بتصرف قانونى ما بين الأحياء إذا اشترى المستأجر العين المؤجرة، فيصبح =

٥٦٦- كل الديون قابلة للانقضاء باتحاد الذمة: وكل دين قابل لاتحاد الذمة فيه على الوجه الذى بيناه. تستوى فى ذلك كل الديون، أياً كان مصدرها. فسواء كان الدين مصدره عقد أو عمل غير مشروع أو إثراء بلا سبب أو نص فى القانون، فهو قابل لاتحاد الذمة فيه، متى اجتمعت صفتا الدائن والمدين فى شخص واحد. وتستوى أيضاً فى ذلك كل الديون، أياً كان الوصف الذى يلحق بها. فيصح اتحاد الذمة فى الدين البسيط، وفى الدين المضاف إلى أجل، وفى الدين المعلق على شرط واقف، وفى الدين المعلق على شرط فاسخ. إلا إذا لم يتحقق الشرط الواقف، أو تحقق الشرط الفاسخ، فقد زال الدين، وزال معه اتحاد الذمة(١).

ويصح أن تتحد الذمة فى الدين المدنى وفى الدين الطبيعى. ففى الدين الطبيعى. إذا ورث المدين الدائن، فقد اجتمعت صفتا المدين والدائن فيه، فاتحدت الذمة، شأن فى ذلك شأن الدين المدنى(٢). ولا يقال إن فى هذا أثراً جديداً يترتب على الالتزام الطبيعى، فان اتحاد الذمة ليس إلا استجابة لطبائع الأشياء، فيخضع له كل التزام(٣).

الفرع الثانى
الآثار التى تترتب على اتحاد الذمة

٥٦٧- النصوص القانونية: تنص المادة ٣٧٠ من التقنين المدنى على ما يأتى:

=دائناً ومديناً بالأجرة (بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٦٤). لكن إذا كان المستأجر قد رهن حقه الشخصى الثابت بموجب عقد الإيجار قبل أن يشترى العين المؤجرة، فإن شراءه للعين وما استتبعه من اتحاد الذمة - لا يضر بحق الدائن المرتهن (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٣٠ ص٣٦٢- بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٧٠).

ومن الأمثلة على تحقق اتحاد الذمة بتصرف قانونى ما بين الأحياء، ما قضت به محكمة استئناف مصر من أنه إذا حصل البيع للمسئول عن الضمان، اتحدت ذمته بهذا البيع باجتماع صفتى دائن بحق الضمان ومدين به فى شخصه (٨ يناير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٥٥٥ ص١١١٥).

ويمكن اعتبار بيع الدين ممن عليه الدين، فى الفقه الإسلامى، إذا لم يكن وفاء بمقابل، مثلا لتحقق اتحاد الذمة بتصرف قانونى ما بين الأحياء، هو عقد البيع. فالمدين قد اشترى الدين الذى فى ذمته من دائنه، فأصبح دائناً ومديناً فى وقت واحد، وتتحد الذمة فى الدين.

(١) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٣٠ ص٣٦-.

(٢) أما إذا ورث الدائن المدين، فقد رأينا أن قواعد الشريعة الإسلامية تمنع من اتحاد الذمة.

(٣) انظر فى ذلك بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٩٩.

«١- إذا اجتمع فى شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد، انقضى هذا الدين بالقدر الذى اتحدت فيه الذمة».

«٢- فإذا زال السبب الذى أدى إلى اتحاد الذمة، وكان لزواله أثر رجعى، عاد الدين إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة إلى ذوى الشأن جميعا، ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن»(١).

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادتين ٢٦٦/٢٠٢ و٢٦٧/٢٠٣(٢).

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٦٨ - وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٥٧ - وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٤١٨-٤١٩- وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣٣٧(٣).

---

(١) **تاريخ النص**: ورد هذا النص فى المادتين ٥٠٨ و٥٠٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: م٥٠٨- إذا اجتمعت فى شخص واحد صفة الدائن والمدين، انقضى الالتزام لاتحاد الذمة، وبالقدر الذى اتحدت فيه - م٥٠٩- إذا زال السبب الذى أدى لاتحاد الذمة وكان لزواله أثر رجعى، عاد الالتزام إلى الوجود هو وملحقاته، بالنسبة لذوى الشأن جميعاً، ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن. وفى لجنة المراجعة أدمجت المادتان فى مادة واحدة، وأجريت تعديلات فى الفقرة الأولى تجعل التمييز بين المقاصة واتحاد الذمة واضحاً، وأبدلت كلمة الالتزام فى الفقرة الثانية بكلمة الدين لتنسيق الصياغة، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، وأصبح رقمه ٣٨٣ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٧٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٢٩٢ - ص٢٩٣).

(٢) **التقنين المدنى السابق** م٢٦٦/٢٠٢: اتحاد الذمة هو عبارة عن اجتماع صفتى دائن ومدين فى شخص واحد بدين واحد، ويترتب على ذلك زوال الصفتين المذكورتين بمقابلة أحداهما للأخرى.

م٢٦٧/٢٠٣: اتحاد الذمة يبرئ الكفلاء فى الدين، ولا يخلى المدينين المتضامنين إلا بقدر ما يخص من اتحدت فيه الذمة من الدين.

وأحكام التقنين السابق متفقة مع أحكام التقنين الجديد. وإذا لم يوجد مقابل فى التقنين الجديد للمادة ٢٦٧/٢٠٣ من التقنين السابق إلا فيما يتعلق بالتضامن، فإن النص كله ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة فالعمل بأحكامه ليس فى حاجة إلى نص: انظر الموجز للمؤلف فقرة ٥٩٤- فقرة ٥٩٥- الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٨٢٤ - فقرة ٨٢٥).

(٣) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى م٣٦٨ (مطابقة للمادة ٣٧٠ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى الليبى م٣٥٧ (مطابقة للمادة ٣٧٠ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى العراقى م٤١٨: فى الدين الواحد، إذا اجتمع فى شخص واحد صفتا الدائن والمدين، انقضى الدين لاتحاد الذمة بالقدر الذى اتحدت فيه.

م٤١٩: إذا زال السبب الذى أدى إلى اتحاد الذمة، وكان لزواله أثر رجعى، عاد الالتزام إلى الوجود =

ويخلص من هذا النص أنه يجب التمييز، فى الآثار التى تترتب على اتحاد الذمة، بين فرضين:

(١) الآثار التى تترتب على اتحاد الذمة ما دام السبب الذى أدى إليه قائماً. (٢) ما يترتب من الأثر على زوال السبب الذى أدى إلى اتحاد الذمة بأثر رجعى.

المبحث الأول

الآثار التى تترتب على اتحاد الذمة ما بقى السبب الذى أدى إليه قائما

٥٦٨- كيف ينقضى الدين باتحاد الذمة: تنص الفقرة الأولى من المادة ٣٧٠ مدنى، كما رأينا، على أنه إذا تحقق اتحاد الذمة فى الدين «انقضى هذا الدين بالقدر الذى اتحدت فيه الذمة». فالدين إذن ينقضى باتحاد الذمة، وبالقدر الذى اتحدت فيه الذمة(1). فان كان

=هو وملحقاته بالنسبة لذوى الشأن جميعاً، ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن. (وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المصرى - وانظر فى اتحاد الذمة فى القانون المدنى العراقى مقالا للأستاذ ضياء شيت خطاب فى مجلة القضاء ببغداد السنة ١٥ ص٢٠٠- ص٢١٣.

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٣٣٧: عندما تجتمع الصفتان المتعارضتان، صفة الدائن وصفة المديون، فى موجب واحد وفى شخص واحد، ينشأ عن اجتماعهما اتحاد يسقط الموجب على نسبة هذا الاتحاد. وإذا زال سبب الاتحاد، وكان لزواله مفعول رجعى، عاد الدين مع كل ملحقاته بالنظر إلى الجميع، وعد اتحاد الذمة كأنه لم يحصل قط.

(وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المصرى).

(1) أ- إذا اعتبرت المادة الرابعة من القانون ٢٤٤ لسنة ١٩٦٠ الشركة المدمج فيها أن الشركة الناتجة عن الاندماج خلفا عاما للشركات المندمجة وتحل محلها حلولا قانونيا فيما لها وما عليها، فانه يترتب على الإدماج - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - أن تنمحى شخصية الشركة المدمجة وتؤول إلى الشركة الدامجة وحدها جميع الحقوق والالتزامات الخاصة بالشركة الأولى بعد انقضائها. وإذا كان الثابت أنه قد اجتمعت فى شخص الشركة الجديدة صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين البنك - الطاعن - فانه ينقضى بالقدر الذى اتحدت فيه الذمة على ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٣٧٠ من القانون المدنى.

(الطعن ٧٦ لسنة ٣٦ق - جلسة ١٩٧٠/٥/٢١ س٢١ ص٨٨٠)

ب- اتحاد الذمة يقتضى وجود التزام واحد يخلف أحد طرفيه الطرف الآخر فيه. فيترتب على اجتماع صفتى الدائن والمدين فى ذات الشخص انقضاء الدين. ومن ثم فإن اجتماع صفتى المستأجر والمشترى للعين المؤجرة فى شخص واحد لا تقوم به حالة اتحاد الذمة بالنسبة لعقد الإيجار فينقضى بها إلا إذا كان قد ترتب على الشراء حلول المشترى محل المؤجر فى هذا العقد بالذات، لأنه بذلك تجتمع فى المشترى بالنسبة لهذا العقد صفتا المستأجر والمؤجر. أما إذا كان شراء المطعون عليه (المستأجر من =

المدين الوارث، فى الأمثلة التى قدمناها، لم يرث إلا نصف الدين، فان هذا النصف وحده هو الذى ينقضى باتحاد الذمة كما سبق القول. وانقضاء الدين باتحاد الذمة غير انقضائه بالوفاء أو بالتجديد أو بالمقاصة. ففى هذه الحالات الأخيرة ينقضى الدين حقيقة، ولا يعود له وجود. أما انقضاء الدين عن طريق اتحاد الذمة فليس بانقضاء حقيقى، بل إن الدين يقف نفاذه، كما قدمنا، لارتطامه بعقبة طبيعية تجعل هذا النفاذ مستحيلا. فقد اتحدت صفتا الدائن والمدين فى شخص واحد، وأصبح من المستحيل أن يطالب الشخص نفسه بالدين، ومن ثم يقف نفاذ الدين من ناحية المطالبة وحدها[1]. ولكن الدين، وهو موقوف

=الباطن) وأخوته من المالكة الأصلية العين المؤجرة منها للطاعن (المستأجر الأصلى) قد ترتب عليه حلولهم محل المالكة الأصلية فى الأجارة الصادرة منها إلى الطاعن، دون حلولهم محل الطاعن فى الاجارة الصادرة منه إلى المطعون عليه، فإن هذا الشراء لا تنشأ عنه حالة اتحاد ذمة تنتهى بها الاجارة الصادرة من الطاعن للمطعون عليه لأنه لم يكن من مؤداه اجتماع صفتى المستأجر والمؤجر فى هذه الاجارة بذاتها فى شخص المشترى. ومن أجل ذلك تبقى هذه الاجارة قائمة أو كانت ملكية العين المؤجرة جميعها قد انتقلت إلى المستأجر من الباطن، وليس ثمة ما يمنع قانونا من أن يكون المستأجر هو المالك وإذا كان الحكم المطعون فيه لم يلتزم هذا النظر واعتبر عقد الإيجار من الباطن قد انفسخ بالنسبة إلى ثلث العين المؤجرة استنادا إلى قيام حالة اتحاد الذمة بشراء المطعون عليه ثلث العين المؤجرة فإنه يكون قد خالف القانون.

(الطعن ٢٨ لسنة ٢٨ق- جلسة ١٩٦٣/٣/٢٨ س١٤ ص٣٩٨)

(الطعنان رقما ٣٧٤٠ لسنة ٥٩ق، ١٥٧ لسنة ٦٠ق- جلسة ٤/٧/ ١٩٩٤)

(الطعن رقم ٢٨١ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٨٢/١/١١)

(جلسة ٦٣/٦/٢٧ س١٤ ص٩٢٨)

جـ- شراء المستأجر للعين المؤجرة بعقد عرفى لا ينقل إليه ملكيتها ولا يحل به محل المؤجر فلا تقوم به حالة اتحاد الذمة فى مواجهة من انتقلت إليه ملكية العين المؤجرة.

(الطعن رقم ٤٣٢٩ لسنة ٦٤ق- جلسة ١٩٩٦/٢/٢٧)

(جلسة ١٩٩٢/١/٢٩ الطعنان رقما ٢٦-٢، ٢٦٨٩ لسنة ٦٠ق س٤٣ ع١ ص٢٥٥)

(جلسة ١٩٨٨/١/٦ الطعن رقم ٨٢٨ لسنة ٥٠ق)

(جلسة ١٩٨٢/٥/٥ الطعن رقم ٢٢١ لسنة ٤٧ق س٣٣ ع١ ص٤٨٤)

(جلسة ١٩٧٧/٣/٣٠ الطعن رقم ٦٠١ لسنة ٤٣ق س٢٨ ع١ ص٨٧٧)

(١) الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٩٨ ص٣٧٣- وقارن الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص٢٩٨- ص٣٠٠.

ويذهب بيدان ولاجارد إلى أن اتحاد الذمة يقضى الدين قضاء تاماً على النحو الذى يقضى به الوفاء الدين، ويستعرضان الأحوال المختلفة لاتحاد الذمة، ويستظهران فى كل منها أن الدين قد انقضى ولم يقتصر الأمر فيه على أنه وقف نفاذه (بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٧١- فقرة ١٠٧٦- انظر الأستاذ عبد الحى حجازى ٢ ص٢٩٣- ص٣٠٠ والأستاذ ضياء شيت خطاب مجلة القضاء ببغداد السنة ١٥ ص٢٠٢- ٢٠٣- فى مناقشة الرأيين، مجرد وقف النفاذ والانقضاء التام). =

على هذا النحو، يبقى مع ذلك معتداً به من نواح أخرى(١).

٥٦٩- نواح يبقى فيها الدين المنقضى باتحاد الذمة معتدا به - حساب الدين فى نصاب الوصية: فإذا اعتبر الدين باتحاد الذمة منقضياً - أو موقوفاً - من ناحية المطالبة به، فهناك نواح أخرى غير المطالبة يعتد فيها بالدين. من ذلك حساب نصاب الوصية. فإذا مات الدائن وورثه المدين، وكانت قيمة الدين ألفاً وخمسمائة مثلا، فان الدين يعتبر منقضياً من ناحية المطالبة، فلا يستطيع المدين، وقد ورث الدين فأصبح دائناً، أن يطالب به نفسه. ولكن الدين يعتد به إذا ترك الدائن وصية، وأريدت معرفة ما إذا كانت هذه الوصية لا تجاوز النصاب حتى تكون صحيحة. فيجب اعتبار الدين الذى انقضى باتحاد الذمة قائما فى حساب هذا النصاب. فلو كانت التركة بغير الدين ثلاثة آلاف، وجب لحساب الثلث الذى تجوز فيه الوصية، أن تضاف قيمة الدين وهى ألف وخمسمائة إلى ثلاثة آلاف، فتكون قيمة التركة كلها أربعة آلاف وخمسمائة، ويكون ثلثها الجائز الإيصاء به هو ألف وخمسمائة. أما إذا اعتبرنا الدين منقضياً باتحاد الذمة من جميع النواحى، وجب حساب قيمة التركة ثلاثة آلاف لا أربعة آلاف وخمسمائة، ولكان ثلثها ألفاً، وليس ألفاً وخمسمائة كما هو الحساب الصحيح(٢).

=ويذهب بلانيول وريبير وبولانجيه إلى أن التمييز فى الالتزام بين عنصر المسئولية وعنصر المديونية قد يكون نافعاً هنا، فاتحاد الذمة يقضى المطالبة أو المسئولية (Haftung)، ويستبقى المديونية (Schuld): بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٠٠٩.

(١) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٣٠ ص٣٦٠- بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩٠٥- بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٠ ص٧١١- واتحاد الذمة كالمقاصة واقعة مادية، هى واقعة اجتماع صفتى الدائن والمدين فى الدين الواحد فى شخص واحد. وقد رأينا أن المقاصة هى أيضاً واقعة مادية، إذ هى واقعة تلاقى دينين متقابلين توافرت فيهما شروط خاصة. أما المقاصة فى القوانين الجرمانية فهى تصرف قانونى لا واقعة مادية، كما سبق القول، وهى من هذه الناحية كالوفاء والوفاء بمقابل والتجديد، فهذه كلها تصرفات قانونية. وهى تصرفات قانونية تصدر من الجانبين، إلا الوفاء عن طريق العرض الحقيقى والمقاصة فى القوانين الجرمانية فهما تصرفان قانونيان يصدران من جانب واحد.

(٢) ديمولومب ٢٨ فقرة ٧١٨- فقرة ٧١٩ - هيك ٨ فقرة ١٧٧ - لوران ١٨ فقرة ٤٨٨- أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٣٠ ص٣٦١- بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩٠٦- بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٠ ص٧١١ - دى باج ٣ فقرة ٦٩٥ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٥٧٨ ص٤٠٢ - الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٩٨ . الموجز للمؤلف فقرة ٥٩٥.

وكذلك يحسب الدين الذين انقضى باتحاد الذمة ضمن التركة، فى تقدير قيمتها لحساب ما يجب عليها من الضرائب (بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٦٦ ص١٣٥).

ويقول بلانيول وريبير وبولانجيه إن اعتبار الدين المنقضى باتحاد الذمة قائما، لتقدير نصاب الوصية ولتقدير الضريبة، يمكن تفسيره بأن التركة تقدر قيمتها باعتبار العناصر الموجودة وقت الموت، واتحاد الذمة لا يتحقق إلا بعد ذلك (بلانيول وريبير وبولانجيه٢ فقرة ٢٠٠٧).

٥٧٠– الاعتداد بالدين عند اتحاد ذمة الكفيل والدائن: وإذا مات الدائن وورثة الكفيل، فاتحاد الذمة ما بين الدائن والكفيل إذا كان يقضى التزام الكفيل، فليس ينقضى على النحو الذى ينقضى به لو أن الكفيل وفى للدائن. فان الكفيل إذا وفى الدين للدائن، ينقضى الدين، وتبرأ ذمة المدين الأصلى، ويرجع الكفيل على المدين الأصلى بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول. أما إذا ورث الكفيل الدائن، فاتحدت الذمة وانقضت الكفالة، لم ينقض الدين الأصلى، ويطالب الكفيل الذى أصبح دائناً المدين بهذا الدين ذاته.

وإذا اتحدت ذمة المدين الأصلى والدائن، فان الدين ينقضى باتحاد الذمة، وتبرأ بذلك ذمة الكفيل. ذلك أن المدين الأصلى – وقد أصبح باتحاد الذمة دائناً – إذا حاول أن يرجع باعتبار أنه دائن على الكفيل، فان الكفيل يرجع عليه باعتباره مديناً، فيشمل هذا الرجوع الأخير الرجوع الأول. وقد كانت المادة ٢٦٧/٢٠٣ من التقنين المدنى السابق تقضى بأن اتحاد ذمة الدائن والمدين الأصلى يبرئ ذمة الكفلاء[١].

٥٧١– الاعتداد بالدين عند اتحاد ذمة الكفيل والمدين الأصلى: وإذا ورث الكفيل المدين الأصلى، فاتحدت الذمة وانقضت الكفالة، فان انقضاء التزام الكفيل على هذا النحو لا يكون إلا من حيث المطالبة، بمعنى أنه إذا أدى الكفيل باعتباره كفيلا الدين للدائن، لم يستطع – وقد أصبح مديناً أصلياً بالميراث وذلك فى القانون الفرنسى دون القانون المصرى – الرجوع على نفسه. ولكن التزامه ككفيل يبقى مع ذلك معتداً به فى غير هذه المطالبة. ويترتب على ذلك أنه إذا كان لهذا الكفيل كفيل، فان التزام كفيل الكفيل يبقى قائماً مستنداً إلى التزام الكفيل بالرغم من انقضاء هذا الالتزام الأخير باتحاد الذمة. فيجوز للدائن، فى هذه الحالة، إذا لم يستطع استيفاء حقه من الكفيل الذى أصبح فى الوقت ذاته مديناً أصلياً، أن يرجع على كفيل الكفيل. ولهذا الأخير، إذا وفى الدين، أن يرجع على الكفيل بما وفاه للدائن بالرغم من اتحاد ذمة الكفيل والمدين الأصلى. وقد نصت المادة ٢٠٣٥ من التقنين المدنى الفرنسى صراحة على هذا الحكم، إذ تقول: «اتحاد الذمة الذى يتحقق بين شخص المدين الأصلى وكفيله، عندما يرث أحدهما الآخر، لا يقضى دعوى الدائن ضد من كفل الكفيل»[٢].

---

(١) انظر أيضاً المادة ١/١٣٠١ من التقنين المدنى الفرنسى. وانظر فى القانون المدنى العراقى مقال الأستاذ ضياء شيت خطاب فى مجلة القضاء ببغداد السنة ١٥ ص٢٠٨.

(٢) وهذا هو النص فى أصله الفرنسى: Art. 2035: La confusion qui s'opère dans la personne du débiteur principal et de sa caution, lorsqu'ils deviennent héritiers l'un de l'autre, n'éteint point l'action du créancier contre celui qui s'est rendu caution de la caution.
=

وإذا كفل الكفيل مدينين متضامنين متعددين وورث أحدهم، فصار فى القانون الفرنسى كفيلا ومديناً متضامناً فى وقت واحد، فان وفى الدين باعتباره كفيلا، رجع على أى من المدينين المتضامنين الآخرين بالدين بعد استنزال حصة مورثه. أما إذا وفاه باعتباره مديناً متضامناً، لم يستطع الرجوع على باقى المدينين المتضامنين الا بقدر حصة كل منهم فى الدين[1].

٥٧٢- الاعتداد بالدين عند اتحاد ذمة أحد المدينين المتضامنين والدائن: رأينا، عند الكلام فى التضامن، أن المادة ٢٨٨ مدنى تنص على أنه «إذا اتحدت الذمة بين الدائن وأحد مدينيه المتضامنين، فان الدين لا ينقضى بالنسبة إلى باقى المدينين إلا بقدر حصة المدين الذى اتحدت ذمته مع الدائن[2]». فإذا ورث أحد المدينين المتضامنين الدائن، فان الدين ينقضى باتحاد الذمة، ولكنه لا ينقضى على هذا النحو الذى ينقضى به فيما إذا وفى المدين المتضامن الدين للدائن. فان المدين المتضامن، إذا وفى الدين الدائن، رجع على باقى المدينين المتضامنين كل بقدر حصته فى الدين. أما إذا ورث المدين المتضامن الدائن، فالدين لا ينقضى إلا بقدر ما يقتضيه اتحاد الذمة، إذ أن حصة المدين المتضامن فى الدين هى وحدها التى تنقضى، لأن المدين المتضامن قد أصبح دائناً بهذه الحصة لنفسه. والباقى من الدين، بعد استنزال هذه الحصة، يرجع به المدين المتضامن - الذى أصبح دائناً بالميراث - على أى من المدينين المتضامنين الباقين[3].

وقد رأينا كذلك، فى التضامن الإيجابى، أنه إذا ورث المدين أحد الدائنين المتضامنين، فان اتحاد الذمة لا يقضى من الدين إلا بقدر حصة هذا الدائن المتضامن[4]. ذلك أن المدين يصبح دائناً متضامناً، ولو استوفى الدين كله بهذه الصفة لرجع عليه باقى الدائنين بحصصهم، فلا يبقى فى يده إلا حصته. فهذه الحصة وحدها هى التى يصبح فيها دائناً

= انظر ديمولومب ٢٨ فقرة ٧٣٥- بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩١٠ ص٢٤٣ - ص٢٤٤- وقارن بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠١ ص٧١٣ هامش رقم ١.

وإذا كان الكفيل - الذى أصبح مديناً أصلياً على النحو المتقدم - قد قدم رهناً لتأمين الدين، فإن اتحاد الذمة لا يكون من شأنه أن يقضى هذا الرهن (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩١٠).

(١) ديرانتون ١٢ فقرة ٤٧٧- لاروميير ٥ م١٣٠١ فقرة ١٤- بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩١١.

(٢) انظر أيضاً المادة ٢٦٧/٢٠٣ من التقنين المدنى السابق.

(٣) وغنى عن البيان أن المدين المتضامن، الذى أصبح دائناً بالميراث، يستطيع أن يعتبر نفسه مديناً وفى دينه بطريق اتحاد الذمة، لا دائناً استوفى حقه بهذا الطريق. ولكنه، على الاعتبار الأول، لا يرجع على المدينين الآخرين إلا بقدر حصة كل منهم. فهو يؤثر بطبيعة الحال الاعتبار الآخر، حيث يستطيع أن يطالب أياً من المدينين الآخرين بالدين بعد أن يستنزل حصته هو (انظر فقرة ١٩٢).

(٤) انظر آنفاً فقرة ١٤٠.

ومديناً في وقت واحد، فتتحد فيها الذمة. ويستطيع بعد ذلك أى من الدائنين المتضامنين الآخرين أن يرجع على المدين بالباقى من الدين[1].

المبحث الثانى

ما يترتب من أثر

على زوال السبب الذى أدى إلى اتحاد الذمة بأثر رجعى

٥٧٣- عودة الدين إلى الظهور: وكل ما قدمناه هو أثر اتحاد الذمة إذا بقى سببه قائماً. فيبقى الدين معتداً به من بعض النواحى، ويقف نفاذه من ناحية المطالبة، إذ تصبح مستحيلة باجتماع صفتى الدائن والمدين فى شخص واحد.

فإذا زال بأثر رجعى السبب الذى أدى إلى اتحاد الذمة، اعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن، وعاد الدين إلى الظهور والنفاذ بعد أن كان موقوفاً من ناحية المطالبة. ويعود الدين بمقوماته الأصلية، فيرجع ديناً مدنياً أو تجارياً، منتجاً لفوائد أو غير منتج لها، مشمولا بسند تنفيذى أو غير مشمول به، بحسب الأحوال. وتعود أيضاً التأمينات التى كانت تكفله، وذلك بالنسبة إلى ذوى الشأن جميعاً، من كفيل شخصى وكفيل عينى ورهن وغير ذلك.

---

(١) أما إذا ورث أحد المدينين المتضامنين مديناً متضامناً آخر، فلا محل هنا لاتحاد الذمة، بل يرجع الدائن على هذا المدين بصفته الأصلية، أو بصفته وارثاً للمدين المتضامن الآخر بما قد يكون هناك من تأمينات. وله أن يرجع عليه بالصفتين معاً، ليطالبه بحصتين من الدين بدلا من حصة واحدة (توليه ٧ فقرة ٤٣٣- ديمولومب ٢٨ فقرة ٧٣٧- بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩١٣).

ومما يدل على أن اتحاد الذمة يقف نفاذ الحق دون أن يقضيه أن الحائز للعقار المرهون إذا دفع ثمنه للدائن المرتهن المتقدم فى المرتبة، وحل محله فى الرهن، أصبح فى دعوى الرهن دائناً ومديناً فى وقت واحد، فتتحد فيها الذمة. على أن هذا لا يعنى أن حق الرهن المتقدم قد انقضى، وكل ما يعنيه أن الحائز لا يستطيع استعمال هذا الحق ضد نفسه، ولكنه يستطيع أن يستعمله ضد الدائن المتأخر فى المرتبة، إذا أراد هذا الدائن التنفيذ على العقار، فيتقدم الحائز على الدائن المتأخر فى المرتبة بفضل حق الرهن المتقدم. وهذا يدل على أن حق الرهن المتقدم لم ينقض باتحاد الذمة، بل وقف نفاذه حيث تعذر استعماله، فلما أمكن استعماله عاد إلى الظهور والنفاذ (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٠ ص٧١٢). كذلك مستأجر العقار - وتعطيه قوانين الإيجار الاستثنائية حق مدى الإيجار بعد انقضائه - إذا اشترى العقار، فوقف باتحاد الذمة حقه كمستأجر، يعود حقه إلى الظهور رغم اتحاد الذمة ضد شخص حصل على وعد بإيجار العقار له بعد انتهاء الإيجار الأول (بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٧٠ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٠ ص٧١٢- كولان وكاپيتان ٢ فقرة ٥٧٨ ص٤٠٢ - جوسران ٢ فقرة ٩٤٧ ص٥٠٣- أنسيكلوپيدى داللوز ١ لفظ confusion فقرة ٣٢).

مثل ذلك أن يكون السبب الذى أدى إلى اتحاد الذمة وصية، فأوصى الدائن بالدين للمدين، ومات الدائن فاتحدت الذمة فى الدين. ثم تبين بعد ذلك أن الوصية قابلة للإبطال، فأبطلت؛ وزال بأثر رجعى هذا السبب الذى أدى إلى اتحاد الذمة. عند ذلك يعود الدين فى ذمة المدين للتركة، ويعود كما كان بصفاته ودفوعه وتأميناته، ويرجع الكفيل – شخصياً كان أو عينياً – ملتزماً بالكفالة. وتطالب التركة المدين بالدين، بعد أن كانت قد كفت عن المطالبة بسبب اتحاد الذمة(١).

ومثل ذلك أن يقبل الكمبيالة المسحوب عليه، ويشتريها بعد ذلك بعقد قابل للإبطال، ثم يبطل العقد. ومثل ذلك أيضاً أن يشترط المستأجر العين المؤجرة بعقد قابل للإبطال، ثم يبطل العقد. ومثل ذلك أخيراً أن يتخلص المدين من دين متنازع فيه بدفعه الثمن والفوائد، ثم يتبين بعد ذلك أنه كان قاصراً وقت تخلصه، فيبطل التصرف. فى هذه الأحوال جميعاً يعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن بعد أن زال سببه بأثر رجعى، ويعود الدين إلى الظهور والنفاذ بصفاته ودفوعه وتأميناته(٢)(1).

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٢٩٣– أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٣٠ ص٣٦٢ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٠ ص٧١٢– على أنه إذا عاد الدين كما كان، فإن التقادم الذى كان سارياً ضده يعتبر موقوفاً باتحاد الذمة، ولا يعود إلى السريان إلا بعد زوال اتحاد الذمة (أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ confusion فقرة ٤٩).

(٢) أما إذا كان الالتزام نفسه الذى اتحدت الذمة فيه معلقاً على شرط فاسخ أو واقف، ثم تحقق الشرط الفاسخ أو لم يتحقق الشرط الواقف، فإن اتحاد الذمة يعتبر كأن يكن، لا لأن سببه قد زال بأثر رجعى، بل لأنه تبين أن الالتزام الذى اتحدت الذمة فيه غير موجود أصلا، وغير الموجود لا تتحد فيه الذمة.

(1) أ– مؤدى النص فى المادة ٣٧٠ من القانون المدنى على أنه إذا اجتمع فى شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد انقضى هذا الدين بالقدر الذى اتحدت فيه الذمة فإذا زال السبب الذى أدى إلى اتحاد الذمة وكان لزواله أثر رجعى عاد الدين إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة إلى ذوى الشأن جميعا ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن وان شراء المستأجر العين المؤجرة من المؤجر وانتقال الملكية إليه هو صورة من صور انتهاء الايجار باتحاد الذمة ولكن بمجرد وقوع البيع ذلك لأن المستأجر بشرائه العين حل محل المؤجر فأجتمعت له فيه صفتا المؤجر والمستأجر مما مؤداه انقضاء عقد الايجار باتحاد الذمة بما لازمه أنه بزوال سبب اتحاد الذمة كالقضاء بفسخ عقد البيع وبما للحكم بالفسخ من أثر رجعى وعودة المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد عملا بالمادة ١٦٠ من القانون المدنى أنه تعود العلاقة الايجارية التى كانت قائمة بينهما قبل انعقاد عقد البيع بحيث يعود المشترى مستأجرا والبائع مؤجرا لاستعادته صفة المالك، أى تترتب التزامات عقد الايجار بمقوماته الأصلية بينهما.
(الطعنان رقما ٢٦٨٩، ٢٦٠٦ لسنة ٦٠ق – جلسة ١٩٩٢/١/٢٩)

ب– زوال سبب اتحاد الذمة كالقضاء ببطلان عقد البيع وبما للحكم بتقرير البطلان من أثر رجعى وإعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد عملاً بالمادة ١/١٤٢ من القانون المدنى لازمه أن تعود العلاقة الايجارية التى كانت قائمة بين الطرفين قبل انعقاد عقد البيع بحيث يعود =

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٧٠ مدنى، كما رأينا، على هذه الأحكام، إذ تقول: «وإذا زال السبب الذى أدى إلى اتحاد الذمة، وكان لزواله أثر رجعى، عاد الدين إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة إلى ذوى الشأن جميعاً، ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن».

٥٧٤- زوال السبب الذى أدى إلى اتحاد الذمة بأثر غير رجعى: وقد يزول بأثر غير رجعى السبب الذى أدى إلى اتحاد الذمة. ويمكن تصور ذلك إذا ورث المدين الدائن، فاتحدت الذمة فى الدين، ثم اتفق الوارث، باعتباره دائناً، مع شخص آخر فحول الدين له[١]. ففى هذه الحالة يعود الدين إلى الظهور فى ذمة الوارث باعتباره مديناً ويصبح المحال له دائناً للوارث[٢].

ولكن لا يضار الغير بعودة الدين على هذا الوجه. ففى المثل الذى نحن بصدده، إذا كان للدين كفيل شخصى أو عينى، وبرئت ذمة هذا الكفيل باتحاد الذمة، ثم عاد الدين بعد أن زال بأثر غير رجعى السبب الذى أدى إلى اتحاد الذمة، فان الكفالة لا تعود، ولا يستطيع المحال له أن يرجع على الكفيل، لأن الكفيل من الغير فى الاتفاق الذى تم بين المحال له والوارث، وقد برئت ذمته من الكفالة كما قدمنا، فلا يضار بسبب اتفاق لم يكن هو طرفاً فيه[٣].

=المشترى مستأجراً والبائع مؤجراً وتترتب التزامات عقد الايجار بمقوماته الأصلية بينهما.

(الطعن رقم ٨٠١٤ لسنة ٦٥ق - جلسة ١٩٩٦/٦/٣٠)

(الطعن رقم ١٤٦٢ لسنة ٦١ق - جلسة ١٩٩٥/١٢/١٠)

جـ- النص فى المادة ٣٧٠ من القانون المدنى على أنه «إذا اجتمع فى شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة لدين واحد انقضى هذا الدين بالقدر الذى اتحدت فيه الذمة. وإذا زال السبب الذى أدى لاتحاد الذمة وكان لزواله أثر رجعى، عاد الدين إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة إلى ذوى الشأن جميعا. ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن». يدل - وعلى ما أفصحت عنه الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - على أن اتحاد الذمة ليس فى الحقيقة سبباً من أسباب انقضاء الالتزام بل هو مانع طبيعى يحول دون المطالبة به من جراء اتحاد صفة الدائن والمدين فى ذات الشخص، فإذا زال هذا المانع عاد الالتزام إلى الوجود مرة أخرى.

(الطعن رقم ٦٦٩ لسنة ٦٣ق - جلسة ٢٠٠٠/٥/٢)

(١) أو باع الوارث التركة بمالها من ديون (vente d'hérédité)، أو باعت التركة أسهمها التى سبق أن اشترتها (بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٧٤ ص١٣٩).

انظر فى هذا المعنى فى القانون المدنى العراقى مقال الأستاذ ضياء شيت خطاب فى مجلة القضاء ببغداد السنة ١٥ ص٢١٣.

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٠ ص٧١٢.

(٣) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٣٠ ص٣٦٢ - ديمولومب ٢٨ فقرة ٧٣٩ - لوران ١٨ فقرة ٥٠٧- هيك ٨ فقرة ١٧٩- بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩١٥- الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص٣٠٥- ص٣٠٧- وقارن چوسران ٢ فقرة ٩٤٨.

الباب الثالث

انقضاء الالتزام دون الوفاء به

٥٧٥- أسباب انقضاء الالتزام دون الوفاء به: قدمنا أن الالتزام قد ينقضى دون الوفاء به أصلا، ويتحقق ذلك فى أسباب الانقضاء الآتية:

١- الإبراء من الدين (Remise de dette).

٢- استحالة التنفيذ (Impossibilité d'exécution).

٣- التقادم المسقط (prescription extinctive).

ففى هذه الأسباب جميعاً تبرأ ذمة المدين من الدين دون أن يكون قد أدى للدائن شيئاً أصلا، لا الدين ذاته ولا ما يعادله.

ففى الإبراء قد نزل الدائن على حقه مختاراً دون مقابل، وهو الذى ارتضى ذلك.

وفى استحالة التنفيذ قد اضطر الدائن ألا يستوفى حقه، لأن الوفاء به قد أصبح مستحيلا.

وفى التقادم المسقط قد حال القانون دون أن يستوفى الدائن حقه، وأبرأ ذمة المدين لاعتبارات تمت للمصلحة العامة.

الفصل الأول

الابراء(*)

(Remise de dette)

٥٧٦- كيف يتم الابراء وما يترتب عليه من الآثار: الإبراء هو نزول الدائن عن حقه قبل المدين دون مقابل، فهو تصرف تبرعي حتما. وإذا استوفى الدائن عين حقه كان هذا وفاء، وإذا استوفى مقابلا في حقه كان هذا وفاء بمقابل(١)، وإذا نزل عن حقه فلم يستوفه لا عيناً ولا بمقابل كان هذا إبراء.

والإبراء تصرف قانوني يصدر من جانب واحد هو الدائن(٢)، ومتى صدر متوافرة شروطه انقضى به الدين وبرئت ذمة المدين.

فنتكلم إذن في مسألتين: (١) كيف يتم الإبراء (٢) الآثار التي تترتب عليه.

الفرع الأول

كيف يتم الابراء

٥٧٧- النصوص القانونية: تنص المادة ٣٧١ من التقنين المدني على ما يأتي:

«ينقضي الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً. ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين، ويرتد برده».

وتنص المادة ٣٧٢ على ما يأتي:

(*) مراجع: ليسونا (Lesona) بحث في نظرية عامة للتنازل في القانون المدني: المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩١٢ ص٣٧٦ - رينو (Raynaud) التنازل عن الحقوق: المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٣٦ ص٧٦٣.

(١) ومن قبيل الوفاء بمقابل أو بما يعادل الوفاء التجديد والمقاصة واتحاد الذمة، وقد تقدم بيان ذلك.

(٢) أما الوفاء فقد قدمنا أنه تصرف قانوني صادر من الجانبين، وقد يصدر من جانب واحد إذا أخذ صورة العرض الحقيقي مع الإيداع. وذكرنا أيضاً أن كلا من الوفاء بمقابل (dation en paiement) والتجديد تصرف قانوني صادر من الجانبين، وأن كلا من المقاصة واتحاد الذمة واقعة مادية وليس تصرفاً قانونياً.

«١- يسرى على الإبراء الأحكام الموضوعية التى تسرى على كل تبرع».

«٢- ولا يشترط فيه شكل خاص، ولو وقع على التزام يشترط لقيامه شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان»(١).

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المادة ١٨٠/٢٤٣(٢).

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادتين ٣٦٩- ٣٧٠- وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٣٥٨- ٣٥٩- وفى التقنين المدنى العراقى المواد ٤٢١- ٤٢٣- فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٣٣٨- ٣٤٠(٣).

---

(١) **تاريخ النصوص:**

م٣٧١: ورد هذا النص فى المادة ٥١٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «ينقضى الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً، ويتم الإبراء متى وصل إلى علم الدين ولم يعترض عليه». وفى لجنة المراجعة أبدلت عبارة «ولم يعترض عليه» بعبارة «ويرتد برده»، وذكر فى اللجنة أن هذا النص مقصود به أن يقع الإبراء بإرادة منفردة أخذاً بأحكام الشريعة الإسلامية، وفيها يتم الإبراء بإرادة الدائن وحده ويرتد بالرد من المدين، ويعتبر الرد بمنزلة التبرع فلا يقبل ممن لا تتوافر فيه أهلية التبرع. وأصبحت المادة رقمها ٣٨٤ فى المشروع النهائى. ووافق عليها مجلس النواب. ثم وافقت عليها لجنة مجلس الشيوخ، على أن يكون المفهوم من كلمة «مختاراً» ألا يكون الإبراء مظنة الغش أو الإكراه لأن الاختيار فى الإبراء هو العنصر البارز. ووافق عليها مجلس الشيوخ تحت رقم ٣٧١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٢٩٥- ص٢٩٦).

م٣٧٢: ورد هذا النص فى المادة ٥١١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٨٥ فى المشروع النهائى. ثم وافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٧٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٢٩٧ - ص٢٩٨).

(٢) **التقنين المدنى السابق** م١٨٠/٢٤٣: يسقط الدين عن المدين بابراء ذمته من الدائن إبراء اختياريا إذا كان فى الدائن أهلية التبرع. (أحكام التقنين السابق متفقة مع أحكام التقنين الجديد، فيما عدا أن الإبراء فى التقنين الجديد يتم بإرادة الدائن المنفردة، أما فى التقنين السابق فكان لا يتم إلا باتفاق بين الدائن والمدين: الموجز للمؤلف فقرة ٥٩٧- فقرة ٥٩٨- الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٨٢٧- فقرة ٨٢٩- وانظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٢٩٤).

(٣) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى م٣٦٩- ٣٧٠ (مطابقتان للمادتين ٣٧١- ٣٧٢ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى الليبى م٣٥٨ - ٣٥٩ (مطابقتان للمادتين ٣٧١ - ٣٧٢ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى العراقى م٤٢١: يشترط لصحة الإبراء أن يكون المبرئ أهلا للتبرع.

م٤٢٢: ١- لا يتوقف الإبراء على قبول المدين، لكن إذا رده قبل القبول ارتد، وإن مات قبل القبول فلا يؤخذ الدين من تركته. ٢- ويصح إبراء الميت من دينه. =

ويخلص من هذه النصوص أن للإبراء مميزات، هي أن يتم بارادة منفردة من جانب الدائن، وأنه تصرف قانوني تبرعي. ثم إنه يشترط لصحة الإبراء شروط ترجع إلى الموضوع لا إلى الشكل.

فنبحث إذن: (١) مميزات الإبراء (٢) الشروط الواجب توافرها فيه.

المبحث الأول

مميزات الابراء

٥٧٨- الابراء يتم بارادة واحدة من جانب الدائن: الإبراء تصرف قانوني (acte juridique). وقد كان في التقنين المدني السابق، ولا يزال في التقنين المدني الفرنسي، اتفاقاً (convention) يتم بين الدائن والمدين على قضاء الدين دون مقابل[1]. فكان لا يكفي في الإبراء إرادة الدائن، بل لابد أيضاً من قبول المدين حتى يتم، وقبل هذا القبول كان الدائن يستطيع أن يعدل عن الإبراء وفقاً للقواعد العامة. وقد قيل في توجيه هذا

= م٤٢٣: يصح تعليق الإبراء. فإن علق إبراء مدينه من بعض الديون بشرط أداء البعض الآخر وأداه الدين برئ، وإن لم يؤده فلا تبرأ ويبقى عليه الدين كله.

(وهذه الأحكام بعضها يتفق وبعضها لا يتعارض مع أحكام التقنين المصري: انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٣٦٧- فقرة ٣٧١).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني:

م٣٣٨: إن الإبراء من الدين أو تنازل الدائن عن حقوقه لمصلحة المديون لا يكون إلا بمقتضى اتفاق إذ يفترض في الإبراء اتفاق أصحاب الشأن.

م٣٣٩: إن الإبراء لا يخضع لقواعد الشكل المختصة بالتبرع ولو أجراه الدائن بدون أية منفعة تقابله. لكنه يخضع في هذه الحال لقواعد الأساس المختصة بالتبرع، وخصوصاً ما يتعلق منها بأهلية أصحاب الشأن.

م٣٤٠: يكون عقد الإبراء صريحاً أو ضمنياً، فهو يستفاد من كل عمل أو كل حالة تتبين منهما جلياً عند الدائن نية التنازل عن حقوقه، وعند المديون نية الاستفادة من هذا التنازل. إن التسليم الاختياري للسند الأصلي الذي كان في حوزة الدائن يقدر معه حصول الإبراء إلى أن يثبت العكس. ولا يكفي رد الدائن للشئ المودع على سبيل التأمين (donnée en nantissement) ليبنى عليه مثل هذا التقدير. (وتتفق أحكام التقنين اللبناني مع أحكام التقنين المصري، إلا في أمرين: (١) الإبراء في التقنين اللبناني اتفاق لا إرادة واحدة. (٢) جعل التقنين اللبناني التسليم الاختياري للسند الأصلي قرينة قانونية على الإبراء، وقد كانت هذه القرينة القانونية موجودة في التقنين المصري السابق - م٢١٩ - ٢٢٠ /٢٨٤- ٢٨٥ - ولم ينقلها التقنين الجديد.

(١) وهو أيضاً اتفاق لا إرادة واحدة في التقنين المدني الألماني: انظر المادة ١/٣٩٧ من هذا التقنين.

التكييف إن الالتزام رابطة ما بين شخصين، فلابد فى قضائها من تدخل هذين الشخصين معاً، وهذا بخلاف الحق العينى فانه سلطة على شئ معين فيجوز لصاحب هذه السلطة أن ينزل عنها بارادته المنفردة(١).

وقد عدل التقنين المدنى الجديد عن هذا التكييف التقليدى، وصرح فى المادة ٣٧١ مدنى، كما رأينا، بأن الإبراء يتم «متى وصل إلى علم المدين، ويرتد برده». ومعنى ذلك أن الإبراء يتم بارادة الدائن وحده، لا باتفاق بين الدائن والمدين كما كان الأمر فى التقنين المدنى السابق(٢). وقد اقتبس التقنين المدنى الجديد هذا التكييف المستحدث من الفقه الإسلامى، ففيه يتم الإبراء بارادة الدائن المنفردة ويرتد بالرد. وقد غلب فى هذا التكييف الطابع المادى للالتزام على الطابع الذاتى، فالالتزام قيمة مالية تدخل فى حوزة الدائن ضمن العناصر الإيجابية التى تشتمل عليها ذمته المالية، فيستطيع النزول عنه بارادته المنفردة كما يستطيع النزول عن الحق العينى(٣). ولما كان الدائن لا يستطيع أن يفرض على المدين هذا النزول، فقد يتحرج المدين من تفضل لا يريده من الدائن، وقد يصر على الوفاء بالرغم من رغبة الدائن فى إبرائه، فقد أعطى القانون الحق للمدين فى أن يرد الإبراء متى وصل إلى علمه، وذكر أن الإبراء يرتد بالرد(٤).

وهناك فروق واضحة بين أن يتم الإبراء بارادة الدائن المنفردة وأن يتم باتفاق بينه وبين المدين، نذكر منها ما يأتى:

١- فى التقنين المدنى الجديد حيث يتم الإبراء بارادة الدائن المنفردة، يكفى أن تصل هذه الإرادة إلى علم المدين حتى يتم الإبراء، ويتم فى وقت هذا العلم. أما فى التقنين المدنى السابق فهذا لا يكفى، بل يجب أيضاً أن يصدر قبول من المدين للإبراء، ولا يتم الإبراء إلا من وقت هذا القبول.

٢- ويترتب على ما تقدم أنه إذا أعلن الدائن إرادته فى إبراء المدين ووصل هذا الإعلان إلى علم المدين، لم يستطع الدائن، فى التقنين المدنى الجديد، أن يعدل عن الإبراء بعد أن تم. وإذا مات أو فقد أهليته قبل أن يصل الإعلان إلى علم المدين، فان ذلك لا

---

(١) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٦٧ - دى باج ٣ فقرة ٦٧٤.

(٢) الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص٣٠٩- ص٣١٠ - وتكفى إرادة الدائن المنفردة فى الإبراء، حتى لو كان الالتزام الذى يبرئ الدائن منه التزاماً من عقد ملزم للجانبين.

(٣) الموجز للمؤلف ص٦١٨ هامش رقم ١.

(٤) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٢٩٥- وانظر المادة ٣٥٣ من التقنين التونسى - الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٩٩.

يمنع من تمام الإبراء عند اتصال الإعلان بعلم المدين بعد موت الدائن أو فقده لأهليته (م٩٢ مدنى). أما فى التقنين المدنى السابق، فما دام المدين، حتى بعد علمه بارادة الدائن فى الإبراء، لم يصدر منه قبول، فقد كان يجوز للدائن أن يعدل عن هذا الإبراء. وإذا مات الدائن أو فقد أهليته قبل صدور القبول، فقد كان الإيجاب يسقط[١]، ولا يجوز للمدين أن يقبل الإبراء بعد ذلك[٢].

٣- إذا رد المدين الإبراء فى التقنين المدنى الجديد، كان بهذا الرد يفقر نفسه. ذلك أن ذمته تبرأ من الدين بمجرد وصول الإبراء إلى علمه، فبرده للإبراء يعود إلى ذمته بعد أن كان قد انقضى. ومن ثم لابد أن تتوافر فى المدين أهلية التبرع حتى يستطيع رد الإبراء[٣]، وكذلك يجوز لدائنيه أن يطعنوا فى رده للإبراء بالدعوى البوليصية لأن هذا الرد زاد فى التزاماته إذ عاد الدين بالرد بعد انقضائه. أما فى التقنين المدنى السابق، فان رد المدين للإبراء لا يعتبر افتقاراً، إذ الإبراء لا يتم إلا بقبوله. فهو برده للإبراء لم يفقر نفسه، والدين لا يعود بالرد بعد انقضائه، إذ هو لم ينقض ما دام المدين لم يقبل الإبراء. وإنما رد المدين للإبراء امتناع منه عن أن يثرى، ومن ثم لا يشترط فى الرد أن تتوافر فى المدين أهلية التبرع، ولا يجوز لدائنيه أن يطعنوا فى رده للإبراء بالدعوى البوليصية.

من أجل هذه الفروق وغيرها تجب معرفة متى تسرى أحكام التقنين المدنى الجديد فى الإبراء. والعبرة فى ذلك بوقف علم المدين بالإبراء. فان كان قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩

---

(١) وينبنى على ذلك أنه إذا مات الدائن، وترك سند الدين مؤشراً عليه بعدم مطالبة المدين به، لم يجز فى التقنين المدنى السابق أن يقبل هذا الإبراء بعد موت الدائن، وكان لتركة الدائن الحق فى مطالبة المدين بالدين (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٤ ص٧١٥ هامش رقم ٢). وهذا ما لم يثبت المدين أنه يعلم بهذا التأشير وأنه صادر من الدائن على سبيل الإقرار بأن ذمة المدين قد برئت بالوفاء أو بإبراء قد تم وقبله المدين، أو يثبت أن التأشير صادر من الدائن على سبيل الوصية. أما فى التقنين المدنى الجديد، فهذا التأشير على سند الدين كاف متى وصل إلى علم المدين.

(٢) وإذا مات المدين قبل أن يقبل الإبراء، فإن الإبراء لا يتم فى التقنين المدنى السابق، ويؤخذ الدين من تركة المدين. أما فى التقنين المدنى الجديد، فإنه إذا مات المدين دون أن يرد الإبراء، تم الإبراء ولم يؤخذ الدين من تركة المدين. وينص التقنين العراقى (م١/٤٢٢) على هذا الحكم صراحة، إذ يقول: «وإن مات قبل القبول، فلا يؤخذ الدين من تركته». ونص هذا التقنين (م٢/٤٢٢) أيضاً على أنه «يصح إبراء الميت من دينه»، أى أن الدائن يبرئ تركة المدين من الدين. وهذا جائز أيضاً فى القانون المصرى.

(٣) والرد كالإبراء تصرف قانونى صادر من جانب واحد، ولكنه يصدر من المدين، أما الإبراء فيصدر من الدائن. وهو كالإبراء أيضاً فى أنه تصرف تبرعى، فلا يقبل من المدين إذا لم تتوافر فيه أهلية التبرع (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٢٩٥ وانظر تاريخ المادة ٣٧١ آنفاً فقرة ٥٧٧ فى الهامش- الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص٣١٧).

– موعد سريان التقنين الجديد – فان الإبراء تسرى عليه أحكام التقنين المدنى السابق، فلا يتم إلا بقبول المدين[1]. وإلا فأن أحكام التقنين المدنى الجديد هى التى تسرى، فيكفى علم المدين بالإبراء وعدم رده له حتى يتم.

٥٧٩– الابراء تصرف تبرعى: وقد قدمنا أن الإبراء يصدر من الدائن اختياراً دون مقابل، فهو ينزل عن حقه دون عوض. ومن ثم يكون الإبراء تصرفاً تبرعياً محضاً من جانب الدائن.

وهذا هو الذى يميز الإبراء عن غيره من التصرفات القانونية المشابهة، كالتجديد والصلح.

فيجب تمييز الابراء عن التجديد. ففى التجديد يبرى الدائن ذمة المدين من الدين، وهذا هو وجه المشابهة بالإبراء. ولكن الطرفين فى التجديد يتفقان على إنشاء دين جديد يحل محل الدين الأصلى، فليس الإبراء من الدين الأصلى تبرعاً، بل يقابله إنشاء دين جديد.

ويجب تمييز الإبراء عن الصلح. فقد يتضمن الصلح إبراء، ولكنه إبراء بمقابل. فان كلا من المتصالحين ينزل عن بعض ما يدعيه، فى مقابل التسليم له بالبعض الآخر[2].

ويجب تمييز الإبراء أخيراً عن صلح الدائنين مع مدينهم المفلس (concordat). فالدائنون عندما يبرئون ذمة مدينهم المفلس من جزء من الديون لا يتبرعون، ولكنهم يأملون من وراء هذا الإبراء أن يحصلوا على أكبر حصة ممكنة من حقوقهم، وهو ييسرون على المدين السبل التى تؤدى إلى ذلك ومنها إبراؤه من جزء من ديونه. ويخالف الصلح مع المفلس الإبراء، لا فى انعدام نية التبرع فحسب، بل أيضاً من وجوه أخرى. منها أن ليس من الضرورى فى الصلح مع المفلس أن يقبل جميع الدائنين الصلح، بل يكفى أن تقبله أغلبية معينة من الدائنين فتفرضه على الأقلية، أما الإبراء فلابد من رضاء الدائن به مختاراً. ومنها أن الدائنين فى الصلح مع المفلس لا يبرئون المدين إلا من جزء من الدين ابتغاء الحصول على الباقى[3]، أما فى الإبراء فان الدائن ينزل غالباً عن كل حقه وإن كان ليس

---

(١) حتى لو صدر القبول بعد سريان التقنين المدنى الجديد.

(٢) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٦٨ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٤ ص٧١٥– ص٧١٦– بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٢٥– دى باج ٣ فقرة ٦٧١– كولان وكابيتان ٢ فقرة ٥٨٠– الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص٣١٠– وقارن بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٩٩٠– جوسران ٢ فقرة ٩٥١.

(٣) وإذا لم يف المدين المفلس بها تعهد به انفسخ الصلح، لأن الصلح مع المفلس معلق دائما على شرط فاسخ هو وفاء المفلس بما تعهد به لدائنيه، فإن تخلف هذا الشرط انفسخ الإبراء ورجع الدين كاملا فى ذمة المفلس لدائنيه (استئناف مختلط ٢٦ يونيه سنة ١٩٢٦ م٣٨ ص٤٩٨).

هناك ما يمنع من أن يكون الإبراء مقصوراً على جزء من الدين. ومنها أن الصلح مع المفلس يتخلف عنه التزام طبيعى فى ذمة المدين بجزء من الدين الذى أبرئ منه لأن الدائنين لم يرضوا بهذا الإبراء مختارين، أما فى الإبراء فقد رضى الدائن بالنزول عن حقه مختاراً فتبرأ ذمة المدين أصلا ولا يتخلف عن الإبراء أى التزام طبيعى فى ذمته(١).

فمنطقة الإبراء تتحدد إذن بما قدمناه من أنه نزول اختيارى من الدائن عن حقه على سبيل التبرع، أما التصرفات الأخرى التى تقاربه فهى ليست تصرفات تبرعية ولا تشترط فيها أهلية التبرع بل تكفى أهلية التصرف(٢).

المبحث الثانى

الشروط الواجب توافرها فى الابراء

٥٨٠- ليست هناك شروط من ناحية الشكل: رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٣٧٢ مدنى تقضى بأنه لا يشترط فى الإبراء «شكل خاص، ولو وقع على التزام يشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان». فالإبراء إذن تصرف قانونى رضائى (consensuel) وليس بشكلى (solennel)، ينعقد بارادة الدائن دون حاجة إلى أن تفرغ هذه الإرادة فى ورقة رسمية أو فى أى شكل خاص.

وهذا صحيح، بالرغم من أن الإبراء تصرف تبرعى كما قدمنا؛ لأن الإبراء يعتبر هبة غير مباشرة، والهبات غير المباشرة لا تشترط فى انعقادها الرسمية التى تشترط فى الهبات المباشرة(٣). وهذا صحيح أيضاً، ولو وقع الإبراء على التزام مصدره عقد شكلى، سواء كان الشكل مفروضاً بحكم القانون أو متفقاً عليه من المتعاقدين. فلو وعد شخص آخر بأن يهبه مبلغاً من النقود، فانه لا يلتزم بموجب هذا الوعد إلا إذا كان الوعد مكتوباً فى ورقة رسمية بمقتضى حكم القانون (م٤٩٠ مدنى). فإذا فرضنا أن الوعد كتب فى ورقة رسمية، وترتب عليه التزام الواعد باعطاء هذا المبلغ من النقود للموعود له، فان الموعود له

---

(١) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٧٤ - بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٣٣ - دى باج ٣ فقرة ٦٧٢ - ردوان فى أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Remise de dette فقرة ٤٨.

يضاف إلى ما قدمناه أن إبراء المدين يبرئ ذمة الكفيل، أما إبراء المدين المفلس فى الصلح معه فلا يبرئ ذمة الكفيل.

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٦ ص٧١٧.

(٣) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٥.

وهو الدائن يستطيع أن يبرئ الواعد وهو المدين من التزامه، دون حاجة إلى أن يفرغ الإبراء فى ورقة رسمية. فالوعد إذن ليس ملزماً إلا إذا كتب فى ورقة رسمية، ولكن يمكن الإبراء منه دون حاجة إلى هذه الورقة. كذلك إذا اتفق المتبايعان على أن يكتبا عقد البيع فى ورقة رسمية، فان التزام المشترى بدفع الثمن، ومصدره عقد شكلى، والشكلية هنا بمقتضى الاتفاق، يمكن البائع إبراؤه منه دون حاجة إلى أن يكون الإبراء فى ورقة رسمية[1].

وهذا كله لو صدر الإبراء من الدائن تصرفاً قانونياً حال الحياة. أما إذا كان الدائن قد أوصى بابراء مدينه، فالإبراء هنا يكون وصية، وتسرى أحكام الوصية فى الشكل وفى الموضوع. فلابد من إفراغه فى صورة وصية فى الشكل الواجب قانوناً، ولا ينفذ إلا من ثلث التركة، ويجوز للموصى الرجوع فيه قبل موته، ويسقط إذا مات الموصى له قبل موت الموصى[2]. على أن الإبراء إذا صدر من الدائن وهو فى مرض الموت، لم يشترط فيه أن يكون فى شكل الوصية، ولكن يسرى عليه حكم الوصية من حيث الموضوع، إذ أن المادة ٩١٦ مدنى تقضى بأن كل تصرف قانونى يصدر من شخص فى مرض الموت، ويكون مقصوداً به التبرع، يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسرى عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التى تعطى لهذا التصرف.

هذا وإذا كان لا يشترط فى الإبراء شكل خاص، فان ذلك لا يمنع من أن المدين الذى يدعى أن دائنه أبرأه من الدين يقع عليه عبء إثبات هذا الدين، وتسرى فى ذلك القواعد العامة فى الإثبات. فإذا كان الالتزام الذى يدعى المدين أن الدائن أبرأه منه تزيد قيمته على خمسمائة جنيه، لم يجز له إثبات الإبراء إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها، ولو أن الإبراء تصرفاً قانونى صادر بارادة منفردة، لأن وجوب الإثبات بالكتابة يسرى على جميع التصرفات القانونية ولو كانت صادرة بارادة منفردة[3]. أما إذا كانت قيمة الالتزام لا تزيد على خمسمائة جنيه، جاز للمدين إثبات الإبراء بالبينة أو بالقرائن. وقد كان التقنين المدنى السابق يشتمل على نصوص تقيم قرينة قانونية لإثبات التخلص من الدين، إما من طريق الإبراء أو من طريق الوفاء. فكانت المادة ٢٨٤/٢١٩ تنص على أن «إثبات التخلص من الدين يكون بتسليم سنده أو صورته الواجبة التنفيذ إلى المدين». وكانت المادة ٢٨٥/٢٢٠ تنص على ما يأتى: «ومع ذلك يجوز للدائن أن يثبت بالبينة أن وجود السند تحت يد المدين كان لسبب آخر غير تخلصه من الدين». فكان تسليم الدائن للمدين سند الدين أو صورته

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٢٩٧.

(٢) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٧٥.

(٣) الوسيط جزء ٢ فقرة ١٩٣.

الواجبة التنفيذ قرينة قانونية، قابلة لإثبات العكس، على براءة ذمة المدين من الدين، إما عن طريق الوفاء وإما طريق الإبراء[1]. ولم يستبق التقنين المدنى الجديد هذه النصوص، فنزلت هذه القرينة القانونية إلى مرتبة القرينة القضائية[2]. والعبرة بتاريخ تسليم السند أو صورته الواجبة التنفيذ، وهى الواقعة المادية التى تستخلص منها القرينة. فان كان ذلك قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩، كانت واقعة التسليم هذه قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس، تطبيقاً لأحكام التقنين المدنى السابق، وإلا فهى قرينة قضائية تطبيقاً لأحكام التقنين المدنى الجديد.

٥٨١ - الشروط الموضوعية الواجب توافرها فى الابراء: وقد رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٣٧٢ مدنى تنص على أنه «يسرى على الإبراء الأحكام الموضوعية التى تسرى على كل تبرع».

ومن ثم فالإبراء لابد فيه من صدور إرادة من الدائن، ليس لها شكل خاص كما قدمنا، للنزول عن حقه دون مقابل. وأى تعبير عن هذه الإرادة يكفى، سواء كان التعبير صريحاً أو ضمنياً[3]. إلا أن الإبراء لا يفترض، لأنه نزول عن الحق، فعند الشك لا يكون

---

(١) الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٨٢٩.

(٢) الوسيط جزء ٢ فقرة ١٨٠ ص٣٣٨- ص٣٣٩- هذا وقد اشتمل التقنين المدنى الفرنسى على نصين، الأول منهما (م١٢٨٢) يقضى بأن تسليم الدائن السند الأصلى العرفى تسليماً اختيارياً إلى المدين يستدل به على تخلص المدين من الدين. ويعتبر الفقه الفرنسى هذه القرينة القانونية قاطعة لا تقبل إثبات العكس، وهى قرينة إما على الوفاء وإما على الإبراء. والنص الثانى (م١٢٨٣) يقضى بأن التسليم الاختيارى للصورة الواجبة التنفيذ من السند الرسمى يكون قرينة إما على الإبراء وإما على الوفاء، إلا إذا قام دليل العكس. والقرينة القانونية قابلة لإثبات العكس بصريح النص. وفى مناسبة هاتين القرينتين القانونيتين يسهب الفقه الفرنسى فيما يسميه بالإبراء الضمنى (remise tacite de dette). انظر فى هذه المسألة: بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٧٦ - فقرة ١٧٨٨- بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٧ - فقرة ١٣١٢- دى باج ٣ فقرة ٦٧٦ - فقرة ٦٨٣.

أما فى مصر فكل هذه القرائن تعتبر قرائن قضائية موكولة إلى تقدير القاضى.

وقد نقل تقنين الموجبات والعقود اللبنانى (م٢/٣٤٠) عن التقنين المدنى الفرنسى القرينة القانونية التى استملت عليها المادة ١٢٨٢ من هذا التقنين (انظر آنفا فقرة ٥٧٧ فى الهامش).

(٣) انظر المادة ٣٤٠ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى - ولا يشترط فى التعبير الصريح أن ينصب مباشرة على الإبراء، فالمخالصة الصورية التى يعطها الدائن للمدين تكون تعبيراً صريحاً عن الإبراء (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٥ - دى باج ٣ فقرة ٦٧٥ ص٦٣٤). ويكون تعبيراً ضمنياً عن الإبراء، فى عقد ملزم للجانبين لم يبدأ تنفيذه، أن ينزل أحد المتعاقدين عن حقه الناشئ من هذا العقد، فيعتبر هذا النزول إبراء ضمنياً من جانب المتعاقد الآخر عن حقه المقابل، ويرجع فى ذلك إلى نية المتعاقدين (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٧٢).

هناك محل لتفسير إرادة الدائن بأنه قصد الإبراء[1]. وهذه الإرادة يجب أن تصدر من دائن ذى أهلية كاملة، والأهلية هنا هى أهلية التبرع، لأن الإبراء تصرف تبرعى كما قدمنا[2]. فلا يجوز للقاصر ولا للمحجور إبراء المدين من الدين، لأن أهلية التبرع غير متوافرة فيهما. ولا يجوز للولى ولا للوصى ولا للقيم إبراء مدين الصغير أو المحجور من الدين(ا)، لأنهم لا يملكون ولاية التبرع فى مال محجوريهم. بل لا يجوز لهم حتى بأذن من المحكمة، فالمحكمة لا تملك ولاية التبرع فى مال المحجور. والإبراء فى جميع هذه الأحوال يكون باطلا. فيجب إذن أن يكون الدائن بالغاً سن الرشد غير محجور عليه، حتى يصدر منه الإبراء صحيحاً[3]. كذلك يجب أن تكون إرادة الدائن خالية من العيوب، فيجب ألا يشوبها غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال، وإلا كان الإبراء قابلا للإبطال. وأكثر ما يشوب الابراء هو الإكراه، لأن الدائن لا يبرئ مدينه عادة، وإنما هو فى الكثير من الأحوال يكون مكرهاً على ذلك. ومن ثم عنيت المادة ٣٧١ مدنى فى صدرها أن تبرز وجوب خلو

---

(١) استئناف وطنى ٣٠ نوفمبر سنة ١٨٩٣ الحقوق ٨ ص٣٥٣ - ١٧ أغسطس سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص٢٨٧ - استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م٤٣ ص٥٢- ٨ مايو سنة ١٩٤٠ م٥٢ م٢٤٩- انظر أيضاً المادة ٤٢٤ من التقنين المدنى العراقى فقرة ٥٨٢ فيما يلى فى الهامش.

فلا تبرأ ذمة الكفيل بحصول الدائن على تأمين عينى، لأن الإبراء يفسر فى أضيق الحدود (استئناف وطنى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢١ المحاماة ٢ رقم ٦٧ ص٢١٨). وإذا رد الدائن التأمين الذى أخذه لضمان دينه إلى المدين لم يفد ذلك أنه أبرأ المدين من الدين، وإن كان قد يستفاد منه أنه نزل عن التأمين (انظر المادة ٣/٣٤٠ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى). وتأجير الدائن المرتهن العين المرهونة للمشترى، وتعهد هذا المشترى بدفع الدين للدائن المرتهن، لا يعتبر إبراء للمدين الأصلى (المجلة ٢١ فبراير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٦٥٨ ص١٣١٣). وإذا أوصى الدائن لمدينه بعين فى تركته، لم يفد ذلك أنه أبرأه من الدين (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٧٥ ص١٠١- ردوان فى أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Remise de dette فقرة ١٨).

(٢) انظر المادة ٤٢١ من التقنين المدنى العراقى (آنفاً فقرة ٥٧٧ فى الهامش).

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٢٩٧- ولا يصدر الإبراء إلا من الدائن أو وكيله فى الإبراء. فإذا كان هناك دائنون متضامنون، وأبرأ أحدهم المدين، وقع هذا الإبراء على حصة الدائن الذى صدر منه الإبراء، وجاز لكل من باقى الدائنين المتضامنين أن يرجع على المدين بالدين بعد استنزال حصة هذا الدائن (انظر آنفاً فقرة ١٤١).

(ا) الاتفاق المبرم بين مدير الشركة المساهمة والمدين وتضمن التنازل عن جزء من الدين وفوائده بدون أى مقابل من جانب المدين لا يعتبر صلحاً وانما ابراء من جزء من الدين، وهو عمل تبرعى محض، لا يملك مجلس الادارة اجراءه أو اجازته طبقا لنص المادة ٤٠ من قانون الشركات المساهمة رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤ وبالتالى فلا يملك التنازل عن هذا الحق لأحد اعضائه أو لأحد المديرين، وإلا كان عمله باطلا طبقا لنص المادة ١٠٢ من القانون المذكور.

(جلسة ١٩٧١/١/٢١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ ص١٠٠)

الإرادة من الإكراه وأن تكون إرادة مختارة، فنصت على أن «ينقضى الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً»(١).

وللإبراء، ككل تصرف قانونى، محل. ومحل الإبراء هو الالتزام الذى يبرئ الدائن منه المدين. ويصح أن يقع الإبراء على أى التـزام(٢). ما لم يكن ذلك مخالفاً للنظام العام(٣)».

وللابراء أخيراً، ككل تصرف قانونى، سبب. والسبب هو الباعث الدافع إلى الإبراء.

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٢٩٦- وانظر آنفاً فقرة ٥٧٧ فى الهامش.

ويصح أن يكون الإبراء معلقاً على شرط فإذا كان الشرط فاسخاً أصبح الدين نفسه معلقاً على شرط واقف، وإذا كان الشرط واقفاً أصبح الدين معلقاً على شرط فاسخ (ديمولومب ٢٨ فقرة ٣٨١- بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٦٧ ص٩٦ - الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص٣١٤). وقد ورد فى التقنين المدنى العراقى نص صريح يجيز تعليق الإبراء على الشرط، مخالفاً فى ذلك الفقه الإسلامى (انظر م٣٤٣ من مرشد الحيران)، فنصت المادة ٤٢٣ من هذا التقنين على أنه «يصح تعليق الإبراء، فإن علق الدائن إبراء مدينه من بعض الديون بشرط أداء البعض الآخر وأداه المدين برئ، وإن لم يؤده فلا تبرأ ويبقى عليه الدين كله». ويقرب هذا الفرض من فرض الصلح مع المفلس، فنية التبرع هنا غير واضحة، إذ أن الدائن إنما أبرأ المدين من بعض الدين ليضمن استيفاء البعض الآخر.

(٢) والغالب أن يقع الإبراء على التزام بمنقول غير معين، وبخاصة على التزام بدفع مبلغ من النقود، ولكن لا يوجد ما يمنع من أن يقع على التزام بعين معينة بالذات. ولكن إذا كانت ملكية هذه العين تنتقل فى الحال بمجرد قيام الالتزام، لم ينفسح المجال للإبراء من التزام تم تنفيذه. وكل ما يمكن عمله فى هذه الحالة هو أن تعاد الملكية إلى صاحبها الأصلى، ولكن لا عن طريق الإبراء بل بعقد جديد، وتعود الملكية مشتغلة بالحقوق العينية التى ترتبت للغير (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٧١ وفقرة ١٧٧٣- بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٦ ص٧١٧).

ولا يجوز النزول عن حق قبل كسبه، وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن القانون يقضى بعدم صحة التنازل عن الحقوق قبل وجودها وكسبها، إذ الإنسان إنما يتنازل عما يثبت له (٢٩ مايو سنة ١٨٩٣ الحقوق ٩ ص٢٢٥). وقضت بأنه لا يجوز لأحد فريقى الخصوم التنازل عن حق أكسبه إياه حكم، إذا كان هذا التنازل يضر بمصلحة الفريق الثانى، بأن يكون ذلك الحكم نفسه قاضياً لهذا الفريق الثانى بحق آخر مقابل للحق الذى قضى به للفريق الأول (٤ديسمبر سنة ١٩٠٢ الحقوق ١٨ ص١٥٦).

ويصح للدائن فى التزام طبيعى أن يبرئ ذمة مدينه من هذا الالتزام، فإذا وفى المدين الالتزام بعد الإبراء جاز له استرداده (الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص٣١٢- ص٣١٣).

(٣) فلا يجوز النزول عن حقوق الولاية والنسب ونحو ذلك من الحقوق المتعلقة بالنظام العام. كما لا يجوز النزول عن الحق فى النفقة، وإن كان يجوز إبراء المدين من نفقة متجمدة فى ذمته (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢٣ ص٣٠٧- بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٧١).

فان كان هذا الباعث مشروعاً، صح الإبراء، وإلا كان باطلا[1]. وليس فى هذا إلا تطبيق للقواعد العامة.

الفرع الثانى
الآثار التى تترتب على الابراء

٥٨٢- الابراء يقضى الدين: الإبراء سبب من أسباب انقضاء الالتزام. فإذا أبرأ الدائن مدينه من الدين الذى فى ذمته، فقد انقضى هذا الدين بالإبراء كما ينقضى بالوفاء، وبرئت ذمة المدين(1). وهذا ما يقضى به صدر المادة ٣٧١ مدنى، إذ يقول: «ينقضى الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً[2]».

---

(١) كذلك إذا ثبت أن الإبراء كان له باعث معين. ثم تخلف هذا الباعث، سقط الإبراء - والإبراء فى القانون الألمانى تصرف مجرد (acte abstrait)، فلا يتأثر بالباعث. فإذا إبرأ الدائن مدينه، انقضى الدين وزالت التأمينات التى كانت تكفله. وإذا تبين بعد ذلك أن الباعث على الإبراء قد تخلف، لم يسقط الإبراء، ولم تعد التأمينات، وإنما يرجع الدائن على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب (انظر فى هذه المسألة التعليقات على التقنين المدنى الألمانى ١ م٣٩٧ ص٥٦٣ - ص٥٦٤ - چوسران٢ فقرة ٩٥١).

(٢) وينص التقنين المدنى العراقى فى المادة ٤٢٠ على ما يأتى: «إذا إبرأ الدائن المدين، سقط الدين». ثم جاء فى المادة ٤٢٤ من نفس التقنين: «١- إذا اتصل بالصلح إبراء خاص بالمصالح عنه، فلا تسمع الدعوى فى خصوص ذلك وتسمع فى غيره. وإذا اتصل بالصلح إبراء عام عن الحقوق والدعاوى كافة، فلا تسمع على المبرأ دعوى فى أى حق كان قبل الصلح، وتسمع على الحادث بعده. ٢- وحكم البراءة المنفردة عن الصلح كحكم البراءة المتصلة به فى الخصوص والعموم».

وهذا النص ليس إلا تطبيقاً لقاعدة عامة سبقت الإشارة إليها تقضى بأن الإبراء وهو نزول عن الحق يجب أن يفسر فى أضيق الحدود (انظر آنفاً فقرة ٥٨١- وانظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٧٣٠ ص٣٢٧).

(1) أ- التنازل الذى يتضمن إبراء الدائن مدينه من التزام ما انما هو وسيلة من وسائل انقضاء الالتزامات وإذا كان التقادم المسقط هو وسيلة أخرى من وسائل إنقضاء الالتزام دون الوفاء به، فانه لا يمكن أن يرد على مثل هذا التنازل، ومن ثم فانه متى صدر التنازل نهائيا فانه ينشئ مركزا قانونيا ثابتا ولا يتقادم أبدا ويحق للمتنازل إليه أن يطلب فى أى وقت إعمال الآثار القانونية لهذا التنازل ومن بينها ابطال ما اتخذه المتنازل من إجراءات بالمخالفة لتنازله.

(الطعن ٤٣٨ لسنة ٢٩ق - جلسة ١٩٦٤/٥/٢٨ س١٥ ص٧٣١)

ب- لما كان الالتزام ينقضى بنص المادة ٣٧١ من القانون المدنى إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً وكان الطاعن قد تمسك أمام محكمة الموضوع بدلالة المحرر المقدم من المطعون ضده والمؤرخ.... والمعنون بعبارة (اتفاق استلام مبالغ وتخالص) والذى تضمن أن المطعون ضده استوفى من الطاعن ما حصله =

على أن الإبراء يرتد بالرد، وفى هذا يقول عجز المادة ٣٧١ مدنى: «ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين، ويرتد برده». فإذا وصل الإبراء إلى علم المدين، ولم يرده فى المجلس الذى علم فيه[١]، لم يستطع أن يرده بعد ذلك. أما إذا رده فى المجلس، فانه يرتد ويزول أثره، ويعود الدين إلى ذمة المدين بعد أن كان قد انقضى بالإبراء، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك.

ونرى مما تقدم أن الإبراء، وهو يقضى الدين، تصرف قانونى يفقر الدائن إذ ينقص من حقوقه. وكذلك الرد، وهو يعيد الدين إلى ذمة المدين بعد انقضائه، تصرف قانونى يفقر المدين إذ يزيد فى التزاماته[٢].

ولما كان يسرى على الإبراء الأحكام الموضوعية التى تسرى على كل تبرع، فان

= من أجرة الأرض الزراعية وتحاسبا عنها وعن مبالغ أخرى أداها الطاعن واستلم المطعون ضده التوكيلات التى أصدرها وأصبح الطاعن غير مكلف بأى عمل يتعلق بها، مما مفاده أن المطعون ضده قد أبرأه من أداء ما التزم به بالاتفاق المؤرخ ..... من أداء أجرة الأرض الزراعية حتى لو لم يحصلها فأطرح الحكم المطعون فيه هذا الدفاع وأقام قضاءه على مجرد القول بأن العقد المبرم بين الطرفين والمؤرخ ... قد ألزم الطاعن بأداء الأجرة ولو لم يحصلها الطاعن ولم يعمل أثر الاتفاق اللاحق فإنه يكون قد خالف الثابت فى الأوراق.

(الطعن رقم ٣١٦٩ لسنة ٦١ق - جلسة ١٩٩٣/١/١٢)

جـ- اسقاط الحق بوصفه تعبيراً عن ارادة صاحبه فى التخلى عن منفعة يحميها القانون أو ينهى عنها لا يكون إلا صريحاً أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً فى دلالته على قصد الاسقاط حسبما تقضى بذلك المادة ٩٠ من القانون المدنى، وعلى ذلك فان سكوت المؤجر عن استخدام حقه فى طلب فسخ عقد الايجار لمخالفته المستأجر للشرط المانع من التنازل الوارد به لا يعد قبولاً ينطوى على النزول عن ذلك الحق لانتفاء التلازم بين هذا الموقف السلبى والتعبير الايجابى عن الإرادة.

(الطعن رقم ٧٨٦٢ لسنة ٦٦ق - جلسة ١٩٩٧/٦/٢٨)

(١) ولما كان تكييف الإبراء بأنه تصرف قانونى من جانب واحد يرتد بالرد مأخوذاً من الفقه الإسلامى، وجب الرجوع إلى الفقه الإسلامى لتحديد الوقت الذى يجوز فيه رد الإبراء. فالرد يكون فى مجلس الإبراء، أى فى المجلس الذى يعلم فيه المدين بالإبراء، فلو رد المدين الإبراء بعد انفضاض هذا المجلس بقى الإبراء نافذاً ولا يرتد. كذلك لو رد المدين الإبراء بعد قبوله إياه لا يرتد، والقبول إذا لم يكن ضرورياً لقيام الإبراء يجعله مع ذلك غير قابل للرد. وقد نصت المادة ١٥٦٨ من المجلة على أنه «لا يتوقف الإبراء على القبول، ولكن يرتد بالرد. فإذا أبرأ واحد آخر، فلا يشترط قبوله. ولكن إذا رد الإبراء فى ذلك المجلس بقوله لا أقبل، ارتد ذلك الإبراء، يعنى فلا يبقى له حكم. ولكن لو رد الإبراء بعد قبوله، فلا يرتد». ويقول الأستاذ سليم باز فى التعليق على هذا النص: «مفاده أنه يشترط أن يكون الرد فى مجلس الإبراء، فلو رده بعد التفرق لا يصح الرد، ويبقى الإبراء نافذاً» (شرح المجلة للأستاذ سليم باز م١٥٦٨ ص٨٥٣- ص٨٥٤).

(٢) انظر آنفاً فقرة ٥٧٨ - والرد يعيد الدين كما كان، بجميع مقوماته وصفاته ودفوعه وتأميناته.

احكام الدعوى البوليصية تسرى على الإبراء كما تسرى على أى تبرع[1]. ويترتب على ذلك أمران: (أولا) يجوز لدائنى الدائن الذى صدر منه الإبراء أن يطعنوا فى هذا الإبراء بالدعوى البوليصية، كما يطعنون فى أى تبرع صادر من مدينهم. فليسو فى حاجة إلى إثبات إعسار الدائن الذى صدر منه الإبراء أو زيادة إعساره بسبب هذا الإبراء، ولا ضرورة لإثبات تواطؤ المدين معه، بل ولا لإثبات سوء نية الدائن نفسه، وذلك تطبيقاً للفقرة الثانية من المادة ٢٣٨ مدنى، وهى تقضى بأنه «إذا كان التصرف تبرعاً، فانه لا ينفذ فى حق الدائن، ولو كان من صدر له التبرع حسن النية، ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً». (ثانياً) وكذلك إذا رد المدين الإبراء، فان هذا التصرف من جانبه يكون مفقراً إذ يزيد فى التزاماته كما تقدم القول. فيجوز لدائنى المدين أن يطعنوا فيه بالدعوى البوليصية كما سبق أن بينا[2]، إذا أثبتوا أن رد الإبراء قد سبب إعسار المدين أو زاد فى إعساره، دون حاجة إلى إثبات تواطؤ الدائن معه، بل ولا سوء نية المدين.

٥٨٣- وتنقضى مع الدين تأميناته: وإذ ينقضى الدين بالإبراء، فانه ينقضى معه ما كان يكفله من تأمينات، كرهن أو امتياز أو اختصاص أو كفالة. وحتى يكون نزول التأمينات ساريا فى حق الغير، يجب شطب القيد طبقا للقواعد المقررة.

وقد أورد التقنين المدنى السابق، فى شأن الكفالة الشخصية، سلسلة من النصوص لم ينقلها التقنين المدنى الجديد، لأنها مجرد تطبيق للقواعد العامة، فتسرى أحكامها دون حاجة إلى نص. من ذلك أن نصت المادة ٢٤٤/١٨١ على أن «إبراء ذمة المدين من الدين

---

(١) م١/٣٧٢ مدنى - وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٢٩٧ - ومن الأحكام الموضوعية التى تسرى على التبرعات جواز الرجوع فى الهبة لعذر مقبول (م٥٠٠ مدنى) ما لم يوجد مانع من الرجوع (م٥٠٢ مدنى). ويعتبر عذراً مقبولاً للرجوع فى الهبة جحود الموهوب له، وصيرورة الواهب عاجزاً عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة، وأن يرزق الواهب بعد الهبة ولداً أو أن يكون له ولد يظنه ميتاً وقت الهبة فإذا به حى (م٥٠١ مدنى). والظاهر أن هذه الأحكام الموضوعية تسرى على الإبراء كما تسرى على الهبة (الموجز للمؤلف فقرة ٥٩٧ ص٦١٩ - الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٨٢٧ ص٦٣٣ - الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص٣١٣ - وانظر أيضاً فى القانون الفرنسى حيث يجوز الرجوع فى الهبة لجحود الموهوب له أو لأن الموهوب له قد رزق ولداً وسريان هذه الأحكام على الإبراء. بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٦٩ ص٩٨- بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٦ ص٧١٧- بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٢٦ - دى باج ٣ فقرة ٦٧٥). وقد يقال إن الإبراء فى الفقه الإسلامى إسقاط، والساقط لا يعود (انظر شرح المجلة للأستاذ سليم باز م٥١ ص٤٠ و م١٥٦٢ ص٨٤٨ - ٨٤٩ و م١٥٦٨ ص٨٥٣). ولكن لما كان نص الفقرة الأولى من المادة ٣٧٢ مدنى صريحاً فى أنه «يسرى على الإبراء الأحكام الموضوعية التى تسرى على كل تبرع»، فالظاهر أن هذا النص يقضى بسريان أحكام الرجوع فى الهبة على الإبراء.

(٢) انظر آنفاً فقرة ٥٧٨.

يترتب عليه إبراء ذمة ضامنيه أيضاً». فتبرأ ذمة الكفيل الشخصى ببراءة ذمة المدين، لأن التزام الكفيل تابع لالتزام المدين، فإذا زال الأصل زال التبع[1]. ويستثنى من ذلك الإبراء الذى يتضمنه الصلح مع المفلس، فانه لا يبرئ ذمة الكفلاء كما رأينا، بل إن فائدة الكفالة لا تظهر إلا عند إفلاس المدين فقد أراد الدائن أن يستوثق لحقه من ذلك[2]. أما إبراء ذمة الكفيل فلا يبرئ ذمة المدين الأصلى، لأن زوال التبع لا يستوجب زوال الأصل، وفى هذا الصدد تنص المادة ٢٤٧/١٨٤ من التقنين المدنى السابق على أن «لا تبرأ ذمة المدين بابراء ذمة ضامنه». وإذا تعدد الكفلاء، وأبرأ الدائن أحدهم، فان ذلك لا يعنى أنه أبرأ الباقين، بل يجوز له مطالبة باقى الكفلاء كل بقدر الحصة التى كفلها إذا كان الكفلاء غير متضامنين، أو أى منهم بالدين بعد استنزال حصة الكفيل الذى أبرأه إذا كان الكفلاء متضامنين[3]. هذا كله ما لم يكن الكفيل الذى أبرأه الدائن قد كفل الدين بعد أن كفله الكفلاء الآخرون، فهو إذا كان متأخراً عنهم لا يكونون قد اعتمدوا على كفالته، فإذا أبرأه الدائن لم يجز للكفلاء المتقدمين أن يستنزلوا حصته. بل يرجع الدائن على كل منهم بعد تقسيم الدين كله بينهم دون الكفيل المتأخر إذا كانوا غير متضامنين، أو يرجع على أى منهم بكل الدين إذا كانوا متضامنين. فرجوع الكفلاء على الكفيل الذى أبرأه الدائن، بمقدار حصته، منوط بأن تكون ضمانة هذا الكفيل سابقة لضمانتهم أو مقارنة لها. وفى هذا الصدد تنص المادة ٢٤٨/١٨٥ من التقنين المدنى السابق على أنه «إذا تعدد الضامنون فى دين، وأبرأ الدائن ذمة أحدهم، جاز للباقى مطالبته بالضمان إذا كانت ضمانته سابقة على ضمانتهم أو مقارنة لها[4]».

---

(١) ولا يجوز للدائن أن يبرئ ذمة المدين الأصلى مع استبقائه الكفيل ملتزماً بالدين، فإن حق التجريد المعطى للكفيل يمنع من ذلك. ولكن يظهر أنه يجوز للدائن الاحتفاظ بالكفيل إذا كان كفيلا متضامنا مع المدين أو كان كفيلا عينياً، مع إبراء ذمة المدين الأصلى (بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٣٢).

(٢) استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص٣٤١- بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٩٤ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣١٢ - ويذهب بودرى وبارد (٣ فقرة ١٧٩٤) إلى أن الجزء من الديون الذى أبرئ منه المفلس يبقى التزاما طبيعياً فى ذمته، ويصلح هذا الالتزام الطبيعى أن يكون التزاماً أصلياً تستند إليه الكفالة. وقد رأينا أن الالتزام الطبيعى لا تمكن كفالته إلا بالتزام طبيعى مثله (انظر الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٠٣). على أننا لسنا فى حاجة إلى تأصيل بقاء الكفيل ملتزماً بجميع ديون المفلس حتى ما أبرئ منه بالصلح مع الدائنين، فإن هذا هو الوضع الطبيعى للكفيل، فهو لم يكفل إلا هذا الإفلاس بالذات، فإذا تحقق الإفلاس كان للدائنين حق الرجوع على الكفيل.

(٣) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٩٧ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣١٢.

(٤) لارومبيير ٥ م١٢٨٧ فقرة ٤- ديمولومب ٢٨ فقرة ٤٦٨ - ديرانتون ١٢ فقرة ٣٧٥ - ماركاديه ٤ فقرة ٨٠٩- بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٩٧ مكررة - الموجز للمؤلف فقرة ٥٩٨- انظر عكس ذلك لوران ١٨ فقرة ٣٧٣ - هيك ٨ فقرة ١٤٠ -
=

٥٨٤- ابراء الدائن لأحد المدينين المتضامنين - احالة: وقد يبرئ الدائن أحد المدينين المتضامنين، فلا تبرأ ذمة المدينين المتضامنين الباقين، وللدائن أن يطالب أياً منهم بالدين بعد استنزال حصة المدين الذى أبرأه. وهذا ما لم يكن الدائن قد صرح أنه أراد بذلك إبراء جميع المدينين المتضامنين فتبرأ ذمتهم جميعاً، أو لو لم يكن على النقيض من ذلك قد احتفظ بحقه فى الرجوع على أى من المدينين المتضامنين الباقين بكل الدين رغم إبراء أحدهم(١). وقد يبرئ الدائن أحد المدينين المتضامنين من التضامن فحسب، فيبقى حقه فى الرجوع على أى من المدينين الباقين بكل الدين، ما لم يتفق على غير ذلك(٢). وفى جميع الأحوال التى يبرئ فيها الدائن أحد المدينين المتضامنين، سواء كان الإبراء من الدين أو من التضامن، يكون لباقى المدينين أن يرجعوا عند الاقتضاء على هذا المدين

=وتنص المادة ١٢٨٨ من التقنين المدنى الفرنسى على أن «ما أخذه الدائن من الكفيل لإبراء ذمته من الكفالة يستنزل من الدين، وتبرأ بمقداره ذمة المدين الأصلى وذمة الباقى من الكفلاء». وهذا هو النص فى أصله الفرنسى Art. 1288: Ce que le créancier a reçu d'une caution pour la décharge de son cautionnement doit être imputé sur la dette et tourner à la décharge du débiteur principal et des autres cautions.

وهذا نص ينتقده الفقه الفرنسى لمخالفته للقواعد العامة، إذ أن نية الطرفين - الدائن الكفيل - قد انصرفت فى هذه الحالة إلى أن الكفيل دفع مقابلا لإبراء ذمته من الكفالة، وقد رضى الدائن بذلك معرضاً نفسه لخطر ألا يستوفى الدين كله أو بعضه من المدين الأصلى. فالعقد بين الدائن والكفيل عقد احتمالى، قد يكون مصدر ربح للدائن فيما إذا استوفى كل حقه من المدين الأصلى، وقد ينتهى به إلى الخسارة فيما إذا لم يستوف حقه أو لم يستوف إلا جزءاً منه. فما أخذه من الكفيل هو المقابل لهذا الخطر الذى عرض نفسه له، فهو ضرب من التأمين (ديرانتون ١٢ فقرة ٣٧٩ - لاروميير ٥ م١٢٨٨ فقرة ٢- ديمولومب ٢٨ فقرة ٤٦٩- فقرة ٤٧١- لوران ١٨ فقرة ٣٧٤ - هيك ٨ فقرة ١٤١- بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣١٢ ص٧٢٤ - ص٧٢٥). ولم ينقل التقنين المصرى هذا النص، فيجب تطبيق القواعد العامة. ومقتضى تطبيقها أن تكون العبرة بنية الطرفين، الدائن والكفيل. فإن قصدا أن يفتدى الكفيل ذمته بما دفعه للدائن من المقابل ويكون للدائن بعد ذلك أن يرجع على المدين بكل الدين، برئت ذمة الكفيل، ولا يرجع عليه الدائن إذا لم يستوف كل حقه من المدين ولا يرجع هو على المدين بما أعطاه للدائن، وكذلك لا يرجع على الدائن حتى لو استوفى هذا كل حقه من المدين. وإن قصدا أن يستنزل المقابل من الدين، لم تبرأ ذمة الكفيل من باقى الدين، ويرجع عليه الدائن إذا لم يستوف من المدين ما بقى من حقه، ويرجع هو على المدين بما أعطاه للدائن. وعند الشك يكون المفروض أن الدائن بأخذه المقابل من الكفيل أراد إبراء ذمته من الكفالة، ويكون الدائن قد احتفظ بحقه فى الرجوع بكل الدين على المدين، إذ لو أراد استنزال المقابل من الدين، لاستبقى الكفيل يرجع عليه فيما إذا لم يستوف من المدين الباقى من حقه.

(١) م٢٨٩ مدنى - وانظر أيضاً المادة ١٨٢/٢٤٥ من التقنين المدنى السابق.

(٢) م٢٩٠ مدنى

بنصيبه فى حصة المعسر منهم، إلا إذا أخلى الدائن المدين الذى أبرأه من كل مسئولية عن الدين، فيتحمل هو نصيب هذا المدين فى حصة المعسر[1]. وقد نقدم بيان ذلك تفصيلا عند الكلام فى التضامن[2].

(١) م٢٩١ مدنى – وانظر أيضاً المادة ١٨٣ /٢٤٦ من التقنين المدنى السابق.
(٢) انظر آنفاً فقرة ١٩٣.

الفصل الثانى

استحالة التنفيذ(*)

(Impossibilité d'exécution)

٥٨٥- مسألتان: متى أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا، فانه لا محالة ينقضى. وهذا ما تقتضيه طبائع الأشياء، إذ لا التزام بمستحيل: (à l'impossible nul n'est tenu)

ونتكلم هنا فى مسألتين: (١) متى تتحقق استحالة التنفيذ (٢) الآثار التى تترتب على هذه الاستحالة.

الفرع الأول

متى تتحقق استحالة التنفيذ

٥٨٦- النصوص القانونية: تنص المادة ٣٧٣ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«ينقضى الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء أصبح مستحيل لسبب أجنبى لا يد له فيه(١)».

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المواد ١٧٧/٢٤٠ و١٧٨,٢٤١ و١٧٩/٢٤٢(٢).

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٧١ -

---

(*) **مراجع:** ردوان (Radouant) فى الحادث الفجائى والقوة القاهرة رسالة من باريس سنة ١٩٢٠ - لبريه (Lebret) فى وقف العقود وفسخها: المجلة الانتقادية سنة ١٩٢٤ ص٥٨١ وما بعدها - ساروت (Sarraute) فى وقف تنفيذ العقود رسالة من باريس سنة ١٩٢٩.

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ٥١٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٨٦ من المشروع النهائى. ثم وافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٧٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٢٩٩- ص٣٠٠).

(٢) **التقنين المدنى السابق** م١٧٧/٢٤٠ تزول التعهدات بالفسخ إذا صار الوفاء بعد وجودها غير ممكن.

م١٧٨/٢٤١: إذا صار الوفاء غير ممكن بتقصير المدين، أو حدث عدم الامكان بعد تكليفه بالوفاء تكليفاً رسمياً، ألزم بالتضمينات. =

وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٦٠ – وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٤٢٥ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادتين ٣٤١/٣٤٢(١).

ويخلص من هذا النص أن هناك شرطين حتى تتحقق استحالة التنفيذ التى تقضى الالتزام: (١) أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا (٢) وأن ترجع هذه الاستحالة إلى سبب أجنبى لا يد للمدين فيه.

٥٨٧ – الشرط الأول – تنفيذ الالتزام يصبح مستحيلا: يجب أن يصبح تنفيذ الالتزام، بعد نشوئه، مستحيلا استحالة فعلية أو استحالة قانونية(1). ولا يكفى أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً، ما دام لا يزال ممكناً.

= م١٧٩/٢٤٢: إذا انفسخ التعهد بسبب عدم إمكان الوفاء، تنفسخ أيضاً كافة التعهدات المتعلقة به، بدون إخلال بما يلزم من التضمينات لمستحقيها فى نظير ما حصل عليه غيرهم من المنفعة دون حق، ولا يترتب على الفسخ إخلال بحقوق الدائنين المرتهنين الحسنى النية (انظر قانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٣٣).

(وأحكام التقنين السابق متفقة مع أحكام التقنين الجديد، وقد أسهب التقنين السابق فى التفريغ على الموضوع الأصلى. وفى هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «لم يفرد المشروع لاستحالة التنفيذ سوى مادة واحدة، قرر فيها قاعدة انقضاء الالتزام متى أصبح تنفيذه مستحيلا من جراء سبب أجنبى. أما انقضاء الالتزامات المتقابلة فى العقود التبادلية، وحق الدائن فى اقتضاء التعويض عند رجوع الاستحالة إلى فعل المدين، فلم يثقل المشروع بهما نصوص هذا الفرع على نحو ما فعل التقنين الراهن (السابق) غافلا عن انتفاء وجه المناسبة. وبهذا وفق المشروع إلى التوسط، فخفف من هذه النصوص دون أن يغفلها كل الإغفال، كما فعل المشروع الفرنسى الإيطالى»: مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٢٩٨ – وانظر فى التقنين المدنى السابق الموجز للمؤلف فقرة ٥٩٩ – فقرة ٦٠٢ – الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٨٣٠ – فقرة ٨٣٣).

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى**:

التقنين المدنى السورى م٣٧١ (مطابقة للمادة ٣٧٣ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى الليبى م٣٦٠ (مطابقة للمادة ٣٧٣ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى العراقى م٤٢٥ (مطابقة للمادة ٣٧٣ من التقنين المدنى المصرى – وانظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٣٧٢ – فقرة ٣٧٤).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٣٤١: يسقط الموجب إذا كان، بعد نشأته، قد أصبح موضوعه مستحيلا من الوجه الطبيعى أو الوجه القانونى بدون فعل أو خطأ من المديون.

م٣٤٢: يجب على المديون أن يقيم البرهان على وجود القوة القاهرة، ويبقى مع ذلك للدائن متسع لكى يثبت أن الطارئ الذى وقع بمعزل من المديون كان مسبوقاً أو مصحوباً بخطأ ارتكبه المديون كإبطاء فى التنفيذ جعله فى حالة التأخر، وفى مثل هذا الموقف يظل الموجب قائماً.

(وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المصرى).

(1) أ– إذ كان الحكم بعد أن استظهر الشروط الواجب توافرها لاعتبار الحادث قوة قاهرة قرر أن صدور =

فيجب أولا أن ينشأ الالتزام ممكناً، فلا تطرأ الاستحالة إلا بعد نشوئه. أما إذا كان تنفيذ الالتزام منذ البداية مستحيلا، فانه لا ينشأ أصلا، ولا محل للقول بانقضاء ما لم يوجد.

=الأمر الادارى الواجب التنفيذ وهو القرار الوزارى رقم ١٠ الصادر فى ٨ من يناير سنة ١٩٤١ بالاستيلاء على الشركة المطعون عليها وجميع موجوداتها وأموالها هو الذى حال دون وفائها بالأجرة المستحقة عنها فى المدة التى استولت فيها السلطة العسكرية البريطانية على جميع مصانعها وأموالها بمقتضى الأمر العسكرى رقم ١٥٩ الصادر فى ١٥ من يوليو سنة ١٩٤١، واعتبر هذا الحادث عملا من أعمال السلطان لها حكم القوة القاهرة، وأنه كان من شأن هذا الأمر جعل وفاء الشركة بالتزاماتها مستحيلا وليس مرهقاً أو عسيراً فحسب للاعتبارات المسوغة التى ساقها، فانه لا يكون قد خالف القانون أو شابه القصور.

(الطعن ٢٥٨ لسنة ٢٠ق – جلسة ١٩٥٣/٣/٢٦)

ب– المقصود بالاستحالة التى ينقضى بها الالتزام هو الاستحالة المطلقة بطروء حالة قاهرة أو حادث جبرى لا قبل للملتزم بدفعه أو التحرز منه.

(الطعن ٤٤٦ لسنة ٢٢ق – جلسة ١٩٥٦/٦/٢٨ س٧ ص٧٨٩)

(جلسة ١٩٦٦/١٢/٣ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ ص١٨٨٩)

جـ– إذا كان الواقع فى الدعوى أن الشركة المطعون عليها كانت قد تعاقدت على تصدير كميات من القطن إلى بيوت التجارة الألمانية فلما قامت الحرب الأخيرة وترتب عليها قطع العلاقات التجارية والسياسة بين مصر وألمانيا وصدر الأمران العسكريان ٦ سنة ١٩٣٩، ١٥٨ سنة ١٩٤١ – فى شأن الاتجار مع حكومة الريخ الألمانى ورعاياه – فحالا دون تنفيذ هذه العقود ورتبا البطلان على كل ما يخالف أحكامهما، وكان الحكم المطعون فيه قد اعتبر قيام الحرب وإنقطاع العلاقات والمواصلات وصدور التشريعات الإستثنائية قوة قاهرة وسببا أجنبياً يستحيل معه تنفيذ هذه العقود فقضى بانفساخها، فإن هذا الذى قرره الحكم المطعون فيه يتفق والقواعد القانونية الصحيحة، ذلك أنه متى صار تنفيذ التزام أحد الطرفين مستحيلا بعد انعقاد العقد التبادلى لسبب أجنبى فانه ينقضى واجب هذا الطرف فى تنفيذه وينفسخ العقد حتما وبقوة القانون ويعود كل طرف إلى حالته قبل التعاقد وذلك عملا بالأحكام العامة فى القانون التى أجملتها المادة ١٧٩ مدنى قديم والتى تطبق على العقود كافة.

(الطعن ٩٩ لسنة ٢٥ق – جلسة ١٩٥٩/١١/١٩ س١٠ ص٦٧٧)

د– يشترط طبقا للمادة ٢٠٣ من القانون المدنى لاجبار المدين البائع على تسليم العين المبيعة إلى المشترى أن يكون هذا التسليم ممكنا، فإذا كانت هذه العين مملوكة للبائع وقت انعقاد البيع ثم تعلقت بها ملكية شخص آخر تعلقا قانونيا استحال الوفاء بهذا الالتزام عينا للمشترى الأول.

(الطعن٢٢٦ لسنة ٣٦ق – جلسة ١٩٧٠/١٢/١٧ س٢١ ص١٢٥٥، جلسة ٨٤/١٢/٢٦ س٣٥)

هـ– يعتبر الفسخ واقعا فى العقد الملزم للجانبين باستحالة تنفيذه، ويكون التنفيذ مستحيلا على البائع، بخروج البيع من ملكه ويجعله مسئولا عن رد الثمن، ولا يبقى بعد الا الرجوع بالتضمينات إذا كانت الاستحالة بتقصيره.

(الطعن ٣٧ لسنة ٣٧ق – جلسة ١٩٧١/٦/٣ س٢٢ ص٧٣٤).

وإنما يكون العقد الذى رتب الالتزام المستحيل باطلا لعدم توافر الشروط اللازمة فى المحل، فمن شروط المحل أن يكون ممكناً إذا كان عملا أو امتناعا عن عمل، وأن يكون موجوداً إذا كان عيناً معينة بالذات.

ويجب، بعد أن ينشأ الالتزام ممكنا، أن يطرأ ما يجعل تنفيذه مستحيلا. أما إذا طرأت حوادث جعلت تنفيذه مرهقا، مع بقائه ممكنا، فلا ينقضى الالتزام[1]. وإنما ينتقل فى هذه الحالة إلى نظرية الحوادث الطارئة (théorie de l'imprévision) وأثر الحادث الطارئ فى الالتزام، وهو ما تقرره الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ مدنى إذ تقول: «ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضى، تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، إن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. ويقع باطلا كل اتفاق عن خلاف ذلك». وقد سبق تفصيل القول فى نظرية الحوادث الطارئة[1].

---

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٣١٤- فقرة ٤٢٣.

(1) أ- لا يمنع قرار وزير الأوقاف رقم ١٩ لسنة ١٩٦٤ الصادر استنادا إلى القانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٤٦ بشأن لائحة إجراءات وزارة الأوقاف والذى ناط بالهيئة القضائية للوزارة القيام بجميع الإجراءات القانونية فى القضايا التى ترفع منها أو عليها، من أن تعهد تلك الوزارة إلى غير هيئتها القضائية بالقيام بمثل هذه الأعمال، ومن ثم فليس فى أيلولة النظر على الوقف إلى وزارة الأوقاف، بموجب القانون رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٣، وما يتبع ذلك من اختصاص الهيئة القضائية للوزارة بالقيام بالأعمال القضائية، وما يعتبر فى حكم المادة ٣٧٣ من القانون المدنى)، قوة قاهرة يستحيل معها على المحامى المتعاقد مع الوقف - من قبل - القيام بالتزامه حتى يمكن القول - تبعا لذلك - بانقضاء التزام الوزارة المقابل بالوفاء بالأجر إعمالا للمادة ١٥٩ من القانون المدنى.

(الطعن ٣٧ لسنة ٢٧ق - جلسة ١٩٦٢/١١/١ س١٣ ص٩٤٨)

ب- يشترط فى القوة القاهرة التى ينقضى بها التزام المدين أن تكون أمرا لا قبل للمدين بدفعه أو التحرز منه، يترتب عليه استحالة تنفيذ الالتزام استحالة مطلقة. وإذا كان الحكم قد استخلص عدم استحالة تنفيذ التزام الشركة بدفع الفوائد مما أورده فى أسبابه من أن القانون رقم ٢١٢ سنة ١٩٦٠ لم يقضى بتأميم مخازن الأدوية والمستلزمات الطبية، وانما قرر الاستيلاء فقط على ما يوجد لديها من هذه المواد، وترك لأصحاب هذه المخازن حق التصرف فى أموالهم الأخرى دون قيد، فان ذلك يكون استخلاصا سائغا ولا مخالفة فيه للقانون.

(الطعن ١٤٥ لسنة ٣٦ق - جلسة ١٩٧٠/١٢/١٠ س٢١ ص١٢١٦)

جـ- من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن المقصود بالاستحالة التى ينقضى بها الالتزام هو الاستحالة المطلقة لطروء قوة قاهرة أو حادث جبرى طارئ لا قبل للملتزم بدفعه أو توقعه، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد أسس قضاءه برفض دعوى الطاعنين على أن قرار لجنة مراجعة المبانى بمحافظة بورسعيد الذى صدر بالعدول عن قرار هدم البناء القائم على الأرض المبيعة من شأنه أن يجعل الوفاء =

فيجب إذن، حتى ينقضى الالتزام، أن يطرأ ما يجعل تنفيذه مستحيلا استحالة فعلية أو استحالة قانونية فى الوقت الذى يجب فيه تنفيذه. فلو طرأ ما يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة مؤقتة ما بين وقت نشوئه ووقت التنفيذ، ثم زال هذا الطارئ عند حلول ميعاد التنفيذ فأصبح تنفيذ الالتزام ممكنا فى هذا الوقت، فان الاستحالة السالفة التى زالت لا أثر لها فى الالتزام، بل يبقى الالتزام قائما واجب التنفيذ. وحتى لو كان الالتزام مستحيلا تنفيذه وقت حلول ميعاد التنفيذ، ولكن هذه الاستحالة ليست دائمة، وأمكن أن تزول فى وقت يكون تنفيذ الالتزام فيه غير متعارض مع الغرض الذى من أجله وجد الالتزام، فان هذه الاستحالة المؤقتة ليس من شأنها أن تقضى الالتزام[1]، بل هى تقتصر على وقفه إلى أن يصبح قابلا للتنفيذ فينفذ(١).

=بالتزام المطعون ضده بنقل ملكية المبيع مستحيلا استحالة مرجعها إلى سبب أجنبى لا يد له فيه، لما كان ذلك وكان صدور مثل هذا القرار وإن أدى إلى عرقلة تنفيذ التزام البائع الوارد بالعقد بإزالة المبانى القائمة على الأرض المبيعة وتسليمها خالية إلى المشترى فى الميعاد المتفق عليه إلا أنه لا يعتبر مانعا من قبيل الاستحالة المطلقة التى تجعل الالتزام بنقل الملكية ذاته مستحيلا إذ ليس فى القانون ما يحول دون أن ينقل البائع ملكية الأرض المبيعة إلى مشتريها دون المبانى المقامة عليها ودون تسليمها.

(الطعن ٩٨٠ لسنة ٤٨ق – جلسة ١٩٨٢/١٢/٢ س٣٣ ص١١٠٤)

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣١٦.

(1) أ- وضع الأطيان المبيعة تحت التحفظ بمظنة أنها من أموال أسرة محمد على ليس إلا حادثا طارئا يترتب عليه تأجيل تنفيذ ما لم يكن قد تم تنفيذه من التزامات الطرفين – بصفة مؤقتة دون أن يتمخض عن استحالة قانونية دائمة تقضى إلى انقضاء هذه الالتزامات – وبزوال هذا الطارئ تستأنف الالتزامات المؤجلة سيرها ومن ثم فلا يكون لذلك الطارئ من أثر على قيام العقد فى فترة التحفظ ويبقى العقد شريعة تحكم العلاقة بين الطرفين – فإذا كان الطاعنون (البائعون) قد أقاموا دعواهم بعد رفع التحفظ وبعد أن استقرت العلاقة بين الطرفين بإبرام العقد النهائى، مطالبين المشترى بثمار المبيع على أنها من حقهم فإن استنادهم في الدعوى إلى قاعدة الإثراء بلا سبب يكون غير صحيح فى القانون، ذلك أن الحق فى هذه الثمار أثر من آثار عقد البيع وهى للمشترى من وقت تمام البيع ومن ثم فلا يعد حصوله عليها إثراء بلا سبب.

(الطعن ٢٠١ لسنة ٣٧ق – جلسة ١٩٦٢/١٢/٢٠ س١٣ ص١٩٥٩)

ب- لم يحظر القانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ على المالك التصرف فيما يستبقيه لنفسه فى حدود المائتى فدان ولم يضع أى قيد على هذا التصرف ومن ثم فلا يترتب على صدور هذا القانون استحالة تنفيذ إلتزام المالك بنقل ملكية القدر الذى باعه من تلك الأطيان. فإذا كان البائع لم يدرج فى إقراره القدر المبيع ضمن الأطيان التى اختارها لنفسه بصفة أصلية وامتنع بذلك نقل الملكية للمشترى فى الفترة بين تقديم هذا الإقرار وموافقة جهة الاستصلاح الزراعى على إعمال مقتضى التحفظ الوارد فيه بشأن هذا القدر وإعتباره ضمن الأطيان المتحفظ بها للمالك، وكان هذا المانع المؤقت لم يترتب عليه – فى حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع – زوال المنفعة المرجوة من العقد فلا يكون له من أثر سوى تأجيل تنفيذ الإلتزام فى الفترة التى قام فيها ولا يؤدى إلى انفساخ العقد بقوة القانون.

(الطعن ٢٦٣ لسنة ٢٦ق – جلسة ١٩٦٣/١/٣ س١٤ ص٣٧٧)

أما أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة فعلية، فهذه مسألة واقع يقدرها قاضى الموضوع تقديراً نهائياً لا معقب عليه من محكمة النقض. فالالتزام بنقل حق عينى، إذا وقع على عين معينة بالذات، يصبح تنفيذه مستحيلا إذا هلك هذا الشئ، أو تلف تلفاً يجعله فى حكم الهالك، أو فقد بحيث لا تمكن معرفة مكانه(١). وإذا وقع الالتزام على شئ غير معين إلا بنوعه ومقداره، فمن الصعب أن نتصور استحالة تنفيذ هذا الالتزام، لأن الشئ غير المعين بالذات يوجد بجنسه، والجنس لا ينعدم (genera non pereunt)(٢). ومع ذلك فقد يقع فى بعض الأحوال الاستثنائية أن يتعذر التنفيذ، كما إذا كان المدين ملتزماً بتوريد أزهار نادرة أو شئ بطل صنعه فلم يستطع العثور على ما التزم به(٣). والالتزام بعمل، كالتزام المصور برسم صورة، يصبح تنفيذه مستحيلا إذا أصيب هذا الفنان بفقد بصره أو ببتر يده فلم يعد قادراً على الرسم(٤). والالتزام بالامتناع عن عمل يصبح تنفيذه مستحيلا إذا اضطر المدين إلى إتيان هذا العمل الذى التزم بالامتناع عنه.

وأما أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة قانونية، فهذه مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض(1). من ذلك أن يكون المدين ملتزما بنقل ملكية أرض، فتنزع ملكيتها قبل التنفيذ للمصلحة العامة، فيتعذر تعذراً قانونياً تنفيذ الالتزام. ومن ذلك أيضاً أن يكون المدين ملتزماً بتوريد شئ، ثم يحرم القانون صنعه، فيصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة قانونية(٥).

---

(١) بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٧٨.

(٢) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٣١ ص٣٦٦.

(٣) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣١٥ ص٧٢٧- دى باج ٣ فقرة ٦٩٩ ص٦٥٦.

(٤) بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٨٢ ص١٤٥- وإذا تعهد ممثل بالتمثيل فى وقت معين، وأصيب بمرض فى هذا الوقت يقعده عن التمثيل، أصبح تنفيذه التزامه مستحيلا (كولان وكاپيتان ٢ فقرة ٥٨٨).

(٥) ومنذ حرم الرق أصبح التعامل فى الرقيق مستحيلا استحالة قانونية (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩١٧ ص٢٥٠- بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٧٩ ص١٤٣). وإذا قيدت، أثناء الحرب مثلا، الكميات التى تستهلك من البنزين أو الغاز أو الكهرباء، أصبح الالتزام الذى يتعارض تنفيذه مع هذه القيود مستحيلا استحالة قانونية (بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٨٢).

(1) متى كانت استحالة تنفيذ الالتزام تقوم على أسباب قانونية، فإن البحث فى توافرها يعد من مسائل القانون التى تخضع لرقابة محكمة النقض.

(الطعن ٣٧ لسنة ٢٧ق - جلسة ١٩٦٢/١١/١ س١٣ ص٩٤٨)

(الطعن ١١٨٦ لسنة ٥٠ق - جلسة ١٩٨٤/٥/٢١)

(جلسة ١٩٧٩/٣/١٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٠ ص٨٥٩)

٥٨٨ – الشرط الثاني – استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبي لايد للمدين فيه: ولا يكفى أن يستحيل تنفيذ الالتزام على النحو الذى قدمناه حتى ينقضى، بل يجب أيضاً أن تكون هذه الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبى لا يد للمدين فيه(1).

فان كانت الاستحالة راجعة إلى خطأ المدين، لم ينقض الالتزام. ولكن لما كان تنفيذه العينى أصبح مستحيلا، وجب تنفيذه عن طريق التعويض. وحيث يستحيل التنفيذ العينى ويجب التعويض مكانه، فانه لا يجوز القول بأن الالتزام الأصلى قد انقضى وحل محله التزام جديد محله التعويض. بل إن الالتزام باق بعينه، وإنما تحول محله من التنفيذ العينى إلى التعويض. وهذا التحول يجرى بحكم القانون تمشياً مع مقتضى إرادة الطرفين، فليس مما يتعارض مع إرادتهما، إذا تعذر التنفيذ العينى بخطأ المدين، أن يتحول محل الالتزام إلى تعويض. وقد سبقت الإشارة إلى ذلك(١). ولهذا التكييف أهمية عملية كبيرة. فلو قلنا إن

---

(١) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٠٩.

(1) أ– من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن عقد البيع ينفسخ حتما ومن تلقاء نفسه طبقا للمادة ١٥٩ من القانون المدنى بسبب استحالة تنفيذ التزام أحد المتعاقدين لسبب أجنبى. ويترتب على الانفساخ ما يترتب على الفسخ من عودة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد، ويتحمل تبعة الاستحالة فى هذه الحالة المدين بالالتزام الذى استحال تنفيذه عملا بمبدأ تحمل التبعة فى العقد الملزم للجانبين.

(الطعن ٢٥٦ لسنة ٤٣ق – جلسة ١٩٧٧/١/١١ س٢٨ ص٢١١)

(جلسة ١٩٧١/٦/٣ مجموعة احكام النقض السنة ٢٢ ص٧٢٤)

ب– نزع ملكية العين المؤجرة للمنفعة العامة بعد هلاكها كليا يترتب عليه انفساخ العقد بقوة القانون لإنعدام المحل ولا يجوز للمستأجر فى هذه الحالة أن يطالب المؤجر بتعويض وهو ما تقضى به الفقرتان الأولى والثالثة من المادة ٥٦٩ من القانون المدنى.

(جلسة ١٩٧٤/١١/١٢ مجموعة احكام النقض السنة ٢٥ ص١٢١٣)

جـ– عقد البيع ينفسخ حتما ومن تلقاء نفسه طبقا للمادة ١٥٩ من القانون المدنى بسبب استحالة تنفيذ التزام أحد المتعاقدين لسبب أجنبى، ويترتب على الانفساخ ما يترتب على الفسخ من عودة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد، ويجعل تبعة الاستحالة فى هذه الحالة المدين بالالتزام الذى استحال تنفيذه عملا بمبدأ تحمله التبعة فى العقد الملزم للجانبين، ولما كان الحكم قد أثبت أن التزام مورث الطاعنين بنقل ملكية العقار المبيع للمطعون عليه قد صار مستحيلا بسبب استيلاء جهة الاصلاح الزراعى عليه تنفيذاً لحكم القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١ بتحديد الحد الأقصى للملكية الزراعية للفرد بما لا يزيد على مائة فدان، فانه يكون بذلك قد أثبت أن استحالة تنفيذ هذا الالتزام ترجع لسبب أجنبى.

(جلسة ١٩٧٧/٤/٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ ص٩٠٩)

د– الثابت مما حصله الحكم المطعون فيه أن الطاعن تمسك فى دفاعه بأن تخلفه عن تنفيذ التزامه يعزى إلى فرض الحراسة عليه وغل يده عن الإدارة وهو دفاع جوهرى قد يتغير بتحققه وجه الرأى =

الالتزام الأصلي قد انقضى وحل محله التزام جديد، لترتب على ذلك انقضاء التأمينات التي كانت تكفل الالتزام الأصلي وانقطاع مدة التقادم التي كانت تسري ضد هذا الالتزام، ولترتب على ذلك أيضاً أن الالتزام بالتعويض الذي ينشأ عن تنفيذ العقد يكون التزاماً جديداً ليس مصدره العقد بل يكون المصدر خطأ تقصيرياً من المدين. أما إذا أخذنا بالرأي الصحيح وقلنا إن الالتزام يبقى بعينه مع تحول محله، لترتب على ذلك أن التأمينات التي كانت تكفل التنفيذ العيني لا تنقضي، بل تتحول إلى كفالة التعويض. ولترتب على ذلك أيضاً أن مدة التقادم لا تنقطع، بل تبقى سارية ضد الالتزام بعد أن تحول محله من تنفيذ عيني إلى تعويض. فلو كانت المدة التي انقضت أربع عشرة سنة مثلا، ثم استحال تنفيذ الالتزام بخطأ المدين فتحول محله إلى تعويض، فان حق الدائن في التعويض يسقط بالتقادم بعد انقضاء سنة واحدة وهي التي تكمل المدة التي انقضت إلى خمس عشرة سنة، لا بانقضاء مدة تقادم جديدة فيما لو قلنا إن الالتزام بالتعويض هو التزام جديد. ولترتب على ذلك أخيراً أن الالتزام بالتعويض الذي ينشأ من عدم تنفيذ العقد هو عين الالتزام الذي نشأ من العقد منذ البداية، فيكون مصدره العقد لا خطأ تقصيرياً من المدين[1].

أما إذا كانت الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي[2] – والسبب الأجنبي هو الحادث الفجائي (cas fortuit) أو القوة القاهرة (force majeure)، وخطأ الدائن (faute du créancier)، وفعل الغير (fait d'un tiers)– فان الالتزام ينقضي أصلا، ولا يقتصر الأمر فيه على أن يتحول محله إلى تعويض، فالتعويض لا يكون مستحقاً ما دامت استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبي ولا ترجع لخطأ المدين. وعبء اثبات السبب الأجنبي يقع على المدين، إذ بعد أن يثبت الدائن وجود الالتزام يجب على المدين أن يثبت تخلصه منه وفقاً للقواعد العامة، وهنا لا يستطيع المدين أن يتخلص من الالتزام إلا إذا أثبت استحالة التنفيذ وأنها راجعة إلى سبب أجنبي[3].

=في الدعوى باعتباره سبباً أجنبياً يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، وإذ لم يرد الحكم على هذا الدفاع فإنه يكون مشوباً بالقصور.

(الطعون ١٤٩٨، ١٤٧٤، ١٥٢١ لسنة ٥٢ق– جلسة ١٩٨٥/٣/٢٥ س٣٦ ص٤٨٤)

(١) بودري وبارد ٣ فقرة ١٩١٨ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٩١٦ ص٧٢٨– بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٧٨ ص١٤٣– الموجز للمؤلف فقرة ٤٤٢ ص٤٣٩ ولكن قارن فقرة ٦٠١ ص٦٢٢.

(٢) ويلاحظ أن السبب الأجنبي الذي يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا فيقضيه إنما ينطبق بالأخص على الالتزامات العقدية. أما الالتزام الذي ينشأ عن عمل غير مشروع، فهو لا ينشأ أصلا – وبالأولى لا ينقضي – بالسبب الأجنبي، لأن السبب الأجنبي يزيل رابطة السببية فلا يتولد الالتزام (دي باج ٣ فقرة ٦٩٩ ص٦٥٧). والذي ينقضي بالسبب الأجنبي إنما هو الالتزام القانوني العام ألا يضر شخص آخر بعمل مشروع، إذا جاز أن يعد هذا التزاما.

(٣) بودري وبارد ٣ فقرة ١٩٢٢ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣١٨ – وتقدير ما إذا كانت الواقعة المدعى بها تعتبر قوة قاهرة هو تقدير موضوعي تملكه محكمة الموضوع في حدود سلطتها =

هذا وقد يرجع السبب الأجنبى إلى خطأ من المدين، كما إذا كانت العين التى التزم بها قد احترقت أو سرقت وكان ذلك مصحوباً بتقصير من المدين. فلا يعتد فى هذه الحالة بالسبب الأجنبى، بل تعتبر استحالة التنفيذ راجعة إلى خطأ المدين، ولا ينقضى الالتزام، بل يتحول محله من تنفيذ عينى إلى تعويض[1]. وعبء إثبات خطأ المدين يقع فى هذه الحالة على الدائن.

وقد يتحمل المدين تبعة السبب الأجنبى، فلا ينقضى الالتزام حتى لو استحال تنفيذه بسبب أجنبى، ويتحول محله إلى تعويض. ويكون المدين فى هذه الحالة إزاء المدين بمثابة المؤمن، يؤمنه من الحوادث التى ترجع إلى القوة القاهرة[2].

كذلك إذا استحال تنفيذ الالتزام بسبب أجنبى، ولكن الدائن كان قد أعذر المدين قبل استحالة التنفيذ، فإن الإعذار يجعل المدين مسئولا عن استحالة التنفيذ كما لو كانت هذه الاستحالة ترجع إلى خطأه، فلا ينقضى الالتزام بل يتحول محله إلى تعويض. وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٠٧ مدنى على هذا الحكم صراحة إذ تقول: «إذا التزم المدين أن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل، وتضمن التزامه أن يسلم شيئاً ولم يقم بتسليمه بعد أن أعذر، فان هلاك الشئ يكون عليه ولو كان الهلاك قبل الاعذار على الدائن[3]». على أن الالتزام ينقضى، حتى لو كان المدين قد أعذر قبل استحالة التنفيذ، إذا أثبت أن الشئ كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلم إليه. وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٠٧ مدنى على هذا الحكم صراحة إذ تقول: «ومع ذلك لا يكون الهلاك على المدين، ولو أعذر، إذا أثبت أن الشئ كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلم إليه، ما لم يكن المدين قد قبل أن يتحمل تبعة الحوادث المفاجئة»[4]. بل إنه إذا كان الالتزام مترتباً فى ذمة السارق برد الشئ المسروق، فانه لا ينقضى حتى لو هلك الشئ بسبب أجنبى، وحتى لو لم يكن السارق معذراً قبل هذا الهلاك، وحتى لو أثبت السارق أن الشئ كان يهلك عند صاحبه لو أنه رده إليه. وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الثالثة من المادة ٢٠٧ مدنى إذ

=التقديرية، ما دامت قد أقامت قضاءها على أسباب سائغة (نقض مدنى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٤٥ ص١٠٢٢)، وما دامت الشروط اللازمة قانوناً لقيام القوة القاهرة متوافرة.

(١) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩٢٣ – وانظر المادة ٣٤٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى (آنفاً فقرة ٥٨٦ فى الهامش).

(٢) نقض مدنى ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٧٣ ص٧٤٦.

(٣) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٣٢.

(٤) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٢٢ – دى باج ٣ فقرة ٧٠٢.

تقول: «على أن الشئ المسروق إذا هلك أو ضاع بأية صورة كانت، فان تبعة الهلاك تقع على السارق»(١).

الفرع الثانى
الآثار التى تترتب على استحالة التنفيذ

٥٨٩- انقضاء الالتزام وتوابعه: يترتب على استحالة تنفيذ الالتزام بسبب أجنبى على النحو الذى قدمناه أن ينقضى هذا الالتزام، إذ التنفيذ قد أصبح مستحيلا، والمدين غير مسئول عن هذه الاستحالة، فلا مناص من القول بانقضاء الالتزام(٢).

وينقضى الالتزام بتوابعه، وبخاصة تنقضى جميع التأمينات العينية والشخصية التى كانت تكفله. فإذا كان هناك رهن أو حق امتياز أو حق اختصاص يكفل الالتزام قبل استحاله تنفيذه، فان هذه الحقوق العينية تنقضى بانقضاء الالتزام، ويجب على الدائن أن يقوم بالاجراءات الواجبة لشطب القيد الذى كان يشهر هذه التأمينات.

وإذا كان للالتزام كفيل شخصى، ثم استحال تنفيذه بسبب أجنبى فانقضى، وبرئت ذمة المدين منه، فان ذمة الكفيل الشخصى تبرأ تبعاً لبراءة ذمة المدين.

وقد يكون الالتزام مترتباً فى ذمة مدينين متضامنين متعددين، ثم يستحيل تنفيذه بسبب أجنبى فينقضى، فتبرأ ذمة جميع المدينين المتضامنين. أما إذا استحال التنفيذ بخطأ أحد المدينين المتضامنين دون الباقى، فان خطأ هذا المدين لا يتعدى أثره إلى باقى المدينين المتضامنين، ويكون هذا المدين وحده هو المسئول عن التعويض. أما الباقى فيعتبر خطأ المدين بالنسبة إليهم من قبيل فعل الغير، أى يعتبر سبباً أجنبياً، فينقضى الدين بالنسبة إليهم، وتبرأ ذمتهم منه. وقد سبق بيان ذلك عند الكلام فى التضامن(٣).

---

(١) توليبه ٧ فقرة ٤٨٦- بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩٢٥ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٢٣ - جوسران ٢ فقرة ٩٦٢ - دى باج ٣ فقرة ٧٠٢- وقارن أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٣١ ص٣٦٥ هامش رقم ٦ - ديرانتون ١٢ فقرة ٥٠٦- وانظر فى كل ذلك الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٣٢ ص٧٨٨.

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٢٩٩ - وإذا هلك الشئ هلاكاً جزئياً بسبب أجنبى، تخلص المدين من الالتزام بتسليمه إلى الدائن الجزء غير الهالك (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩١٦)، ويجوز للدائن فى هذه الحالة أن يرفض تسلم الجزء غير الهالك لأنه لا يجبر على الوفاء الجزئى (بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٠١٣ - أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ perte de la chose due فقرة ٤).

(٣) انظر آنفاً فقرة ١٨٩ ص٣٠٩ هامش رقم ٢ - وقارن المادة ١٢٠٥ من التقنين المدنى الفرنسى وبودرى وبارد ٣ فقرة ١٩٢١.

كذلك إذا كان الالتزام مترتباً فى ذمة المدين لمصلحة عدد من الدائنين المتضامنين، واستحال تنفيذه لسبب أجنبى، فانه ينقضى بالنسبة إلى جميع الدائنين المتضامنين.

ومتى انقضى الالتزام وتوابعه، فان المدين يلتزم أن ينزل للدائن عما قد يكون له من حق أو دعوى فى التعويض عن الشئ الذى هلك. فإذا كان الشئ مؤمناً عليه فاستحق المدين مبلغ التأمين، أو كان هلاك الشئ بفعل أجنبى فاستحق المدين التعويض، وجب على المدين أن ينقل إلى الدائن حقه فى مبلغ التأمين أو حقه فى التعويض. وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يتضمن نصاً فى هذا المعنى، هو نص المادة ٢٨٣ من هذا المشروع، وكانت تجرى على الوجه الآتى: «فى الالتزام بنقل حق عينى، إذا هلك الشئ أو ضاع أو خرج من التعامل لسبب أجنبى لا يد للمدين فيه، التزم المدين أن يتنازل للدائن عما قد يكون له من حق أو دعوى فى التعويض عن هذا الشئ». وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة، لأن الحكم فيه حكم تفصيلى يكفى فيه تطبيق القواعد العامة(١). وورد فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى نص صريح فى هذا الحكم، هو نص المادة ٣٤٣(٢).

= هذا وإذا استحال تنفيذ الالتزام بخطأ المدين، فإن المحل يتحول إلى تعويض كما قدمنا، ولا تبرأ ذمة المدين. كذلك لا تبرأ ذمة الكفيل بل يبقى كفيلا للتعويض، وكذلك لا تنقضى التأمينات بل تبقى ضامنه للتعويض (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩٢١ ص٢٥٥).

أما إذا هلك الشئ بفعل الكفيل، فإن ذمة المدين الأصلى تبرأ من الدين، إذ يعتبر فعل الكفيل سبباً أجنبياً بالنسبة إلى المدين الأصلى (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩٢١ ص٢٥٥). وتبرأ ذمة الكفيل - باعتباره كفيلا - ببراءة ذمة المدين الأصلى، ولكن الكفيل يكون مسئولا عن فعله كمدين أصلى نحو الدائن.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٥١٩ هامش رقم ١ - وانظر الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٣٢ ص٧٨٧ وهامش رقم ١. ويشتمل التقنين المدنى الفرنسى على نص يقرر هذا الحكم هو المادة ١٣٠٣. وهذا النص ينتقده الفقه الفرنسى. فهو قد كان مفهوماً فى ضوء تقاليد القانون الماضية وأحكام القانون الرومانى، إذ كان البيع لا ينقل الملكية. فيظل البائع مالكاً للشئ، فإذا هلك كان البائع هو الذى يملك دعوى التعويض، ومن ثم وجب أن ينقلها إلى المشترى. أما الآن فالبيع ينقل الملكية إلى المشترى، ودعوى التعويض يملكها المشترى مباشرة، دون حاجة إلى أن ينقلها إليه البائع. على أن النص لا يزال مفيداً فى الحالات التى يتراخى فيها نقل الملكية إلى المشترى، فيهلك الشئ قبل أن تنتقل الملكية إليه (أوبى ورو ٤ فقرة ٣٣١ ص٣٦٥ هامش رقم ٥- بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩٢٦- فقرة ١٩٢٧- بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣١٩ - دى باج ٣ فقرة ٧٠٤- بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٠١٤- كولان وكابيتان ٢ فقرة ٥٨٨- أنسيكلوبيدى ودالوز ٣ لفظ perte de la chose due فقرة ٧- فقرة ٨. وانظر المادة ٣٧ من قانون ١٣ يوليه سنة ١٩٣٠ فى فرنسا الخاص بالتأمين.

(٢) ويجرى هذا النص على الوجه الآتى: «لا تبرأ ذمة المديون من أجل القوة القاهرة إلا بقدر استحالة التنفيذ، فيمكن إذن ألا يكون سقوط الموجب إلا جزئياً. وفى جميع الأحوال، حتى فى حالة =

٥٩٠- تحمل التبعة فى العقد وفى الملك: وإذا انقضى الالتزام لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبى فقد انقضى دون أن يستوفى الدائن حقه، لا عيناً ولا بمقابل. ومن ثم إذا نظر إلى هذا الالتزام وحده، كان الدائن هو الذى يتحمل تبعة استحالة التنفيذ، إذ عليه هو الغرم دون المدين. ويصدق ذلك، فيتحمل الدائن وحده تبعة استحالة التنفيذ، إذا كان الالتزام الذى استحال تنفيذه ناشئاً من عقد ملزم لجانب واحد. ذلك أن المدين فى هذا العقد تبرأ ذمته وينقضى التزامه باستحالة تنفيذه، دون أن يكون للدائن تعويض مقابل، إذ العقد لا ينشئ إلا هذا الالتزام فى جانب المدين. أما إذا كان الالتزام ناشئاً من عقد ملزم للجانبين، واستحال تنفيذ أحد الالتزامين المتقابلين بسبب أجنبى، فانقضى هذا الالتزام، فان الالتزام المقابل ينقضى تبعاً لانقضاء الالتزام الأول. وقد نصت المادة ١٥٩ مدنى على هذا الحكم صراحة إذ تقول: «فى العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه، انقضت معه الالتزامات المقابلة له، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه[١]». ويترتب على ذلك أن المدين فى العقد الملزم للجانبين، إذا انقضى التزامه لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبى يتحمل مع ذلك تبعة استحالة التنفيذ، ولا يتحملها الدائن كما يتحملها فى العقد الملزم لجانب واحد. ذلك أن المدين، إذا كان قد تحلل من تنفيذ التزامه بسبب استحالة تنفيذه، يجد فى الوقت ذاته الالتزام الذى له فى ذمة الدائن - وهو الالتزام المقابل - قد انقضى هو أيضاً بسبب انقضاء الالتزام الأول، وانفسخ العقد، فيقع عليه الغرم، ومن ثم كان هو الذى يتحمل التبعة(1). وهذه هى نظرية تحمل التبعة فى العقد، وهى كما نرى ترتبط ارتباطاً وثيقاً بانقضاء الالتزام لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبى، وقد سبق أن عالجناها فى الجزء الأول من الوسيط[٢].

=سقوط الموجب كله، يلزم المديون أن يتنازل للدائن عن الحقوق والدعاوى المختصة بالتعويض مما يتعلق بالموجب السابق، كما يلزمه أن يسلم إليه ما بقى من الشئ الهالك إن كانت هناك بقية». وانظر فى وجوب تسليم بقية الشئ الهالك: بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩٢٧ ص٢٦٥- بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣١٩ ص٧٣١.

(١) انظر الوسيط جزء أول فقرة ٤٨٩- فقرة ٤٩٠.

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٤٨٩ - فقرة ٤٩٠- وانظر أيضاً دى باج ٣ فقرة ٦٩٩ ص٦٥٧- ص٦٥٨ - أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ perte de la chose due فقرة ٦- الموجز للمؤلف فقرة ٦٠٢- الأستاذ عبد الحى حجازى ٢ ص٣٤٣- ص٣٤٧ - الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٣٠٠ ص٣٧٧.

(1) إذا كان عقد بيع مضرب الأرز - وهو عقار - لم يسجل قبل حصول تأميم المضرب، فان ملكيته تكون قد بقيت للبائعة حتى نقلها التأميم إلى الدولة، واستحال بذلك على البائعة تنفيذ التزامها بنقل الملكية إلى المشتريه، وينفسخ عقد البيع من تلقاء نفسه طبقا للمادة ١٥٩ من القانون المدنى ويترتب على الانفساخ ما يترتب على الفسخ من عودة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد، =

وهناك إلى جانب تحمل التبعة فى العقد تحمل التبعة فى الملك. وقد انفرد التقنين المدنى العراقى بالنص على تحمل التبعة فى الملك، عقب النص الذى أورده فى خصوص انقضاء الالتزام لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبى. ونقتصر هنا على إيراد النصوص التى اشتمل عليها هذا التقنين فى هذه المسألة، مع التعليق عليها فى إيجاز[1].

نصت المادة ٤٢٦ من التقنين المدنى العراقى على أنه «إذا انتقل الشئ إلى يد غير يد صاحبه، بعقد أو بغير عقد، وهلك دون تعد أو تقصير، فان كانت اليد يد ضمان هلك الشئ على صاحب اليد، وإن كانت يد أمانة هلك الشئ على صاحبه». ونصت المادة ٤٢٧ على أنه «١- تكون اليد يد ضمان إذا حاز صاحب اليد الشئ بقصد تملكه، وتكون يد أمانة إذا حاز الشئ لا بقصد تملكه بل باعتباره نائباً عن المالك. ٢- وتنقلب يد الأمانة إلى يد ضمان، إذا كان صاحب اليد ولو بغير قصد التملك، قد حبس الشئ عن صاحبه دون حق أو أخذه بغير إذنه».

وتفرض هذه النصوص أن شيئاً قد انتقل من يد مالكه إلى يد غير المالك، سواء انتقل بعقد كعارية أو وديعة أو إيجار، أو انتقل بغير عقد كحيازة بحسن نية أو بسوء نية أو غصب. ثم يهلك الشئ فى يد غير المالك بسبب أجنبى. فإذا كان هناك التزام مترتب فى ذمة غير المالك برد الشئ إلى صاحبه، وقلنا إن هذا الالتزام ينقضى لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبى، فان المالك هو الذى يتحمل تبعة هلاك الشئ وقد هلك فى غير يده. وهنا يميز التقنين المدنى العراقى - أخذا بأحكام الفقه الإسلامى - بين يد الضمان ويد الأمانة، فان كانت يد غير المالك يد ضمان، فان التزامه برد الشئ إلى المالك لا ينقضى باستحالة تنفيذه، بل يتحول هذا الالتزام إلى تعويض، ويتحمل هو تبعة هلاك الشئ. أما إن كانت يد غير المالك يد أمانة، فان التزامه برد الشئ إلى المالك ينقضى باستحالة تنفيذه، ويتحمل المالك إذن تبعة هلاك الشئ وإن كان قد هلك فى غير يده، لأنه هلك فى يد هى يد أمانة. ثم يضع التقنين العراقى معياراً ليد الضمان وليد الأمانة، فيد الضمان هى يد غير المالك إذا حاز الشئ بقصد تملكه، ويد الأمانة هى يد غير المالك إذا حاز الشئ لا بقصد تملكه بل

=ويتحمل تبعة الاستحالة المدين بالالتزام الذى استحال تنفيذه عملا بمبدأ التبعة فى العقد الملزم للجانبين وذلك بالتطبيق للمادة ١٦٠ من القانون المدنى.

(جلسة ١٩٧٤/٦/٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٥ ص١٠٢٧)

(جلسة ١٩٧١/٦/٣ الطعن ٣٧ لسنة ٣٧ق السنة ٢٢ ص٧٣٤)

(جلسة ١٩٧٠/١٢/١٧ الطعن ٢٢٦ لسنة ٣٦ق السنة ٢١ ص١٢٥٥)

(١) والتقنين المدنى العراقى وحده هو الذى أورد هذه النصوص، كما قدمنا، فلم ترد فى التقنين المدنى المصرى، ومن ثم يجب فى مصر تطبيق القواعد العامة فى هذه المسائل.

باعتباره نائباً عن المالك. فالغاصب، والحائز بقصد التملك لا سيما إذا كان سيئ النية، ومن أخذ الشئ على سوم الشراء، كل هؤلاء يدهم على الشئ يد ضمان. فان هلك بسبب أجنبى، وجب عليهم الضمان، وتحملوا هم دون المالك تبعة الهلاك. أما المستعير والمودع عنده والمستأجر ومن أخذ الشئ على سوم النظر، فهؤلاء يدهم يد أمانة. فان هلك الشئ فى يدهم بسبب أجنبى، هلك على مالكه، وانقضى التزام الحائز برد الشئ إلى مالكه لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبى.

ومع ذلك فان يد الأمانة تنقلب إلى يد ضمان، فتكون تبعة الهلاك فى هذه الحالة على الحائز لا على المالك، إذا كان الحائز، ويده قد بدأت يد أمانة، قد حبس الشئ عن صاحبه دون حق، أو أخذه بغير إذنه، ولو كان قد فعل هذا أو ذاك بغير قصد التملك. ذلك أن الحائز، فى هاتين الحالتين، يكون بمثابة المدين المعذر الذى يتحمل تبعة هلاك الشئ ولو بسبب أجنبى.

بقى بعد كل ذلك موقف البائع لعين معينة بالذات، قبل تسليم هذه العين للمشترى. فهو من وجه يجوز الشئ بعد البيع لا بقصد تملكه، وهو من وجه آخر يلتزم بتسليم الشئ إلى المشترى وهذا الالتزام مكمل لنقل الملكية ولم يقم بعد بتنفيذ التزامه. فان هلك الشئ فى يده قبل التسليم، فهل تكون يده يد أمانة ولا يهلك الشئ عليه اعتباراً بأنه لا يحوز الشئ بقصد تملكه، أم تكون يده يد ضمان ويهلك الشئ عليه اعتباراً بأنه لم يقم بعد بواجب التسليم وهو التزام مكمل لنقل الملكية؟ تجيب المادة ٤٢٨ من التقنين المدنى القديم قبل التسليم يد ضمان، وتنقلب يد أمانة إذا امتنع واجب التسليم بقيام سبب للحبس». ومعنى ذلك أن المبيع يهلك على البائع قبل التسليم، لأن يده تعتبر يد ضمان وإن كان غير مالك، إذ لا يزال مترتباً فى ذمته واجب التسليم ولم يقم به وهو التزام مكمل لنقل الملكية. أما إذا قام سبب لحبس البائع المبيع فى يده، بأن كان لم يستوف ثمنه الواجب الأداء، فامتنع واجب التسليم بسبب قيام سبب الحبس، فان يد البائع، وقد كانت يد ضمان كما رأينا، تنقلب إلى يد أمانة. فإذا هلك الشئ بسبب أجنبى، وهو محبوس فى يده بسبب عدم استيفاء الثمن، لم يهلك عليه بل يهلك على المشترى.

الفصل الثالث

التقادم المسقط (*)

(Prescription extinctive)

تمهيد

٥٩١ – التقادم المسقط والتقادم المكسب – وجوب الفصل بينهما : جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد : «وفق التقنين الحالى (السابق) فى المباعدة بين أحكام التقادم المسقط وبين أحكام التقادم المكسب، وقد تبعه المشروع فى ذلك . والحق أن هذين النظامين يختلفان كل الاختلاف من حيث الغاية والتطبيق والمشخصات الذاتية» (١) . فالتقنين المدنى الجديد قد فصل إذن – كما فصل التقنين المدنى السابق – ما بين التقادم المسقط فجعل مكانه بين أسباب انقضاء الالتزام ، وبين التقادم المكسب فجعل مكانه بين أسباب كسب الحقوق العينية .

والفرق بين هذين النوعين من التقادم ظاهر . فالتقادم المسقط يقضى الحقوق الشخصية والعينية (٢) على السواء ، إذا لم يستعمل صاحب الحق حقه مدة معينة حددها القانون . أما التقادم المكسب – وتقترن به الحيازة دائماً – فيكسب الحائز ما حازه من حقوق عينية بعد

(*) مرجع : جوسار (Gossart) فى التقادم المسقط فى الدعاوى رسالة من باريس سنة ١٨٨٦ – جندار (Gondard) فى وقف التقادم وقاعدة وقف التقادم حيث يتعذر على الدائن قطع سريانه رسالة من باريس سنة ١٩٠٤ – جيرى (Guery) فى تقادم الدعوى العامة والدعوى المدنية رسالة من رِنْ سنة ١٩٠٥ – بكنيو (péquignot) فى التقادم الاتفاقى رسالة من ديجون سنة ١٩٠٥ – جوردان (Jourdan) فى التقادم فى التقنين المدنى الألمانى رسالة من باريس سنة ١٩٠٦ – بشرل (Becherel) فى تقادم الحقوق المعلقة على شرط رسالة من باريس سنة ١٩٠٩ – روشفور (Rochefort) فى تقادم الحقوق المعلقة على شرط رسالة من باريس سنة ١٩١٠ – هوليو (Holleaux) فى تطور القواعد الخاصة بمدد التقادم القصرية القائمة على قرينة الوفاء – رسالة من باريس سنة ١٩٢٧ – مونتل (Montel) بعض اعتبارات فى مسألة تنقيح التقادم : المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٣٦ ص ٦٣٧ – كاربونييه (Carbonnier) فى قاعدة وقف التقادم حيث يتعذر على الدائن قطع سريانه : المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٧ ص ١٥٥ – تعليقات على التقادم المسقط : المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٥٢ ص ١٧١ – فاسير (Vasseur) فى مواعيد السقوط ومواعيد التقادم ومواعيد المرافعات : المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٥٠ ص ٤٣٩ – الأستاذ عبدالمنعم البدراوى فى أثر مضى المدة فى الالتزام رسالة من القاهرة سنة ١٩٥٠ .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٣٠٠.

(٢) فيما عدا حق الملكية .

أن تستمر حيازته لها مدة معينة حددها القانون . ونرى من ذلك أن التقادم المسقط لا يقترن بالحيازة، ويسقط الحقوق العينية كما يسقط الحقوق الشخصية . وهذا بخلاف التقادم المكسب، فانه يقترن بالحيازة ، ويكسب الحقوق العينية دون الحقوق الشخصية . والتقادم المسقط لا يتمسك به إلا عن طريق الدفع ، فاذا رفع صاحب الحق الذى سقط بالتقادم دعواه أمكن المدعى عليه أن يدفع هذه الدعوى بالتقادم المسقط . أما التقادم المكسب فيتمسك به عن طريق الدفع وعن طريق الدعوى على السواء ، فللحائز أن يدفع دعوى الاستحقاق المرفوعة عليه من المالك بالتقادم المكسب ، كما أن له إذا انتزعت منه الحيازة أن يرفع دعوى الاستحقاق على الحائز الجديد ويتمسك قبله بالتقادم المكسب . ثم إن التقادم المكسب يعتد فيه بحسن النية ، إذ الحائز حسن النية يملك الحق فى مدة أقصر من المدة التى يملكه فيها الحائز سيئ النية . أما فى التقادم المسقط فلا يعتد بحسن النية ، والمدة التى يحددها القانون لسقوط الحق تقصر أو تطول تبعاً لطبيعة هذا الحق ، لا تبعاً لثبوت حسن النية أو انتفائه [1] .

ونقتصر هنا على الكلام فى التقادم المسقط للحقوق الشخصية . أما الكلام فى التقادم المسقط للحقوق العينية [2] والتقادم المكسب لهذه الحقوق فيكون عند الكلام فى الحقوق العينية.

---

(١) على أن كلا من التقادم المسقط والتقادم المكسب يخضع لقواعد واحدة فيما يتعلق بحساب المدة ووقف التقادم وانقطاعه والتمسك به . وهذا ما دعا التقنين المدنى الفرنسى إلى الجمع بين النوعين فى باب واحد ، صدر بهذه القواعد المشتركة . وينتقد الفقه الفرنسى هذا المسلك، ويعيب على التقنين المدنى الفرنسى جمعه بين نظامين يختلفان اختلافا جوهريا فى الغاية والنطاق والمقومات . ولم يشأ بوتييه أن يجمع بينهما ، فقد أفرد للتقادم المكسب كتابا خاصاً ووضع التقادم المسقط فى كتاب الالتزامات (الأستاذ عبدالمنعم البدراوى فى أثر مضى المدة فى الالتزام فقرة ٣٠ – فقرة ٣١) .

(٢) فالحقوق العينية ، كحق الانتفاع وحق الارتفاق ، تسقط بعدم الاستعمال ، أى بالتقادم المسقط . وذلك فيما عدا حق الملكية فإنه لا يسقط بعدم الاستعمال وإن كان يكسب بالتقادم ، ومجرد ترك العين أو إهمالها ، مهما يطل الزمن ، من غير أن يتعرض لها أحد أو يغتصبها وينكر حق مالكها فيها ، لا يترتب عليه البتة – لا فى الشريعة الإسلامية ولا فى غيرها من الشرائع – لا سقوط حق ملكيتها ولا منع سماع الدعوى بها لو تعرض لها متعرض بعد زمن الإهمال المديد (نقض مدنى ١٨ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٩ ص ٦٩٤ – ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٥٢ ص ١٠٩٨ – وانظر أيضاً بالنسبة إلى عدم سقوط الدعوى بملكية الوقف : نقض مدنى ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٥ مجموعة ١ رقم ٢٩٥ ص ٩١٢ – ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٥١ و ٣٥٢ ص ١٠٩٧ وص ١٠٩٨ – ٢١ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٦٢ ص ٤٥٣ – أول مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١٣ – ص ٥٧٢ – أو إذا غصب الوقف وبقيت حيازته ثلاثاً =

٥٩٢ - الأساس الذى يرتكز عليه التقادم المسقط: يرتكز التقادم المسقط على اعتبارات تمت للمصلحة العامة بسبب وثيق ، فان استقرار التعامل يقوم إلى حد كبير على فكرة التقادم . ويكفى أن نتصور مجتمعاً لم يدخل التقادم فى نظمه القانونية، لندرك إلى أى حد يتزعزع فيه التعامل وتحل الفوضى محل الاستقرار [١] . فإذا كان للدائن أن يطالب مدينه بالدين مهما طالت المدة التى مضت على استحقاقه ، وكان على المدين أن يثبت براءة ذمته من الدين بعد أن يكون قد وفاه فعلا وحصل على مخالصة به، أليس من الإرهاق أن يكلف المدين بالمحافظة على هذه المخالصة إلى وقت لا نهاية له ، حتى يستطيع إبرازها فى أى وقت شاء الدائن أن يطالبه فيه بالدين ! ويقع كثيرا أن يكون المدين قد مات ، أو يكون للدائن أن يطالب الورثة بابراز المخالصة أو الوفاء بالدين ! أليس من حق المدين ومن حق ورثته من بعده أن يواجهوا الدائن ، وهو يطالب بدين مضت على استحقاقه مدة طويلة ليس من المألوف أن يسكت فيها ، لا بمخالصة بالدين لم تتيسر المحافظة عليها بعد انقضاء هذه الأعوام الطوال فضاعفت أو خفى مكانها ، بل بطلب إسقاط دعواه بعد أن سكت عنها طوال هذه المدة [٢] ! أليس واجباً لاستقرار التعامل أن يفترض فى الدائن الذى سكت مدة طويلة عن المطالبة بدينه أنه قد استوفاه ، أو فى القليل قد أبرأ ذمة المدين منه بعد هذا السكوت الطويل؟ وكما يجب وضع حد للمنازعة فى الحقوق وذلك بتقرير قوة الأمر المقضى ، كذلك يجب وضع حد للمطالبة بالحقوق وذلك بتقرير مبدأ التقادم. ولابد أن تستقر الأوضاع فى الحالتين ، فلا يتجدد النزاع فى كل وقت ولا يبقى حق الدائن فى المطالبة إلى غير نهاية [٣] .

فالتقادم المسقط لا يقوم على قرينة الوفاء ، أكثر مما يقوم على وجوب احترام الأوضاع المستقرة ، التى مضى عليها من الزمن ما يكفى للاطمئنان إليها وإحاطتها بسياج من الثقة المشروعة [١] (1) . ووجوب احترام الأوضاع المستقرة هو الذى يحتم علينا أن نتساءل إلى

= وثلاثين سنة : أول مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١٤ ص ٥٧٤) . ولكن إذا استحال حق الملكية إلى تعويض ، كأن أتلف الحائز ملك الغير الذى فى حيازته ، فإن دعوى التعويض تسقط بالتقادم ، وإن كانت الملكية ذاتها لو بقى الشئ ولم يتلف لم تكن لتسقط (استئناف مختلط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٦٥) .

(١) لوران ٣٢ فقرة ٥ . (٢) جوسران ٢ فقرة ٩٦٧ .

(٣) بودرى وتيسييه فقرة ٣٣ .

(1) المقرر أن التقادم المسقط للحقوق وهو عدم استعمال صاحب الحق له مدة معينة فإن يسقط الحقوق الشخصية والعينية على سواء - كأصل عام - بإنقضاء ١٥ سنة طبقاً للمادة ٣٧٤ من القانون المدنى ويبدأ سريانه من تاريخ زوال المانع وهو تاريخ نشر الحكم بعدم الدستورية.

(الطعن ٥٩٧ لسنة ٦٩ق جلسة ٢٠٠٠/٢/٧)

متى يستطيع الدائن أن يطالب بالدين دون أن يواجه بتقادمه؟ عشرين عاماً ، أو ثلاثين ، أو مائة؟ لابد من تحديد وقت ما، إذا انقضى لا يستطيع الدائن أن يطالب بالدين ، وإلا ظلت الناس يطالب بعضهم بعضاً بديون مضت عليها أجيال طويلة . والمشرع يختار مدة لا يكون من شأنها إرهاق المدين بجعله معرضاً للمطالبة وقتاً أطول مما يجب (1) ، ولا مباغته الدائن باسقاط حقه فى وقت أقصر مما يجب . وقد اختار المشرع الفرنسى ثلاثين عاماً ، واختار المشرع المصرى خمسة عشر عاماً وهى المدة التى لا يجوز بعدها سماع الدعوى فى الفقة الإسلامى . فاذا انقضت المدة التى بها التقادم ، وادعى المدين براءة ذمته ، وأصر الدائن على المطالبة بالدين ، فالأولى بالرعاية هو المدين لا الدائن . ذلك أن الدائن إذا لم يكن قد استوفى حقه فعلا ، ولم يكن قد أبرأ ذمة المدين من الدين بسكوته عن المطالبة به هذه المدة الطويلة، فلا أقل من أنه قد أهمل إهمالا لا عذر له فيه بسكوته حقبة طويلة من الدهر ثم مباغتة المدين بعد ذلك بالمطالبة . وبين مدين اطمأن إلى وضع ظاهر مستقر ، ودائن أقل ما يؤخذ به الإهمال الذى لا مبرر له ، المدين دون ريب هو الأولى بالرعاية . وقد دلت التجارب على أن طائفة من الدائنين يدعون بعد انقضاء مدة التقادم أنهم لم يستوفوا حقوقهم ، ولا يصدق فى دعواه منهم إلا القلة النادرة . أفمن أجل هذه القلة ، وهم بعد قد أهملوا إهمالا لا عذر لهم فيه ، تضحى الكثرة الغالبة من المدينين الذين قد برئت ذمتهم حقاً من ديونهم وتعذر عليهم استيفاء الدليل على براءة ذمتهم بعد انقضاء هذه المدة الطويلة (٢) ! .

من أجل كل هذه الاعتبارات شرع التقادم . وقد أخذت به جميع الشرائع ، حتى أن الشرائع التى لم تأخذ به بطريق مباشر فتسقط الدين بالتقادم ، أخذت به بطريق غير مباشر فتمنع سماع الدعوى بعد انقضاء مدة التقادم .

---

(١) بودرى وتيسييه فقرة ٢٨ – فقرة ٢٩ وفقرة ٣٣ .

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٢٥ .

(1) التقادم فى الضرائب والرسوم لا يقوم على قرينة الوفاء وإنما يقوم على عدم ارهاق المدين واثقال كاهله بتراكم الديون عليه وإذن فليس فى القانون ما يمنع من التمسك بتقادم الرسوم المطالب بها رغم المنازعة فى الالتزام بها والامتناع عن دفعها .

(الطعن رقم ١١١ سنة ٢٥ ق جلسة ١٩٥٩/١٢/٣ س ١٠ ص ٧٢٢)

وإذا كانت الاعتبارات التى قدمناها هى الأساس الذى يرتكز عليه التقادم المسقط بوجه عام، فهناك اعتبارات أخرى تتعلق بحالات خاصة من هذا التقادم . فتقادم الدين الدورى المتجدد بخمس سنوات يقوم على أساس آخر غير استقرار التعامل. ذلك أن هذا الدين يدفعه المدين عادة من ريعه لا من رأس ماله ، فإذا تراكم المستحق منه لمدة أطول من خمس سنوات، اضطر المدين أن يدفع الدين من رأس المال لا من الريع ، فكان هذا مرهقاً له . فإذا أضيف إلى ذلك أن الدائن قد أهمل المطالبة بحقه مدة تزيد على خمس سنوات ، كان من الانصاف للمدين أن يسقط القانون من هذه الديون ما مضى على استحقاقه أكثر من هذه المدة . ومن ثم قضت المادة ٣٧٥ مدنى بأن هذه الديون تتقادم بخمس سنوات ولو أقر بها المدين، فليس التقادم هنا إذن مبنياً على قرينة الوفاء ، بل ولا على استقرار التعامل، وإنما بنى على الاعتبارات التى تقدم ذكرها.

أما حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها ، وحقوق العمال والخدم والأجراء من أجور ومن ثم ما قاموا به من توريدات ، فتتقادم بسنة واحدة (م ٣٧٨ مدنى) . والتقادم هنا مبنى رأساً على قرينة الوفاء ، إذ ليس من المألوف أن يسكت هؤلاء الدائنون عن استيفاء حقوقهم أكثر من عام ، فاذا كانوا قد سكتوا طول هذه المدة عن المطالبة بها فالمفروض أنهم قد استوفوها . ومن ثم أوجبت الفقرة الثانية من المادة ٣٧٨ مدنى على المدين الذى يتمسك بأن الحق قد تقادم بسنة أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلا، فان نكل فقد انقضت قرينة الوفاء ، وبقى الحق قائماً للدائن أن يستوفيه [١] .

٥٩٣ – لمحة تاريخية : تأخر التقادم المسقط فى القانون الرومانى عن التقادم المكسب فى الظهور . فقد كانت الدعاوى فى هذا القانون ، إلى عهد طويل ، أبدية لا تتقادم . والدعاوى التى كانت تتوقف بمدة معينة هى الدعاوى البريطورية ، إذ كان البريطور يمنحها لمدة سنة واحدة . ثم أصدر الأمبراطور ثيودرس Théodose ، فى سنة ٤٢٤ ، قانوناً معروفاً قرر فيه أن الدعاوى ، شخصية كانت أو عينية ، تتقادم فى الأصل بثلاثين سنة ، وبعضها يتقادم استثناء بأربعين . وخلط جوستنيان فى مجموعاته بين التقادم المسقط والتقادم المكسب، وكانا قبله منفصلين أحدهما عن الآخر . وانتقل هذا الخلط إلى التقنين المدنى الفرنسى نفسه ، وكان مصدراً لكثير من الاضطراب والتشويش فى تفهم أحكام التقادم، سواء فى القانون الرومانى أو فى القانون الفرنسى [٢] .

---

(١) كذلك التقادم الثلاثى الخاص بالدعاوى الناشئة من الكمبيالات والسندات الإذنية ونحوها من الأوراق التجارية (م ٤٦٥ تجارى) يقوم على قرينة الوفاء ، وتقادم دعاوى البطلان ، لنقص الأهلية أو لعيوب الرضاء، بثلاث سنوات يقوم على قرينة أن العاقد قد أجاز العقد .

(٢) بودرى وتيسييه فقرة ١٣ – فقرة ١٤ .

وأخذ التقادم الثلاثينى الدى عرفه القانون الرومانى طريقه إلى القانون الفرنسى القديم. على أن العادات الجرمانية وبعضها كان يجعل التقادم سنة واحدة ، والقانون الكنسى وقد عمل كثيراً على تعديل أحكام القانون الرومانى فى التقادم باقامته على قرينة الوفاء [1]، والأوامر الملكية وقد خلقت كثيرا من مدد التقادم القصيرة واحتفظ ببعضها التقنين المدنى الفرنسى ، وما منح لبعض الهيئات كالكنيسة وأملاك التاج من ميزة فى ألا يجرى فى حقها التقادم أو فى أن يجرى تقادم أطول ، كل هذا زاحم نفوذ القانون الرومانى وعدل من أحكامه فى التقادم .

فالمصادر التاريخية للتقادم فى التقنين المدنى الفرنسى هى إذن القانون الرومانى وقانون الكنيسة والعادات الجرمانية والأوامر الملكية [2].

٥٩٤ – التمييز بين التقادم المسقط والسقوط (déchéance) : ومواعيد التقادم المسقط تشتبه بمواعيد أخرى يقال لها المواعيد المسقطة (délais de déchéance) . والمواعيد المسقطة هذه لها مهمة غير المهمة التى لمواعيد التقادم . فهى قد وضعها القانون، لا كما فى مواعيد التقادم المسقط لحماية الأوضاع المستقرة أو للجزاء على إهمال الدائن أو لتقوم قرينة على الوفاء ، بل لتعيين الميعاد الذى يجب أن يتم فيه حتما عمل معين ، وبخاصة لتحديد الوقت الذى يجب فيه استعمال رخصة قررها القانون . فهى مواعيد حتمية، لابد أن يتم العمل المعين فى خلالها ، وإلا كان باطلا . ولذلك فهى تختلف عن مواعيد التقادم ، لا فى المهمة التى تقوم بها فحسب ، بل أيضاً فى كيفية إعمالها . فيجوز للقاضى إثارتها من تلقاء نفسه دون حاجة إلى أن يتمسك الخصم بها ، ولا تنقطع ، ولا يقف سريانها، ولا يتخلف عنها التزام طبيعى . وهذا بخلاف التقادم ، فسنرى أن الخصم يجب أن يتمسك به ، ويجوز أن ينقطع سريانه، كما يجوز أن يقف هذا السريان ، ويتخلف عن التقادم التزام طبيعى . وسنرى أيضاً أن الحق المتقادم اذا لم يصلح أن يكون طلباً فانه يصلح أن يكون دفعاً إذ الدفوع لا تتقادم ، أما الحق الذى سقط لعدم استعماله فى الميعاد فلا يصلح لا طلباً ولا دفعاً [3].

---

(١) وقد حاول قانون الكنيسة كثيراً أن يضعف من نظام التقادم الرومانى ، إذ رآه مخالفاً لما تقتضيه نزاهة التعامل . فهو فى نظره يقر الاغتصاب ، ويجيز للمدين أن يبرئ ذمته دون أن يوفى دينه . فأكثر من أسباب وقف التقادم ، وأقام التقادم المسقط على قرينة الوفاء لا على أساس استقرار التعامل، وأدخل فى التقادم المكسب عنصر حسن النية ، وبذل جهداً كبيراً فى عرقلة هذا النظام (بودرى وتيسييه فقرة ١٩) .

(٢) بودرى وتيسييه فقرة ٢٢ .

(٣) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٧١ ص ٥٣٢ – ص ٥٣٨ – بيدان ولا جارد ٩ فقرة ٩٠-١– كولان =

ويحدث أن يقرر القانون ميعاداً تقوم الشبهة فى شأنه ، هل هو ميعاد تقادم أو هو ميعاد مسقط [1]، ويكون من المهم التعرف إلى طبيعة هذا الميعاد لما بين مواعيد التقادم والمواعيد المسقطة من الفروق التى تقدم ذكرها . ويغلب أن تكون المواعيد المسقطة قصيرة ، على خلاف مواعيد التقادم . ويغلب أيضاً أن يتولى النص التشريعى نفسه بيان ما إذا كان الميعاد ميعاد تقادم ، أو هو ميعاد مسقط . غير أن هاتين العلامتين الماديتين لا يمكن الاعتماد عليهما دائماً . فالعلامة الأولى قد لا تصدق ، إذ أن من مواعيد التقادم ما هو قصير ، ومن المواعيد المسقطة ما يصل فى الطول إلى الحد الذى يبلغه بعض مواعيد التقادم . والعلامة الأخرى قد تتخلف، ويسكت النص عن بيان طبيعة الميعاد [1] . وخير معيار للتعرف على ما إذا كان الميعاد ميعاد تقادم أو ميعاداً مسقطاً، هو تبين الغرض الذى قصد إليه القانون من تقرير هذا الميعاد. فان كان لحماية الأوضاع المستقرة أو لغير ذلك من أغراض التقادم [2]،

= وكابيتان ٢ فقرة ٦٢١ – جوسران ٢ فقرة ١٠٠٤ – فقرة ١٠٠٦ – وقارن بودرى وتيسييه فقرة ٣٩ – ص ٤٠ – ويذهب بودرى وتيسييه إلى أن المواعيد المسقطة ليست إلا مواعيد تقادم تخضع لأحكام خاصة ، فلا تنقطع ولا يقف سريانها (بودرى وتيسييه فقرة ٤٠ – وانظر أيضاً فى هذا المعنى الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٣١٧ – فقرة ٣١٨ .

وانظر فى الآراء المختلفة فى التمييز بين مواعيد التقادم والمواعيد المسقطة الأستاذ عبدالمنعم البدراوى فى أثر مضى المدة فى الالتزام فقرة ٤٠ – فقرة ٤٩ .

(١) ومما يزيد فى دقة التمييز بين مواعيد تقضى النصوص بجواز انقطاع سريانها دون جواز وقف السريان ، وذلك كالتقادم الذى لا تزيد مدته على خمس سنوات (م ٢/٣٨٢ مدنى) . والأصل فى هذه المواعيد أن تكون مدد تقادم ما لم يكن الغرض الأصلى من تقريرها أن تكون مواعيد مسقطة (بلانيول وريبير ودوان ٧ فقرة ١٤٠٣ ص ٨٢٠ – ص ٨٢١ – وانظر أيضاً بودرى وتيسييه فقرة ٣٩ ص ٣٧ – ص ٣٩) .

(٢) فمن أغراض التقادم أيضاً أن يكون قرينة على الوفاء ، فالدين الذى مضت عليه مدة التقادم يغلب فى الواقع أن يكون قد وفى ، والمشرع يجعل هذا الغالب الواقعى حقيقة قانونية . فالتقادم طريق للاثبات ، أو بالأحرى إعفاء من الإثبات ، أكثر منه سبباً لانقضاء الالتزام . أما فى المواعيد المسقطة فالمشرع لا يضع قرينة ولا يفترض أمراً ، بل هو يحتم على صاحب الحق أن يستعمله فى وقت معين وإلا سقط . فسقوط الحق لا يقوم على قرينة الوفاء ، بل هو يحتم على صاحب الحق أن يستعمله فى وقت معين وإلا سقط . فسقوط الحق لا يقوم على قرينة الوفاء ، بل هو عقوبة على عدم استعمال الحق فى الوقت المحدد (انظر فى هذا المعنى جوسران ٢ فقرة ١٠٠٤) .

(1) المدة المنصوص عليها فى المادة العاشرة من القانون قم ٦٤ لسنة ٩٣٦ الخاص باصابات العمل (السابق) هى بطبيعتها من المواعيد التى لا تخضع لقواعد الانتظام المقررة للتقادم اذ يفرض القانون على ذوى الشأن اتخاذ اجراءات معينة خلالها وإلا سقط حقهم فيها .

(جلسة ١٩٥٣/١/٨ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى الـ٢٥ عاما – ٣١ – ٨٦٨)

فهو ميعاد تقادم . وإن كان لتحديد الوقت الذى يجب فى خلاله استعمال حق أو رخصة ، فهو ميعاد مسقط [1].

ونأتى بأمثلة على ما قدمناه من نصوص التقنين المدنى المصرى . فالمواد من ٣٨٤ إلى ٣٧٨ مدنى صريحة فى أن المواعيد المبينة فيها هى مواعيد تقادم : خمس عشرة سنة للتقادم العادى (م ٣٧٤) ، وخمس سنوات لتقادم الحقوق الدورية المتجددة وحقوق أصحاب المهن الحرة (م ٣٧٥ – ٣٧٦) ، وثلاث سنوات لتقادم الضرائب والرسوم (م ٣٧٧) ، وسنة لتقادم حقوق التجار والصناع والعمال والخدم ومن إليهم (م ٣٧٨) . كذلك المادة ١٤٠ فى تقادم دعاوى الإبطال بثلاث سنوات ، والمادة ١٧٢ فى تقادم دعوى التعويض الناشئة عن عمل غير مشروع ، والمواد ١٨٠ و ١٨٧ و ١٩٧ فى تقادم دعاوى الإثراء بلا سبب واسترداد غير المستحق والفضالة ، صريحة هى أيضاً فى أن المواعيد مواعيد تقادم [2].

---

(١) ومن ثم يكون الميعاد المسقط عنصراً من عناصر الحق يدخل تكوينه ولا يتم الحق بدونه، ولابد فى الحق حتى يكون تاما من رفع الدعوى فى المدة المضروبة . وقد قضت محكمة الإسكندرية التجارية فى هذا المعنى بأن الفرق بين مدة التقادم المسقط ومدة السقوط أن الحق الأصلى فى الأولى مقرر من قبل وتام الوجود ، وأما الحق فى الثانية فهو لم يكن تام الوجود والتكوين بل لابد فيه حتى يكون تاما من رفع الدعوى فى المدة المضروبة . ولذلك فالمدة فى أحوال السقوط لازمة لتكوين الحق ، بخلاف مدة التقادم فهى ليست لازمة لتكوينه لأنه سبق أن تكون من قبل . فإذا طالب المالك فى حالة مدة التقادم بحقه، فانما يطلب حقاً مقرراً كاملا . أما فى الأحوال المقرر لها مدة السقوط ، فالمدعى ملزم برفع الدعوى فى غضون المدة حتى يظهر حقه كاملا ، وبدون رفع الدعوى لا يكون الحق موجوداً بتمامه . ولذلك كان الحق الكامل الموجودة بتمامه فى مدة التقادم يعنى الشارع بحمايته ، من حيث القطع والايقاف فى المدة . وأما شبه الحق فى مدة السقوط فهو ليس جديراً بحماية الشارع له بقطع أو إيقاف ، بمعنى أن مدة السقوط لا تقبل تطويلا بإيقاف سريانها أو قطعها فى مصلحة المدعى ، لأن الحق لم يولد كاملا بعد حتى يتقرر له حق الحماية (أول أغسطس سنة ١٩٤٦ المجموعة الرسمية ٤٧ رقم ٢٣٥) . وقضت محكمة استئناف أسيوط بأن مواعيد السقوط تختلف عن مواعيد التقادم فى أن الأولى تقوم على فكرة وجود أجل قانونى يتناول أصل الحق ويسقطه ، بخلاف الثانية فإنها تقوم على إيقاع جزاء على إهمال صاحب الشأن فيها . ويترتب على ذلك ألا تطبق فى الأولى قواعد وقف المدة أو انقطاعها ، فهى تتم فى الميعاد المحدد ولو كان يوم عيد ، حتى لو اعترض الموعد حالة من حالات القوة القاهرة ، بخلاف مواعيد التقادم . وكذلك لا يجوز تعديل مواعيد السقوط بإرادة ذوى الشأن لا بالامتداد ولا بالإنقاص ، بخلاف مواعيد التقادم فإن هذا جائز فى شأنها إذ يجوز أثناء النزاع التنازل عن المدة السابقة ويجوز التسامح فى مدها لمدة جديدة. وكذلك لا يجوز التنازل عن مواعيد السقوط بعد سريانها ، وعلى القاضى أن يراعى ذلك من تلقاء نفسه ، ويحتم عليه القانون وجوب احترامها بغير أن يدفع أحد طرفى الخصومة . ومتى تم سريان ميعاد السقوط انقضى الحق بصفة مطلقة ، بخلاف الحال فى التقادم (٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٦ المجموعة الرسمية ٤٨ قرر ١٨١) .

(٢) وتصرح المادة ٤٢٦ مدنى بأن دعوى تكملة الثمن للغبن الفاحش تتقادم بثلاث سنوات، وكان =

ولكن الفقرة الثانية من المادة ١٢٩ مدنى ، فى خصوص دعوى الاستغلال ، تنص على أنه «يجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد ، وإلا كانت غير مقبولة» . فهنا الميعاد مسقط ، لا ميعاد تقادم [١] . وتقضى الفقرة الثانية من المادة ١٦٢ مدنى ، فى خصوص الوعد بجائزة ، بأن «تسقط دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ إعلانه العدول للجمهور» . فالميعاد هنا ميعاد مسقط . ومن المواعيد المسقطة ما نصت عليه المادة ٢٤٨ [٢] ، والمادة ٣٢٢ [٣] ، والمادة ٤٥٥ [٤] ، والمادة ٧٣٩ [٥]

= التقنين السابق (م ٤٢٠/٣٣٧) يجعل المدة مدة سقوط لا تقادم ويحددها بسنتين . وكذلك تصرح المادة ٤٥٢ مدنى بأن دعوى الضمان للعيب الخفى فى المبيع تتقادم بسنة من وقت تسلم المبيع ، وكان التقنين السابق (٤٠٢/٣٢٤) يجعلها تسقط – لا تتقادم – بثمانية أيام من وقت كشف العيب . وكذلك تصرح المادة ٤٣٤ مدنى بأن دعوى العجز والزيادة فى مقدار المبيع تتقادم بسنة من وقت تسليم المبيع ، وكان الفقه والقضاء فى عهد التقنين السابق يفسران النص المقابل (م ٣٧٠/٢٩٦) بأن مدة السنة من وقت العقد هى مدة سقوط لا تقادم ، وهذا بالرغم من أن الأصل الفرنسى لهذا النص ذكر لفظ التقادم (se prescrivent) : انظر الموجز للمؤلف فقرة ٦٠٥ ص ٦٢٨ – ص ٦٢٩ .

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٢٠٩ وقارن فقرة ٣٢٢ ص ٥٤٤ حيث وردت عبارة «مدة التقادم فى الاستغلال» وصححتها المدة المسقطة – الأستاذ عبدالحى حجازى ٣ ص ٣٢٣ – ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض – فى ميعاد مشابه – بأنه فيما يتعلق بالمدة المعينة لرفع دعوى منع التعرض، فإن مدة السنة ، المشترط فى المادة ٢٦ مرافعات (قديم ويقابلها م ٩٦١ مدنى جديد) عدم مضيها على الفعل الصادر من المدعى عليه، هى مدة تقادم خاص تسرى عليه قواعد الانقطاع التى تسرى على التقادم المسقط العادى . فإذا رفع واضع اليد دعواه أمام القضاء المستعجل طالباً إزالة السد موضوع النزاع وتمكينه من رى أطيانه ، فإن هذا الطلب ، إذ يعتبر بمبناه ومعناه طلباً بمنع التعرض، يقطع مدة دعوى وضع اليد ولو حكمت المحكمة المستعجلة بعدم اختصاصها ، لأن رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة يقطع المدة (نقض مدنى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ٨ ص ١٣) .

(٢) وتنص على ما يأتى : يجوز لحابس الشئ ، إذا خرج الشئ من يده خفية أو بالرغم من معارضته ، أن يطلب استرداده إذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذى علم فيه بخروج الشئ من يده وقبل انقضاء سنة من خروجه» .

(٣) وتنص فى بيع العقار المرهون على ما يأتى : «إذا اتفق البائع والمشترى على حوالة الدين المضمون بالرهن ، وسجل عقد البيع . تعين على الدائن ، متى أعلن رسمياً بالحوالة، أن يقرها ويرفضها فى ميعاد لا يجاوز ستة أشهر ، فإذا انقضى هذا الميعاد دون أن يبت برأى اعتبر سكوته إقراراً» .

(٤) وتنص على ما يأتى : «إذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ، ثم ظهر خلل فى المبيع ، فعلى المشترى أن يخطر البائع بهذا الخلل فى مدة شهر من ظهوره، وأن يرفع الدعوى فى مدة ستة شهور من هذا الأخطار ، وإلا سقط حقه فى الضمان ، كل هذا ما لم يتفق على غيره» .

(٥) وتنص على ما يأتى : «ولمن خسر فى مقامرة أو رهان أن يسترد ما دفعه خلال ثلاث سنوات من الوقت الذى أدى فيه ما خسره ، ولو كان هناك اتفاق يقضى بغير ذلك» .

والمادة ٨٤٥ (١) ، والمادة ٩٤٨(٢) ، والمادة ٩٦١ (٣)، والمادة ٩٧٧ (٤).

ويلاحظ أن من المواعيد المسقطة ما يعتبر من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على إطالته أو تقصيره ، ومنها لا يعتبر من النظام العام فيجوز فيه الاتفاق على ذلك (٥) .

---

(١) وتنص على ما يأتى فى خصوص دعوى نقض القسمة للغبن : «ويجب أن ترفع الدعوى فى خلال السنة التالية للقسمة» .

(٢) وتنص على ما يأتى : «يسقط الحق فى الأخذ بالشفعة إذا انقضت أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع» . انظر فى أن هذا الميعاد سقوط : نقض مدنى ٣ أبريل سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٨٢ ص ٣٩٥ – وكذلك يعتبر ميعاد الخمسة عشر يوما لإعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة (م ٩٤٠) ، وميعاد الثلاثين يوماً لإيداع الثمن خزانة المحكمة ولرفع دعوى الشفعة (م ٩٤٢ – ٩٥٣) ، من المواعيد المسقطة (نقض مدنى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٢٨ ص ٢٨٢) .

(٣) وتنص على ما يأتى : «من حاز عقاراً واستمر حائزاً له سنة كاملة ، ثم وقع له تعرض فى حيازته ، جاز أن يرفع خلال السنة التالية دعوى بمنع التعرض» .

(٤) وتنص على ما يأتى : «يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله ، إذا فقده أو سرق منه، أن يسترده ممن يكون حائزاً له بحسن نية ، وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة» – انظر الأستاذ عبدالحى حجازى ٣ ص ٣٢٣ – ص ٣٢٤ .

وفى التقنين التجارى ، كما فى التقنين المدنى ، مواعيد تقادم ومواعيد مسقطة. فمن أمثلة مواعيد التقادم ما نصت عليه المادة ٦٥ فى خصوص الدعاوى الناشئة عن أعمال الشركات ، وما نصت عليه المواد ٢٥٤ ، ٢٩٣ ، ٣٧٢ فى خصوص الدعاوى التى ترفع على الوكيل بالعمولة وعلى أمين النقل بسبب التأخر فى نقل البضاعة أو بسبب ضياعها أو تلفها (أنظر نقض مدنى ٥ نوفمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٩ ص ١٥٦)، وما نصت عليه المادة ٤٦٥ فى خصوص دعاوى الكمبيالات والسندات الإذنية والسندات لحاملها . ومن أمثلة المواعيد المسقطة ما نصت عليه المادة ٤١١ فى خصوص ميعاد قبول الكمبيالة ، وما نصت عليه المادة ٤١١ فى خصوص طلب دفع قيمة الكمبيالة أو قبولها ، وما نصت عليه المادة ٤٣٩ فى خصوص ميعاد عمل البروتستو، وما نصت عليه الماد ٥٥٤ فى خصوص ميعاد تقدم الدائنين فى التفليسة.

(٥) بودرى وتسيبه فقرة ٣٩ ص ٣٧ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٤٠٣ ص ٨٢٠ – وقد رأينا فى بعض النصوص المتقدمة ما يصرح بذلك . فالمادة ٤٥٥ مدنى ، وهى يحدد ميعاد الشهر لإخطار البائع بالخلل الذى فى المبيع وميعاد ستة الشهور لرفع الدعوى، تقول بعد ذلك : كل هذا ما لم يتفق على غيره . فليست هذه المواعيد إذن من النظام العام ، بل يجوز الاتفاق على إطالتها أو على تقصيرها . والمادة ٧٣٩ مدنى ميعاد ثلاث السنوات لاسترداد الخاسر فى مقامرة أو رهان ما خسره ، تقول بعد هذا : ولو كان هناك اتفاق يقضى بغير ذلك . فالميعاد هنا يعتبر من النظام العام ، ولا يجوز الاتفاق على إطالته أو تقصيره . وسائر المواعيد المسقطة تكون من النظام العام أو لا تكون ، تبعاً لما إذا كانت تحقق مصلحة عليا للمجتمع أو كانت مقصورة على حماية مصالح الأفراد . فميعاد دعوى الاستغلال مثلا يمكن اعتباره من النظام العام ، أما ميعاد دعوى نقض القسمة للغبن فيبدو أنه لا يعتبر من النظام العام . =

٥٩٥ – خطة البحث : وسنجرى فى بحث التقادم كما جرينا فى بحث المقاصة، فنبحث الموضوعين الآتيين : (أولا) المدد الواجب انقضاؤها حتى يتحقق التقادم ، فنبحث مدد التقادم المختلفة ، وكيفية حساب المدة ، ووقف التقادم ، وانقطاعه . (ثانياً) كيف يجب إعمال التقادم ، وما هى الآثار التى تترتب عليه[1] .

= هذا وإلى جانب المواعيد المسقطة توجد مواعيد المرافعات (délais de procédure) ، كمواعيد الحضور ومواعيد الطعن فى الأحكام ، فهذه أيضاً لها أحكامها الخاصة المعروفة فى قانون المرافعات ، وهى أيضاً لا تنقطع ولا يقف سريانها – وتوجد أيضاً المواعيد التنظيمية (délais de police juridique) . نذكر منها ما نصت عليه المادة ٢٦٢ مدنى من أنه «تنتهى حالة الإعسار بقوة القانون متى انقضت خمس سنوات على تاريخ التأشير بالحكم الصادر بشهر الإعسار» ، وما نصت عليه المادة ٥٤٤ مدنى من أنه «إذا اتفق على الفوائد ، كان للمدين إذا انقضت ستة أشهر على القرض أن يعلن رغبته فى إلغاء العقد ورد ما اقترضه ، على أن يتم الرد فى أجل لا يجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان» ، وما نصت عليه المادة ٦٥١ مدنى من أن «يضمن المهندس المعمارى والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلى أو جزئى فيما شيدوه» (قارن الأستاذ عبدالمنعم البدراوى فى أثر مضى المدة فى الالتزام ص ٦٧ – أما المادة ٦٥٤ مدنى فتحدد ميعاد تقادم مسقط للدعوى ثلاث سنوات من وقت حصول التهدم أو انكشاف العيب) ، وما نصت عليه المادة ٨٧٤ مدنى فى خصوص تملك الأراضى المباحة بالاستيلاء من أن واضع اليد «يفقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس عشرة السنة التالية للتملك» . وهذه أيضاً مواعيد لا تنقطع ولا يقف سريانها . انظر بودرى وتسييه فقرة ٣٧ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٤٠٣ ص ٨٢٢.

(١) ولم يستحدث التقنين المدنى الجديد تعديلات كثيرة فى أحكام التقادم . وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى لهذا التقنين فى هذا الصدد ما يأتى : «وقد جعل المشروع مدة التقادم المعتادة خمس عشرة سنة ، كما هو الشأن فى التقنين الراهن (السابق) . ولم ير تعديل المدد المقررة فى هذا التقنين ، فيما عدا نصوصاً معينة أخصها ما تعلق بالتقادم الثلاثى فى المسئولية التقصيرية ، والإثراء بلا سبب وعيوب الرضا ونقص الأهلية . وعلى ذلك اقتصر الأمر على تعديل مدة التقادم الحولى ، فجعلت سنة بدلا من ثلثمائة وستين يوما ، حتى يرتفع من التقنين الحالى (السابق) ذلك التناقض الملحوظ بين النصوص المتعلقة بالتقادم والنصوص الخاصة بحقوق الامتياز . وقد ضبط المشروع حدود بعض الأحكام ، كما استحدث أحكاماً أخرى فيما يتعلق باحتساب مدد التقادم وأسباب وقفه وانقطاعه وآثاره ، ثم إنه عين بدء سريان المدة ، ولا سيما فيما يتعلق بالديون التى يتوقف استحقاقها على إرادة الدائن . ويراعى أن النصوص الخاصة بوقف التقادم لا تحول دون سريان المدة بالنسبة لناقص الأهلية ، إلا إذا لم يكن له نائب يمثله قانوناً . كما أنها تقضى بعدم سريان المدة ، كقاعدة عامة ، كلما وجد مانع يستحيل مع على الدائن أن يطالب بحقه فى الوقت المناسب ، ولو كان هذا المانع أدبياً . ويراعى من ناحية أخرى أن نصوصا أخرى تناولت أسباب انقطاع التقادم ، واشترطت لذلك .... رفع الدعوى أو أى إجراء مماثل . أما آثار التقادم فقد فصلت تفصيلا واضحاً ، فنص على وجوب تمسك المدين به كما نص على استناد أثر انقضاء الالتزام بالتقادم وتخلف التزام طبيعى فى ذمة المدين من بعد . وأخيراً قضى المشروع بعدم جواز الاتفاق على تعديل مدد التقادم بأى حال، فلم يجز التنازل عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه ، =

الفرع الأول
المدد الواجب انقضاؤها حتى يتحقق التقادم

المبحث الأول
مدد التقادم المختلفة

٥٩٦ – القاعدة العامة والاستثناءات – النصوص القانونية : تنص المادة ٣٧٤ من التقنين المدنى على ما يأتى :

«يتقادم الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة ، فيما عدا الحالات التى ورد عنها نص خاص فى القانون وفيما عدا الاستثناءات الآتية » (١) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٢٧٢/٢٠٨ (٢) .

ويقابل فى التقنينات المدنية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٧٢ – وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٦١ – وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٤٢٩ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادتين ٣٤٤ و ٣٤٩(٣) .

= وإنما أجاز التنازل بعد تبوت هذا الحق فى غير إخلال بحقوق الدائنين» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٠٠ – ٣٠١).

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٥١٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد مع تحديد لفظى لا يغير المعنى . وفى لجنة المراجعة جعل النص مطابقاً كل المطابقة ، وأصبح رقمه ٣٨٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ حت رقم ٣٧٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٠٢ – ص ٣٠٣) .

(٢) **التقنين المدنى السابق** م ٢٧٢/٢٠٨ : جميع التعهدات والديون تزول بمضى مدة خمس عشرة سنة ، ما عدا الاستثناءات الآتية بعد والأحوال المخصوصة المصرح بها فى القانون. (ويتفق الحكم فى التقنينين السابق والجديد) .

(٣) **التقنينات المدنية العربية الأخرى** :

التقنين المدنى السورى م ٣٧٢ (مطابقة للمادة ٣٧٤ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى الليبى م ٣٦١ (مطابقة للمادة ٣٧٤ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٤٢٩ : الدعوى بالتزام ، أيا كان سببه ، لا تسمع على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعى خمس عشرة سنة ، مع مراعاة ما وردت فيه أحكام خاصة. (والتقنين العراقى أخذ =

ويخلص من هذا النص أن القاعدة العامة فى مدة التقادم أن تكون خمس عشرة سنة ميلادية [1] ، وهذه المدة تسرى بالنسبة إلى كل التزام لم ينص القانون فى خصوصه على مدة أخرى . والمدة فى التقنين المدنى الفرنسى هى ثلاثون سنة كما رأينا [2] ، ولكن التقنين المدنى المصرى الجديد استبقى مدة التقادم كما كانت فى التقنين المدنى السابق ، وهى مدة أخذت عن الشريعة الإسلامية فى نظامها المعروف من منع سماع الدعوى [1] ، وقد روعى فى تحديدها أنها مدة مناسبة ، لا هى بالطويلة بحيث ترهق المدين ، ولا هى بالقصيرة بحيث تباغت الدائن ، ثم هى المدة التى ألفتها الناس منذ حقب طويلة [3] .

= عن الشريعة الإسلامية مبدأ عدم سماع الدعوى لا سقوط الحق: انظر مقالا للأستاذ ضياء شيت فى التقادم المسقط فى القانون المدنى العراقى منشوراً فى مجلة القضاء ببغداد السنة الخامسة عشر ص ٤٥ – ص ٥٨) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٣٤٤ : تسقط الموجبات بتقاعد الدائن الذى يتخلف عن التذرع بحقوقه سحابة مدة من الزمان .

م ٣٤٩ : إن مرور الزمن يتم فى الأساس بعد انقضاء عشر سنوات . (وتتفق هذه الأحكام مع أحكام التقنين المصرى ، فيما عدا أن مدة التقادم المعتادة فى التقنين اللبنانى عشر سنوات وهى خمس عشرة سنة فى التقنين المصرى) .

(١) ذلك أن القاعدة تقضى بأن «تحسب المواعيد بالتقويم الميلادى، ما لم ينص القانون على غير ذلك» (م ٣ مدنى) .

(٢) وينتقد الفقه الفرنسى طول مدة التقادم فى التقنين المدنى الفرنسى ، وقد قدمت مقترحات لتقصيرها إلى عشرين سنة أو أقل ، ولكن التقنين الفرنسى لم يعدل حتى الآن فى هذه المسألة . والقوانين الأجنبية تحدد مدة أقصر للتقادم ، ففى النرويج والسويد والدنمارك حددت مدة التقادم بعشرين سنة بموجب قوانين خاصة ، والتقنين الأسبانى (م ١٩٦٣) يحدد مدة التقادم بخمس عشرة سنة ، وتقنين الالتزامات السويسرى (م ١٤٦) والتقنين المدنى الإيطالى الجديد (م ٢٩٤٦) وتقنين الموجبات والعقود اللبنانى (م ٣٤٩) تحدد مدة التقادم بعشر سنوات . انظر فى انتقاد طول مدة التقادم فى فرنسا بودرى وتيسييبه فقرة ٥٨٧ مكررة – وينتقد بلانيول وريبير وردوان (جزء ٧ فقرة ١٣٢٧) تنوع مدد التقادم تنوعاً يوقع فى الخلط والارتباك ، ولكنهم (جزء ٧ فقرة ١٣٢٩) مع ذلك يرون استبقاء الثلاثين سنة مدة للتقادم كقاعدة عامة ، حتى يتسع الوقت للدائن للمطالبة بحقه ، فلا يكون التقادم وسيلة لاغتصاب الحقوق .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٠٢ .

(1) وان كانت الشريعة الإسلامية لا تعترف بالتقادم المكسب أو المسقط وتقضى ببقاء الحق لصاحبه مهما طال به الزمن إلا أنه اعمالا لقاعدة تخصيص القضاء بالزمان والمكان شرع منع الدعوى بالحق الذى مضت عليه المدة ، وعدم السماع ليس مبنيا على بطلان الحق وإنما مجرد نهى للقضاء عن سماعها قصد به قطع التزوير والحيل ، وكما كان المنع من السماع فى هذه الصورة لا أثر له على أصل الحق ولا يتصل بموضوعه وانما يقتصر حكمه على مجرد سماع الدعوى أو عدم سماعها ، فأنه لا يكون فى =

ويرد على هذه القاعدة العامة استثناءات كثيرة ، بعضها متناثر فى نصوص متفرقة وقد سبقت دراسة أكثرها ، وبعضها فى نصوص أعقبت مباشرة النص الذى أورد القاعدة العامة وستكون دراستها فى هذا المكان .

٥٩٧ – القاعدة العامة – مدة التقادم خمس عشرة سنة : قدمنا أن القاعدة العامة فى مدة التقادم أن تكون خمس عشرة سنة ، فما لم يرد نص خاص يقرر مدة أقل أو أكثر بالنسبة إلى التزام معين ، فان مدة تقادم هذا الالتزام تكون خمس عشرة سنة (1) .

على أن هناك حقوقاً غير قابلة للتقادم (2) ، وهى الحقوق التى لا يجيز النظام العام

= هذا المجال محل لاعمال قواعد التقادم الواردة بالقانون المدنى فى مسائل الاحوال الشخصية والوقف.
(جلسة ١٩٦١/٣/٣٠ مجموعة أحكام النقض السنة ١٢ ص ٣٠٠)
(جلسة ١٩٦٢/٥/٢ مجموعة احكام النقض السنة ١٣ ص ٥٥٩)

(1) دعوى الاستحقاق التى يرفعها المالك لاسترداد ملكه من غاصبيه لا تسقط بالتقادم لكن حق الملكية حقا دائماً لا يسقط بعدم الاستعمال ، ومطالبة المالك بقيمة العقار محل الغصب تعتبر مطالبة بالزام المدين الغاصب بتنفيذ التزامه بالرد بطريق التعويض فى حالة تعذر التنفيذ عينا ، ذلك أن التنفيذ العينى هو الأصل ولا يستعاض عنه بالتعويض النقدى إلا إذا استحال التنفيذ العينى ، لما كان ذلك فان دعوى المطالبة بقيمة العقار موضوع الغصب لا تسقط بالتقادم وان كان الغاصب يستطيع ان يدفعها بتملك العقار بالتقادم المكسب .
(جلسة ١٩٧٧/٣/٢٨ السنة ٢٨ ص ٨١٩)

(2) أ – من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الدعوى بطلب فسخ عقد الإيجار هى بطلب حق من الحقوق الشخصية التى ليست لها مدة خاصة تتقادم بها فإن تقادمها يكون بمضى خمس عشرة سنة من وقت نشأة الحق فى الدعوى باعتباره التاريخ الذى يتمكن فيه الدائن من المطالبة بدينه .
(الطعن رقم ٥٩٧ لسنة ٦٩ ق جلسة ٢٠٠٠/٢/٧)

ب – التقادم الثلاثى المنصوص عليه فى المادة ١٧٢ من القانون المدنى هو تقادم استثنائى خاص بدعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع فلا يسرى على الالتزامات التى تنشأ مباشرة من القانون والتى تجرى عليها فى شأن تقادمها أحكام التقادم العادى المنصوص عليه فى المادة ٣٧٤ من القانون المدنى ما لم يوجد نص خاص بتقادم آخر .
(الطعن ١٥٩ لسنة ٤ ق جلسة ١٩٧٦/١/١٤ س ٢٧ ص ٢١٧)

جـ – مسئولية الإدارة عن القرارات الإدارية المخالفة للقانون لا تنسب إلى العمل غير المشروع وإنما تنسب إلى المصدر الخامس من مصادر الإلتزام وهو القانون باعتبار هذه القرارات تصرفات قانونية وليست أعمالا مادية ، ومن ثم فإن مساءلة الإدارة عنها عن طريق التعويض لا تسقط إلا بالتقادم العادى .
(الطعن رقم ٢٩٩ و ٣١٩ و ٣٢١ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٣/٤/١١ س ١٤ ص ٥٢٠) =

التعامل فيها ، كالحقوق المتعلقة بالحالة المدنية (إلا ما تفرع عنها من حقوق مالية [1]، والحقوق المتعلقة بالاسم [2].

ويجب التمييز بين الحق ومجرد الرخصة (pure faculté) فاذا كان الحق يتقادم فان الرخصة لا تقبل التقادم . ومن ثم لا يتقادم حق الفرد فى اتخاذ المهنة التى يريدها ما دام قد استوفى شرائطها ، ولاحقة فى أن يبنى أو يغرس فى أرضه ، ولا حقه فى أن يجبر جاره على وضع حدود لاملاكهما المتلاصقة ، ولا حقه فى المرور بأرض مجاورة إذا كانت أرضه

=د – يعتبر التعويض عن الفعل الضار مستحق الأداء من يوم وقوع العمل غير المشروع ويسقط جميعه بالتقادم بانقضاء خمس عشرة سنة تبدأ من يوم وقوع العمل غير المشروع.

فإذا كان الحكم المطعون فيه قد قرر أن التعويض المطالب به (فى سنة ١٩٥٢) أساسه خطأ = = الطاعن فى احتفاظه بالماكينتين المملوكتين للمطعون عليه الأول بغير حق منذ سنة ١٩٣٤ وأن هذا التعويض عن المدة السابقة على سنة ١٩٣٧ قد سقط بمضى خمس عشر سنة من تاريخ الفعل الضار عملا بالمادة ٢٠٨ من القانون المدنى الملغى الذى يحكم واقعة النزاع – وهو تقرير صحيح فى القانون – إلا أنه خلص مع ذلك إلى القضاء بالتعويض عن ذلك الفعل المدة اللاحقة استناداً إلى أنه لم يمض على استحقاقه أكثر من خمس عشرة سنة فإنه يكون قد خالف القانون .

(الطعن رقم ٤١٨ سنة ٢٦ ق جلسة ٦٢/٥/١٠ س ١٣ ص ٦٤٢)

هـ – نص المادة ١٧٢ من القانون المدنى هو نص استثنائى على خلاف الأصل العام فى التقادم وقد ورد فى خصوص الحقوق التى تنشأ عن العمل غير المشروع فلا يجوز تطبيقه بالنسبة إلى الحقوق الناشئة عن مصادر أخرى للالتزام ، لما كان ذلك وكانت علاقة رجل القضاء أو النيابة بوزارة العدل هى علاقة تنظيمية مصدرها القانون ، وكانت مسئولية الإدارة عن القرارات الإدارية الصادرة فى هذا الشأن لا تنسب إلى العمل غير المشروع فإن مساءلة الإدارة عنها عن طريق التعويض لا تسقط إلا بالتقادم العادى .

(الطعن رقم ٢٧ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦١/١/٢٨ س ١٢ ص ١٨)

و – متى كان الحكم قد استخلص بالادلة السائغة التى أوردها أن حقيقة الدعوى هى المطالبة بالتعويض مقابل ما فات المشترى من ربح بسبب عدم تنفيذ عقد البيع وتسليم المبيع وليست مطالبة برد وديعة وأن الحق محل الدعوى مما يخضع للتقادم المسقط شأن سائر الحقوق العادية وأن هذا التقادم قد تم فإنه يكون فى غير محله النعى على هذا الحكم بمخالفة القانون .

(جلسة ١٩٥٤/١٢/١٦ طعن رقم ٢٣٠ سنة ٢١ ق)

(١) فالحق فى النسب لا يسقط بالتقادم ، ولكن يسقط بالتقادم ما ترتب على النسب من حقوق مالية كنفقة متجمدة ونصيب الوارث فى التركة .

(٢) بودرى وتيسييه فقرة ١٥٧ – فقرة ١٥٩ .

محبوسة عن الطريق العام ، ولا حقه فى الشرب والمجرى والمسيل، ولا حقه فى طلب قسمة المال الشائع . فكل هذه رخص تتعلق بالحرية الشخصية أو بحق الملكية ، وهذا وتلك لا يقبلان التقادم (١) .

ودعوى الصورية لا تسقط بالتقادم (1)، سواء رفعت من أحد المتعاقدين أو من الغير ، لأن المطلوب فيها هو تقرير أن العقد الظاهر لا وجود له ، وهى حقيقة قائمة مستمرة ليس من شأن التقادم أن يؤثر فيها (٢).

وكان ينبغى أن دعوى البطلان المطلق تكون غير قابلة للتقادم ، لأن العقد الباطل معدوم والعدم لا ينقلب وجوداً مهما طال عليه الزمن (٣). ولكن التقنين المدنى الجديد ، تمشياً مع القضاء الفرنسى ومع بعض الفقهاء الفرنسيين، نص فى الفقرة الثانية من المادة ١٤١ على ما يأتى: «وتسقط دعوى البطلان بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد» (٤).

---

(١) بودرى وتيسييه فقرة ١٦٣ – فقرة ١٧٢ . ودعوى طلب إثبات صحة التوقيع لا تتقادم لأنها رخصة وليست التزاما (سوهاج ٥ مايو سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٦١٤ ص ١٣٩٧) – وحكم مرسى المزاد لا يتقادم كسبب ناقل للملكية ، ولا يتعدى أثر التقادم إلا إلى الصيغة التنفيذية (استئناف مصر ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٧ المجموعة الرسمية ٤٨ رقم ٢٤٩) .

(٢) الوسيط جزء ٢ فلقرة ٦٢٧ .

(٣) انظر فى هذا المعنى نقض مدنى ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٨ ص ٢٧١ – ٧ ابريل سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٣٩ ص ٩٤٤ .

(٤) انظر فى هذه المسألة الوسيط جزء أول فقرة ٣١٩ – بودرى وتيسييه فقرة ٥٨٩ – فقرة ٥٩١ .

(1) متى طعن الوارث على العقد بأنه يستر وصية كان له اثبات طعنه بكافة طرق الاثبات ، لأن الوارث لا يستمد حقه فى الطعن في هذه الحالة من المورث وانما من القانون مباشرة على أساس أن التصرف قد صدر اضرارا بحقه فى الأرث فيكون تحايلا على القانون ، وهذه الدعوى لا تسقط بالتقادم لان ما يطلبه رافعها انما هو تحديد طبيعة التصرف الذى قصده المتعاقدان وترتب الآثار القانونية التى يجب ان تترتب على القيمة الحقيقية لها واعتبار العقد الظاهر لا وجود له ، وهذه حالة واقعية قائمة ومستمرة لا تزول بالتقادم فلا يمكن لذلك ان ينقلب العقد الصورى صحيحا مهما طال الزمن .

(جلسة ١٩٦٩/٣/٢٠ الطعن ٩٨ لسنة ٣٥ ق السنة ٢٠ ص ٤٥٠)

(جلسة ١٩٧٣/٤/١٠ مجموعة احكام النقض السنة ٢٤ ص ٥٧٧)

أما الدفع بالبطلان المطلق ، فلا يسقط بالتقادم [١] (1) . ويناقش الفقه فى فرنسا ما إذا كان الدفع بوجه عام يسقط بالتقادم كالدعوى ، أو لا يسقط ، وسنعود إلى هذه المسألة فيما يلى [٢] .

وإذا أخذ الدائن رهناً حيازياً ضماناً لحقه ، فما دام هذا الرهن فى يده فان حقه لا يتقادم ، ذلك أن وجود الرهن فى حيازته يعتبر قطعاً مستمراً للتقادم [٣] . أما حق الراهن فى استرداد الوديعة ، فانهما يسقطان بالتقادم . ولكن يستطيع الراهن أو المودع الاسترداد ، لا بموجب الدعوى الشخصية التى تقادمت ، ولكن بموجب دعوى الاستحقاق العينية القائمة على حق الملكية فهذه لا تتقادم ، بل لا يعارضها تقادم مكسب من جانب المرتهن أو المودع عنده فأنهما لم يحوزا الشئ إلا حيازة عارضة [٤] .

وإذا كانت هناك حقوق تتقادم بمدد خاصة بموجب نصوص تشريعية ، وجب تفسير هذه النصوص تفسيراً ضيقاً بحيث لا تسرى إلا على الحالات بالذات التى تضمنتها. وما خرج عن هذه الحالات فانه يرجع إلى أصل القاعدة ، وتكون مدة تقادمه خمس عشرة سنة [٥] .

---

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٣٢٠ .

(٢) انظر فقرة ٦٦٩ فيما يلى – وانظر بودرى وتيسييه فقرة ٦٠٩ – فقرة ٦١٢ .

(٣) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٢٨ .

(٤) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٢٨ .

(1) أ – اذا كان القانون المدنى القائم قد استحدث فى الفقرة الثانية من المادة ١٤١ منه النص على سقوط دعوى البطلان المطلق بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد احتراماً للاوضاع التى استقرت بمضى هذه المدة بعد صدور العقد الباطل ، لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه فى الدعوى على هذا الاساس، فان النص عليه بان البطلان المطلق لا يرد عليه التقادم يكون فى غير محله .

(جلسة ١٩٧٥/١١/٢٥ مجموعة احكام النقض السنة ٢٦ ص ١٤٧٧)

ب – فى العقود التى تنشئ رابطة قانونية مستمرة مدة قيام العقد ويجب تنفيذها بأداءات متجددة فان تقادم دعوى البطلان يظل موقوفا حتى تاريخ انتهاء العقد باعتباره التاريخ الذى تستقر فيه الاوضاع المقصود حمايتها بالنص عن طريق النهى عن سماع دعوى البطلان .

(جلسة ٢٠٠٢/٤/٨ الطعن رقم ٢٤١٥ لسنة ٧٠ ق)

(٥) فإذا وفى شخص بالوكالة عن المدين ديناً يتقادم بمدة قصيرة ، كالفوائد تسقط بخمس سنوات ، وكالضرائب تسقط بثلاث سنوات ، ورجع بدعوى الوكالة على المدين ، فإن هذه الدعوى لا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة (استئناف مصر ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٦٤ ص ١١٨ – بودرى وتيسييه فقرة ٦٠٠) . ودعوى الموكل على الوكيل بتقديم حساب دعوى شخصية تسقط بخمس عشرة سنة (استئناف وطنى ١٥ يناير سنة ١٩٠٣ الحقوق ١٨ ص ٤٦ – استئناف مختلط ١٥ =

٥٩٨ – الحالات التي ورد فيها نص خاص – احالة : والحالات التى ورد فيها نص خاص متناثرة فى نواحى التقنين المدنى ، بل وفى تقنينات أخرى . ونقتصر هنا على الإشارة إلى أهم هذه الحالات ، وبعضها سبق أن عالجناه فى الجزئين الأولين من الوسيط، وبعضها يعالج فى موضعه .

فقد نصت المادة ١٤٠ مدنى على أن «١ – يسقط الحق فى إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات . ٢ – ويبدأ سريان هذه المدة فى حالة نقص الأهلية، من اليوم الذى يزول فيه هذا السبب ، وفى حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذى ينكشف فيه، وفى حالة الإكراه من يوم انقطاعه . وفى كل حال لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط

= ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٦٥) ، ولو كان ذلك عن نصيب الموكل فى ميراث (استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢١٩) .

وكذلك التزام الفضولى بتقديم حساب يتقادم ، فى التقنين المدنى السابق ، بخمس عشرة سنة (استئناف مختلط ١٦ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٥٧) ، أما فى التقنين المدنى الجديد فيتقادم بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة (انظر م ١٩٧ مدنى) . ودعوى الحساب ورصيد الحساب الجارى لا يسقطان إلا بخمس عشرة سنة (استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٥٩) . وإذا كانت صيغة العقد تدل على أنه وديعة موضوعها مبلغ من المال ، فإن العقد لا يكون عقد وديعة تامة ، بل هو عقد وديعة ناقصة وأقرب إلى عارية الاستهلاك منه إلى الوديعة ، وكل ما يكون للمودع هو المطالبة بقيمة ماله ، وهذا حق شخصى يسقط كسائر الحقوق الشخصية بمضى خمس عشرة سنة من تاريخ الالتزام بالرد (نقض مدنى ١١ يناير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٢١ ص ٤٧ – استئناف مختلط ٣ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢-٣) ، وإذا حصل تكليف بالوفاء فإن مدة التقادم تبدأ من جديد خمس عشرة سنة (استئناف مصر ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٢٨٦ ص ٦٩٠) . والحق فى المعاش (لا فى أقساط المعاش الدورية) يسقط بخمس عشرة سنة (استئناف مختلط ١٩ يناير سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ١٠٤ – ٥ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣١٢) . ولا يكون ثمن استبدال العين الموقوفة معتبراً وقفاً بمنزلة العين المبيعة حتى تشترى به عين أخرى ، إلا إذا دفع الثمن وحفظ وديعة على ذمة الوقف . أما إذا لم يدفع ، فإنه يعتبر ديناً بسيطاً يسقط بخمس عشرة سنة، لا بثلاث وثلاثين (الإسكندرية ٤ يناير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٨٧ ص ١٤٣) . والحق فى أخذ سند أو تسلمه من شركة حق شخصى يسقط بالتقادم (استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٢٥ – ٢٠ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٠٥). انظر أيضاً ريبير فى القانون التجارى فقرة ٢٤٤٧ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٣٠ .

ويلاحظ أخيراً أنه لا عبرة بحسن النية أو بسوء النية فى التقادم المسقط القائم على أساس استقرار التعامل ، وهذه هى حال التقادم بخمس عشرة سنة . فمهما كان المدين سيئ النية ، متى انقضى على استحقاق دينه خمس عشرة سنة فقد سقط الدين بالتقادم، حتى لو اعترف المدين وهو يتمسك بالتقادم أنه لم يدفع الدين . وقد كان قانون الكنيسة يشترط حسن نية المدين ابتداء وبقاء ، ثم تغلبت مبادئ القانون الرومانى على مبادي القانون الكنسى لاعتبارات عملية (بودرى وتيسييه فقرة ٦١٦ – فقرة ٦١٩) .

أو تدليس أو إكراه إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد» . وهذا النص يقرر مدة تقادم خاصة – ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة – لدعاوى إبطال العقد ، وقد سبق أن عالجنا هذه المسألة عند الكلام فى البطلان [1] .

ونصت المادة ١٧٢ مدنى على أن «١ – تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه[1] . وتسقط هذه الدعوى فى كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة

---

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٣٢٢ – ويلاحظ أن دعوى الإبطال فى حالة نقص الأهلية لها ميعاد تقادم واحد هو ثلاث سنوات من اليوم الذى يزول فيه نقص الأهلية . ولا تتقادم هذه الدعوى بخمس عشرة سنة من وقت تمام العقد ، لأن هناك احتمالا ألا يزول نقص الأهلية ، فلا يرتفع الحجر ولا يبلغ القاصر سن الرشد ، إلا بعد مدة طويلة تستنفد الخمس العشرة سنة أو تكاد ، فتتقادم الدعوى أو توشك أن تتقادم قبل زوال نقص الأهلية. فأراد المشرع أن يبقى لناقص الأهلية مدة بعد استكمال أهليته يرفع فيها دعوى الإبطال ، وهى ثلاث سنوات كاملة بعد استكمال الأهلية .

(1) أ – أنه يحق لورثة المجنى عليه منذ هذا التاريخ (تاريخ الوفاة) طلب التعويض عن الوفاة التى تسبب فيها الفعل الضار دون ان يحاجوا سقوط الدعوى بالتقادم الثلاثى المنصوص عليه فى المادة ٧٥٢ من القانون المدنى لرفعها بعد أكثر من ثلاث سنوات من تاريخ وقوع الحادث الذى ترتبت عليه مسئولية المؤمن ، ذلك أنه وان كان المشرع قد أنشأ بمقتضى المادة الخامسة من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الاجبارى من المسئولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات دعوى مباشرة للمضرور قبل المؤمن وأخضع هذه الدعوى للتقادم الثلاثى المنصوص عليه فى المادة ٧٥٢ من القانون المدنى وهو التقادم المقرر للدعاوى الناشئة عن عقد التأمين وذلك رعاية لمصلحة شركات التأمين وعملا على الاستقرار الاقتصادى لها إلا أن هذا التقادم تسرى فى شأنه القواعد العامة المقررة قانونا ومنها التقادم المسقط لا يبدأ سريانه إلا من الوقت الذى يصبح فيه الدين مستحق الاداء ، وترتيبا على ذلك فأنه لما كان التعويض عن الوفاة الناشئة عن الفعل الضار لا يمكن تصور المطالبة به واقعاً أو قانوناً قبل حصول الوفاة التى يبدأ منها استحقاق هذا التعويض ومن ثم يبدأ من هذا التاريخ احتساب مدة تقادم دعوى التعويض التى يرفعها ورثة المجنى عليه قبل الشركة المؤمنة .

(جلسة ٢٠٠٢/١/٢٧ الطعن رقم ٦٨٠٠ لسنة ٧٠ ق)

ب – التقادم الثلاثى المنصوص عليه فى المادة ١٧٢ من القانون المدنى هو تقادم استثنائى خاص بدعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع . فلا يسرى على الالتزامات التى تنشأ من القانون . وإنما يسرى فى شأن تقادم هذه الالتزامات التقادم العادى المنصوص عليه فى المادة ٣٧٤ من القانون المدنى ما لم يوجد نص خاص يقضى بتقادم آخر.

(الطعن رقم ١٧٨ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/٤/٢٠ س ٢٢ ص ٤٩٥ والطعن ٨٩ ، ١٣٨٦ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/١٢/١١ س ٢٤ ص ١٢٤٣)

– نص المادة ١٧٢ من القانون المدنى الذى استحدث تقادم ثلاث سنوات بالنسبة لدعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه هو نص استثنائى على خلاف الأصل العام فى التقادم ، قد ورد فى خصوص الحقوق التى تنشأ عن=

= المصدر الثالث من مصادر الالتزام فى القانون المدنى، وهو العمل غير المشروع بحيث لا يجوز تطبيقه بالنسبة إلى الحقوق الناشئة عن مصادر أخرى إلا إذا وجد نص يقضى بذلك .
(الطعن ٤٧ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧١/٦/١ س ٢٢ ص ٧٥٦)
(الطعن ١٣٦ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/١٠/٢١ س ٢٠ ص ١١٣٤)

جـ – تنص المادة ١/١٧٢ من القانون المدنى على أنه «تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه ، وتسقط هذه الدعوى فى كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع » مما مفاده أن المناط فى بدء سريان مدة التقادم طبقا لهذه المادة هو علم المضرور بوقوع الضرر وبشخص المسئول عنه لا باليوم الذى تحدد فيه قيمة الضرر بصفة نهائية .
(الطعن رقم ٤٣٢ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٦/١٢/١٤ س ٢٧ ص ١٧٤١)
(الطعن رقم ٣٣٦ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٥/٥/٢٠ س ٣٦ ص ١٠١٧)
(الطعون ارقام ٢٩٩ و ٣١٩ و ٣٢١ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٣/٤/١١ س ١٤ ص ٥٢٠)

د – من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن مفاد نص الفقرة الأولى من المادة ١٧٢ القانون المدنى أن التقادم الثلاثى المشار إليه والذى تسقط به دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع لا يبدأ فى السريان الا من تاريخ العلم الحقيقى الذى يحيط به المضرور بوقوع الضرر وبشخص المسئول عنه باعتبار أن انقضاء ثلاث سنوات من يوم ثبوت هذا العلم ينطوى على تنازل المضرور عن حق التعويض الذى فرضه القانون على المسئول بما يستتبع سقوط دعوى التعويض بمضى مدة التقادم – لما كان ذلك وكان الثابت من الاوراق أن الحكم المطعون فيه قد اعتمد فى بدء سريان التقادم الثلاثى المنصوص عليه فى المادة ١/١٧٢ من القانون المدنى من تاريخ صدور حكم محكمة النقض الذى قضى برفض الطعن المرفوع منه عن الحكم الذى قضى بسقوط حقه فى أخذ العقار المبيع بالشفعة باعتبار تاريخ العلم الحقيقى الذى أحاط به الطاعن بوقوع الضرر وبشخص المسئول عنه ، حالة كون أن قوة الأمر المقضى – على ما هو مقرر فى قضاء هذه المحكمة – تثبت للحكم النهائى ولا يمنع من ثبوت هذه الصفة أن يكون الحكم مما يجوز الطعن فيه بطريق النقض وأنه طعن فيه بالفعل – بما كان لازمة أن يكون بدء احتساب مدة التقادم الثلاثى المشار إليه من تاريخ صدور الحكم النهائى من محكمة الاستئناف بسقوط حق الطاعن فى أخذ العقار المبيع بالشفعة ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فانه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه .
(الطعن رقم ٢٤٦٢ س ٥٢ ق جلسة ١٩٨٣/٦/٩)

هـ – مفاد نص المادة ١/١٧٢ من القانون المدنى ان المناط فى بدء سريان التقادم طبقا لهذه المادة هو علم المضرور بوقوع الضرر وبشخص المسئول عنه ، والعلم المعول عليه فى هذا الشأن – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – هو العلم الحقيقى الذى يحيط بوقوع هذا الضرر وبشخص المسئول عنه باعتبار أن انقضاء ثلاث سنوات من يوم هذا العلم ينطوى على تنازل المضرور عن حق التعويض الذى فرضه القانون على الملتزم دون ارادته مما يستتبع سقوط دعوى التعويض بمضى مدة التقادم. ولا وجه لافتراض هذا التنازل من جانب المضرور وترتيب حكم السقوط فى حالة العلم الظنى الذى لا يحيط بوقوع الضرر أو بشخص المسئول عنه .
(الطعن رقم ٢٠٦٦ س ٥١ ق جلسة ١٩٨٦/٣/٢٧)
(الطعن رقم ١٩٤٣ س ٥١ ق جلسة ١٩٨٦/٣/٥)

من يوم وقوع العمل غير المشروع . ٢ – على أنه إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة، وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط بعد انقضاء المواعيد المذكورة فى الفقرة السابقة ، فان دعوى التعويض لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية» . وهنا أيضاً وضع القانون مدة تقادم خاصة – ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة – للدعاوى الناشئة عن العمل غير المشروع (1)، وقد سبق بحث ذلك فى الجزء الأول من الوسيط(١) .

---

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٦٢٥ – ولما كان أساس مسئولية الإدارة عن قراراتها الباطلة هو الخطأ ، أى العمل غير المشروع (انظر فى هذا المعنى حكم المحكمة الإدارية العليا فى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجلة إدارة قضايا الحكومة السنة الأولى العدد الأول ص ٢١٤)، فإنه يترتب على ذلك؛ أن دعوى التعويض عن قرار إدارى باطل تتقادم بثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه . قارن مع ذلك حكماً آخر للمحكمة الإدارية العليا فى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٥٦ (مجلة إدارة قضايا الحكومة السنة الأولى العدد الأول ص ٢١٩) ، وتذهب المحكمة فى هذا الحكم إلى أن التعويض عن قرار باطل بفصل عامل اليومية قبل سن الخامسة والستين ليس مصدره العمل غير المشروع، بل مصدره القانون مباشرة . ما ذهبت إليه المحكمة من ذلك لا يخلو من التعارض مع ما ذهبت إليه فى الحكم الأول الذى سبقت الإشارة إليه . هذا إلى أنه لو صح ما ذهبت إليه من أن مصدر المسئولية هنا هو القانون مباشرة ، لوجب أن تكون مدة التقادم خمس عشرة سنة ، ما دام لا يوجد نص خاص – كما وجد قانون خاص فى فرنسا يجعل مدة التقادم أربع سنوات فى هذه الحالة – يحدد مدة أخرى . ولكن المحكمة جعلت مدة التقادم خمس سنوات ، وتؤسس ذلك على أن التعويض عن حرمان الموظف من مرتبه بسبب فصله بدون وجه حق تكون مدة التقادم فيه هى مدة التقادم المسقطة للمرتب ، إذ «أن التعويض المترتب على الإخلال بالالتزام هو من طبيعة الحق الناشئ عن هذا الالتزام ، لأنه هو المقابل له ، فتسرى بالنسبة للتعويض مدة التقادم التى تسرى بالنسبة للحق الأصلى» . ولا نرى أن هناك علاقة ، من حيث مدة التقادم ، بين المرتب والتعويض . فالالتزام بالمرتب التزام دورى متجدد، مصدره القانون على أساس العلاقة التنظيمية العامة التى تربط الحكومة بموظفيها . أما الالتزام بالتعويض فالتزام بمبلغ من النقود تقدره المحكمة جزافاً ، لا يدور ولا يتجدد ، ومصدره ليس هو القانون كما تقول المحكمة فى حكمها هذا ، بل هو العمل غير المشروع كما تقول فى حكمها الأول .

(1) أ – مؤد ى نص المادة ١٧٢ من القانون المدنى أنه إذا كان العمل الضار يستتبع قيام دعوى جنائية إلى جانب دعوى التعويض المدنية فان الدعوى المدنية لا تسقط الا بسقوط الدعوى الجنائية ، فاذا انفصلت الدعوى المدنية عن الدعوى الجنائية بأن اختار المضرور الطريق المدنى دون الطريق الجنائى للمطالبة بالتعويض فان سريان التقادم بالنسبة للمضرور يقف طوال المدة التى تدوم فيها المحاكمة الجنائية فاذا انقضت الدعوى الجنائية بصدور حكم نهائى فيها بإدانة الجانى أو عند انتهاء المحاكمة الجنائية بسبب آخر فانه يترتب على ذلك عودة سريان تقادم دعوى التعويض المدنية مدتها الأصلية وهى ثلاث سنوات على أساس ان رفع الدعوى الجنائية يكون فى هذه الحالة مانعا قانونيا فى معنى المادة ١/٣٨٢ من القانون المدنى الذى يتعذر معه على المضرور المطالبة بحقه فى التعويض .

(الطعن ٤٣٠ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٧/١٢/١٥ س ٢٨ ص ١٨١٥)

(جلسة ١٩٧٧/٥/٢٥ مجموعة احكام النقض السنة ٢٦ ص ١٠٦٨) =

ونصت المادة ١٨٠ مدنى على أن «تسقط دعوى التعويض عن الاثراء بلا سبب بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه من لحقته الخسارة بحقه فى التعويض، وتسقط الدعوى كذلك فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذى ينشأ فيه هذا الحق». ونصت المادة ١٨٧ مدنى على أن «تسقط دعوى استرداد ما دفع بغير حق بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقه فى الاسترداد، وتسقط الدعوى كذلك فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذى ينشأ فيه هذا الحق» (1). ونصت المادة ١٩٦ مدنى على أن «تسقط الدعوى الناشئة عن

= ب – إذ أورد المشرع نص المادة ١٧٢ بين نصوص الفصل الثالث من الباب الأول للعمل غير المشروع متعلقا بتقادم دعوى المسئولية المدنية بثلاث سنوات فإن هذا النص – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – يكون عاما ومنبسطا على تقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بفروعه دون غيره من مصادر الالتزام التى أفرد لكل منها فصلا خاصا تسرى أحكام المواد الواردة به على الالتزامات الناشئة عنه، ولما كان الثابت أن طلب المطعون ضدهما للتعويض مبنى على اخلال الطاعنين بالتزاماتهم العقدية اعمالا للشرط الجزائى المنصوص عليه فيها، وكان مصدر هذا الالتزام هو العقد، فإن الحكم المطعون فيه إذ استبعد تطبيق المادة ١/١٧٢ من القانون المدنى على دعوى المطعون ضدهما يكون قد التزم صحيح القانون.

(الطعن ٤٣ لسنة ٤٩ ق جلسة ٨٣/١/١١ ص ١٦٦)

جـ– عقد المشرع لمصادر الالتزام فصول خمسة حيث خصص الفصل الثالث منها للمصدر الثالث من مصادر الالتزام جاعلا عنوانه العمل غير المشروع ثم قسم هذا الفصل إلى ثلاث فروع رصد الفرع الأول منها للمسئولية عن الأعمال الشخصية والفرع الثانى للمسئولية عن عمل الغير والفرع الثالث للمسئولية عن الاشياء، مما مفاده أن أحكام العمل غير المشروع تنطبق على أنواع المسئولية الثلاث. وإذ تحدث المشرع عن تقادم دعوى المسئولية المدنية فقد أورد نص المادة ١٧٢ من القانون المدنى عاما منبسطا على تقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بصفة عامة، واللفظ متى ورد عاما ولم يقم الدليل على تخصيصه وجب حمله على عمومه وإثبات حكمه قطعا لجميع أفراده، ومن ثم تتقادم دعوى المسئولية عن العمل الشخصى ودعوى المسئولية عن الأشياء بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول قانونا عنه. ولا يؤثر فى ذلك كون المسئولية الأولى تقوم على خطأ ثابت وكون الثانية تقوم على خطأ مفترض لا يقبل إثبات العكس إذ أن كليهما مصدره الفعل غير المشروع الذى تترتب عليه المسئولية والتى لا يتأثر تقادم دعواها بطريقة اثبات الخطأ فيها. ولا وجه للتحدى بورود نص المادة ١٧٢ فى موضعها من مواد المسئولية عن الأعمال الشخصية للقول بقصره على تقادم دعوى تلك المسئولية إذ أن الثابت من الأعمال التحضيرية أن المشرع حين عرض لأحكام العمل غير المشروع عرض لها فى قسمين رئيسيين أفرد أولهما للمسئولية عن الأعمال الشخصية متضمنا إياه القواعد العامة للمسئولية ومنها التقادم وأفرد ثانيهما لأحوال المسئولية عن عمل الغير والمسئولية الناشئة عن الأشياء ولا مراء فى أن القواعد العامة تنطبق على جميع أنواع المسئولية.

(الطعن رقم ٧ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٤/١١/٥ ق س ١٥ ص ١٠٠٧)

الفضالة بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه كل طرف بحقه ، وتسقط كذلك فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذى ينشأ فيه هذا الحق» . وفى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذى ينشأ فيه هذا الحق» . وفى جميع هذه النصوص نرى القانون قد وضع مدة تقادم خاصة – ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة – للدعاوى الناشئة عن استرداد ما دفع بغير حق والفضالة والإثراء بلا سبب بوجه عام ، وقد عالجنا هذه المسألة فى الجزء الأول من الوسيط [1] .

ونصت المادة ٢٤٣ مدنى على أن «تسقط بالتقادم دعوى عدم نفاذ التصرف بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف، وتسقط فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذى صدر فيه التصرف المطعون فيه» . وهذه هى أيضاً مدة خاصة لتقادم الدعوى البولصية عالجناها عند الكلام فى هذه الدعوى فى الجزء الثانى من الوسيط [2] .

ونصت الفقرة الأولى من المادة ٤٢٦ مدنى على أن «تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذى يموت فيه صاحب العقار المبيع» . وهذه مدة خاصة للتقادم قررها القانون فى خصوص دعوى الغبن، ومكانها عند الكلام فى البيع .

ونصت المادة ٤٥٢ مدنى ، فى خصوص دعوى ضمان العيب فى البيع [2]، على أن

---

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٧٩٤ وفقرة ٨٨٥ وفقرة ٨٩١ وفقرة ٩٠٠ .

(٢) الوسيط جزء ثان فقرة ٥٩٦ .

(1) مفاد نص المادة ١٨٧ من القانون المدنى أن الحق فى استرداد ما دفع بغير وجه حق يسقط بالتقادم بانقضاء أقصر الزمنين ، أما بانقضاء ثلاث سنوات تسرى من اليوم الذى يعلم فيه الدافع بحقه فى الاسترداد أو بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم قيام الالتزام اى من يوم الوفاء .
(جلسة ١٩٧٥/١٢/١٠ مجموعة احكام النقض السنة ٢٦ ص ١٦١٨).

(2) دعوى الطاعن (المشترى) بإلزام المطعون ضده (البائع) بالتعويض لعدم تنفيذ التزامه التعاقدى بتوفير المياه اللازمة لرى الأرض المبيعة . خضوعها للأحكام العامة فى التقادم . مؤداه . سقوطها بمضى خمس عشرة سنة من وقت إخلال البائع بالتزامه. قضاء الحكم المطعون فيه بسقوطها بالتقادم الحولى المنصوص عليه بالمادة ٤٥٢ مدنى باعتبارها دعوى بضمان العيوب الخفية . خطأ فى فهم الواقع وفى تطبيق القانون.
(الطعن رقم ١٨١٦ لسنة ٦٣ ق – جلسة ٢٠٠١/٣/٢٢)
(جلسة ١٩٧٥/١٠/٢٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص ١٣٤٥)

«تسقط بالتقادم دعوى الضمان إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع ، ولو لم يكشف المشترى العيب إلا بعد ذلك ، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان مدة أطول . ٢ – على أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بالسنة لتمام التقادم إذا ثبت أنه تعمد إخفاء العيب غشاً منه». وهذه مدة خاصة لتقادم دعوى ضمان العيب الخفى، مكانها عند الكلام فى البيع .

ونصت المادة ٦٥٤ مدنى ، فى خصوص دعاوى ضمان المهندس المعمارى والمقاول المعمارى ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم فيما أقاموه من منشآت ، على أن «تسقط دعاوى الضمان المتقدمة بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حصول التهدم أو انكشاف العيب». ومكان هذا التقادم الخاص عند الكلام فى عقد المقاولة [1].

ونصت المادة ٦٧٢ مدنى – للانحراف أو الغلط الذى يقع عند تطبيق تعريفة الأسعار التى قررتها السلطة العامة فى التزام المرافق العامة على العقود الفردية ، فيكون الحق للعميل فى استرداد ما دفعه زيادة على الأسعار المقررة ، ويكون للملتزم بالمرفق العام الحق فى استكمال ما نقص من الأسعار المقررة – على أن «يسقط الحق فى الحالين بانقضاء سنة من وقت قبض الأجور التى لا تتفق مع الأسعار المقررة» . ومكان هذا التقادم الخاص عند الكلام فى التزام المرافق العامة .

ونصت المادة ٦٩٨ مدنى على أن «١ – تسقط بالتقادم الدعاوى الناشئة من عقد العمل بانقضاء سنة من وقت انتهاء العقد[2]، إلا فيما يتعلق بالعمالة والمشاركة فى الأرباح

---

(1) مؤدى نص المادتين ٦٥١ ، ٦٥٤ من القانون المدنى أن ميعاد سقوط دعاوى ضمان المهندس المعمارى والمقاول يبدأ من تاريخ التهدم الفعلى الكلى أو الجزئى فى حالة عدم انكشاف العيب الذى أدى إليه ومن تاريخ انكشاف العيب دون انتظار إلى تفاقمه حتى يؤدى إلى تهدم المبنى ، واضطرار صاحبه إلى هدمه ، واذ كان الثابت من الاوراق أن الطاعن قد علم بعيوب المبنى من تاريخ رفع دعوى اثبات الحالة ، ولم يثبت أن عيوب أخرى غير التى كشفها خبير تلك الدعوى أدت إلى اضطراره إلى هدم المبنى ، فان الحكم إذ قضى بعدم قبول الدعوى لمضى أكثر من ثلاث سنوات من انكشاف العيب ورفع الدعوى لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون .

(جلسة ١٩٧٩/٥/٣١ مجموعة احكام النقض السنة ٢٤ ص ٨٥٣)

(2) أ – المقرر فى قضاء محكمة النقض – أن سقوط الدعاوى الناشئة عن عقد العمل بالتقادم بانقضاء سنة تبدأ من تاريخ انتهاء العقد عملا بإحكام المادة ٦٩٨ من القانون المدنى انما راعى الشارع فيه استقرار الأوضاع الناشئة عن عقد العمل والمواثبة إلى تصفية المراكز القانونية لكل من رب العمل والعامل على حد سواء وهو يسرى على دعاوى التعويض عن الفعل التعسفى والمطالبة بالأجور كما يسرى على دعاوى المطالبة بالمقابل النقدى عن رصيد الاجازات المنصوص عليها فى المادتين ٤٥ ، ٤٧ من قانون العمل الصادر بالقانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ أيا كانت مدد هذه الاجازات المستحقة طبقا لأحكام هاتين المادتين سواء كان المقابل عن مدة الاجازة السنوية التى يجوز للعامل ضمها أو التى لم يحصل=

والنسب المئوية فى جملة الإيراد فان المدة فيها لا تبدأ إلا من الوقت الذى يسلم فيه رب

= عليها قبل ترك الخدمة، ولما كان المطعون ضده لم يرفع الدعوى بالمطالبة بالمقابل النقدى عن رصيد اجازاته السنوية التى لم يحصل عليها قبل انتهاء خدمته إلا بعد مضى أكثر من سنة من تاريخ انتهاء العقد فان الحق فى إقامة الدعوى يكون قد سقط بالتقادم الحولى المنصوص عليه فى المادة ٦٩٨ من القانون المدنى.

(الطعن رقم ١١٤٣ لسنة ٦٩ ق جلسة ٢٠٠٠/٦/٨)

ب - الدين الناشئ عن عقد العمل . اقرار المدين به سواء كان صادرا من العامل أو رب العمل أى منهما للآخر لا يغير من طبيعة الدين أو التقادم السارى عليه أو مدته. بقاءه متولدا عن عقد العمل بحالته الأولى التى كان عليها قبل الاقرار .

(جلسة ٢٠٠١/١١/٢٥ الطعن رقم ٤١٢٢ لسنة ٦٩ ق)

جـ - يدل النص فى المواد ١/١٢ ، ١/٤٢ ، ٢/٤٨ من القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ بإصدار قانون قطاع الأعمال العام على أن قانون قطاع الأعمال الصادر بالقانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ واللائحة التنفيذية الصادرة نفاذاً له بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ١٥٩٠ لسنة ١٩٩١ ولوائح العاملين التى تصدر إعمالا لحكم المادة ٤٢ من القانون المشار إليه هى الأساس فى تنظيم علاقات العاملين بشركات قطاع الأعمال العام تطبق أحكامها ولو تعارضت مع أحكام قانون العمل أو أى قانون آخر ، وأن قانون العمل مكمل لأحكامها ، فتسرى أحكامه على تلك العلاقات عند خلو القانون واللوائح من نص بشأنها. لما كان ذلك ، وكان الثابت فى الأوراق أنه وبتاريخ ١٩٩٥/٧/٢٠ صدر قرار وزير قطاع الأعمال العام رقم ٢٩٨ لسنة ١٩٩٥ باعتماد لائحة نظام العاملين بالشركة الطاعنة والتى وضعتها بالاشتراك مع النقابة العامة للعاملين بالصناعات الهندسية والمعدنية والكهربائية ، ونصت الفقرة الأخيرة من المادة ٧٤ من هذه اللائحة على أنه (ويتم صرف المقابل النقدى عن الإجازات الاعتيادية التى لم يقم العامل بها لأى سبب من الأسباب على أساس الأجر الشامل طبقا لمفهوم التأمين الاجتماعى وعن كامل رصيد إجازاته الاعتيادية التى استحقت عن مدة خدمته بالشركة . وفى جميع الأحوال لا يعتد برصيد إجازات العامل المنقول إلى الشركة فى تاريخ نقله) فإنه يتعين إعمال أحكام هذا النص على العاملين بالشركة الطاعنة دون أحكام المادة ٤٥ من قانون العمل الصادر بالقانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ وحكم المحكمة الدستورية العليا الصادر فى القضية رقم ٤٧ لسنة ١٨ ق «دستورية» بعدم دستورية الفقرة الثالثة منها فيما تضمنته من (ألا تزيد على ثلاثة أشهر مدة الإجازة السنوية التى يجوز للعامل أن يضمها ولو كان الحرمان من هذه الإجازة - فيما جاوز من رصيدها هذا الحد الأقصى - عائداً إلى رب العمل) وبالتالى لا يعد حكم هذه الفقرة فى الفترة السابقة على الحكم بعدم دستوريتها مانعاً يتعذر معه على المطعون ضده المطالبة بحقه فى مقابل رصيد الإجازات بوصفه تعويضاً عن عدم استعمالها - يوقف سريان التقادم إعمالا لحكم الفقرة الأولى من المادة ٣٨٣ من القانون المدنى . وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وأقام قضاءه برفض الدفع بسقوط الدعوى بالتقادم الحولى على أن التقادم يبدأ سريانه من تاريخ نشوء الحق فى المطالبة بمقابل رصيد الإجازات فيما زاد عن ثلاثة شهور والذى تقرر بنشر حكم المحكمة الدستورية العليا سالف الإشارة إليه فى الجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٩٧/٥/٢٧ فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون .

(الطعن رقم ١٠٥٣ لسنة ٦٩ جلسة ٢٠٠٠/٥/٢١)

العمل إلى العامل بياناً بما يستحقه بحسب آخر جرد . ٢ – ولا يسرى هذا التقادم الخاص على الدعاوى المتعلقة بانتهاك حرمة الأسرار التجارية أو تنفيذ نصوص عقد العمل التى ترمى إلى ضمان احترام هذه الأسرار» . وهذا التقادم الخاص مكانه عقد العمل .

ونصت الفقرة الثانية من المادة ٧٢٨ مدنى على أن «تسقط بالتقادم دعوى المسافر قبل صاحب الفندق أو الخان بانقضاء ستة أشهر من اليوم الذى يغادر فيه الفندق أو الخان» . وهذا التقادم الخاص مكانه عقد الوديعة .

ونصت الفقرة الأولى من المادة ٧٥٢ مدنى على أن «تسقط بالتقادم الدعاوى الناشئة من عقد التأمين بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حدوث الواقعة التى تولدت عنها هذه الدعاوى» . وهذا التقادم الخاص مكانه عقد التأمين .

ونصت المادة ٤٦٥ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أنه «١– تتقادم الدعاوى الناشئة عن الكمبيالة تجاه قابلها بمضى ثلاث سنوات من تاريخ الاستحقاق. ٢ – وتتقادم دعاوى الحامل قبل المظهرين وقبله الساحب بمضى سنة من تاريخ الاحتجاج المحرر فى الميعاد القانونى أو من تاريخ الاستحقاق إذا اشتملت الكمبيالة على شرط الرجوع بلا مصاريف . ٣ – وتتقادم دعاوى المظهرين قبل بعضهم البعض وقبل الساحب بمضى ستة أشهر من اليوم الذى أوفى فيه المظهر الكمبيالة أو من يوم أقامة الدعوى عليه .

ونصت المادة ٤٦٦ من ذات القانون على أنه«١ – إذا اقيمت الدعوى فلا تسرى مدد التقادم المنصوص عليها فى المادة السابقة إلا من تاريخ آخر اجراء صحيح فى الدعوى . ٢ – كما لا يسرى التقادم المذكور إذا صدر حكم بالدين أو أقر به المدين فى سند مستقل إقرار يترتب عليه تجديد الدين .

ونصت المادة ٤٦٧ على أنه «لا يكون لانقطاع المدة المقررة لتقادم الدعوى أثر إلا بالنسبة إلى من اتخذ قبله الإجراء القاطع للمدة .

والمواد الثلاث السابقة استبدلت بالمادة ١٩٤ من قانون التجارة القديم [1].

---

(1) بناء التقادم المصرفى المنصوص عليه فى المواد ١٩٤ من قانون التجارة (قديم وقد حلت محلها المواد ٤٦٥ ، ٤٦٦ ، ٤٦٧ من قانون التجارة الجديد) على قرينة الوفاء شروط بعدم وجود ما ينفى هذه القرينة وتقدير ما إذا كان المدين قد صدر منه ما ينقض قرينة الوفاء هو من مسائل الواقع التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع .

(جلسة ١٩٦٤/١١/٢٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ ص ١٠٨٢)

(جلسة ١٩٧٠/٤/٣٠ الطعن رقم ٣٠ لسنة ٣٦ ق السنة ٢١ ص ٧٥٦) =

ونصت المادة ٥٣١ المستحدثة بقانون التجارة الجديد على أنه« ١ – تتقادم دعاوى رجوع حامل الشيك على الساحب والمظهرين وغيرهم من الملتزمين بدفع قيمة الشيك بمضى ستة أشهر من تاريخ تقديمه للوفاء أو من تاريخ انقضاء ميعاد تقديمه . ٢ – وتتقادم دعوى حامل الشيك على المسحوب عليه بمضى ثلاث سنوات من تاريخ تقديمه للوفاء أو من تاريخ انقضاء ميعاد تقديمه . ٣ – وتتقادم دعاوى رجوع الملتزمين بعضهم على البعض الآخر بمضى ستة أشهر من اليوم الذى أوفى فيه الملتزم قيمة الشيك أو من يوم مطالبته قضائيا بالوفاء ٤ – اذا أقيمت الدعوى فلا تسرى مدة التقادم المنصوص عليها فى هذه المادة إلا من تاريخ آخر اجراء فى الدعوى . ٥ – ولا تسرى مدة هذا التقادم إذا صدر حكم بالدين أو أقر به المدين بسند منفرد إقرارا يترتب عليه تجديده . ٦ – تسرى على انقطاع هذا التقادم أو وقفه الأحكام المنصوص عليها فى القانون المدنى . ونصت المادة ٢٨٣ من قانون التجارة الجديد على أن «تسرى على تقادم الدعاوى الناشئة عن عقد الوكالة بالعمولة للنقل الاحكام المنصوص عليها فى المادتين ٢٥٤ ، ٢٧٢ من هذا القانون .

ونصت المادة ٢٥٤ من قانون التجارة (المقابلة للمادة ١٠٤ من القانون القديم) على أن«١– تتقادم كل دعوى ناشئة عن عقد نقل الأشياء بمضى سنة تبدأ من تاريخ تسليم الشئ إلى المرسل إليه أو إلى الجمرك أو إلى الأمين الذى عينه القاضى لاستيداع الشئ وتسرى المدة فى حالة الهلاك الكلى من تا ريخ انقضاء الميعاد المنصوص عليه فى الفقرة الثانية من المادة ٢٤٠ من هذا القانون ٢ – كما تتقادم دعوى الناقل فى الرجوع على الناقلين المتعاقدين وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٢٥٢ من هذا القانون بمضى تسعين يوما من تاريخ الوفاء بالتعويض أو من تاريخ مطالبته به رسمياً . ٣ – لا يجوز أن يتمسك بالتقادم المنصوص عليه فى هذه المادة من صدر منه أو من تابعيه غش أو خطأ جسيم (1).

= (جلسة ١٩٧٧/٥/٣٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ ص ١٣٢٣)
(جلسة ١٩٧٨/٦/١٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ ص ١٤٩٠)
(جلسة ١٩٧٠/٦/١١ الطعن رقم ٢٨ لسنة ٨٣٦ السنة ٢١ ص ١٠٣٨)

(1) أ – إن مفاد نص المادة ١٠٤ من القانون التجارى قديم وتقابلها المادة ٢٥٤ تجارة جديد) خضوع دعوى المسئولية المترتبة على خلف أمين النقل عن تنفيذ الالتزامات المتولدة عن عقد النقل للتقادم المبين بها (١٨٠ يوما) . أما إذا صدر من الناقل أو تابعيه غش أو خيانة فان الدعوى تستند فى هذه الحالة إلى الفعل الضار ويكون أساسها المسئولية التقصيرية وتتقادم وفقا للقواعد الواردة بشأن هذه المسئولية . فإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن بالات القطن – محل عقد النقل – قد سرقت أو بددت من أحد تابعى الطاعن – الناقل – فان مسئولية هذا الأخير – على ما جرى به قضاء محكمة النقض – ليست مسئولية تعاقدية بل مسئولية تقصيرية قوامها الخطأ المدعى عليه به ومن ثم تخضع فى تقادمها إلى حكم المادة ١٧٢ من القانون المدنى التى تقضى بتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير =

ونصت المادة ٢٧٢ المستحدثة بقانون التجارة الجديد على أن «١ – تتقادم بمضى سنتين كل دعوى تنشأ عن عقد النقل ، ويكون موضوعها مطالبة الناقل بالتعويض عن وفاة الراكب أو إصابته باضرار بدنية . وتسرى هذه المدة فى حالة الوفاة من تاريخ وقوعها . وفى حالة الإصابة البدنية من تاريخ وقوع الحادث . ٢ – وتتقادم بمضى سنة كل دعوى أخرى تنشأ عن عقد نقل الأشخاص ، وتسرى هذه المدة من الميعاد المعين للوصول . وعند عدم التعيين من الميعاد الذى كان يستغرقه الناقل العادى فى النقل لو وجد فى الظروف نفسها . ٣ – لا يجوز أن يتمسك بالتقادم المنصوص عليه فى هذه المادة من صدر منه أو من تابعيه غش أو خطأ جسيم [١] .

= المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه . وإذ قضى الحكم المطعون فيه برفض الدفع بالتقادم تأسيسا على أن مدة سقوط الحق فى رفع الدعوى هى خمس عشرة سنة يكون قد خالف القانون .

(الطعن رقم ٤٦٥ لسنة ٣٠ ق – جلسة ١٩٦٥/١١/٣٠ ق ٨٢ ص ١١٦٠)

(وجلسة ١٩٦٣/١٢/١٢ مجموعة أحكام النقض السنة ١٤ ص ١١٥١)

(جلسة ١٩٦٦/٥/٢٣ مجموعة احكام النقض السنة ١٩ ص ١٠٠٢)

ب – يتعين للقول بإن حق الطاعن قد سقط فى مطالبة مدينه الاصلى بقيمة السند لتقادمه لخمس سنوات من تاريخ استحقاقه وفقا للمادة ١٩٤ من قانون التجارة (القديم) أن يثبت أن السند موقع عليه من تاجر أو حرر بمناسبة عملية تجارية وأن يدفع الدين بهذا التقادم.

(جلسة ١٩٧٠/٤/٣٠ مجموعة احكام النقض السنة ٢١ ص ٧٥٦)

(١) وفى ظل قانون التجارة القديم كان يسرى التقادم المنصوص عليه فى المادة ١٩٤ على الكمبيالات وتعتبر دائماً أعمالا تجارية . ويسرى أيضاً على السندات تحت الإذن أو لحاملها ، بشرط أن تكون محررة من تجار أو بسبب أعمال تجارية .

ويسرى أخيراً على الكمبيالات التى ينقصها بعض الشروط – وهى التى عناها النص بعبارة «الأوراق المتضمنة أمراً بالدفع أو الحوالات الواجبة الدفع بمجرد الاطلاع عليها وغيرها من الأوراق المحررة لأعمال تجارية» . بشرط أن تكون هى أيضا محررة من تجار أو بسبب أعمال تجارية حتى تكون من الأعمال التجارية . والدعاوى التى تسقط بهذا التقادم هى الدعاوى التى يرفعها الحامل على المسحوب عليه القابل للكمبيالة أو على السند تحت الإذن ، والدعاوى التى ترفع على الساحب الذى لم يقدم مقابل الوفاء، والدعاوى التى ترفع على المظهرين ، ودعاوى رجوع الملتزمين بالوفاء بعضهم على بعض، والدعاوى الناشئة بين الموقعين على الورقة التجارية بسبب علاقاتهم القانونية التى أفضت إلى إنشاء الورقة أو تظهيرها .

أما بقية الديون التجارية الأخرى ، غير الديون المتقدمة وغير ما نصت عليه المادتان ٦٥ و ١٠٤ تجارى (قديم) الآتى ذكرها فى المتن ، فتسقط كالديون المدنية بخمس عشرة سنة، ويدخل فى ذلك رصيد الحساب الجارى (استئناف مصر ١٥ يونيه سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ ص ١١٤) . =

= ويسرى التقادم الخمسى بالنسبة إلى الأوراق التجارية من اليوم التالى ليوم حلول ميعاد الدفع أو من يوم عمل البروتستو أو من يوم آخر مرافعة فى المحكمة . وإذا كانت الكمبيالة أو السند الإذنى مستحق الدفع عند الطلب ، سرى التقادم من تاريخ إنشاء الكمبيالة أو السند . وإذا انقطع التقادم وسرى تقادم جديد، كانت مدة هذا التقادم الجديد خمس سنوات أيضا ، إلا إذا صدر حكم بالدين فإن هذا الحكم لا يسقط إلا بخمس عشرة سنة (استئناف مصر ١٦ يونيه سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ ص ٢٤٨ – استئناف مختلط ١٤ يونيه سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٨٢) ، أو إلا إذا اعترف المدين بالدين بسند منفرد فيعتبر هذا تجديداً للدين بشرط أن يكون التجديد لاحقاً لاستحقاق الورقة التجارية فلا يسقط الدين الجديد إلا بخمس عشرة سنة (الأستاذ محمد صالح فى شرح القانون التجارى ٢ ص ١٥٥ – ص ١٦٥ – الموجز للمؤلف فقرة ٦٠٨) .

وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ١٩٤ من التقنين التجارى (قديم) بقولها «وغيرها من الأوراق المحررة لأعمال تجارية» إنما عنت الأوراق التجارية الصادرة لعمل تجارى، لا الأوراق غير التجارية ولو كانت صادرة لعمل تجارى . وأخص خصائص الورقة التجارية صلاحيتها للتداول ، ولازم كونها كذلك أن تكون ورقة مستقلة بنفسها ، وأن يبين فيها بمجرد الاطلاع عليها أن قيمتها مقدرة على وجه نهائى لا يدع محلا لمنازعة. فإذ كانت الورقة محل الدعاوى متصلة بكشف حساب وكانت نهائية قيمتها معلقة على خلو الكشف من السهو والغلط ، فإنها لا تكون ورقة تجارية ، وذلك دون الحاجة إلى النظر فيما إذا كانت الورقة قد حررت لعمل تجارى أم لغيره (نقض مدنى ٢٣ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٤٢ ص ٣١١) . وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه لكي يسقط حق المطالبة بكمبيالة تحت الإذن بمضى خمس سنوات يجب أن يكون سبب الدين تجارياً ، أما إذا كان السبب غير تجارى فتطبق قواعد القانون المدنى (استئناف وطنى ٤ مايو سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١٢٧ ص ٢٠٤ – وانظر أيضاً استئناف مختلط ١٥ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢١٧ – ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٨٤) . وقضت محكمة الاستئناف الوطنية أيضاً بأن التزام الموقعين على كمبيالة بعضهم قبل بعض يعتبر مدنياً لا يسقط إلا بخمس عشرة سنة ولو كانت الكمبيالة تجارية، ويسقط الحق فيها بالنسبة إلى الدائن بمرور خمس سنوات (استئناف وطنى ٢٣ مارس سنة ١٩٠٥ الحقوق ٢٠ ص ١٣٩) . وقضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا كان السند الإذنى موقعاً عليه من تاجر ، كان عملا تجارياً بمقتضى نص المادة ٢ من قانون التجارة ، إلا أن هذه القرينة ليست قاطعة ، فيجوز نفيها وإثبات أن سبب الدين مدنى محض تسرى عليه أحكام القانون المدنى خصوصاً فيما يتعلق بسقوط الحق فى المطالبة بالدين (استئناف مصر ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٤١ ص ١٨٧) . وقضت محكمة استئناف مصر أيضاً بأنه إذا حرر التاجر سند دين لعمل غير خاص بتجارته كان السند مدنياً ، فلا يسقط الحق فى المطالبة به بمضى خمس سنوات (استئناف مصر ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣١١ ص ٦١٦ – ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٤٠٠ ص ٨٦٧) . وقضت محكمة مصر بأن السند يكون تجارياً من ناحية الدائن إذا كان هذا الأخير تاجراً ولم يقم دليل من جانبه على مدنية سبب السند ، وإذا كان السند تجارياً من ناحية الدائن فإن حقه فى المطالبة بقيمته يسقط بمضى خمس سنوات ، سواء كان المدين تاجراً أو غير تاجر» (مصر ٩ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٢ قم ٣٢٥ ص ٦٣٧) .

هذا والنص على جواز توجيه اليمين إلى المدين دليل على أن هذا التقادم قائم على قرينة الوفاء – (استئناف مصر ٣ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٣٤٣ ص ٥٠٥ – ٤ فبراير سنة ١٩٣٠ المحاماة=

ونصت المادة ٦٥ من التقنين التجارى القديم والتى ابقى عليها قانون التجارة الجديد ١٧ لسنة ١٩٩٩ «كل ما نشأ عن أعمال الشركة من الدعاوى على الشركاء الغير مأمورين بتصفية الشركة أو على القائمين مقامهم يسقط الحق فى إقامته بمضى خمس سنين من تاريخ انتهاء مدة الشركة إذا كانت المشارطة المبينة فيها مدتها أعلنت بالكيفية المقررة قانوناً، أو من تاريخ إعلان الاتفاق المتضمن فسخ الشركة . وتتبع فى ذلك القواعد العمومية المقررة لسقوط الحق بمضى المدة ، مع مراعاة القواعد المقررة لانقطاعها» . ومكان بحث هذه النصوص القانون التجارى .

ويلاحظ أن المشرع قد قصر مدد التقادم فى الدعاوى الناشئة عن غير العقد – العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب – لأن الدين مفروض على المدين بحكم القانون لا بارادته. وقصر أيضاً مدد التقادم فى الدعاوى الناشئة عن العقد حيث يكون هناك مبرر للتقصير بسبب طبيعة الدعوى، وذلك كدعاوى الإبطال والدعوى البولصية ودعوى تكملة الثمن للغبن ودعوى العيب الخفى فى البيع والدعاوى الناشئة عن عقد العمل أو عن عقد التأمين أو عن الكمبيالات والأوراق التجارية أو عن بعض العقود التجارية ، فهذه كلها دعاوى تستوجب التعجيل فى رفع الدعوى ، فقصر المشرع مدد التقادم فيها على نحو ما رأينا . أما الدعاوى الناشئة عن العقد بما لا يستوجب التعجيل فى رفع الدعوى ، فهذه لا تتقادم عادة إلا بخمس عشرة سنة ، لأن الالتزامات التى ترفع بها هذه الدعاوى قد ارتضاها المدين بارادته مختاراً .

٥٩٩ – الاستثناءات التى أوردها القانون. (١) الحقوق الدورية المتجددة – النصوص القانونية : وهناك إلى جانب هذه النصوص الخاصة استثناءات أخرى أوردها التقنين المدنى عقب إيراده للقاعدة العامة فى مدة التقادم .

وأول هذه الاستثناءات يتعلق بالحقوق الدورية المتجددة . فقد نصت المادة ٣٧٥ من التقنين المدنى على ما يأتى :

= ١٠ رقم ٣٣٨ ص ٦٧٦ – مصر ١٥ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٥٤٧ ص ١٠٧٢) . ولا توجه اليمين إلا للمدين أو ورثته ، فلا توجه للكفيل (استئناف مصر ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٩٤ ص ٢٢٦).

وقد نظم قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ تقادم الدعاوى الناشئة عن الكمبيالة فى المواد ٤٦٥ ، ٤٦٦ ، ٤٦٧ ، كما اورد فى المادة ٤٧٠ أن احكام هذه المواد تسرى على تقادم السند لأمر ونظم احكام تقادم دعاوى الشيك فى المادة ٥٣١ ، ونصت المادة ٢٨٣ على أن يسرى على تقادم الدعاوى الناشئة عن عقد الوكالة بالعمولة للنقل الأحكام المنصوص عليها فى المادة ٢٥٤ ، ٢٧٢ من هذا القانون .

«١ – يتقادم بخمس سنوات كل حق دورى متجدد ولو أقر به المدين ، كأجرة المبانى والأراضى الزراعية ومقابل الحكر ، وكالفوائد والإيرادات المرتبة والمهايا والأجور والمعاشات».

«٢ – ولا يسقط الريع المستحق فى ذمة الحائز سيئ النية ولا الريع الواجب على ناظر الوقف أداؤه للمستحقين إلا بانقضاء خمس عشرة سنة [١].

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٥١٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «١– يتقادم بخمس سنوات كل حق دورى متجدد، كالأجرة فى المبانى وفى الأراضى الزراعية وكالفوائد والأقساط والمرتبات والأجور والمعاشات . ويتقادم الحق حتى لو أقر به المدين بعد سقوطه بالتقادم . ٢ – ومع ذلك لا يسقط الريع المستحق فى ذمة الحائز سيئ النية ولا الديون الثابتة فى ذمة ناظر الوقف للمستحقين إلا بانقضاء خمس عشرة سنة». وفى لجنة المراجعة اضيف «مقابل الحكر» ضمن الحقوق التى تسقط بخمس سنوات، وأصبحت المادة رقمها ٣٨٨ فى المشروع النهائى . وفى مجلس النواب عدل النص بحيث أصبح مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. وفى لجنة مجلس الشيوخ تقدمت مقترحات عدة لم تأخذ بها اللجنة ، وقالت عنها فى تقريرها ما يأتى : اقترح حذف عبارة «ولو أقر به المدين» من المادة ٣٧٥ وحذف الفقرة الثانية منها ، لأن التقادم الخمسى لا يعتبر من النظام العام ولأن ما تنص عليه الفقرة الثانية لا يعتبر من قبيل الديون الدورية بالنسبة إلى المدينين الوارد ذكرهم فيها ، فضلا عن إنه لا محل لأفراد نص لهم دون أمثالهم من الأوصياء والوكلاء والمصفين ... ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ، لأن النص ليس معناه أن المحكمة تقضى بالتقادم ولو أقر المدين بالدين أقراراً ينطوى على معنى التنازل عن التمسك بالدفع بالتقادم ، بل هو يقرر القاعدة المسلمة المتفرعة على عدم قيام هذا النوع من التقادم على قرينة الوفاء ، ومؤداها أن إقرار المدين بترتب الدين فى ذمته لا يمنعه فى الوقت ذاته من أن يتمسك بالتقادم ، ولا يحول دون القضاء بتقادم الدين على أساس هذا التمسك . هذا ويراعى أن الفقرة الثانية من المادة ٣٧٥ وردت لحسم خلاف أثير فى صدد الحالتين اللتين خصتهما بالذكر ، وليس من الخير أن يترك باب الخلاف مفتوحاً مع أن فى الوسع سده . واقترح الاستعاضة عن عبارة «حق وحقوق» الواردة فى المواد ٣٧٥ و ٣٧٦ و ٣٧٨ بعبارة «دين وديون» لأن الانقضاء لا يرد على الحق وإنما يرد على الدين . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ، لأن الذى ينقضى هو الالتزام ، وهو رابطة تتمثل فى ذمة الدائن حقا وفى ذمة المدين ديناً ، فلا يقبل أن يقال أن أحد وجهى هذه الرابطة هو الذى يقبل الانقضاء دون الآخر ، وإنما يرد الانقضاء على الرابطة بوجهيها جميعاً ، فيصح فى لغة التشريع أن يقال انقضاء الحق وانقضاء الالتزام وانقضاء الدين ، وكلها صحيح وكلها بمعنى واحد . ولذلك استعمل التقنين الحالى (السابق) الاصطلاحين معاً ، فعبر أحياناً بسقوط «المبالغ المستحقة» أى الحقوق ، وعبر أحياناً بسقوط «الديون» . والفقه والقضاء جميعا لا ينكران شيئاً من ذلك . واقترح أن يضاف إلى أحكام التقادم النص الآتى : «تتقادم الدعوى بذات المدة المقررة لتقادم الدين المطلوب فيها» . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ، لأن النظام الذى اتبعه التقنين لا يفرق بوجه عام بين الحق والدعوى على غرار ما معروف فى الفقه الإسلامى . أما إذا أريد بالدعوى الخصومة أمام القضاء ، فهذا ما تكفل بالنص على التقادم فيه مشروع قانون المرافعات» . ووافقت اللجنة على النص كما هو تحت رقم ٣٧٥، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٠٤ وص ٣٠٦ – ص ٣١٠) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٢٧٥/٢١١[١] .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٧٣ – وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٦٢ – وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٤٣٠ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣٥٠[٢] .

٦٠٠ – الضابط هو الدورية والتجدد : وقد أورد المشرع بصريح النص الضابط لهذه الحقوق التى تتقادم بخمس سنوات ، فوصفها بأنها «كل حق دورى متجدد» . والدورية (périodicité) هى أن يكون الحق مستحقاً فى مواعيد دورية ، كل شهر أو كل ثلاثة أشهر أو كل سنة ، أو أقل أو أكثر والتجدد (renouvellement) هو أن يكون الحق بطبيعته مستمراً لا ينقطع (1) .

---

(١) **التقنين المدنى السابق** م ٢٧٥/٢١١ : المرتبات والفوائد والمعاشات والأجر ، وبالجملة كافة ما يستحق دفعه سنوياً أو بمواعيد أقل من سنة ، يسقط الحق فى المطالبة به بمضى خمس سنوات هلالية» . (والحكم واحد فى التقنينين السابق والجديد، فيما عدا أن السنين تحسب ميلادية فى التقنين الجديد) .

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى** :

التقنين المدنى السورى م ٣٧٣ (مطابقة للمادة ٣٧٥ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٣٦٢ (مطابقة للمادة ٣٧٥ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى العراقى م ٤٣٠ : ١ – كل حق دورى متجدد، كالأجرة والفوائد والرواتب والإيرادات المرتبة ، لا تسمع الدعوى به على المدين بعد تركها من غير عذر شرعى خمس سنوات . ٢ – أما الريع المستحق فى ذمة الحائز سيئ النية ، والريع الواجب على متولى الوقف أداؤه للمستحق ، فلا تسمع الدعوى بهما على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعى خمس عشرة سنة . (وأحكام التقنين العراقى متفقة مع أحكام التقنين المصرى، فيما عدا أن التقنين العراقى ، على غرار الفقه الإسلامى ، لا يجيز سماع الدعوى بدلا من أن يسقط الحق بالتقادم . انظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٣٨٢ – فقرة ٣٨٤ – وانظر مقالا فى التقادم المسقط فى القانون المدنى العراقى للأستاذ ضياء شيت خطاب فى مجلة القضاء ببغداد السنة الخامسة عشرة ص ٥٠ – ص ٥٢) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٣٥٠ : تكون مدة مرور الزمن خمس سنوات فى المستحقات المتأخرة والفوائد وحصص الأسهم من الأرباح وأجور المبانى والأراضى الزراعية، وبوجه عام فى الموجبات التى تستحق الأداء كل سنة أو أقل . وتكون مدة مرور الزمن خمس سنوات أيضاً فى الدعاوى بين الشركاء أو بين هؤلاء وأشخاص آخرين من أجل الموجبات الناشئة عن عقد الشركة . وتبتدئ هذه المدة من يوم إعلان حل الشركة أو إعلان خروج أحد الشركاء . (والفقرة الأولى من النص تتفق أحكامها مع أحكام التقنين المدنى المصرى . وانظر فى الفقرة الثانية من النص المادة ٦٥ من التقنين التجارى المصرى) .

(1) أ – مناط خضوع الحق للتقادم الخمسى وفقا لصريح نص الفقرة الأولى من المادة ٣٧٥ من القانون المدنى هو اتصافه بالدورية والتجدد أى أن يكون الحق مستحقا فى مواعيد دورية أيا كانت مدتها وأن يكون هذا الحق بطبيعته مستمراً لا ينقطع سواء كان ثابتا أو متغيرا مقداره من وقت لآخر . =

والأمثلة التى أوردها المشرع توضح هاتين الخصيصتين . فأجرة المبانى والأراضى الزراعية دورية : تدفع أجرة المبانى فى العادة كل شهر أو كل ثلاثة أشهر أو كل سنة ، وتدفع أجرة الأراضى الزراعية عادة كل سنة قسطاً واحداً أو قسطين . وهى فى الوقت ذاته متجددة بطبيعتها ، إذ هى مستمرة لا تنقطع ، فان المالك يستأدى الأجرة فى العادة مستمرة دون انقطاع ، والمستأجر يدفعها مستمرة دون انقطاع . وهى إذا كانت تنقطع بانتهاء عقد الإيجار، إلا أنها تقاس بالزمن ، وتتجدد بتجدده ، ما دام عقد الإيجار قائما [1] . وليست أجرة المبانى والأراضى الزراعية وحدها هى الدورية المتجددة ، بل إن كل أجرة يلحقها هذا الوصف. فأجرة الأرض الفضاء ، وأجرة الغرف المفروشة ، وأجرة المنقولات كالسيارات إذا استؤجرت لمواعيد دورية «والذهبيات» «والعوامات» وغيرها ، كل هذه حقوق دورية متجددة تتقادم بخمس سنوات . غير أن المشرع أورد أجرة المبانى والأراضى الزراعية على سبيل المثال لا على سبيل الحصر ، لأنها هى الغالبة فى التعامل [2] .

= (جلسة ١٩٧٨/١/٢/١٨ الطعن رقم ٦٠٩ لسنة ٤٥ ق)

(جلسة ١٩٧٨/٣/١١ الطعن ٥٩٣ لسنة ٤٤ ق)

ب – النص فى المادة ١/٣٧٥ من القانون المدنى على أن «يتقادم بخمس سنوات كل حق دورى ولو أقر به المدين كأجرة المبانى والاراضى الزراعية ويقابل الحكر الفوائد والايرادات المترتبة والمهايا الأجور والمعاشات «يدل على أن الضابط فى هذا النوع من التقادم الخمسى هو كون الالتزام ما يتكرر ويستحق الأداء فى مواعيد دورية وأن يكون الحق بطبيعته مستمراً لا ينقطع ما ينوء به الملتزم بحمله لو ترك بغير مطالبة مدة تزيد على خمس سنوات.

(جلسة ١٩٧٧/٤/٦ الطعن قم ٥٨٣ لسنة ٤٣ ق)

(جلسة ١٩٧٧/١١/٢٤ الطعن رقم ٤٧٥ لسنة ٤٤ ق)

(١) ويفرق الأستاذ عبدالحى حجازى بين الحق المتجدد كالأجرة والحق المتجزئ كالحق المسقط فيقول : «الحق المتجدد تتعين مرات تجدده على أساس المدة ، أما الحق المتجزئ على الزمن فان المدة تتحدد على أساس عدد الأجزاء . ولهذا فإن الدين المتجزئ لا يسقط إلا بالتقادم الطويل ، وذلك لتخلف صفة التجدد فيه ، بل إن صفة الدورية فيه ليست ناشئة من كونه منوطاً بالمدة ، لأنه ليس منوطاً بالمدة ، وإنما المدة ناشئة من تقسيمه عدة أجزاء ووضع كل جزء فى نطاق زمن معين» (الأستاذ عبدالحى حجازى ٣ ص ٣٥٥) .

(٢) ولأن فى اطلاق «الأجرة» شيئاً من عدم الدقة ، فسنرى أن أجرة الغرفة فى الفندق تتقادم بسنة واحدة لا بخمس سنوات (م ٣٧٨ مدنى) .

هذا وليس كل التزام ينشأ عن عقد الإيجار يتقادم بخمس سنوات ، فالتعويض عن تلف العين المؤجرة ينشأ عن عقد الإيجار ولا يتقادم إلا بخمس عشرة سنة . وإنما تقادمت الأجرة بخمس سنوات لأنها دورية متجددة ، لا لأنها ناشئة عن عقد الإيجار (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٢٣٣٤ ص ٧٤٢) .

ومقابل الحكر هو أيضاً أجرة دورية متجددة [1] . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ١٠٠٣ مدنى على أن تكون هذه الأجرة «مستحقة الدفع فى نهاية كل سنة ، ما لم ينص عقد التحكير على غير ذلك» . وكمقابل الحكر الأجرة السنوية للأرض المساوية لأجرة المثل فى عقد الإجارتين (م ١٠١٣ مدنى) ، والأجرة الثابتة فى عقد خلو الانتفاع (م ١٠١٤ مدنى) ، فكل هذه حقوق دورية متجددة تتقادم بخمس سنوات [2] .

والفوائد هى أيضاً حقوق دورية متجددة ، إذ هى تدفع كل سنة عادة ، وهى ريع متجدد لرأس المال . وتتقادم بخمس سنوات أيا كان مصدرها [1] ، فقد تكون فوائد اتفاقية

---

(١) استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ١٠٣ – ١٢ مارس سنة ١٨٩٦م ٨ ص ١٦٥ – مصر ٣٠ أبريل سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٦ ص ١٤٨ – ٧ يناير سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ٩ رقم ٩١ ص ٢٠٨ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا أقر المستأجر فى عقد الإيجار أنه إذا زرع أكثر من ثلث الأرض قطناً أو كرر الزراعة القطنية فيما سبقت زراعته قطناً ، يكون ملزماً بمثل الأجرة ، وجعل لنظارة الوقف حق خصم ما يجب من ذلك التعويض من كل مبلغ دفعه أو يدفعه المستأجر ، ووقع الاتفاق على أن يسرى هذا الحكم ويتكرر فى سنى الإيجار، فإن الظاهر من هذا العقد أن الطرفين أنزلا التعويض المذكور منزلة الأجرة قدراً ، واستحقاقاً وتكراراً ، ومتى قام بالالتزام بالتعويض المترتب على مخالفة المستأجر لالتزاماته الأصلية وصف كونه مقدراً تقدير الأجرة ومستحقاً استحقاقها ودائراً معها عن مدة الإيجار ، فقد جاز عليه حكم السقوط بالتقادم الخمسى سقوط الأجرة (نقض مدنى ٢٧ فبراير سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٣٤ ص ١٠٧٢ – وانظر أيضاً : نقض مدنى ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٠ ص ٥٤٨) .

(1) أ – الفوائد من الحقوق الدورية المتجددة التى يستحق دفعها سنويا ويسقط الحق فى المطالبة بها طبقاً لنص المادة ٢١١ من القانون المدنى القديم والمادة ٣٧٥ من القانون المدنى الجديد والحكم بفوائد تستحق الأداء فى تاريخ لاحق لصدور الحكم لا يحيل مدة التقادم الخاص بهذه الفوائد من خمس سنوات إلى خمس عشرة سنة لما يلازم الفوائد المحكوم بها فى مثل هذه الحالة من صفتى الدورية والتجدد فاذا كان الواقع فى الدعوى أن حكمها صدر بمبلغ معين وفوائد هذا المبلغ بواقع كذا فى المائة سنويا فإن هذه الفوائد لم تفقد – على ما سبق – صفتى الدورية والتجدد فى الحكم الصادر بها بل ظلت محتفظة فيه بهاتين الصفتين ذلك أنه لم يقضى بها مبلغا معينا وإنما قضى بها فى مواعيد استحقاقها اللاحقة لصدور الحكم سنة فسنة ومن ثم فان الحكم المذكور لا يغير التقادم الخاص بهذه الفوائد ولا يحيله من خمس سنوات إلى خمس عشر سنة وإنما يظل التقادم الخاص بها رغم صدور ذلك الحكم هو التقادم الخمسى واذ قضى الحكم المطعون فيه على خلاف ذلك يكون قد خالف القانون متعينا نقضه .

(الطعن رقم ٥ سنة ٢٥ ق جلسة ١٩٥٩/٣/٢٦ س ١٠ ص ٢٦٩)

(جلسة ١٩٧٥/١٢/٣٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص ١٧٢٧)

ب – إذا كانت الفوائد قد أدمجت فى رأس المال وتم تجميدها باتفاق الطرفين فأصبحت بذلك =

كما فى القرض وثمن المبيع ، وقد تكون فوائد قانونية طولب بها مطالبة قضائية[1] . ويدخل فى الفوائد فوائد الأسهم والسندات (الكوبونات)[2] .

= هى ورأس المال كلا غير منقسم فقدت بذلك صفة الدورية والتجدد اللتين يقوم على أساسهما التقادم الخمسى ، فإنها لا تخضع لهذا النوع من التقادم ولا تتقادم إلا بانقضاء خمس عشرة سنة

(الطعن رقم ٢٤ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٤/١٢/٣ س ١٥ ص ١١٠٦)

جـ – مقتضى الفقرة الثانية من المادة ٣٨٦ من القانون المدنى أنه إذا سقط الحق بالتقادم سقطت معه الفوائد وغيرها من الملحقات ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات.

(الطعن ١٩٤ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٦/١١/١٤ . س ٢٧ ص ١٥٧٩)

د – تنص المادة ٢٨ من القانون رقم ١٤ سنة ١٩٣٩ على أن «تؤول الى الحكومة نهائيا جميع المبالغ والقيم التى يلحقها التقادم قانونا بعد تاريخ العمل بهذا القانون ويسقط حق أصحابها فى المطالبة بها وتكون مما يدخل ضمن الأنواع المبينة بعد الأرباح والفوائد المتفرعة عن الأسهم والسندات القابلة للتداول مما تكون أصدرته أية شركة تجارية أو مدنية» كما تنص المادة ٣٧٥ من التقنين المدنى فى فقرتها الأولى على أن «يتقادم بخمس سنوات، كل حق دورى متجدد ، ولو أقر به المدين ، فإذا كان البنك الطاعن قد حجز تحت يده جزءا من ارباح الكوبونات أكثر من خمس سنوات دون أن يطالب أصحاب الشأن بها فإنهما تؤول إلى الحكومة إذ أن هذه المبالغ لا تخرج عن كونها جزءا من الفائدة السنوية ولا تتغير طبيعتها بمجرد استقطاعها وحجز البنك لها مع علمه بأنها تزيد عن الضريبة المستحقة لمصلحة الضرائب . وإذ قضى الحكم المطعون فيه بسقوط الحق فى المطالبة بهذه المبالغ بالتقادم فإنه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون .

(الطعن رقم ١٥٣ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/١٢/١٣ ص ١٤ ص ٢٣٢)

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بسقوط الفوائد التى حل أجلها وانقضى على استحقاقها خمس سنوات أيا كان نوعها ، سواء أكانت الفوائد متفقاً عليها أم كانت سارية بحكم القانون أو محكوماً بها من المحاكم (١٦ يونيه سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ١١٤ ص ٢٤٨ – وانظر : استئناف مختلط ٩ مارس سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٦٥ – ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ ، ٣٨ ص ١٤١ – ٢١ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٥٩ – ٢ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٢٠) .

وقضت أيضاً بأنه يبدأ فى استنزال ما دفع من الدين من الأقساط بالمصروفات والفوائد المستحقة على الدين قبل الخصم من رأس المال . فإذا ورد فى الايصالات المقدمة من المستأنف أن خصم الأقساط التى دفعها يكون من المطلوب للدائن بدون تفصيل ، انصرف هذا السداد إلى أنه واقع على الفوائد أولا . ومتى ثبت ذلك تكون هذه الدفعات خصما من الفوائد المستحقة سنوياً، ويتفرع على هذا أن سدادها قاطع لسريان مدة تقادمها فى كل تاريخ من تواريخ الإيصالات التى قدمها الخصم (استئناف مصر ٣ يناير سنة ١٩٤٥ المجموعة الرسمية ٤٦ رقم ١٢١) .

(٢) أما إذا كانت الفوائد مستحقة على سبيل التعويض، فإنها لا تكون دورية متجددة، وتتقادم بخمس عشرة سنة لا خمس سنوات . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا لم يشترط دفع فوائد عن الباقى من الثمن فى ذمة المشترى ، واستولى المشترى على الأرض المبيعة وانتفع بها، وجب عليه دفع فوائد على سبيل التعويض فى مقابل الانتفاع بالأرض ، وهذه الفوائد لا تخضع للتقادم الخمسى (١١ نوفمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٧).

والإيرادات المرتبة هى أيضاً حقوق دورية متجددة تتقادم بخمس سنوات . ويستوى فى ذلك الإيرادات المرتبة مدى الحياة فهى دورية تتجدد مدى الحياة ، والإيرادات الدائمة فهى دورية تتجدد على الدوام . وتتقادم الإيرادات بخمس سنوات أما باعتبارها إيرادات مرتبة، وإما باعتبارها فوائد مستحقة على رأس المال الذى دفعه صاحب الإيراد للمدين به (انظر ٢/٥٤٥ مدنى) .

والمهايا والأجور (1) والمعاشات (١)(2) هى أيضاً حقوق دورية متجددة تتقادم بخمس

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن المادتين ٢١١ مدنى (قديم) و ٦٤ من لائحة المعاشات الخاصتين بسقوط الحق فى المرتبات بخمس سنوات لا تنطبقان إلا على معاش تمت تسويته (٤ مايو سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٥ ص ٢٣) .

(1) أ – مؤدى نصوص المواد ١/٣٧٥ ، ١/٣٨١ ، ٣٨٣ من القانون المدنى أن الأجر وهو من الحقوق الدورية المتجددة تتقادم بخمس سنوات وأن التقادم لا يبدأ سريانه الا من اليوم الذى يصبح فيه الدين مستحق الأداء كما أنه لا ينقطع الا بالمطالبة القضائية بالتنبيه وبالحجز وبالطلب الذى يتقدم به الدائن بقبول منه فى تفليس أو فى توزيع وبأى عمل يقوم به للتمسك بحقه أثناء السير فى إحدى الدعاوى .

(الطعن ١٢٦٩ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٩١/١/٣١)

(جلسة ١٩٧٩/٥/٥ الطعن ٥٥٥ لسنة ٤٥ ق ٢ السنة ٣٠ ص ٢٧٠)

ب – إذ كان مناط خضوع الحق التقادم الخمسى وفقا لصريح نص الفقرة الأولى من المادة ٣٧٥ من القانون المدنى هو اتصافه بالدورية والتجدد أى أن يكون الحق مستحقاً فى مواعيد دورية أيا كانت مدتها وان يكون بطبيعته مستمرا لا ينقطع سواء كان ثابتا أو تغير مقداره من وقت لآخر . ولما كان بدل طبيعة العمل وبدل غلاء المعيشة وبدل الاعصاب ومقابل ساعات العمل الاضافية تعتبر طبقا لذلك من الحقوق الدورية المتجددة وكانت أسباب قطع التقادم قد وردت على سبيل الحصر فى المادتين ٣٨٣ ، ٣٨٤ من القانون المدنى وليس من بينها مطالبة الدائن غير القضائية ومنازعة المدين له فيها ، وإذا التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإن النعى يكون على غير أساس .

(الطعن ٢٠٥١ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٩١/٤/١)

(جلسة ١٩٧٢/٤/٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ ص ٦١٥)

(جلسة ١٩٦٥/٦/٣ مجموعة حكام النقض السنة ١٦ ص ٦٩٠)

جـ – إذ كانت المبالغ التى تصرفها وزارة المالية لأصحاب المرتبات المقررة فى الأوقاف الملغاة قد فقدت صفتها باعتبارها استحقاقا فى الوقف وذلك بمجرد إلغاء تلك الأوقاف ، وكانت الحكومة قد رأت تعويض إصحاب تلك المرتبات برصد مبالغ شهرية لهم بقيمة ما كانوا يستحقونه أصلا فى تلك الأوقاف، فان هذه المبالغ التى يجرى صرفها شهريا تعتبر فى حكم الإيرادات المرتبة فتتقادم بخمس سنوات عملا بالمادة ٢١١ من القانون المدنى القديم (المقابل للمادة ٣٧٥ من القانون المدنى) ، ومن ثم فان الحق فى المطالبة بالفروق المتعلقة بهذه المبالغ يتقادم أيضا بهذه المدة.

(الطعن رقم ٤٤٥ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٢/٥/٢٨ س ١٥ ص ٧٤٢)

(2) النص فى الفقرة الأولى من المادة ٣٧٥ من القانون المدنى على أن «يتقادم بخمس سنوات كل حق دورى ولو أقر به المدين كأجرة المبانى والأراضى الزراعية ومقابل الحكر . وكالفوائد والإيرادات =

سنوات ، وتدفع عادة كل شهر ، وتتجدد باستمرار . ولا يدخل فى ذلك أجور العمال والخدم الأجراء ، سواء كانت يومية أو أسبوعية أو شهرية ، فهذه كما سنرى تتقادم بسنة واحدة . فالذى يتقادم إذن بخمس سنوات هى مهايا وأجور ومعاشات الموظفين والمستخدمين دون العمال والخدم . ويلحق بالمهايا والأجور والمعاشات دين النفقة ، فهو أيضا يتقادم بخمس سنوات [1] ، والدائن بالنفقة إذا هو أهمل فى المطالبة بها أكثر من هذه المدة ، فالغالب أن يكون ذلك راجعاً إلى عدم حاجته لها ، ويكون غير مستحق إياها .

ويكفى أن يكون الحق دورياً متجدداً ليتقادم بخمس سنوات [1] ، فليس من الضرورى

= المرتبة والمهايا والأجور والمعاشات يدل على أن الضابط فى هذا النوع من التقادم الخمسى هو كون الالتزام مما يتكرر يستحق الأداء فى مواعيد دورية وأن يكون الحق بطبيعته مستمرا لا ينقطع مما ينوء الملتزم بحمله لو ترك بغير مطالبة مدة تزيد على خمس سنوات .

(الطعن ٥٨٣ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٤/٦ س ٢٨ ص ٩٤٨)

(١) ومع ذلك فقد قضت محكمة طنطا بأن النفقة لا تسقط إلا بخمس عشرة سنة (٢٦ يناير سنة ١٨٩٩ القضاء ٦ ص ٥٨) .

(1) أ – المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه لا يبدأ سريان التقادم المسقط إلا من وقت استحقاق الدين وفقا لصريح نص المادة ٣٨١ من القانون المدنى . فإذا كان الدين يستحق الاداء على أقساط دورية فلا يبدأ سريان التقادم بالنسبة إليها إلا من وقت حلولها ، ولا يتوقف سريان التقادم بالنسبة إلى أية دفعة منها على سريانه بالنسبة إلى الدفعات الأخرى، إذ أن كل قسط يعتبر ديناً قائماً بذاته مستقلا بالنسبة إلى التقادم وإلى مبدأ سريانه وذلك على نحو ما صرحت به المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى ، فإذا اشترط حلول الأقساط جميعها عند التأخير فى دفع قسط منها وتحقق هذا الشرط فإن التقادم لا يسرى بالنسبة للأقساط الباقية إلا عند حلول مواعيدها الأصلية ، لأن اشتراط حلولها عند التأخر فى دفع أى قسط إنما هو شرط فى مصلحة الدائن فلا يضار به بتقديم مبدأ سريان التقادم .

(الطعن رقم ١٣٥١ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٩٠/١٢/٢٧)

ب – من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه لا يترتب على مجرد زوال صفتى الدورية والتجدد عن دين الأجرة أن يصبح دينا عادياً خاضعا للتقادم الطويل ذلك أن الدورية والتجدد هما صفتان لصيقتان لدين الأجرة وهما مفترضتان فيه ما بقى حافظا لوصفه ولو تجمد بانتهاء هذه الإيجار وأصبح فى الواقع مبلغا ثابتا فى الذمة لا يدور ولا يتجدد.

(الطعن ٣٧٧ لسنة ٥١ ق جلسة ٨٤/١٢/٩ س ٣٥ ص ٢٠٠٧)

جـ – لا يبدأ سريان التقادم إلا من وقت استحقاق الدين وفقا لصريح نص المادة ٣٨١ من القانون المدنى فاذا كان الدين يستحق الإداء على أقساط دورية فلا يبدأ سريان التقادم بالنسبة لها إلا من وقت حلولها ولا يتوقف سريان التقادم بالنسبة إلى أية دفعة منها على سريانه بالنسبة إلى الدفعات الأخرى إذ أن كل قسط يعتبر دينا قائما بذاته مستقلا بالنسبة إلى التقادم وإلى مبدأ سريانه وذلك على نحو ما صرحت به المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى فاذا اشترط حلول الأقساط جميعها عند التأخير=

إذن أن يكون حقاً ثابتاً لا يتغير مقداره . فمن الحقوق الدورية المتجددة ما يتغير مقداره . من وقت إلى آخر ، كريع الأسهم (dividendes) ومقابل الحكر وهو يزيد أو ينقص كلما بلغ التغير فى أجر المثل حداً يجاوز الخمس زيادة أو نقصاً على أن يكون قد مضى ثمانى سنوات على آخر تقدير (م ٢/١٠٠٤ مدنى) ، وكأقساط التأمين فى جمعيات التأمين التعاونية (assurance mutuelle) فهذه أيضا متغيرة بحسب الحوادث التى تقع كل سنة وقد لا تقع حوادث أصلا فلا تستحق أقساط ما . فهذه الحقوق الدورية المتجددة ، التى تتغير مقاديرها من وقت إلى آخر ، تتقادم مع ذلك بخمس سنوات . وهذا على خلاف ما جرى عليه القضاء الفرنسى ، فهو يقضى بوجوب أن يكون مقدار الحق الدورى المتجدد ثابتاً لا يتغير، فتتقادم أقساط التأمين فى جمعيات التأمين التعاونية بثلاثين سنة لا بخمس سنوات .

٦٠١ – الاساس الذى يقوم عليه تقادم الحقوق الدورية المتجددة : وتصعد قاعدة التقادم الخمسى للحقوق الدورية المتجددة ، فى أصلها التاريخى ، للقانون الفرنسى القديم [١] . وقامت منذ البداية على الاعتبار الرئيسى الآتى : إن هذه الحقوق الدورية المتجددة يدفعها المدين عادة من ريعه الدورى المتجدد، فالمستأجر يدفع الأجرة من إيراده الشهرى أو السنوى، والمقترض يدفع الفوائد من ريع أمواله ، بل إن الحكومة وأرباب الأعمال يدفعون ماهيات الموظفين والمستخدمين وأجورهم ومعاشاتهم من

= فى دفع قسط منها وتحقق هذا الشرط فان التقادم لا يسرى بالنسبة للأقساط الباقية إلا عند حلول مواعيدها الأصلية لأن اشتراط حلولها عند التأخر فى دفع أى قسط إنما هو شرط فى مصلحة الدائن فلا يضار به بتقديم ميعاد سريان التقادم .

(الطعن ٨٣٨ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٨٢/٣/٣٠ س٣٣ ص ٣٤٧)

د – إذ كان من المقرر قانونا بالمادة ٣٨١ من القانون المدنى أنه لا يبدأ سريان التقادم المسقط أصلا إلا من اليوم الذى يصبح فيه الدين مستحق الأداء فإذا كان الدين مؤجلا فإن هذا التقادم لا يسرى إلا من الوقت الذى ينقضى فيه الأجل ، وكان كل قسط من الدين المقسط مستقلا فى تاريخ استحقاقه عن غيره من الأقساط فمن ثم لا يسرى التقادم بالنسبة لكل قسط إلا من وقت إستحقاقه .

(الطعن ١٥٠ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/٤/٢٩ س ٣٤ ص ١٠٩٩)

(١) وبالتحديد إلى عصر لويس الثانى عشر ، إذ أصدر هذا الملك الفرنسى أمراً ملكياً (ordonnance) ، فى يونيه سنة ١٥١٠ ، قضى فيه بأن من يشترى إيراداً مرتباً – والإيراد المرتب فى ذلك الوقت هو الفائدة على رأس المال – لا يجوز له أن يطالب بمتأخرات الإيراد لأكثر من خمس سنوات ، وذلك حتى لا تتراكم المتأخرات على المدين بالإيراد ، فترهقه وتوقعه فى الإفلاس والخراب (بودرى وتيسييه فقرة ٧٦٧) .

ميرانياتهم السنوية وهى ميزانيات دورية متجددة [1] . فاذا أهمل الدائن فى المطالبة بهذه الحقوق الدورية المتجددة مدة طويلة من الزمن، فتراكمت على المدين ، وكان للدائن أن يتقاضاها لمدة التقادم العادى، أى لمدة خمس عشرة سنة خلت ، اضطر المدين أن يدفعها من رأس ماله ، وقد يجر هذا عليه الإفلاس والخراب . من أجل ذلك وضع القانون حداً لتراكم هذه الديون ، خمس سنوات ميلادية لا تزيد ، فلا يستطيع الدائن أن يطالب المدين بما تأخر منها لأكثر من خمس سنوات ، لأن ما مضى على استحقاقه منها أكثر من خمس سنوات يكون قد انقضى بالتقادم . ومن ثم لا يجبر المدين على دفع هذه الديون المتجددة الدورية إلا لمدة خمس سنوات فقط سابقة على المطالبة [2]، فلا يكون فى هذا من الإرهاق ما يصل به إلى حد الإعنات [1].

---

(١) وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن التقادم الخمسى يقوم على افتراض أداء المدين للديون الدورية المتجددة من إيراده ، وأن تراكمها أكثر من خمس سنوات تكليف بما يجاوز السعة ، وهذه القرينة لا تقبل إثبات الدليل العكسى . وللخزانة العامة حق الانتفاع بحكمها رغم ملاءتها . ومنازعة المدين فى أصل المرتب لا تمنع من سريان هذا التقادم (١٩ نوفمبر سنة ١٩٥٥ المحاماة ٣٦ رقم ٤٤٨ ص ١٣٢٨ – وانظر حكماً آخر من نفس المحكمة فى ٣٦ نوفمبر سنة ١٩٥٥ المحاماة ٣٧ رقم ٧٠ ص ٦٨) وقضت محكمة الإسكندرية بأن القول بوجوب أن تكون المبالغ التى يسرى عليها التقادم الخمسى معينة المقدار عند التعاقد قول لا سند له من القانون ، لأن الخطر من تراكم الديون غير المعينة المقدار لا يقل عن خطر تجمد الديون المعلوم مقدارها (٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ المجموعة الرسمية ٤١ رقم ١٠٦) .

(٢) وقد لا يستطيع الدائن المطالبة بالدين إلا لمدة أقل من خمس سنوات ، ويتحقق ذلك فى الفرض الآتى : يهمل الدائن بإيراد مرتب مدى الحياة تقاضى الإيراد مدة خمس سنوات، ثم يموت فينقضى الإيراد بالموت . ثم يطالب الورثة بما تراكم من الإيراد لمورثهم، وتتأخر المطالبة إلى سنة مثلا بعد موت صاحب الإيراد . ففى هذه الحالة لا تستطيع الورثة المطالبة بكل إيرادات الخمس السنوات المتراكمة ، لأن إيراد السنة الأولى منها يكون قد تقادم بخمس سنوات بعد انقضاء سنة على موت صاحب الإيراد قبل المطالبة . ومن ثم لا يستطيع الورثة أن يطالبوا بأكثر من إيرادات الأربع السنوات الأخيرة ، فهذه وحدها هى التى لم تتقادم بخمس سنوات (بودرى وتيسييه فقرة ٧٩٩) .

(1) التقادم الخمسى للحقوق الدورية المتجددة المنصوص عليه فى المادة ٣٧٥ من القانون المدنى لا يقوم على قرينة الوفاء انما يرجع فى اساسه إلى تجنيب المدين عبء الوفاء بما تراكم من تلك الديون لو تركت بغير مطالبة مدة تزيد على خمس سنوات ولذلك جعل له أن يتمسك بالتقادم بانقضاء هذه المدة ولو بعد اقراره بوجود الدين فى ذمته . بينما يقوم التقادم الحولى المنصوص عليه فى المادة ٣٧٨ من ذات القانون على قرينة الوفاء وهى مظنة رأى المشرع توثيقها بيمين يؤديها المدين أو ورثته ويبين من ذلك أن هذين النوعين من التقادم يختلف كل منها عن الآخر فى احكامه ومبناه .

(جلسة ١٩٧٧/٢/١٩ مجموعة احكام النقض السنة ٢٨ ص ٤٧٨)

(جلسة ١٩٥٩/١٢/٣ مجموعة احكام النقض السنة ١٠ ص ٧٢٢)

هذا من جهة . ومن جهة أخرى – ولكن هذا اعتبار ثانوى بجانب الاعتبار الرئيسى الذى قدمناه – فان الدائن بهذه الحقوق الدورية المتجددة يعتبر عادة هذه الحقوق إيراداً ينفق منه فى شؤون حياته اليومية ، فلا يسكت عن المطالبة بها أكثر من خمس سنوات ، ويغلب، فى الحقوق التى مضى على استحقاقها أكثر من خمس سنوات ، أن يكون الدائن قد استوفاها. ولا يستطيع المدين عادة أن يحتفظ بمخالصات دورية لإثبات هذا الوفاء لمدة تزيد على خمس سنوات ، فيتعذر عليه إثبات الوفاء عن مدة أبعد . فيأتى القانون لإسعاف المدين، ويقضى بتقادم الديون التى ترجع إلى أبعد من خمس سنوات ، ويقوم التقادم على قرينة الوفاء.

على أن هذا الاعتبار الثانى هو ، كما قدمنا ، اعتبار ثانوى بجانب الاعتبار الرئيسى الأول، وهو تجنيب المدين الإرهاق والعنت ، فلا يجبر على دفع هذه الحقوق الدورية المتجددة لمدة تزيد على خمس سنوات ، حتى لا يضطر إلى دفعها من رأس ماله . فهذا الاعتبار الأول متحقق دائماً ، أما الاعتبار الثانى فقد يتحقق وقد لا يتحقق . فاذا لم يتحقق ، فان الاعتبار الأول كاف وحده لتأسيس التقادم الخمسى . ويترتب على ذلك أن هذه الديون تتقادم بخمس سنوات، حتى لو أقر المدين أنه لم يوف بها [1] ، وتمسك مع ذلك بالتقادم تفادياً من إرهاقه بوفاء ما تراكم منها لمدة أكثر من خمس سنوات . وقد ورد هذا الحكم صراحة فى النص، إذ جاء فى صدر الفقرة الأولى من المادة ٣٧٥ مدنى : «يتقادم بخمس سنوات كل حق دورى متجدد ، ولو أقر به المدين» .

ويلاحظ أن إقرار المدين بعدم وفاء ما انقضى على ميعاد استحقاقه أكثر من خمس سنوات ، قد يفسر بأنه نزول منه عن التمسك بالتقادم [2] . ولما كان النزول عن التقادم بعد تمامه جائزاً ، فان الإقرار بعدم الوفاء على هذا النحو يمنع من تقادم الدين ، ويجبر المدين فى هذه الحالة على الوفاء بكل ما تراكم من الديون ، ولو رجع استحقاقه إلى عهد أبعد من خمس سنوات . أما إذا كان ما صدر من المدين هو مجرد تقرير للواقع ، فهو لا ينكر أنه لم يوف بما تراكم من هذه الديون ، ولكنه مع ذلك يتمسك بالتقادم ، فلا يعتبر إقراره على هذا النحو نزولا منه عن التقادم ، وله أن يتمسك به على النحو الذى قدمناه [3] .

---

(١) قارن استئناف مختلط ٨ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٦٧ .

(٢) استئناف مختلط ٢٥ يونية سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٥٥ .

(٣) انظر ما جاء فى تقرير لجنة مجلس الشيوخ فى هذا المعنى ». وقد تقدم ذكره عند إيراد تاريخ نص المادة ٣٧٥ مدنى (انظر آنفاً فقرة ٥٩٩ فى الهامش) . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى «ولا يقوم التقادم الخمسى على قرينة الوفاء ، كما هو الشأن فيما عداه من ضروب التقادم ، وإنما يرجع فى أساسه إلى أن المدين يفترض فيه أداء الديون الدورية المتجددة من إيراده ، فلو أجبر على الوفاء=

٦٠٢ – الديون التى لم تستوف شرطى الدورية والتجدد تتقادم بخمس عشرة سنة : والتقادم الخمسى لا يكون إلا فى الديون الدورية المتجددة على النحو الذى قدمناه . فاذا لم يستوف الدين هذين الشرطين معاً ، كان تقادمه بخمس عشرة سنة لا بخمس سنوات[1] .

فهناك ديون قد استوفت شرط الدورية دون أن تستوفى شرط التجدد ، كما هى الحال فى دين مقسط أقساطاً دورية . فهذا الدين دورى لأنه يدفع فى مواعيد دورية ، ولكنه غير متجدد لأنه لا يتجدد بتجدد الزمن ، بل ينقضى بدفع آخر قسط منه . ومن ثم تكون مدة التقادم هنا خمس عشرة سنة لا خمس سنوات [1] . كذلك لا يستوفى شرط التجدد وإن استوفى شرط الدورية نتاج المناجم والمحاجر ، فهذا نتاج دورى لكنه يستنزف الأصل – المنجم أو المحجر – فهو بطبيعته غير متجدد . ومن ثم إذا ترتب ديناً فى ذمة شخص، لم يتقادم هذا الدين إلا بخمس عشرة سنة ، ولا يتقادم بخمس سنوات .

وتفقد الديون الدورية المتجددة طبيعتها هذه إذا تحولت من ريع إلى رأس مال عن طريق قانونى . مثل ذلك أن يقرض شخص المدين ما يفى به فوائد دينه أو أجرة مسكنه أو يفى به ديوناً دورية متجددة أخرى ، فان دين القرض هذا – وإن كان سببه هذه الديون الدورية المتجددة – قد أصبح رأس مال مصدره عقد القرض ، فلا يتقادم بخمس سنوات وإنما يتقادم بخمس عشرة سنة . كذلك إذا دفع المستأجر الأجره للمؤجر ، وتبين بعد ذلك أنه دفع مبالغ غير مستحقة من هذه الأجرة ، فإنه يستردها . ويعتبر دين المؤجر الخاص برد هذه المبالغ غير

= بما تراكم من هذه الديون بعد انقضاء خمس سنوات من تاريخ استحقاقه ، لأفضى ذلك إلى تكليفه بما قد يجاوز السعة . وقد جعل للمدين ، تفريعاً على هذا التوجيه ، أن يتمسك بالتقادم بانقضاء تلك المدة ولو بعد إقراره بوجوب الدين فى ذمته» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٠٥) .

(1) اذا كان النص فى المادة ٣٧٥ من القانون المدنى على تقادم المهايا والأجور بخمس سنوات هو نص استثنائى على خلاف الأصل العام فى التقادم ، ولا يجوز القياس عليه ، وكان الواقع فى الدعوى أن الطالب طلب التعويض عن الاضرار التى أصابته نتيجة القرارات الإدارية المخالفة للقانون ، وكانت مسئولية الإدارة عن تلك القرارات مصدرها القانون ، فان مساءلة الإدارة عنها بطريق التعويض لا تسقط إلا بالتقادم العادى وهو ما لم ينقض بعد ، ويكون الدفع بتقادم الحق بخمس سنوات فى غير محله .

(جلسة ١٩٧٧/٢/٣ مجموعة احكام النقض السنة ٢٨ ص ١١)

(جلسة ٢٠٠٠/٢/٧ الطعن رقم ٥٩٧ لسنة ٦٩ ق)

(١) استئناف مختلط ٨ يونيه سنة ٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٧٨ – وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : «يرد التقادم الخمسى على الالتزامات الدورية المتجددة .. أما أقساط الديون المنجمة فيسقط كل منها بانقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ استحقاقه، لأنها ليست بالمتجددة وإن كانت دورية» (مجموع الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٠٥) .

المستحقة رأس مال لا ديناً دورياً متجدداً [1] ، فلا يتقادم بخمس سنوات ، وإنما يتقادم تقادم رد غير المستحق بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة [2] .

٦٠٣ - الريع المستحق فى ذمة الحائز سيئ النية والريع الواجب على ناظر الوقف أداؤه للمستحقين : تنص المادة ٩٧٩ مدنى على أن «يكون الحائز سيئ النية مسئولا من وقت أن يصبح سيئ النية عن جميع الثمار التى يقبضها والتى قصر فى قبضها ، غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفقه فى إنتاج هذه الثمار» .

ويخلص من هذا النص أن الحائز سيئ النية ملتزم برد ثمرات الشئ الذى حازه من يوم

---

(١) استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ٥-١٩ م ١٧ ص ٢٩٨ - ١٨ فبراير سنة ١٩٤٧م ٥٩ ص ٩٦ - سوهاج ١٨ فبراير سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ رقم ٤١٧ ص١٠٢٦ - وإذا دفع المستأجر عن المؤجر الأموال الأميرية ، فرجوعه عليه بها يتقادم تقادم الإثراء دون سبب بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة ، لا تقادم الأموال الأميرية بثلاث سنوات (نقض مدنى ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر٢ رقم ٦٧ ص ١٩٠ ، وقارب استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٠٩) . ولكن إذا استبقى المستأجر من الأجرة المستحقة عليه مبلغاً معيناً ليدفعه فى الأموال الأميرية المقررة على العين المؤجرة، لم يخرج المبلغ المستبقى عن طبيعته ، وهى أنه دين أجرة سبب الالتزام به عقد الإجارة ، وتخصيصه ليدفع فى الأموال الأميرية لا يعد تبديلا للالتزام ، وإذن فمدة السقوط المقررة له هى خمس سنوات (نقض مدنى ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ١٠ ص ٢٢) . كذلك إذا تجمد دين الأجرة بانتهاء مدة الإيجار، فإنه لا يفقد صفتى الدورية والتجدد . وقد قضت محكمة النقض بأن الدورية والتجدد هما صفتان لاحقتان بدين الأجرة ، وهما مفترضتان فيه ما بقى حافظاً لوضعه ، ولو تجمد بانتهاء مدة الإيجار وأصبح فى الواقع مبلغاً ثابتاً فى الذمة لا يدور ولا يتجدد (نقض مدنى ١٩ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٠٢ ص ٦٧٣) .

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٣٨ ص ٧٤٨ - ردوان فى أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ prescription civile فقرة ٣١٧ - وانظر ما قدمناه من أن الحقوق التى تتقادم بمدد خاصة تفسر تفسيراً ضيقاً ، وما خرج عنها يرجع إلى أصل القاعدة فيتقادم بخمس عشرة سنة (آنفاً فقرة ٥٩٧) .

وإذا أدمجت الفوائد فى رأس المال، أصبحت هى أيضاً رأس مال، وفقدت صفتى الدورية والتجدد، فلا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الثابت من وقائع الدعوى أن الكمبيالة المطالب بقيمتها حررت عن أجرة سنة وفوائد متجمدة صفيت، واستبدل بهما مبلغ واحد هو المبلغ الوارد بالكمبيالة ، فإن هذا المبلغ يكون قد زالت عنه صفة الدورية والتجدد ، فلا يسقط الحق فيه بخمس سنوات (نقض مدنى ٢٧ مايو سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر٤ رقم ٦٦ ص ١٧٩) . وانظر أيضاً فى هذا المعنى: استئناف مصر ١٢ يناير سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٣٣٩ ص ٨٣٠ - استئناف مختلط ٣ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٣٨ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٨٥ - ١٤ يناير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٦١ - أول أبريل سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١١٦ - ٢ يونيه سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٧٧ - ٥ يونيه سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٩١ - ٤ أبريل سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٩٩ .

أن أصبح سيئ النية ، ويعتبر سيئ النية حتما من يوم رفع الدعوى على الأقل[1] . فهذه الثمرات ، فيما بين الحائز والمالك ، لا تعتبر ديوناً دورية متجددة ، بل هى قد تحولت فى ذمة الحائز من ريع إلى رأس مال واجب الأداء للمالك . ومن ثم تتقادم هذه الثمار بخمس عشرة سنة لابخمس سنوات [1]، فإذا طالب المالك بها الحائز قبل انقضاء خمس عشرة

---

(١) انظر المادة ٣/١٨٥ مدنى .

(1) أ – التزم الحائز سيئ النية برد الثمرات ليس من الحقوق الدورية أو المتجددة التى تسقط بالتقادم الخمسى ومن ثم فلا يتقادم إلا بانقضاء خمس عشرة سنة طبقا للمادة ٣٧٥ من القانون المدنى التى قننت ما كان مقررا فى ظل القانون المدنى الملغى . فإذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر الطاعنة سيئة النية ووضع يدها على جزء «الأملاك العامة» بغير ترخيص ومسئولة بالتالى عن رد الثمرات – وأن التزامها فى هذا الصدد لا يتقادم إلا بخمس عشرة سنة ، فلا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون .

(الطعن رقم ٥٣١ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/٥/٢٤ س ١٣ ص ٧٩٦)

ب – تنص المادة ٢/٣٧٥ من القانون المدنى على أنه «لا يسقط الريع المستحق فى ذمة الحائز سيئ النية ولا الريع الواجب على ناظر الوقف أداؤه للمستحقين إلا بانقضاء خمس عشرة سنة» ، وأنه وإن لم يرد فى القانون المدنى القديم نص عن مدة تقادم الاستحقاق فى الوقت بالذات إلا أن حكمه فى ذلك لا يختلف عما سنه القانون المدنى الجديد فى هذا الخصوص ، لأن ناظر الوقف يعتبر – وعلى أى حال – وكيلا عن المستحقين فان قبض غلة الوقف كانت أمانة تحت يده لحسابهم فلا يسقط حقهم فى المطالبة بها إلا بانقضاء خمس عشرة سنة .

(الطعن رقم ١٤٠ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/١/١٦ س ١٥ ص ٩٢) .

جـ – إذ نص المشرع فى المادة ٢/٣٧٥ من التقنين المدنى القائم على أن الريع المستحق فى ذمة الحائز سيئ النية لا يسقط إلا بانقضاء خمس عشرة سنة فقد دل على أن حكم المادة ١٧٢ من القانون المدنى لا يسرى على التزام الحائز سيئ النية برد الثمار .

– متى انتهى الحكم إلى اعتبار الطاعنين سيئ النية فى وضع يدهم على جزء من الأملاك العامة فإن ذلك يقتضى اعتبارهم مسئولين عن جميع ثماره التى قبضوها والتى قصروا فى قبضها . ولا يسقط حق الحكومة فى المطالبة بها إلا بانقضاء خمس عشرة سنة طبقا لما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ٣٧٥ من التقنين المدنى القائم التى قننت ما كان مستقرا وجرى به قضاء محكمة النقض فى ظل التقنين الملغى من عدم إنطباق التقادم الخمسى فى هذه الحالة .

(الطعن ٢١٥ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/٤/٢٧ س ١٨ ص ٨٧٩)

د – اذا كانت المطالبة بمقابل الانتفاع بالعين ليس مردها عقد الايجار الأصلى أو عقد التأجير من الباطن طالما اعتبر كل منهما باطلا بطلانا مطلقا متعلقا بالنظام العام. والحق فى المطالبة بالريع لا يسقط إلا بالتقادم الطويل أى بمضى خمسة عشر عاما ، فإن ما ينعاه الطاعن عن سقوط الدينين تأسيسا على التقادم الخمسى ولا انطباق له على واقعة الدعوى يكون غير منتج ما دام لم يدع أحد بانقضاء المدة الطويلة .

(جلسة ١٩٧٨/٤/١٩ الطعن ٦-٦ لسنة ٤٣ ق السنة ٢٩ ص ١٠٣١)

سنة ، ولو بعد انقضاء خمس سنوات ، لم يجز للحائز أن يدفع هذه المطالبة بالتقادم [1]

كذلك الريع الواجب على ناظر الوقف أداؤه للمستحقين ، وهو مقدار استحقاقهم فى الوقف ، لا يعتبر ديناً دورياً متجدداً ، فلا يتقادم إلا بخمس عشرة سنة [1]. وقد تردد القضاء

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : «ويراعى أن التزام الحائز سيئ النية برد الثمرات لا يعتبر من قبيل الديون الدورية المتجددة ، ولذلك نص على أن هذا الالتزام لا يتقادم إلا بانقضاء خمس عشرة سنة ، ويسرى الحكم نفسه على الفوائد المتجمدة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٠٥) .

هذا وإذا كان الريع مستحقاً فى ذمة من تسلم غير المستحق لأنه سيئ النية (انظر م ١٨٥ مدنى) فإنه يلحق برأس المال الذى سلم دون حق ، ويتقادم هو ورأس المال بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة وفقاً لأحكام التقادم المقررة فى الالتزام برد غير المستحق (انظر م ١٨٧ مدنى) .

وقد كان القضاء ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، منقسما فى هذه المسألة. ولكن الكثرة الغالبة من الأحكام كانت تقضى بتقادم الريع المستحق فى ذمة الحائز سيئ النية بخمس عشرة سنة : نقض مدنى ١٧ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ٩٦ ص ٢٨٥ – استئناف وطنى ٢٧ مارس سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ٩٢ ص ١٨٧ – أول يناير سنة ١٩١٤ الحقوق ٣٠ ص ٣٢٤ – ١٦ يونيه سنة ١٩١٤ الشرائع ١ رقم ٤١٤ ص ٢٥٢ – ١٥ فبراير سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ١٩٨ ص ١٨٣ – ١٥ يونيه سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٣٣٥ ص ٣٠٨ – ٢٦ يناير سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ رقم ١١٣ ص ٣٧٠ – استئناف مصر ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٢٩ ص ٢٦٦ – ١٢ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٢٨ ص ٢٢٥ – ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٤٢ ص ٢٣٩ – ٢٨ مارس ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٤٠٢ ص ٦٣٧ – ٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٧٣ ص ٧٥٩ – ٤ أبريل سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٨٣ ص ١٩١ – استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٨٠ – ٢٠ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٥٧ – ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٤٣ – ١٨ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٦٢ – ٢٧ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥١٧ – ١٧ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٩٩ – ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٩٦ – ٥ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٩٢ – ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٣٣ – ١٦ يونيه سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٣٢٠ – ١٠ يناير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٦٦ .

ومع ذلك فقد كانت هناك أحكام تقضى بتقادم الريع المستحق فى ذمة الحائز سيئ النية بخمس سنوات : استئناف وطنى ١٩ مايو سنة ١٨٩٦ القضاء ٣ ص ٣٨٦ – ٦ يونية سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ٤٦٣ – ١٩ يناير سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ٢٧ – ٢٢ ديسمبر سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٥٠ ص ٩٣ – ١٢ فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٢٠٤ ص ٢٧٣ – ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٢٧٤ ص ٣٣٤ – ٦ مايو سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٦١٤ ص ٧٤٤ – استئناف مختلط ١٧ نوفمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ١٢ .

انظر فى هذه المسألة الموجز للمؤلف فقرة ٦٠٧ ص ٦٣٢ هامش رقم ١ .

(1) أ – من المقرر شرعا أن المستحق فى الوقف هو كل من شرط له الوقف نصيباً فى الغلة أو سهما أو مرتبا دائما أو مؤقتا وإذا كان الثابت من الحكم القاضى بإلزام المطعون عليها بأن تدفع لمورث الطاعنين =

فى هذه المسألة فى عهد التقنين المدنى السابق [1]، ثم قضت محكمة استئناف مصر فى دوائرها المجتمعة بأن غلة الوقف تظل ملكاً للمستحق ولا يتقادم حقه ، فاذا اختلطت بمال الناظر واستهلكها الناظر بتعديه أو بتقصيره أصبحت رأس مال واجباً فى ذمته للمستحق، ومن ثم تتقادم بخمس عشرة سنة لا بخمس سنوات [2].

وقد أراد التقنين المدنى الجديد بالنص صراحة فى الفقرة الثانية من المادة ٣٧٥ مدنى على تقادم الريع المستحق فى ذمة الحائز سيئ النية والريع الواجب على ناظر الوقف أداؤه للمستحقين بخمس عشرة سنة لا بخمس سنوات على ما رأينا [3]، أن يحسم فى هاتين

= معاشا شهرياً مدى حياته من وقت تركه الخدمة فى الوقف ، أن المورث يستحق المعاش الذى يطلبه عملا بصريح شرط الواقف بكتاب وقفه ، فان المعاش المحكوم به للمورث المذكور – وإن كان فى صورة مرتب شهرى معين المقدار يعتبر استحقاق فى الوقف فلا يتقادم الحق فيه – إلا بانقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ الاستحقاق .

(الطعن رقم ١٤٠ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/١/١٦ س ١٥ ص ٩٢)

ب – مفاد النص المادة ٣٧٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أن الدعاوى التى يمنع من سماعها مضى ثلاث وثلاثين سنة هى – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – الدعاوى المتعلقة بعين الوقف ولا تدخل فى نطاقها الدعاوى التى يرفعها المستحقون على الوقف بثبوت استحقاقهم فيه ، إذ هى من قبيل دعوى المطلق التى يمنع من سماعها مضى خمس عشرة سنة .

(نقض جلسة ٧٦/٤/١٤ س ٢٧ ص ٩٥٤)

(١) فقضت محكمة الاستئناف الوطنية فى بعض أحكامها بأن نص المادة ٢١١ مدنى (قديم) يقضى بصفة عامة بسقوط الحق فى المطالبة بكل ما هو مستحق دفعه سنوياً بمضى خمس سنوات هلالية ، ولم يفرق بين الوقف وغير الوقف ، فإذا حكم لمستحق فى الوقف باستحقاقه لحصة من الريع، فلا يكون له حق الرجوع على الناظر إلا بريع السنوات الخمس السابقة لرفع الدعوى فقط (١٦ مايو سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ١١٢ ص ٢٤٤ – ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ١٦٦ ص ٤٩٤ – ٢٧ مارس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٣٠ ص ٣٠٤). وقضت فى أحكام أخرى بأن ناظر الوقف هو وكيل المستحقين ، فإن قبض غلة الوقف اعتبرت أمانة تحت يده لحسابهم ، وعلى ذلك فلا يسقط حقهم فى المطالبة بها إلا بعد مضى خمس عشرة سنة (١٦ أبريل سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٣ ص ٢٢٩ – ٢٤ فبراير سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٨ رقم ٨٩ ص ١٩٢ – ٢٧ يناير سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ٩ رقم ١١٢ ص ٢٦٣ – ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ج ٣٢ رقم ٩٥ ص ٢١١) .

انظر فى هذه المسألة الموجز للمؤلف فقرة ٦٠٧ ص ٦٣٢ – ص ٦٣٣ – الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٨٣٩ .

(٢) استئناف مصر (دوائر مجتمعة) ٣ مايو سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ ص ٢٧٤ – المحاماة ١١ ص ٣٩ .

(٣) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : «أما ما يثبت للمستحق فى الوقف من ديون فى ذمة الناظر ، فقد حسم المشروع ما أثير من الخلاف فى القضاء بشأن تقادمه ، =

المسألتين خلافاً قد نشب فى عهد التقنين المدنى السابق وتمثل فى أحكام متضاربة أصدرها القضاء فى ذلك العهد [1].

٦٠٤ – (٢) حقوق الاطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء وأمناء التفليسة والسماسرة والاساتذة والمعلمين – النصوص القانونية : تنص المادة ٣٧٦ من التقنين المدنى على ما يأتى :

«تتقادم بخمس سنوات حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء وأمناء التفليسة والسماسرة والأساتذة والمعلمين ، على أن تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاء عما أدوه من عمل من أعمال مهنتهم وما تكبدوه من مصروفات [2].

= واختار ما قضت به محكمة الاستئناف الأهلية بدوائرها المجتمعة – ٣ مايو سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ ص ٢٧٤ رقم ١٠٦ – وقد بنت هذه المحكمة قضاءها على أن غلة الوقف تظل ملكاً للمستحق ، ولا يتقادم حقه فيها ما بقيت مفرزة فى يد الناظر غير مختلطة بماله ، لأن هذه اليد يد أمانة لا تملك . ولكن إذا كان الناظر قد استهلك هذه الغلة بتعديه أو بتقصيره ، أصبح مسئولا عن فعله المستحق، وكان لهذا أن يطالبه بحقه باعتباره ديناً لا يتقادم إلا بانقضاء خمس عشرة سنة . وقد تقدم أن المشروع أجاز تقادم الديون المترتبة على الفعل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات فى بعض الصور ، وبانقضاء خمس عشرة سنة فى صور أخرى . بيد أنه رؤى استبعاد التقادم الثلاثى فى هذه الحالة ، حتى لا يتقادم دين المستحق فى الوقف بمدة أقل من مدد تقادم الديون الدورية المتجددة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٠٥ – ٣٠٦).

(١) انظر ما جاء فى تقرير لجنة مجلس الشيوخ ، وقد سبق ذكره عند إيراد تاريخ نص المادة ٣٧٥ (انظر آنفاً فقرة ٥٩٩ فى الهامش) .

(٢) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١/٥١٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «١ – تتقادم بسنة واحدة الحقوق الآتية : (١) حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء ووكلاء التفليسة والسماسرة والأساتذة والمعلمين ، وبوجه عام حق كل من يزاول مهنة حرة ، على أن تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاء عما أدوه من مل وما تكبدوه من مصروفات» . وفى لجنة المراجعة أفرد هذا النص بمادة مستقلة هى المادة ٣٨٩ من المشروع النهائى ، ورفعت مدة التقادم إلى خمس سنوات بدلا من سنة واحدة . ووافق عليها مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة «وبوجه عام حق كل من يزاول مهنة حرة» ، وجاء فى تقرير اللجنة فى خصوص هذا الحذف ما يأتى : حذفت من هذه المادة عبارة «وبوجه عام حق كل من يزاول مهنة حرة» ، وبهذا أصبح النص قاصراً على من ذكروا فيه . وقد رأت اللجنة أن فى العبارة المحذوفة توسعاً يجعل الحكم غير منضبط ، ويحسن فى مدد التقادم الخاصة أن تعين الحقوق التى تتقادم بانقضاء هذه المدد تعيينا نافياً للشبهة . وأضافت اللجنة بعد كلمة «عمل» عبارة «من أعمال مهنتهم» ، زيادة فى البيان المقصود . وأصبحت المادة رقمها ٣٧٦ ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣١٠ – ص ٣١٣).

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٢٧٣/٢٠٩[١]

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٧٣ – وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٦٣ – وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٤٣١ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٣٥١ – ٣٥٢ [٢].

---

(١) التقنين المدنى السابق م ٢٧٣/٢٠٩ : المبالغ المستحقة للأطباء وللأفوكاتية وللمهندسين أجرة سعيهم ، وللباعة أثمان المبيعات لغير التجار مطلقاً ولهم فيما عدا ما يتعلق بتجارتهم، ولمؤدبى الأطفال والمعلمين على تلاميذهم ، وللخدمة ماهية لهم ، تزول بمضى ثلثمائة وستين يوما ، ولو استحقت ديون جديدة من قبيل ما ذكر فى ظرف الثلثمائة والستين يوما المذكورة . (وهذه الأحكام تختلف عن أحكام التقنين الجديد فيما يأتى : (١) اقتصر التقنين على ذكر الأطباء والمحامين والمهندسين ومؤدبى الأطفال والمعلمين من أصحاب المهن الحرة . أما التقنين الجديد فقد زاد على هؤلاء الصيادلة والخبراء ووكلاء التفليسة والسماسرة والأساتذة . (٢) جعل التقنين السابق مدة التقادم ثلثمائة وستين يوماً . أما التقنين الجديد فجعلها خمس سنوات . وسنرى كيف يسرى بالنسبة إلى الزمان أحكام التقنين الجديد فيما خالف أحكام التقنين السابق عند شرح النص) .

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى** :

التقنين المدنى السورى م ٣٧٣ (مطابقة للمادة ٣٧٦ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٣٦٣ (مطابقة للمادة ٣٧٦ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٤٣١ : ١ – لا تسمع الدعوى على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعى سنة واحدة فى الحقوق الآتية : (١) حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والأساتذة والمعلمين والمهندسين والخبراء ووكلاء التفليسة والسماسرة ، وبوجه عام كل من يزاول مهنة حرة ، على أن تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاء عما أدوه من عمل وما تكبدوه من مصروفات .

٢ – ولا تسمع الدعوى فى هذه الحقوق حتى لو بقى الدائنون مستمرين فيما يقومون به من خدمات أو أعمال أو أشغال أو توريدات .

٣ – ويجب على من يتمسك بعدم سماع الدعوى بمرور سنة واحدة أن يحلف يميناً توجهها المحكمة من تلقاء نفسها على أن ذمته غير مشغولة بالدين . وتوجه اليمين إلى ورثة المدينين أو أوليائهم ، إن كانوا محجورين ، بأنهم لا يعلمون بوجود الدين .

٤ – لكن إذا حرر سند بحق من هذه الحقوق ، فلا يتقادم الحق إلا بانقضاء خمس عشرة سنة. (وأحكام التقنين العراقى تتفق مع أحكام التقنين المصرى، إلا فيما يأتى : (١) عدم جواز سماع الدعوى فى التقنين العراقى بدلا من سقوط الحق . (٢) مدة التقادم فى التقنين العراقى سنة واحدة كما كان الأمر فى المشروع التمهيدى للتقنين المصرى، وذلك بدلا من خمس سنوات فى التقنين المصرى (٣) عمم التقنين العراقى النص فجعله يشمل كل من يزاول مهنة حرة ، كما كان الأمر فى المشروع التمهيدى للتقنين المصرى . (٤) أوجب التقنين العراقى على المدين أن يحلف يميناً على أن ذمته غير مشغولة بالدين ، كما كان الأمر فى المشروع التمهيدى للتقنين المصرى . أما أن التقادم يسرى حتى لو بقى الدائن مستمراً فيما يقوم به، أما أن تحرير سند بالدين يجعل مدة التقادم خمس عشرة =

٦٠٥ - الديون المستحقة لطائفة من أصحاب المهن الحرة تتقادم بخمس سنوات : ونرى مما تقدم أن هناك طائفة من أصحاب المهن الحرة - هم البارزون فى أصحاب هذه المهن - رأى المشرع أن تتقادم الحقوق المستحقة لهم بسبب مهنهم بمدة أقصر من خمس عشرة سنة ، فجعل مدة التقادم فيها خمس سنوات فقط ، وذلك لسببين : (أولا) أن العادة قد جرت بأن هؤلاء الدائنين يتقاضون حقوقهم عقب انتهاء خدماتهم ، ولا يسكتون طويلا عن المطالبة بأجورهم لأنها مصدر معاشهم . فاذا مضى على استحقاقهم هذه الحقوق خمس سنوات ولم يطالبوا بها ، فالغالب أن ذلك يرجع إلى أنهم استوفوا هذه الحقوق ، وقل أن يحتفظ المدينون بمخالصات عن ديون مضى على استحقاق أكثر من خمس سنوات . (ثانياً) وحتى لو ثبت أن هؤلاء الدائنين لم يستوفوا حقوقهم التى مضى على استحقاقها أكثر من

= سنة، فالحكم فيهما واحد فى التقنينين العراقى والمصرى : انظر فى التقنين المصرى المادة ٣٧٩ وسيأتى ذكرها - وأنظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٣٨٦ - ومقالا فى التقادم المسقط فى القانون المدنى العراقى للأستاذ ضياء شيت خطاب فى مجلة القضاء ببغداد السنة الخامسة عشرة ص ٥٣ - ص ٥٥ .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٣٥١ : يسقط بحكم مرور الزمن بعد سنتين : ... ٣) حق دعوى المعلمين والأساتذة وأرباب معاهد التعليم الداخلية العامة والخاصة فيما يتعلق بالمرتبات المستحقة لهم من قبل تلاميذهم وباللوازم التى قدمت لهؤلاء التلاميذ ، وتبتدئ مدة مرور الزمن منذ حلول الأجل المعين لاستحقاق المرتبات ...

م ٣٥٢ : يسقط أيضا بمرور الزمن بعد سنتين : (١) حق دعوى الأطباء والجراحين والمولدين وأطباء الأسنان والأطباء البيطريين من أجل عياداتهم والعمليات التى أجروها واللوازم والمسلفات التى قدموها ، وتبتدي مدة مرور الزمن من تاريخ العيادة أو العملية الأخيرة . (٢) حق دعوى الصيدليين من أجل الأدوية التى قدموها ، وتبتدئ مدة مرور الزمن من تاريخ تقديمها . (٣) حق دعوى المحامين ووكلاء الدعاوى من أجل أجورهم وسلفاتهم . وتبتدئ المدة المشار إليها منذ صدور الحكم النهائى أو من تاريخ عزلهم عن الوكالة . (٤) حق دعوى مهندس البناء والمساحة وسائر المهندسين والخبراء من أجل الخطط التى يرسمونها أو الأعمال التى يجرونها أو المسلفات التى يقدمونها ، وتبتدئ المدة من تاريخ تسليم الخطط أو إتمام الأعمال أو أداء المسلفات . (٥) حق دعوى الوسطاء فيما يختص بأداء بدل السمسرة ، وتبتدئ المدة من تاريخ انعقاد الاتفاق .

م ٣٥٣ : فى الأحوال المعينة فى المادتين ٣٥١ و ٣٥٢ يجرى حكم مرور الزمن ولو تواصل تقديم اللوازم أو التسليم أو الخدمة أو العمل .

(وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى، إلا فيما يأتى : (١) التقادم فى التقنين اللبنانى سنتان بدلا من خمس سنوات فى التقنين المصرى . (٢) لم يذكر فى التقنين اللبنانى ، كما ذكر فى التقنين المصرى : وكلاء التفليسة . (٣) أفاض التقنين اللبنانى فى بعض التفصيلات التى أغفلها التقنين المصرى مقتصراً فيها على تطبيق القواعد العامة) .

خمس سنوات ، فمن الإرهاق لمدينيهم أن يجبروا على دفع ديون مضت عليها هذه المدة وأهمل أصحابها فى المطالبة بها . ويترتب على ذلك أنه يكفى أن يتمسك المدين بالتقادم حتى ينقضى الدين ، ولا يصح أن توجه إليه يمين أن ذمته لم تعد مشغولة بالدين كما يصح ذلك فى الديون التى تتقادم بسنة واحدة على ما سنرى .

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشتمل على عبارة عامة تتناول جميع من يزاول المهن الحرة ، ولكن هذه العبارة حذفت فى لجنة مجلس الشيوخ ، لأن فيها «توسعاً يجعل الحكم غير منضبط ، ويحسن فى مدد التقادم الخاصة أن تعين الحقوق التى تتقادم بانقضاء هذه المدة تعييناً نافياً للشبهة» (١) . ومن ثم أصبح النص مقصوراً على من يأتى من بين أصحاب المهن الحرة (٢) .

١ – **الأطباء** : ويشمل هذا اللفظ كل طبيب ، سواء كان متخصصاً أو غير متخصص، ويدخل الجراحون والمولدون وأطباء الأسنان والبياطرة (٣) . ولكن لا يدخل من ليس بطبيب وإن كان يباشر العلاج أو يساعد فيه ، فلا يدخل الأطباء النفسانيون ولا الممرضون (التمرجية) ولا المولدات غير الطبيبات ولا المدربون على الألعاب الرياضية لأغراض صحية . والديون المستحقة للأطباء التى تتقادم بخمس سنوات هى الأجور التى يستحقونها على علاج مرضاهم ، وما عسى أن يكونوا قد تكبدوه من مصروفات أثناء العلاج كمصروفات الانتقال والتحليلات وإقامة المريض ليكون تحت ملاحظة الطبيب . وإذا اقتضى العلاج فى المرض الواحد زيارات عدة ، يحسب الأجر عن مجموع هذه الزيارات كأنه دين واحد، ولا يبدأ سريان التقادم إلا عند انتهاء آخر زيارة ، حتى لو طال المرض (٤) ، وهذا ما لم يكن العلاج

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣١٣ – وانظر تاريخ نص المادة ٣٧٦ مدنى أنفاً فقرة ٦٠٤ فى الهامش .

(٢) أما غيرهم فيرجع فيه إلى الأصل وتكون مدة التقادم خمس عشرة سنة . ومن ثم فحق المؤلف قبل الناشر لا يتقادم إلا بخمس عشرة سنة (الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٣٠٥ ص ٣٨٢) . وحق المحاسب فى أتعاب عمله ، وحق صاحب الجريدة فى ثمن الإعلان فى جريدته ، وحق المصور والفنان بوجه عام فى الآجر على عمل معين من أعمال الفن ، كل هذه حقوق تتقادم بخمس عشرة سنة .

(٣) انظر المادة ٣٥٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى (آنفا فقرة ٦٠٤ فى الهامش) .

(٤) وقد قضت محكمة أسيوط بأن مبدأ التقادم لا يسرى بالنسبة إلى أتعاب الطبيب ، حتى فى حالة الأمراض المزمنة ، إلا من تاريخ شفاء المريض أو وفاته أو انقطاع علاجه لسبب آخر (٣١ يناير سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٤ رقم ٣٢٥ ص ٦٣٤) .

على فترات منفصلة فيحسب أجر عن زيارات كل فترة من هذه الفترات[1] . فاذا استحق دين لطبيب على هذا النحو ، ولم يطالب به مدة تزيد على خمس سنوات ، فان الدين ينقضى بالتقادم ، حتى لو كان الطبيب مستمراً فى علاج نفس المريض ولكن فى مرض آخر غير المرض الذى استحق من أجله الدين المتقادم (انظر م ١/٣٧٩ مدنى وسيأتى ذكرها) . وإذا حرر المدين للطبيب سنداً مكتوباً بالدين ، انقطعت مدة التقادم بهذا السند المكتوب [2] ، وبدأت مدة تقادم جديدة مقدارها خمس عشرة سنة من وقت استحقاق الدين المدون فى السند (انظر ٢/٣٧٩ وسيأتى ذكرها) .

٢ – **الصيادلة** : وأغلب ما تكون حقوقهم التى تتقادم بخمس سنوات هى أثمان الأدوية والعقاقير التى يبيعونها لعملائهم ، وكل صفقة تعتبر قائمة بذاتها ، والدين الناشئ عنها يكون مستحق الأداء ويسرى عليه التقادم الخمسى منذ تمام الصفقة ، حتى لو استمر الصيدلى بعد ذلك يقدم أدوية أخرى (م ١/٣٧٩ مدنى) . وقد يقوم الصيدلى بخدمات ويتكبد مصروفات ، فهذه وتلك تعتبر ديوناً يسرى عليها التقادم الخمسى منذ استحقاقها. فإذا لم يطالب الصيدلى العميل بما يستحقه من دين فى ذمته على النحو المتقدم الذكر، وانقضى على استحقاق الدين أكثر من خمس سنوات ، فإنه ينقضى بالتقادم . وإذا حرر العميل للصيدلى سنداً بالدين ، فان التقادم ينقطع ، ويحل محله تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة (م ٢/٣٧٩ مدنى) .

٣ – **المحامون** : وهؤلاء يستحقون أتعابهم عند موكليهم ، سواء ما اتفق عليه بينهم أو ما قدر بمعرفة المحكمة [3] ، فتتقادم هذه الأتعاب بخمس سنوات من وقت استحقاقها .

---

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٥٦ ص ٧٧٠ – ص ٧٧١ – وإذا عالج الطبيب مريضين فى أسرة واحدة وفى وقت واحد ، ترتب له دينان مستقلان أحدهما عن الآخر، قد يختلف مبدأ سريان التقادم فى كل منهما ، وقد يتقادم أحدهما دون الآخر . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : «فإذا قام طبيب بعلاج مريضين فى أسرة واحدة على التوالى ، ترتب له دينان قائمان بذاتهما . ولكن تكرار العيادة لأحد المريضين يعتبر كلا لا يتجزأ ، ولا يصبح الدين الواجب بسببه مستحق الأداء إلا بعد انتهاء هذه العيادة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣١٨ – ص ٣١٩) .

(٢) وإذا حرر المدين السند بعد انتهاء مدة التقادم ، أمكن تفسير ذلك على أنه نزول منه عن مدة التقادم بعد أن تمت ، وبدأت مدة تقادم جديدة مقدارها خمس عشرة سنة . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن كتابة المدين للسند يقطع التقادم إذا كان لا يزال سارياً ، ويعتبر أنه تنازل عنه إذا كان قد تم ، وفى الحالتين تكون المدة الجديدة التى تسرى هى خمس عشرة سنة (١١ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٨٤) .

(٣) أما ما تقدره المحكمة كأتعاب محاماة للخصم الذى كسب الدعوى ، وهو تعويض له عن المصروفات التى تكبدها فى تعيين محام عنه ، فلا تسقط إلا بخمس عشرة سنة (دمنهور ٧ أكتوبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ ص ٣٦ – الموجز للمؤلف فقرة ٦٠٩ ص ٦٣٨ هامش رقم ٢) .

وتستحق الأتعاب بالنسبة إلى المعجل منها من وقت الاتفاق ، وبالنسبة إلى المؤجل من وقت صدور الحكم، أو من وقت انقضاء الوكالة ولو بعزل الوكيل [1] . وقد يستحق للمحامى فى ذمة موكله مصروفات ورسوم قضائية يدفعها عنه ويرجع عليه بها ، فهذه أيضاً ديون تتقادم بخمس سنوات من وقت انقضاء التوكيل . فذا لم يطالب المحامى موكله بهذه الديون ، وانقضى على استحقاقها خمس سنوات ، فإنها تسقط بالتقادم ، حتى لو استمر المحامى يباشر قضايا أخرى لموكله غير القضية التى نشأ بسببها الديون المتقادمة (١/٣٧٩ مدنى) [1]. أما إذا حرر الموكل للمحامى سنداً بهذه الديون ، فان التقادم ينقطع ، ويبدأ تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة (م ٢/٣٧٩ مدنى) .

---

(١) انظر المادة ٣٥٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى (آنفا فقرة ٦٠٤ فى الهامش) – وقد قضت محكمة الإسكندرية الوطنية بأن سريان التقادم لا يبدأ إلا من وقت انقضاء التوكيل ، وقالت فى أسباب حكمها أن المحامى وكيل ، والتقادم فى الوكالة لا يبدأ إلا من تاريخ انقضاء التوكيل ، فإذا وكل محام لمباشرة نزاع معين وجب اعتبار كل ما يتعلق بهذا النزاع من إجراءات وما يرتبط به من قضايا متعددة كلا لا يقبل التجزئة ، وحساب مدة التقادم ابتداء من انقضاء التوكيل بالنسبة إلى هذا النزاع المعين ، أى بإتمام العمل أو العزل أو الاستقالة أو الوفاة (١٨ يونيه سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ ص ٩٥ – وانظر الموجز للمؤلف فقرة ٦٠٩ ص ٦٣٨ هامش رقم ٢) .

وقد قضت المادة ٥٠ من قانون المحاماة رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٤ بأن حق المحامى فى مطالبة موكله ، عند عدم وجود سند بالأتعاب ، يتقادم بمضى خمس سنوات ميلادية.

(1) أ – حدد المشرع فى المادة ٣٧٦ من القانون المدنى تقادم حقوق أصحاب المهن الحرة ومنهم المحامون بخمس سنوات ، ثم نص ف بالمادة ٣٧٩ على أن يبدأ سريان التقادم فى الحقوق المشار إليها فى الوقت الذى يتم فيه الدائنون تقدماتهم ولو استمروا يؤدون تقدمات أخرى ، وعلة ذلك – وعلى ما جاء بالأعمال التحضيرية – أن الديون التى يرد عليها التقادم المذكور تترتب فى الغالب على عقود تقتضى نشاطاً مستمراً أو متجدداً ، يجعل كل دين منها قائماً بذاته رغم استمرار نشاط الدائن وتجدده ، فيسقط بانقضاء مدة التقادم متى اكتملت ذاتيته ، وأصبح مستحق الآداء ، وذلك ما لم يثبت قيام ارتباط بينها يجعلها كلاً غير قابل للتجزئة .

(الطعن رقم ٣٨٧ لسنة ٤٤ ق – جلسة ١٩٨٤/٣/٢٨)

(نقض جلسة ٧٣/٦/٢٨ س ٢٤ ص ٩٨٨)

ب – النص فى المادة ٥١ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ على أن يسقط حق المحامى فى مطالبة وكيله بالاتعاب عند عدم وجود سند بها بمضى خمس سنوات ميلادية من تاريخ أنتهاء التوكيل ليس إلا تطبيقا للقواعد العامة فى التقادم المسقط، والمنصوص عليها فى المواد ٣٧٦ ، ٣٧٩ ، ٣٨١ من التقنين المدنى وعلى ذلك فان مدة التقادم المنصوص عليها فى هذه المادة تسرى من الوقت الذى يتم فيه المحامى العمل المنوط به بمقتضى التوكيل الصادر اليه على تقدير أن حقه فى الاتعاب يصبح مستحق الأداء من هذا الوقت.

(الطعن ١٧١ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٥/٤/٢ . س ٢٦ ص ٧٤٤)

٤ – **المهندسون** : ويستحقون أجورهم عند عملائهم من أجل التصميمات التى يقومون بها ومن أجل الإشراف على تنفيذ التصميمات ، وقد يتكبدون مصروفات ويدفعون لحساب العميل مبالغ لتنفيذ الأعمال المعهود بها إليهم . فكل هذه ديون فى ذمة العميل تتقادم بخمس سنوات من وقت استحقاقها ، حتى لو بقى المهندس قائماً بأعمال أخرى للعمل (م ١/٣٧٩ مدنى) . فإذا حرر العميل للمهندس سنداً بالدين ، انقطع التقادم ، وبدأ تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة (م ٢/٣٧٩ مدنى) .

٥ – **الخبراء وأمناء التفليسة والسماسرة** : والخبير يستحق عند العميل أتعاب خبرته، وقد يتكبد مصروفات لحساب العميل أثناء القيام بأعمال الخبرة . وأمين التفليسة (السنديك) يستحق أتعابه من مال التفليسة ، وقد يتكبد هو أيضاً مصروفات لحسابها . والسمسار يستحق عند العميل السمسرة المتفق عليها أو المقضى بها ، وقد يتكبد مصروفات لحساب العميل . فكل هذه ديون تتقادم بخمس سنوات من وقت استحقاقها [1]، ولو بقى الخبير أو وأمين التفليسة أو السمسار يقوم بأعمال أخرى غير التى استحق من أجلها الأجر المتقادم (م ١/٣٧٩ مدنى) . فإذا حرر المدين سنداً بالدين ، انقطع التقادم ، وبدأ تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة (م ٢/٣٧٩ مدنى) .

٦ – **الأساتذة والمعلمون** : وهؤلاء قد يستحقون أجراً على التدريس للطلبة أو للتلاميذ، كالأجور الدراسية فى المدارس الحرة وأجور الدروس الخاصة . ويدخل أيضاً ضمن الديون التى يستحقونها ثمن الأدوات والكتب التى يعطونها للطلبة أو التلاميذ ، وثمن الأغذية التى تقدم لهؤلاء ، وما إلى ذلك . فهذه كلها ديون تتقادم بخمس سنوات من وقت استحقاقها، ولو بقى الأستاذ أو المعلم مستمراً فى القيام بخدمات أخرى غير التى استحق من أجلها الأجر المتقادم (م ١/٣٧٩ مدنى) . فإذا ما حرر المدين سنداً بالدين ، انقطع التقادم ، وبدأ تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة (م ٢/٣٧٩ مدنى) .

٦٠٦ – سريان التقنين المدنى الجديد : ويلاحظ أن التقنين المدنى الجديد قد استحدث تعديلات فى التقنين المدنى السابق فى خصوص هذه المسائل تتلخص فيما يأتى :

١ – زاد التقنين المدنى الجديد فى أصحاب المهن الحرة الصيادلة والخبراء وأمناء التفليسة والسماسرة والأساتذة فهؤلاء كانت ديونهم ، فى عهد التقنين المدنى السابق، تتقادم بخمس عشرة سنة ، فأصبحت الآن تتقادم بخمس سنوات ، أى بمدة أقصر . وتنص المادة ٨

---

(١) وكان التقنين المدنى القديم لا يذكر الخبراء ولا وكلاء التفليسة ولا السماسرة ، فكانت أتعابهم لا تسقط إلا بخمس عشرة سنة (الأزبكية ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة رقم ١٦١ ص ٣٤٥) .

من التقنين المدنى الجديد على أنه «١ – إذا قرر النص الجديد مدة للتقادم أقصر مما قرره النص القديم ، سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد، ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك . ٢ – أما إذا كان الباقى من المدة التى نص عليها القانون القديم أقصر من المدة التى قررها النص الجديد ، فان التقادم يتم بانقضاء هذا الباقى» . ويخلص من ذلك أن ديون الصيادلة والخبراء وأمناء التفليسة والسماسرة والأساتذة إذا كانت قد تقادمت فى فى عهد التقنين المدنى السابق بانقضاء خمس عشر سنة ، فقد انقضت . أما إذا كان التقادم قد بدأ يسرى فى حقها ولم يتم قبل العمل بالتقنين المدنى الجديد ، فاذا كان الباقى من الخمس العشرة سنة خمس سنوات أو أكثر ، سرى التقادم الخمسى من وقت العمل بالتقنين الجديد . أما أن كان الباقى من مدة التقادم القديم أقل من خمس سنوات ، فان هذا الباقى هو الذى تتقادم به هذه الديون .

٢ – جعل التقنين المدنى الجديد ، فيما يتعلق بديون الأطباء والمحامين والمهندسين والمعلمين ، مدة التقادم خمس سنوات ، بعد أن كانت فى التقنين المدنى السابق ثلثمائة وستين يوما توجه بعد انقضائها اليمين إلى المدين . فمدة التقادم هنا أطول مما كانت ، ولم يعد القانون يسمح بتوجيه اليمين إلى المدين . فاذا كان دين من هذه الديون قد انقضت بالنسبة إليه مدة التقادم القديمة – ثلثمائة وستون يوماً – قبل نفاذ التقنين المدنى الجديد، فقد انقضى الدين بالتقادم ، ولم يبق إلا توجيه اليمين للمدين عملا بأحكام التقنين المدنى السابق . أما إذا كانت هذه المدة القديمة لم تنقض قبل نفاذ التقنين المدنى الجديد ، فبنفاذ هذا التقنين تطول مدة التقادم إلى خمس سوات تبدأ من وقت أن سرت فى عهد التقنين المدنى السابق . فإذا كان قد مضى على استحقاق الدين نصف سنة مثلا وقت نفاذ التقنين المدنى الجديد ، فان مدة التقادم تطول أربع سنوات ونصفاً أخرى غير نصف السنة التى انقضت. ومتى يتم التقادم على هذا النحو ينقضى الدين ، ولا يجوز عندئذ توجه اليمين للمدين وفقاً لأحكام التقنين المدنى الجديد .

٦٠٧ – (٣) حقوق التجار والصناع والعمال والخدم والاجراء – النصوص القانونية: وقد قدمنا هذه الحقوق على ما قبلها من الحقوق المذكورة فى المادة ٣٧٧ مدنى (الضرائب والرسوم المستحقة للدولة) حتى تعقب حقوق أصحاب المهن الحرة ، فقد كانت هذه الحقوق جميعاً تتقادم بمدة سنة واحدة فى المشروع التمهيدى ، وفصل ما بينها التقنين المدنى الجديد فى صورته الأخيرة . وبقيت أحكام مشتركة ما بين هذين النوعين من الحقوق هى المذكورة فى المادة ٣٧٩ مدنى ، فنورد هنا نص المادتين ٢٧٨ و ٣٧٩ :

تنص المادة ٣٧٨ من التقنين المدنى على ما يأتى :

«١ – تتقادم بسنة واحدة الحقوق الآتية :»

« (أ) حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها لأشخاص لا يتجرون في هذه الأشياء، وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة وثمن الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم» .

« (ب) حقوق العمال والخدم والأجراء من أجور يومية وغير يومية ، ومن ثمن ما قاموا به من توريدات» .

«٢ – ويجب على من يتمسك بأن الحق قد تقادم بسنة أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلا ، وهذه اليمين يوجهها القاضي من تلقاء نفسه ، وتوجه إلى ورثة المدين ، أو أوصيائهم إن كانوا قصراً ، بأنهم لا يعلمون بوجود الدين أو يعلمون بحصول الوفاء» .

وتنص المادة ٣٧٩ على ما يأتي :

«١ – يبدأ سريان التقادم ، في الحقوق المذكورة في المادتين ٣٧٦ و ٣٧٨ ، من الوقت الذي يتم فيه الدائنون تقدماتهم ، ولو استمروا يؤدون تقدمات أخرى» .

«٢ – وإذا حرر سند بحق من هذه الحقوق ، فلا يتقادم الحق الا بانقضاء خمس عشرة سنة» (١) .

---

(١) **تاريخ النص** :

م **٣٧٨** : ورد هذا النص في المادة ١/٥١٥ والمادة ٥١٦ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، مع اشتمال النص على مادتين منفصلتين إحداهما عن الأخرى، ومع خلاف في نص الفقرة الثانية من المادة ٥١٦ من المشروع التمهيدي وكانت تجرى على الوجه الآتي : «وتوجه اليمين إلى من بقي حياً من الزوجين ، وإلى ورثة المدين وأوصيائهم إن كانوا قصراً ، بأنهم لا يعلمون بوجود الدين» . وفي لجنة المراجعة أدمجت المادتان في مادة واحدة للارتباط ما بين الأحكام، وحذفت عبارة «إلى من بقي حياً من الزوجين» لأنه داخل في عداد الورثة ، وأصبحت المادة رقمها ٣٩١ من المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ أضيفت عبارة «أو يعلمون بحصول الوفاء» في نهاية الفقرة الثانية ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته تحت رقم ٣٧٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣١٧ – ص ٣٢٠) .

م **٣٧٩** : ورد هذا النص في المادة ٢/٥١٥ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : «وتتقادم هذه الحقوق ، حتى لو بقي الدائنون مستمرين فيما يقومون به من خدمات أو أعمال أو أشغال أو توريدات» . وفي لجنة المراجعة عدل النص وأضيف إليه فقرة ثانية ، فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، وأصبحت المادة رقمها ٣٩٢ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٧٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢١ – ص ٣٢٢) .

ويقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المواد ٢٧٣/٢٠٩ و ٢٧٦/٢١٢ و ٢٧٧/٢١٣ (١) .

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادتين ٣٧٥ – ٣٧٦ – وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٣٦٥ – ٣٦٦ – وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٤٣١ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادتين ٣٥١ و ٣٥٣ (٢) .

---

(١) **التقنين المدنى السابق** م ٢٧٣/٢٠٩ : المبالغ المستحقة ... للباعة أثمان المبيعات لغير التجار مطلقاً ولهم فيما عدا ما يتعلق بتجارتهم ... وللخدم ماهياتهم ، تزول بمضى ثلثمائة وستين يوماً ، ولو استحقت ديون جديدة من قبيل ما ذكر فى ظرف الثلثمائة والستين يوماً المذكورة .

م ٢٧٦/١٢١ : فى حالة ما إذا كانت المدة المقررة لسقوط الحقوق ثلثمائة وستين يوماً فأقل، لا تبرأ ذمة من يدعى التخلص بمضى المدة إلا بعد حلفه اليمين على أنه أدى حقيقة ما كان فى ذمته ...

م ٢٧٧/٢١٣ : وأما الأرامل والورثة والأوصياء فيتخلصون بحلفهم أنهم لا يعلمون أن المدعى به مستحق .

(وتختلف أحكام التقنين المدنى السابق عن أحكام التقنين المدنى الجديد فيما يأتى : ١ – مدة التقادم فى التقنين المدنى السابق ثلثمائة وستون يوماً ، وليست سنة كما هى فى التقنين المدنى الجديد . ٢ – لم ينص التقنين المدنى السابق على العمال والأجراء ، واكتفى بذكر الخدم . كما أنه لم ينص على أصحاب الفنادق والمطاعم ٣ – لم ينص التقنين المدنى السابق على انقطاع التقادم ، بتحرير سند بالدين ، وبدء تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة) .

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى** :

التقنين المدنى السورى م ٣٧٥ – ٣٧٦ (مطابقتان للمادتين ٣٧٨ – ٣٧٩ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٣٦٥ – ٣٦٦ (مطابقتان للمادتين ٣٧٨ – ٣٧٩ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٤٣١ : ١ – لا تسمع الدعوى على المنكر بعد تركها ، من غير عذر شرعى ، سنة واحدة فى الحقوق الآتية : (أ) ..... (ب) ..... حقوق التجار والصناع عن أشياء ورودها لأشخاص لا يتجرون فى هذه الأشياء : وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجرة الإقامة وثمن الطعام وكل ما صرفوه . لحساب عملائهم . (جـ) حقوق العملة والخدم والأجراء من أجور يومية وغير يومية ومن ثمن ما قاموا به من توريدات . ٢ – ولا تسمع الدعوى فى هذه الحقوق حتى لو بقى الدائنون مستمرين فيما يقومون به من خدمات أو أعمال أو أشغال أو توريدات . ٣ – ويجب على من يتمسك بعدم سماع الدعوى ، بمرور سنة واحدة ، أن يحلف يميناً، توجهها المحكمة من تلقاء نفسها ، على أن ذمته غير مشغولة بالدين . وتوجه اليمين إلى ورثة المدينين، أو أوليائهم إن كانوا محجورين ، بأنهم لا يعلمون بوجود الدين . ٤ – ولكن إذا حرر سند بحق من هذه الحقوق ، فلا يتقادم الحق إلا بانقضاء خمس عشرة سنة . (وأحكام التقنين العراقى تتفق مع أحكام التقنين المصرى، فيما عدا أن التقنين العراقى يقرر عدم جواز سماع الدعوى بدلا من سقوط الحق – انظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام=

٦٠٨ – التقادم فى هذه الحقوق يقوم على قرينة الوفاء : ويخلص من النصوص المتقدم ذكرها أن حقوق التجار والصناع وأصحاب الفنادق والمطاعم والعمال والخدم والأجراء تتقادم كلها بسنة واحدة ، وهى مدة قصيرة لأن المألوف فى التعامل أن هؤلاء الدائنين يتقاضون حقوقهم فور استحقاقها ، وإذا أمهلوا المدين فلا يمهلونه أكثر من عام، لأن هذه الحقوق هى مورد عيشهم . فإذا مضت سنة ميلادية كاملة دون أن يطالبوا بها ، فرض القانون أنهم استوفوها فعلا ، ولا يطالب المدينين بتقديم ما يثبت براءة ذمتهم ، بل يجعل هذه الحقوق تنقضى بالتقادم (1).

= الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٣٨٧ – فقرة ٣٨٨ – وانظر مقالا فى التقادم المسقط فى القانون المدنى العراقى للأستاذ ضياء شيت خطاب منشوراً فى مجلة القضاء ببغداد السنة الخامسة عشرة ص ٥٥ – ص ٥٨) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٥١ : يسقط بحكم مرور الزمن بعد سنتين : ١ – حق دعوى الباعة وملتزمى تقديم البضائع وأصحاب المعامل فيما يختص بالأشياء التى يقدمونها. ٢ – حق دعوى المزارعين ومنتجى المواد الأولية فيما يختص بالأشياء التى يقدمونها إذا استعملت فى حاجات المديون البيتية . وتبتدئ مدة مرور الزمن من يوم تقديم هذه الأشياء ... ٤ – حق دعوى الخدام المختصة بما لهم من الأجور والمسلفات وسائر الموجبات المستحقة لهم ، بمقتضى عقد الاستخدام ، وكذلك حق السيد على خدامه فيما يختص بالمال المسلف لهم بصفة كونهم خدماً . ٥ – حق دعوى العمال والمتدربين فيما يختص بأجورهم ولوازمهم ويوميتهم والمال الذى أسلفوه من أجل خدمتهم، وكذلك حق دعوى المستخدم أو رب العمل فيما يختص بالمال المسلف لعماله بصفة كونهم عمالا. ٦ – حق دعوى أصحاب الفنادق والمطاعم فيما يختص بتقديم السكن والطعام لعامليهم وبالمال المسلف لهم . ٧ – حق دعوى مؤجرى الأثاث والأشياء المنقولة من أجل بدل إيجارها . ٩ – حق دعوى العملة المأجورين فيما يختص بالتعويضات التى يمكنهم أن يطالبوا بها حسب المادتين ٦٥٢ و ٦٥٦ من القانون المذكور .

م ٣٦٣ : فى الأحوال المعينة فى المادتين ٣٥١ و ٣٥٢ يجرى حكم مرور الزمن وإن تواصل تقديم اللوازم أو التسليم أو الخدمة أو العمل .

(وتختلف أحكام التقنين اللبنانى عن أحكام التقنين المصرى فيما يأتى : (١) مدة التقادم فى التقنين اللبنانى سنتان لا سنة واحدة . (٢) يشمل نص التقنين اللبنانى حقوق المزارعين ومنتجى المواد الأولية ، وحق السيد على الخدم فى القروض التى يقدمها لهم باعتبارهم خدماً ، وحق رب العمل فى القروض التى يقدمها لعماله ، وحق مؤجرى الأثاث والأشياء المنقولة ، وحق العملة فيما يختص بتعويضاتهم ، ولم ينص التقنين المصرى على شئ من ذلك . (٣) لم ينص التقنين اللبنانى على أن تحرير سند بالدين يقطع التقادم ويجرى تقادماً جديداً مدته خمس عشرة سنة ، كما فعل التقنين المصرى).

(1) التقادم المنصوص عليه فى المادة ٣٧٨ من القانون المدنى – وهو يقتصر على حقوق التجار والصناع عن أشياء ورودها لأشخاص لا يتجرون فى هذه الاشياء ، وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الاقامة وثمن الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم، وحقوق العماله والخدم والأجراء من أجور يومية وغير يومية ومن ثم ما قاموا به من توريدات ، يقوم على قرينة الوفاء ، وهى فطنة رأى الشارع توثيقها =

ولكن لما كان القانون يفرض هنا – نظراً لقصر مدة التقادم – أن المدين قد وفى الحق فى خلال سنة من وقت استحقاقه ، فقد جعل هذه القرينة قابلة لإثبات العكس ولكن بطريق واحد هو توجيه القاضى اليمين ، من تلقاء نفسه ، إلى المدين ، فيحلف على أنه أدى الدين فعلا . فاذا حلف فقد سقط الدين بالتقادم ، ولا يسمح للدائن ، ولو قبل حلف اليمين ، أن يثبت أن المدين لم يدفع الدين . والطريق الوحيد لإثبات ذلك هو أن ينكل المدين عن الحلف عند توجيه القاضى اليمين له على النحو الذى قدمناه . فان نكل المدين ، ثبت الدين فى ذمته ، ووجب عليه وفاؤه . ولا يتقادم الدين بعد ذلك إلا بخمس عشرة سنة من وقت صدور الحكم ، أو من وقت النكول إذا لم يصدر حكم .

وقد قدمنا ، فى الجزء الثانى من الوسيط [1] ، أن اليمين فى هذه الحالة هى يمين الاستيثاق . فالقانون بعد أن جعل مدة التقادم سنة واحدة ، وجعل من هذا التقادم قرينة على الوفاء ، أراد أن يعزز هذه القرينة – وقد اعتبرها دليلا غير كامل – بيمين متممة يحلفها المدين على واقعة شخصية له هى أداؤه الدين فعلاً . فإذا كان قد مات ، حلفت الورثة ، أو أوصياؤهم إن كانوا قصراً ، يمين عدم العلم بأنهم لا يعلمون بوجود الدين ، أو يمين العلم بأنهم يعلمون حصول الوفاء [2] .

وقد ذكرنا فى صدد هذه اليمين ما يأتى : «وخصائص يمين الاستيثاق فى الحالة التى نحن بصددها أنها يمين إجبارية ، ولابد للقاضى أن يوجهها إلى المدين أو إلى ورثته . وتوجه إلى هؤلاء ، دون الدائن . وإذا حلفها من وجهت إليه ، كسب الدعوى حتما . على أنها

= بين المدعى عليه وهى يمين الاستيثاق وأوجب على من يتمسك بان الحق قد تقادم بسنة أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلا بينما التقادم المنصوص عليه فى المادة ٦٩٨ – وهو لا يقتصر على دعاوى المطالبة بالأجور وحدها بل يمتد إلى غيرها من الدعاوى الناشئة عن عقد العمل – لا يقوم على هذه المظنة . ولكن على اعتبارات من المصلحة العامة هى ملاءمة استقرار الاوضاع الناشئة عن عقد العمل والمواثبة إلى تصفية المراكز القانونية لكل من رب العمل والعامل سواء ، ومن ثم فهو لا يتسع لتوجيه يمين الاستيثاق لاختلاف العلة التى يقوم عليها ويدور معها ، واذ كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد جرى فى قضائه على أن التقادم المنصوص عليه فى المادة ٦٩٨ من القانون المدنى «هو تقادم عام ومطلق لم يعتد الشارع بأى اجراء آخر كتوجيه يمين الاستيثاق أو غيرها ، فأنه لا يكون قد خالف القانون .

(جلسة ١٩٦٦/١/١٢ مجموعة احكام النقض السنة ١٧ ص ١٠٢)

(جلسة ١٩٧٢/٣/٢٥ مجموعة احكام النقض السنة ٢٣ ص ٥٢١)

(١) الوسيط جزء ثان فقرة ٣١٧ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣١٩.

تبقى بعد كل ذلك فى نظرنا يميناً متممة لا يميناً حاسمة ، فهى تختلف اختلافاً جوهرياً عن اليمين الحاسمة فى أنها ليست هى الدليل الوحيد فى الدعوى ، بل هى دليل تكميلى يعزز الدليل الأصلى وهو قرينة الوفاء المستخلصة من انقضاء سنة على وجود الدين . على أن هناك رأياً يذهب إلى أن اليمين هنا يمين حاسمة إجبارية يوجهها القاضى من تلقاء نفسه فى حق تقادم بمدة قصيرة . والتقادم يقوم على قرينة الوفاء ، فهى قرينة قانونية قاطعة لا يجوز دحضها إلا بالإقرار أو بالنكول عن هذه اليمين» (١) .

٦٠٩ – تفصيل الحقوق التى تتقادم بسنة واحدة : والدائنون فى الحقوق التى تتقادم بسنة واحدة فريقان :

(الفريق الأول) التجار والصناع وأصحاب الفنادق والمطاعم . ويستحق التاجر أو الصانع حقه فى ذمة العميل عن الأشياء التى وردها له من تجارته أو صناعته ، بشرط ألا يشترى العميل هذه الأشياء ليتجر بها هو نفسه ، وإلا كان ديناً تجارياً يتقادم فى الغالب بخمس عشرة سنة . ويستوى أن يكون العميل تاجراً أو غير تاجر ، ما دام يشترى الأشياء لا للتجارة بها ، بل لاستهلاكه الخاص هو وأسرته . فقد يشترى العميل، من المخبز أو المطحن أو البقال أو الجزار أو صاحب مصنع الأحذية أو صاحب مصنع المنسوجات ، ما يحتاج إليه فى استهلاكه الخاص ، من خبز أو دقيق أو أغذية أو لحم أو أحذية أو ملابس أو غير ذلك . فسواء كان هذا العميل تاجراً ، فان الدين الذى يترتب فى ذمته للتاجر أو الصناع يتقادم بسنة واحدة ، لأن مثل هذه الديون لا تبقى عادة فى ذمة المدين أكثر من هذه المدة . ويتقادم الدين حتى لو استمر الدائن فى توريد أشياء أخرى للمدين ، فكل صفقة قائمة بذاتها يتقادم الدين فيها مستقلا عن غيره من الديون فى الصفقات الأخرى . والعبرة فى تميز الصفقة عن الصفقات الأخرى بالمألوف المعتاد ، فمن الناس من تعود «الاستجرار» طوال الشهر ويدفع شهراً فشهراً ، ومنهم من يدفع أسبوعاً فأسبوعاً ، ومنهم من يدفع يوماً فيوماً . فمتى تمت الصفقة واستحق الدين بحسب المألوف فى التعامل بين المدين والدائن ، بدأ سريان التقادم (٢) . وإذا أراد الدائن أن يمنع تقادم الدين فى هذه المدة القصيرة ، فما عليه

---

(١) الوسيط جزء ثان ٢ فقرة ٣١٧ ص ٥٨٩ – ص ٥٩٠ – وانظر أيضاً فقرة ٣٣٥ ص ٦١٩ – ص ٦٢٠ .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : «والغالب فى الديون التى يرد عليها التقادم الحولى أن تترتب على عقود تقتضى نشاطاً مستمراً أو متجدداً ، كخدمات الأجراء وعمل من يزاولون المهن الحرة وتوريد البضائع وما إلى ذلك . بيد أن كل دين من هذه الديون يعتبر قائماً بذاته رغم استمرار نشاط الدائن وتجدده ، ويسقط بانقضاء سنة متى اكتمل ذاتيته وأصبح مستحق الأداء .. ويستحق أداء ثمن ما يورده التاجر عادة لعميله كل يوم أو كل أسبوع أو كل شهر، وفقا للعرف الجارى» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣١٨ – ٣١٩) .

إلا أن يجعل المدين يحرر له سنداً بالدين ، فينقطع التقادم ، ويبدأ تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة.

أما أصحاب الفنادق والمطاعم فيستحقون ديونهم فى ذمة عملائهم عن أجر الإقامة فى الفندق ، وما يستهلكه العميل عادة فى الفندق من طعام وشراب ، ما يترتب فى ذمته من أجر للخدمات التى يقدمها الفندق من غسيل وكى ونحو ذلك ، وما يقدمه الفندق للعميل من سلف . وصاحب المطعم يستحق فى ذمة العميل ثمن الطعام والشراب اللذين تناولهما العميل ، وما عسى أن يصرفه صاحب المطعم لحسابه . كل هذه ديون تدفع عادة عقب الانتهاء من الإقامة فى الفندق ، وعقب الانتهاء من تناول الطعام والشراب فى الفندق. فيسرى عليها تقادم السنة من هذا الوقت ، حتى لو عاد العميل إلى الفندق أو المطعم مرة أو مرات أخرى وترتبت فى ذمته ديون جديدة ، فكل دين من هذه الديون يتقادم بسنة من وقت استحقاقه . وإذا أراد الدائن أن يمنع هذا التقادم القصير ، فعليه أن يجعل المدين يحرر سنداً بالدين ، فيبدأ تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة . هذا ويلاحظ أنه لا يدخل فى هذه الديون أجر الغرف المفروشة فى غير الفنادق ، فهذه ديون دورية متجددة تتقادم بخمس سنوات كما تقدم القول[1] .

(والفريق الثانى) هم العمال والخدم والأجراء ، عما يستحقونه من أجور عند أرباب العمل [1]، وعما قاموا به من توريدات لمخدوميهم . والعمال هم عمال المصانع والمتاجر

---

(١) انظر المادة ٣٥١ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى (آنفاً فقرة ٦٠٧ فى الهامش) وتجعل حق مؤجر الأثاث والأشياء المنقولة تتقادم بسنتين .

هذا وقد يستأجر العميل غرفة فى فندق ويدفع أجرتها شهراً فشهراً ، فالأجرة هنا، وإن كانت دورية تتجدد كأجرة الغرف المفروشة ، تدخل ضمن حقوق أصحاب الفنادق التى تتقادم بسنة واحدة بصريح نص الفقرة الأولى من المادة ٣٧٨ مدنى .

(1) أ – لم ينظم قانون العمل الصادر بالقانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ قواعد التقادم بشأن الدعوى الناشئة عن عقد العمل وانما تركها للقواعد العامة المنصوص عليها فى القانون المدنى.

(جلسة ١٩٧٧/١/١٦ مجموعة احكام النقض السنة ٢٨ ص ٢٤٤)

ب – الدعاوى الناشئة عن عقد العمل سقوطها بانقضاء سنة من تاريخ انتهاء العقد عملا باحكام المادة ٦٩٨ من القانون المدنى وقد راعى الشارع فيها استقرار الاوضاع الناشئة عن عقد العمل والمواثبة إلى تصفية المراكز القانونية لكل من رب العمل والعامل على حد سواء وهو يسرى على دعاوى التعويض عن الفصل التعسفى والمطالبة بالأجور كما يسرى على دعاوى المطالبة بالمقابل النقدى عن رصيد الاجازات المنصوص عليها فى المادتين ٤٥ ، ٤٧ من قانون العمل الصادر بالقانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ .

(جلسة ٢٠٠٠/٦/٨ الطعن رقم ١١٤٣ لسنة ٦٩ ق)

(جلسة ٢٠٠٠/٥/٩ الطعن رقم ١٤٤٣ لسنة ٦١ ق)

والمزارع . والخدم والأجراء هم الطهاة والسواقون «والسفرجية» والبوابون «والجناينية» وخدم المنازل والفنادق والمطاعم . ويدخل ضمن الأجراء صغار الصناع من سباكين وحدادين ونجارين وميكانيكيين ونحوهم ، وإذا لم يدخلوا ضمن الأجراء دخلوا ضمن الصناع، فحقوقهم فى جميع الأحوال تتقادم بسنة واحدة . والحقوق التى تترتب لمثل هؤلاء الدائنين تدفع عادة فى مواعيد استحقاقها ، إذ هى مورد عيشهم . فإذا تأخر الدائن عن المطالبة بها مدة سنة كاملة ، تقادم حقه وسقط ، حتى لو بقى مستمراً فى توريد خدماته للمدين . فاذا بقى العامل فى المصنع ، تقادم أجره بحسب ميعاد استحقاقه ، يوماً فيوماً أو أسبوعاً فأسبوعاً، أو شهراً فشهراً . وإذا بقى الخادم فى المنزل ، تقادم حقه شهراً فشهراً بحسب ميعاد الاستحقاق. أما الأجير العارض ، كالنجار والحداد ، فيستحق أجره بمجرد انتهاء عمله، ويبدأ سريان التقادم من هذا الوقت . وإذا أراد الدائن منع هذا التقادم القصير ، جعل المدين يحرر سنداً بالدين ، فيبدأ تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة . هذا ويلاحظ أن أجور الموظفين والمستخدمين ومهاياهم ومرتباتهم ومعاشاتهم غير أجور العمال والخدم والأجراء ، فقد رأينا أنها تتقادم بخمس سنوات .

٦١٠ – **سريان التقنين المدنى الجديد** : رأينا أن التقنين المدنى الجديد جعل من التقادم فى الحقوق المتقدمة الذكر سنة ميلادية كاملة بدلا من ثلثمائة وستين يوماً وهى مدة التقادم فى التقنين المدنى السابق . أما الدائنون فى التقنين المدنى السابق فكانوا «الباعة» عن أثمان مبيعاتهم ، ويمكن إدخال التجار والصناع فى عموم هذا اللفظ ، فلا خلاف إذن بين التقنينين فى هذا الصدد . ولم يذكر التقنين السابق أصحاب الفنادق والمطاعم ، ولا يمكن إدخال هؤلاء ضمن «الباعة» ، فيكون التقنين الجديد قد استحدث هؤلاء الدائنين . وكذلك العمال والأجراء لم يذكرهم التقنين السابق ، ومن الصعب إدخالهم ضمن «الخدمة» الذين ذكرهم ، فيمكن القول إذن أن التقنين الجديد قد استحدث أيضاً هؤلاء الدائنين .

فيكون الدائنون الذين استحدثهم التقنين المدنى الجديد هم أصحاب الفنادق والمطاعم والعمال والأجراء ، فهؤلاء كانت حقوقهم وفقاً لأحكام التقنين السابق تتقادم بخمس عشرة سنة ، فأصبحت وفقاً لأحكام التقنين الجديد تتقادم بسنة واحدة . فمن كان من هؤلاء له حق سرى ضده التقادم فى عهد التقنين المدنى السابق ، ولم يتكامل بل بقى على تكامله سنة أو أكثر ، فان هذا الحق ، منذ سريان التقنين الجديد ، يسرى ضده التقادم ، الجديد ومدته سنة واحدة ، حتى لو كانت المدة الباقية من التقادم القديم تبلغ أربع عشرة سنة . أما إذا كانت المدة الباقية من التقادم القديم أقل من سنة ، فإن هذه المدة الباقية هى التى يتقادم الحق بانقضائها . فلو أن الحق كان قد مضى على استحقاقه أربع عشرة سنة ونصف ، فانه يتقادم بعد انقضاء نصف سنة فقط من يوم ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ (أنظر المادة ٨ من التقنين المدنى الجديد وقد تقدم ذكرها) . أما إذا كان التقادم قد تكامل بخمس عشرة

سنة قبل نفاذ التقنين الجديد ، فان الحق يكون قد انقضى فى عهد التقنين السابق، ولا محل إذن للقول بتقادم جديد .

أما بقية الدائنين من الصناع والتجار والخدم. فقد كانت حقوقهم تتقادم بثلثمائة وستين يوماً فى عهد التقنين المدنى السابق ، فطالت مدة التقادم فى عهد التقنين المدنى الجديد إلى سنة كاملة ، أى زادت نحو خمسة أيام . فالحق الذى كان التقادم قد تكامل بالنسبة إليه ، أى انقضى على استحقاقه ثلثمائة وستون يوماً قبل ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، يكون قد سقط بالتقادم وفقاً لأحكام التقنين السابق . أما إذا كان الحق لم ينقض على استحقاقه قبل ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ثلثمائة وستون يوماً ، فانه لا يتقادم إلا بانقضاء سنة كاملة من وقت سريان التقادم القديم . فلو أن حقاً كان قد انقضى على استحقاقه عند نفاذ التقنين الجديد تسعة أشهر ، فان مدة التقادم الباقية تكون ثلاثة أشهر تبدأ من ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩[1] .

٦١١ – (٤) الضرائب والرسوم المستحقة للدولة – النصوص القانونية : تنص المادة ٣٧٧ من التقنين المدنى المصرى على ما يأتى :

«١ – يتقادم بثلاث سنوات الضرائب والرسوم المستحقة للدولة ، ويبدأ سريان التقادم فى الضرائب والرسوم السنوية من نهاية السنة التى تستحق عنها ، وفى الرسوم المستحقة عن الأوراق القضائية من تاريخ انتهاء المرافعة فى الدعوى التى حررت فى شأنها هذه الأوراق أو من تاريخ تحريرها إذا لم تحصل مرافعة» .

«٢ – ويتقادم بثلاث سنوات أيضاً الحق فى المطالبة برد الضرائب والرسوم التى دفعت بغير حق ، ويبدأ سريان التقادم من يوم دفعها» .

---

(١) وقد كان هناك تعارض ملحوظ فى أحكام التقنين المدنى السابق ، إذ كانت مدة التقادم فى حقوق الخدم ثلثمائة ستين يوماً ، وكانت مدة امتياز هذه الحقوق سنة كاملة، فكان الحق يسقط بالتقادم قبل تكامل مدة امتيازه (الموجز للمؤلف فقرة ٦٠٩ ص ٦٣٩ – الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٨٤١ فقرة ص ٦٤٦) . وقد توقى التقنين المدنى الجديد هذا التعارض، فجعل مدة التقادم سنة كاملة ومدة الامتياز ستة أشهر فقط . فالحق يكون لستة أشهر حقاً ممتازاً ، ويكون لستة أشهر أخرى ديناً عادياً ، ثم يسقط بالتقادم .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : «ويراعى من ناحية أخرى أن المشروع قد عدل مدة التقادم المنصوص عليها فى التقنين الحالى (السابق) : م ٢٧٣/٢٠٩ ، فجعلها سنة ميلادية بعد أن كانت ثلثمائة وستين يوماً ، وبذلك وفق إلى محو التناقض الملحوظ فى نصوص هذا التقنين بين أحكام هذه المدة وأحكام مدة امتياز ديون الأجراء» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣١٨) .

«٣ – ولا تخل الأحكام السابقة بأحكام النصوص الواردة فى القوانين الخاصة» (١).

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٢٧٤/٢١٠ (٢).

ولا مقابل له فى التقنينات المدنية العربية الأخرى ، فيما عدا التقنين الليبى فتقابله المادة ٣٦٤ (٣).

ويخلص من النص المتقدم الذكر أن مدة التقادم فى الضرائب والرسوم المستحقة للدولة هى بوجه عام ثلاث سنوات (٤) ، ما لم يرد فى قوانين الضرائب والقوانين الخاصة

---

(١) **تاريخ النص** : لم يرد هذا النص فى المشروع التمهيدى ، ولجنة المراجعة هى التى أنشأته على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، وأصبح رقمه ٣٦٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٧٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣١٥) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٢٧٤/٢١٠ : المبالغ المستحقة للمحضرين وكتبة المحاكم عن رسوم أوراق يسقط حق المطالبة بها بمضى مدة ثلثمائة وستين يوماً اعتباراً من تاريخ انتهاء المرافعة فى الدعوى التى تحررت فى شأنها الأوراق المذكورة أو من تاريخ تحريرهاإذا لم تحصل المرافعة .

(وقد كان هذا النص مقحما فى التقنين المدنى السابق، وقد أخذ عن التقنين المدنى الفرنسى : م ١/٢٢٧٢ ، حيث لا يعتبر المحضرون موظفين فى الدولة ، بل يتقاضون أتعاباً على أعمالهم تتقادم بسنة واحدة . ولذلك لم ينقل المشروع التمهيدى هذا النص، وورد فى مذكرته الإيضاحية فى هذا الصدد ما يأتى : «وقد أغفل المشروع ذكر عبارة المبالغ المستحقة للمحضرين وكتبة المحاكم فى البيان الوارد فى المادة ٥١٥، مراعياً فى ذلك أن التقنين الحالى – السابق – أخطأ فى إقحام هذه العبارة فى نص المادة ٢٧٤/٢١٠ . والواقع أن المحضرين والكتبة يعتبرون وفقاً لنظام الإدارة فى مصر ضمن موظفى الحكومة على نقيض ما هو متبع فى فرنسا . وعلى هذا الأساس تكون المبالغ التى تستحق لأولئك وهؤلاء ، بسبب ما يؤدون من أعمال رسمية للمتقاضين ، ديناً للحكومة يدخل فى حساب الرسوم القضائية : مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣١٨ – ثم صدر بعد ذلك قانون رقم ٢ لسنة ١٩٤٠ يعدل المادة ٢٧٤/٢١٠ – وسيأتى ذكره – وهذا التعديل هو الذى نقله التقنين المدنى الجديد – انظر الموجز للمؤلف فقرة ٩-٦ ص ٦٣٩ – ص ٦٤٠ – الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٨٤٢) .

(٣) **التقنينات المدنية العربية الأخرى** :

التقنين المدنى السورى (لا مقابل – وتسرى القوانين الخاصة)

التقنين المدنى الليبى م ٣٦٤ (مطابقة للمادة ٣٧٧ من التقنين المدنى المصرى)

التقنين المدنى العراقى (لا مقابل – وتسرى القوانين الخاصة) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى (لا مقابل – وتسرى القوانين الخاصة) .

(٤) كانت الضرائب تتقادم – قبل الأمر العالى الصادر فى ٢٩ مارس سنة ١٩٠٠– بخمس سنوات هجرية ، باعتبارها ديوناً دورية متجددة تطبيقا للمادة ٢٧٥/٢١١ من التقنين المدنى السابق (استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٨٩ – ١٧ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٧٠) . ثم صدر الأمر العالى=

الأخـرى نصوص تقضى بغير ذلك (١)(1).

= السالف الذكر ، فقضى بسقوطها بعد مضى ثلاث سنوات ميلادية لا يوقف سريانها ولا ينقطع . ثم صدر قانون رقم ٢ لسنة ١٩٤٠ يعدل المادة ٢٧٤/٢١٠ من التقنين المدنى السابق ، ويحدد مدة ثلاث سنوات ميلادية لسقوط الحق فى الضرائب والرسوم المستحقة لقلم الكتاب والمصروفات القضائية، «وبهذا يضع حداً للبلبلة القائمة ، ويوحد أحكام سقوط الحق فى مواد الضرائب والرسوم والمصاريف القضائية وأى رسوم أخرى ، سواء كان صاحب الحق هو خزينة الحكومة أو أفراد الناس» (من المذكرة الإيضاحية للمادة ٢١٠ المعدلة) . وقد عدل نص المادة ٢٧٤/٢١٠ من التقنين المدنى السابق على الوجه الآتى : يسقط الحق فى المطالبة بالمبالغ المستحقة بصفة ضريبة أو رسم بمضى ثلاث سنين ميلادية من تاريخ استحقاقها . ولا يبدأ سريان هذه المدة بالنسبة للضرائب أو الرسوم السنوية إلا من نهاية السنة التى تستحق عنها تلك الضرائب أو الرسوم السنوية إلامن نهاية السنة التى تستحق عنها تلك الضرائب والرسوم . وفيما يتعلق بالرسوم التى تستحق عن أوراق قضائية فيبدأ سريان هذه المدة بالنسبة لها من تاريخ انتهاء المرافعة فى الدعوى التى حررت بشأنها تلك الأوراق أو من تاريخ تحريرها إذا لم تحصل المرافعة . ويسقط الحق فى المطالبة برد المبالغ التى دفعت بغير حق بمضى ثلاث سنين من يوم دفعها . وكل ذلك مع عدم الإخلال بأحكام القانونين رقمى ١٤ لسنة ١٩٣٩ و ٤٤ لسن ١٩٣٩». (انظر الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٨٤٢) . وهذا التعديل الصادر فى سنة ١٩٤٠ هو الذى نقل عنه التقنين المدنى الجديد كما سبق القول .

(١) وقد وردت فعلا نصوص مخالفة فى بعض قوانين الضرائب . من ذلك الفقرة الأولى من المادة ٩٧ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ ، وهى تقضى بسقوط حق الحكومة فى المطالبة بما هو مستحق لها بموجب هذا القانون بمضى خمس سنوات . ثم عدلت هذه المدة إلى عشر سنوات بموجب القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالنسبة إلى الضرائب المستحقة عن سنوات ١٩٣٨ - ١٩٤٠ . وتبدأ المدة من وقت وضع الإيراد تحت تصرف المصول (نقض مدنى ٢٥ يونيه سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٩٤ ص ١٢١١). ولا تنقطع بخطاب موصى عليه من مصلحة الضرائب ، ولكن بصدور الوارد على النموذج رقم ٤ ضرائب (نفس الحكم) .

(1) أ - تنص المادة الأولى من القانون ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣ بشأن تقادم الضرائب والرسوم على أن تتقادم بخمس سنوات الضرائب والرسوم المستحقة للدولة أو لأى شخص اعتبارى عام ما لم ينص القانون على مدة أطول ، وتنص المادة ٣٧٧ من القانون المدنى على أن « ..... يبدأ سريان التقادم فى الضرائب والرسوم السنوية من نهاية السنة التى يستحق عنها..... ولا تخل الأحكام السابقة بأحكام النصوص الواردة فى القوانين الخاصة» وإذ خلا القانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٣٥ الخاص بتقدير ايجار الأراضى الزراعية والقانون رقم ١١٣ لسنة ١٩٣٩ الخاص بضريبة الأطيان من تحديد تاريخ بدء التقادم فى الضريبة العقارية فانه يتحتم الرجوع فى ذلك الى القواعد العامة .

(الطعن ٦٠٠ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٨/١١/٢١ س ٢٩ ص ١٧٢٦)

(جلسة ١٩٧٠-٤/١٥ مجموعة احكام النقض السنة ٢١ ص ٦٢٥)

ب - تقضى المادة ٩٧ مكررة من القانون ١٤ لسنة ١٩٣٩ المضافة بالقانون ٣٤٩ لسنة ١٩٥٢ بأن تقادم الضريبة يبدأ من اليوم التالى لانتهاء الأجل المحدد لتقديم الاقرار المنصوص عليه فى المادة ٤٨ من ذلك القانون .

(الطعن ٣ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٦/١/٢٢ س ٢٧ ص ٢٨٤) =

= جـ – الرسم الذى تعنيه المادة ٢٢ من القانون رقم ٦٨ سنة ١٩٥٩ – الذى يتقادم بثلاث سنوات بالتطبيق لحكم المادة ٣٧٧ مدنى – هو المبلغ الذى تستحقه الدولة مقابل ترخيصها باجراء أى عمل من الأعمال المبينة فيها داخل حدود الأملاك العامة ذات الصلة بالرى والصرف ، وهو يختلف عن مقابل الانتفاع الذى يستحق للدولة عن جزء من الأملاك العامة بغير ترخيص الذى لا يتقادم إلا بالمدة الطويلة كما أنه ليس من الحقوق الدورية المتجددة التى تسقط بالتقادم الخمسى .

(الطعن رقم ٥٣١ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/٥/٢٤ س ١٣ ص ٧٠٦)

د – فى خصوص الضريبة على الأرباح التجارية لا تستطيع مصلحة الضرائب مطالبة الممول بالضريبة على أرباحه إلا بعد مضى شهرين من انتهاء سنته المالية ، وفى حالة توقف المنشأة عن العمل وعدم اخطار المصلحة به فان موقف المصلحة إزاء المنشأة لا يتغير إذ يمتنع عليها مطالبة المنشأة بدين الضريبة إلا بعد شهرين من انتهاء سنتها المالية، وبالتالى فان التقادم المسقط لدين هذه الضريبة لا يبدأ سريانه إلا من هذا التاريخ دون اعتبار لتوقف المنشأة عن العمل حتى ولو كان التوقف راجعا لوفاة الممول ما دامت المصلحة لم تخطر به، علم مصلحة الضرائب بالوفاة لا يغنى عن الأخطار الذى أوجبه القانون مؤيدا بالوثائق والبيانات اللازمة لتصفية الضريبة .

(الطعن رقم ٣٣١ سنة ٢٥ ق جلسة ١٩٥٩/١١/١٧ س ٤٠ ص ٨٣٤)

(الطعن رقم ٢٠٧ سنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٤/١ س ١٥ ص ٤٩٢)

(الطعن رقم ٢٢٩ سنة ٢٦ جلسة ١٩٦١/١٢/٢٠ س ١٢ ص ٧٩٦)

هـ – وقد نصت الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٤٤ على أنه «يفرض رسم على أيلولة التركات يعتبر مستحقا من وقت الوفاة مسحوبا على صافى نصيب الوارث» ونصت الفقرة الأولى من المادة ٥٢ على أنه «تسقط الرسوم المفروضة بمقتضى هذا القانون بمضى خمس سنوات من تاريخ استحقاق الرسوم» كما نصت المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٥٢ على أنه «تفرض على التركات ضريبة تعتبر مستحقة من تاريخ الوفاة وتحسب على صافى قيمة تركة كل من يتوفى من تاريخ العمل بهذا القانون وتستحق هذه الضريبة مع رسم الأيلولة وبالاضافة إليه وتسرى بالنسبة إليها أحكام القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٤٤ ، فإنها بذلك تكون قد دلت على أن الوفاة هى الواقعة المنشئة لرسوم الأيلولة والضريبة على التركات باعتبارها سبب الأيلولة والحادث المؤثر فى انتقال الملك من الميت إلى الحى وينشأ حق الخزانة العامة بتحققه كما دلت على أنه من تاريخ نشوء الحق فى رسوم الأيلولة والضريبة على التركة – وهو تاريخ الوفاة – يبدأ تقادمها . والقول بأن رسم الأيلولة والضريبة على التركات لا تتكامل عناصرها ويتكامل الالتزام بها فور تحقق الواقعة المنشئة لها ومن ثم لا يبدأ تقادمها إلا من التاريخ الذى تصبح فيه واجبة الأداء ، مردود بأن الأصل فى الضرائب والرسوم أن يبدأ سريان تقادمها من تاريخ تحقق الواقعة المنشئة لها أو من «نهاية السنة التى تستحق عنها» وفقا للفقرة الأولى من المادة ٣٧٧ من القانون المدنى ما لم ينص القانون على غير ذلك، ومن أنواع الضرائب المنصوص عليها فى القانون رقم ١٤ سنة ١٩٣٩ والقانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٩ – الضريبة على الارباح التجارية والصناعية والضريبة على المهن الحرة والضريبة العامة على الايراد – ما لا تتكامل عناصرها ويتكامل الالتزام بها فور تحقق الواقعة المنشئة لها ومع ذلك لم ينص القانون على أن يبدأ تقادمها من التاريخ الذى تصبح فيه واجبة الأداء وإنما إلتزم فى شأنها القواعد العامة فى تقادم الضرائب والرسوم – هذا وبالرجوع إلى القانون ١٤٢ لسنة ١٩٤٤ يبين أنه خول مصلحة الضرائب سلطة اتخاذ الإجراءات التحفظية على التركة من تاريخ الوفاة بل أجاز لها» أن تأمر عند الاقتضاء باتخاذ ما تراه من التدابير =

فما لم يرد إذن نص مخالف ، تكون مدة التقادم فى الضريبة العقارية [١] (1) على الأراضى الزراعية والمبانى ، وفى ضرائب الأموال المنقولة كضريبة كسب العمل وضريبة المهن الحرة وضريبة الأسهم والسندات والأموال المنقولة ، وفى ضريبة الإيراد العام، وفى ضريبة الخفر ، وفى غير ذلك من الضرائب [٢] ، هى ثلاث سنوات تبدأ من نهاية السنة التى تستحق عنها الضريبة ، فمن هذا الوقت إذن يبدأ سريان التقادم .

= التحفظية لصيانة حقوق الخزانة العامة بما فى ذلك وضع الاختام » وأن «تتولى بنفسها حصر موجودات التركة سواء بالاتفاق مع أصحاب الشأن أو من غير معاونتهم »وفى حالة قيام نزاع على صفة الوارث» «أن تطلب وضع أعيان التركة تحت الحراسة القضائية» وجعل ميعاد التقادم لا يبدأ إلا من التاريخ الذى تصبح فيه رسوم الأيلولة والضريبة على التركة واجبة الأداء – مع قيام هذه السلطة – من شأنه ترك زمام السقوط بيد مصلحة الضرائب بحيث يسعها أن تتراخى ما شاءت فى حصر أعيان التركة وتقديرها وإعلان الورثة ومن فى حكمهم بهذا التقدير وبمقدار الرسم المستحق على كل منهم وهى مطمئنة إلى عدم سقوط حقها مهما طال الزمن ، وفى ذلك تعطيل للحكمة التى توخاها الشارع من التقادم ولحقوق ذوى الشأن فى التركة قبل الافراج عنها من غير مبرر ولا ضرورة تقتضيه .

(الطعن رقم ٦٦ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/٤/٢٨ س ١٦ ص ٥٠٤)

(جلسة ١٩٧٨/١/١٠ الطعن ٢٦١ لسنة ٤٤ ق)

(١) والضريبة العقارية دين فى ذمة الممول يجوز ، ما لم يسقط بالتقادم ، تقاضيه من أمواله الأخرى ، وحق امتياز الحكومة على العقار المستحق هذا الدين بسببه ليس إلا ضماناً للوفاء به . وقد قضت محكمة النقض بأن دين الضريبة يسقط بمضى ثلاث سنوات ميلادية تبدأ من آخر السنة التى استحق فيها هذا الدين ، سواء بيع العقار المستحق هذا الدين بسببه أو بقى ملكاً للمدين . ذلك أن دين الضريبة هو دين شخصى ثابت فى ذمة المدين . وامتياز الحكومة على العقار المستحق هذا الدين بسببه ليس إلا ضماناً للوفاء به، وبيع الضمان أو هلاكه ليس من شأنه أن يؤثر فى خصائص الدين المضمون . ذلك أنه إذا بيع الضمان ، فإن ذلك لا يحول دون استيفاء الدين من أموال المدين الأخرى قبل سقوطه بالتقادم (نقض مدنى أول مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٤٩ ص ١٠٠٨) .

(٢) أما العوائد المستحقة للمحليات ولمجالس المحليات وللأشخاص المعنوية العامة الأخرى غير الدولة فلها فى تقادمها أحكامها الخاصة .

(1) يسقط دين الضريبة العقارية بمضى ثلاث سنوات ميلادية تبدأ من آخر السنة التى استحق فيها هذا الدين ، سواء بيع العقار المستحق هذا الدين بسببه أو بقى ملكا للمدين. ذلك أن دين الضريبة هو دين شخصى ثابت فى ذمة المدين . وامتياز الحكومة على العقار المستحق هذا الدين بسببه ليس إلا ضمانا للوفاء به وبيع الضمان أو هلاكه ليس من شأنه أن يؤثر فى خصائص الدين المضمون . ذلك أنه إذا بيع الضمان فان ذلك لا يحول دون استيفاء لدين من أموال الدين الأخرى قبل سقوطه بالتقادم ، والأصل أن النص التشريعى يدور مع علته وجوداً وعدماً ، وتحققت الحكمة منه أو تخلفت . وتبعاً فانه يكون فى غير محله ما تحدث به الطاعنة من أن المادة ٨ من الأمر العالى الصادر فى ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠ قد وردت بشأن الحجز الإدارى ، وأن الغاية منها هى غل يد الحكومة عن مباشرة هذا الحجز بعد انقضاء المدة المنصوص عنها فيها فلا تحول دون اقتضاء دينها بالوسائل الأخرى وتبعاً فانه إذا بيع العقار =

وكذلك الرسوم المستحقة للدولة [1]، كرسوم التمغة ورسوم البريد ورسوم القضايا والأوراق القضائية ، تتقادم بثلاث سنوات من وقت استحقاقها . وتستحق الرسوم عن الأوراق القضائية من تاريخ انتهاء المرافعة فى الدعوى التى حررت فى شأنها هذه الأوراق ، فان لم تحصل مرافعة فمن تاريخ تحريرها ، ويبدأ سريان التقادم من هذا الوقت أو ذاك .

وكما يسرى تقادم ثلاث سنوات فى حقوق الدولة قبل الممولين فى الضرائب والرسوم، كذلك يسرى تقادم ثلاث سنوات فى حقوق الممولين قبل الدولة إذا دفع الممولون ضرائب أو رسوماً أكثر من المستحق وجاز لهم استرداد الزيادة [2]. ومدة التقادم هذه تعادل مدة التقادم المقررة فى استرداد دفع غير المستحق بوجه عام (أنظر م ١٨٧ مدنى) ، إلا أن التقادم فى

= المستحقة الضريبة بسببه تصبح المادة ٨ المذكورة غير ذات موضوع ، ويصبح دين الحكومة متعلقاً بثمن العقار ، وخاضعاً من حيث سقوطه لمدة التقادم الطويلة . هذا التحدى فى غير محله لأن السقوط المنصوص عنه فى المادة ٨ المذكورة وارد على الحق فى المطالبة بالأموال الأميرية وليس مقصوراً على اجراءات هذه المطالبة وطرق اقتضاء الدين. وقد أكد هذا المعنى القانون رقم ٢ لسنة ١٩٤٠ الخاص بتحديد مدة سقوط حق المطالبة بالضرائب والرسوم ، وقد ألغى بالمادة الثانية منه بالمادة ٨ من الأمر العالى الصادر فى ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠ بشأن الحجز الإدارى .

(جلسة ١٩٥٢/٥/١ العن رقم ١٨٨ سنة ٢٠ ق)

(جلسة ١٩٧٨/١١/٢١ الطعن رقم ٦٠٠ لسنة ٤٥ ق)

(1) الرسم بصفة عامة وهو مبلغ من النقود تجبيه الدولة جبرا من شخص معين مقابل خدمة تؤديها له السلطة العامة واذ كان هذا التعريف يصدق على رسم التسجيل باعتبار أنه مقابل خدمة خاصة هى شهر المحررات المطلوب تسجيلها فان هذا الرسم يصبح مستحق الاداء للدولة بمجرد القيام بتلك الخدمة وتستطيع الدولة حينئذ أن تطالب به ولا يقدح فى ذلك أن يكون الرسم المستحق غير ممكن تحديده ابتداء بصفة نهائية اذ لا تعارض بين ذلك وبين استحقاقه .

(جلسة ١٩٦٥/١٢/٩ مجموعة احكام النقض السنة ١٦ ص ١٢١٠)

(جلسة ١٩٦٦/٣/٢ مجموعة احكام النقض السنة ١٧ ص ٥٠٠)

(جلسة ١٩٦٦/٢/٢٤ مجموعة احكام النقض السنة ١٧ ص ٤٢٥)

(جلسة ١٩٧٧/٣/١ مجموعة احكام النقض السنة ٢٨ ص ٥٨٦)

(2) أ – تقضى المادة ٣٧٧ من القانون المدنى بأنه (يتقادم بثلاث سنوات الحق فى المطالبة برد الضرائب والرسوم التى دفعت بغير حق ويبدأ سريان التقادم من يوم دفعها ومؤدى صريح هذا النص أن التقادم فى هذه الحالة يبدأ من يوم دفع الرسوم المطالب بردها ودون توقف على علم الممول بحقه فى الرد . وحكم هذه المادة يعتبر استثناءً وارداً على القاعدة العامة المنصوص عليها فى المادة ١٨٧ من القانون المدنى والتى تقضى بأن سقوط دعوى استرداد ما دفع بغير حق بثلاث سنوات يبدأ من اليوم الذى يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقه فى الاسترداد .

(الطعن رقم ٩٣ سنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/٢/٢٣ س ١٧ ص ٤٢٥)

(جلسة ١٩٥٣/٦/٢٥ طعن رقم ٤٠٩ لسنة ٢١ ق) =

استرداد الزيادة فى الضرائب والرسوم يسرى من يوم دفع غير المستحق سواء كان الممول يعلم بحقه فى الاسترداد أو لا يعلم . فاذا كان لا يعلم فليست هناك مدة تقادم أخرى مقدارها خمس عشرة سنة تسرى من وقت الدفع ، إذ مدة التقادم هنا واحدة لا تتغير ، وهى ثلاث سنوات تسرى من وقت الدفع كما قدمنا . وهذا بخلاف التقادم فى استرداد غير المستحق فى غير الضرائب والرسوم ، فان تقادم ثلاث السنوات يسرى من وقت علم الدائن بحقه فى الاسترداد ، ويسقط هذا الحق على كل حال بخمس عشرة سنة من وقت الدفع . ومن ثم تكون أحكام الفقرة الثانية من المادة ٣٧٧ مدنى مخصصة للاحكام العامة الواردة فى المادة ١٨٧ مدنى [١] .

= ب – يشترط لتطبيق حكم المادة ٩٧ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ التى تقضى بسقوط حق الممول فى المطالبة برد الضرائب المتحصلة منه بغير حق بمضى سنتين فيما عدا الأحوال المنصوص عليها فى المواد ٤٥ ، ٤٧ ، ٧٥ من هذا القانون أن يكون المبلغ الذى حصلته مصلحة الضرائب دفع من الممول باعتباره ضريبة ، وأن يكون تحصيله قد تم بغير حق وإذن فمتى كانت مصلحة الضرائب إذ حصلت من الممول الضريبة المقررة على أرباحه الاستثنائية فى سنتى ١٩٤٠ و ١٩٤١ إعمالا لنص القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٤١ السارى وقت ذلك إنما حصلتها بحق إستنادا إلى نص القانون المذكور ، وكان من شأن تطبيق القانون رقم ٨٧ لسنة ١٩٤٣ أن يكون له حق استرداد ما دفع ، فلا يصح أن يواجه بحكم المادة ٩٧ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ ، بل يصبح حقه دينا عادياً ولا يسقط الحق فى اقتضائه إلا بمضى مدة السقوط المقررة فى القانون المدنى .

(جلسة ١٩٥٥/٢/٣ طعن رقم ١٤٤ سنة ٢٢ ق)

(جلسة ١٩٧٢/٣/٢٨ مجموعة احكام النقض السنة ٢٤ ص ٥٠٩)

(جلسة ١٩٧٧/٦/٢٧ مجموعة احكام النقض السنة ٢٨ ص ١٩١٩)

جـ – القول بأن التقادم المسقط لحق الحكومة فى المطالبة بدين الضريبة لا يبدأ إلا من وقت علم مصلحة الضرائب عن طريق الشركة المطعون عليها بالايرادات الخاضعة للضريبة أى من وقت ورود القرارات المفروض على المطعون عليها تقديمها ، هذا القول مردود بأن المادة ٩ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ إذ أوجبت على كل شركة أو منشأة أن تقدم إلى مصلحة الضرائب القرارات التى تصدرها الجمعية العمومية وكذلك القرارات التى تصدر من مجلس الإدارة خاصة بتوزيع الأرباح وذلك فى ميعاد ثلاثين يوما من تاريخ صدورها لم توقع عن عاتق مصلحة الضرائب واجب حصر الممولين وفحص حالاتهم لتقدير أرباحهم أو ايراداتهم ثم ربط الضريبة عليهم عملا بالفقرة الثالثة من المادة ١١ من القانون المذكور الأمر الذى لا يمكن أن يستفاد منه أن الشارع إذا أوجب إخطار مصلحة الضرائب بقرارات توزيع الأرباح قصد أن يجعل من هذا الاخطار مبدأ لسقوط الحق فى اقتضاء الضريبة . إذ هو لا يعدو أن يكون إعلاما بتحقق الواقعة المنشئة للضريبة، أما تحقق وجودها فانه كان قد تم من قبل وضعها تحت تصرف المساهمين .

(جلسة ١٩٥٣/٦/٢٥ طعن رقم ٣٠٥ سنة ٢١ ق)

(١) وإذا وجب على الدولة رد غير المستحق للممول ولم يسقط هذا الحق بالتقادم ، فإن الدولة لا تلتزم=

وقد تناول المشرع مدة تقادم الضرائب والرسوم المستحقة للدولة بالتعديل فجعلها خمس سنوات بدلا من ثلاث سنوات المنصوص عليها فى المادة ٣٧٧ من القانون المدنى ، فصدر القانون رقم ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣ وقضت مادته الأولى «بأن تتقادم بخمس سنوات الضرائب والرسوم المستحقة للدولة أو لأى شخص اعتبارى عام ما لم ينص القانون على مدة أطول» ونصت مادته الثانية على أن «يبدأ سريان تقادم الحق فى المطالبة برد الضرائب والرسوم التى دفعت بغير حق من يوم دفعها إلا إذا ظهر الحق فى طلب الرد بعد اجراءات اتخذتها الجهة التى قامت بالتحصيل يبدأ التقادم من تاريخ اخطار الممول بحقه فى الرد بموجب كتاب موصى عليه .

وقد ورد بالمذكرة الإيضاحية لهذا القانون أن المشرع جعل مدة التقادم خمس سنوات ، مراعاة لضغط العمل مما يهدد حقوق الخزانة بالضياع إذا كانت مدة التقادم أقل من خمس سنوات ، وتحقيقا لهذه الغاية وتسوية بين الممولين الذين يخضعون لمختلف انواع الضرائب والرسوم المستحقة للدولة أو لأى شخص اعتبارى عام ، فقد سارت القوانين الخاصة على تحديد مدة التقادم بخمس سنوات من ذلك القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ بشأن ضرائب الدخل المعدل بالقانون رقم ١٨٧ لسنة ١٩٩٣ ، والقانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٤٤ بفرض رسم ايلولة على التركات ، والقانون رقم ٢٢٤ لسنة ١٩٥١ بتقرير رسم تمغة .

٦١٢ – لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم فى مدة تختلف عن المدة التى عينها القانون – النصوص القانونية : تنص الفقرة الأولى من المادة ٣٨٨ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« لايجوز الاتفاق على أن يتم التقادم فى مدة تختلف عن المدة التى عينها القانون» (١) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق .

= بدفع فوائد عن المبالغ غير المستحقة التى تردها ، فقد صدر القانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٥٠ يقضى بعدم جواز مطالبة مصلحة الضرائب بالفوائد عن المبالغ التى يحكم عليها بردها للممولين . وقد كانت محكمة النقض تقضى باستحقاق هذه الفوائد قبل العمل بالقانون سالف الذكر ، أما منذ هذا القانون فالنص صريح فى عدم استحقاق هذه الفوائد (انظر الوسيط جزء ٢ فقرة ٥٠٧ ص ٨٩٤ هامش رقم ٤).

(١) **تاريخ النص** : انظر ما يلى فقرة ٦٥٥ فى الهامش .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ١/٣٨٥ – وفى التقنين المدنى الليبى المادة ١/٣٧٥ – وفى التقنين المدنى العراقى المادة ١/٤٤٣ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ١/٣٤٦ [١] .

ويخلص من هذا النص أنه لا يجوز الاتفاق مقدماً على تعديل مواعيد التقادم التى قررها القانون ، لا بالزيادة ولا بالنقص . وقد كان التقنين المدنى السابق لا يشتمل على نص فى هذه المسألة ، فكان الفقه والقضاء يسيران على ما جرى عليه القضاء فى فرنسا [٢] . ويحرم القضاء الفرنسى الاتفاق على إطالة مدة التقادم ، إذ هو ضد مصلحة المدين ، وقد يكون فوق ذلك وسيلة إلى النزول عن التقادم قبل أن يتم ، كما إذا اتفق الطرفان على إطالة مدة التقادم إلى خمسين سنة أو إلى مائة ، فيكون هذا بمثابة النزول مقدماً عن التقادم من الناحية العملية [٣] . ولكن القضاء الفرنسى يجيز الاتفاق على تقصير مدة التقادم ، بشرط أن تكون المدة المتفق عليها كافية لأن يطالب الدائن بحقه ، فلا تكون قصيرة إلى حد لا تمكنه من ذلك عملياً ، وكثيراً ما كان يتفق على تقصير مدد التقادم فى عقود النقل وفى عقود التأمين [٤] . وحجة القضاء فى ذلك أن تقصير المدة هو مصلحة المدين ، ولكن هذه الحجة ليست حاسمة ، فانه يقع كثيراً أن يكون المدين هو الجانب الأقوى كما فى عقود الإذعان ومنها عقود النقل وعقود التأمين . ومن ثم حرم قانون ١٣ يوليه سنة ١٩٣٠ الذى نظم عقد التأمين فى فرنسا أى اتفاق على تقصير مدة التقادم ، بل وعلى إسقاط حق المؤمن له إذا لم يقم بأعمال معينة فى مدد قصيرة كالتبليغ عَن الحادث وتقديم المستندات [٥] .

أما التقنين المدنى المصرى الجديد فقد أتى ، كما رأينا ، بنص صريح فى المسألة، استمده من المشروع الفرنسى الايطالى . فنص على تحريم الاتفاق على إطالة مدة التقادم أو تقصيرها ، واعتبر مدة التقادم التى حددها القانون ملزمة للطرفين فلا يجوز لهما أن يتفقا

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى** : انظر ما يلى فقرة ٦٥٥ فى الهامش – وأحكام هذه التقنينات فى هذه المسألة متفقة مع أحكام التقنين المدنى المصرى .

(٢) استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٢٤ – الموجز للمؤلف فقرة ٦١٢ ص ٦٤٣ – الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٨٥١ .

(٣) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٥٠ – ولكن هذا لا يمنع من أن يقطع الدائن التقادم أو أن يقوم سبب لوقف سريانه ، فتطول مدة التقادم حتما من جراء قطعه أو وقفه (بلانيول وريبير وردوان فقرة ١٣٥٠) .

(٤) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٤٩ ص ٧٦٢.

(٥) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٤٩ .

على تعديلها . فتكون مدد التقادم إذن من النظام العام [1] ، ولا يجوز أن يترك تحديدها لمشيئة الأفراد[1] . ويترتب على ذلك أنه إذا اتفق الطرفان على تقصير مدة التقادم العادى، وهى خمس عشرة سنة ، إلى عشر سنوات أو خمس مثلا ، لم يعتد بهذا الاتفاق بل تكون المدة خمس عشرة سنة كاملة . وإذا اتفق الطرفان على إطالة مدة السنة المحددة لتقادم بعض الديون إلى سنتين أو ثلاث مثلا ، كان هذا الاتفاق باطلا ، وتبقى مدة التقادم سنة كما حددها القانون . وسنرى فيما يلى أن النزول عن التقادم مقدماً قبل أن يكتمل غير جائز [2] كاطالة مدة التقادم ، والجائز إنما هو النزول عن التقادم بعد أن يكتمل [3] .

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : «نهج المشروع نهج المشروع الفرنسى الإيطالى ، فحظر كل تعديل اتفاقى فى مدة التقادم المقررة فى القانون . ويفرق البعض بين الاتفاقات الخاصة بمد المدة والاتفاقات الخاصة بقصرها، يلحقون البطلان بالأولى دون الثانية . بيد أنه لم ير وجه للأخذ بهذه التفرقة ، لأن إقرار صحة الاتفاق على قصر المدة لا يؤمن معه الاعتساف ، ولا سيما فى عقود التأمين . وقد اتفق واضعو المشروع الفرنسى الإيطالى فيما بينهم على إقرار قاعدة حظر تعديل المدد المقررة فى القانون على المتعاقدين إطلاقاً ، لأن حكم التقادم يتعلق بالنظام العام، ولا ينبغى أن يترك تطبيقه لمشيئة الأفراد» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٥) .

وانظر ما يلى فقرة ٦٥٨ .

(1) اذ تقضى المادة ١/٣٨٨ من القانون المدنى بأنه لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم فى مدة تختلف عن المدة التى عينها القانون فأنه لا يجوز أن يترك تحديد مدة التقادم لمشيئة الافراد ويحظر كل تعديل اتفاقى فى مدة التقادم المقررة بالقانون .

(جلسة ١٩٧٠/٢/٣ مجموعة أحكام النقض السن ٢١ ص ٢٢٧)

(2) أ – النص فى الفقرة الأولى من المادة ٣٨٨ من القانون المدنى على أنه «لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه» يدل على أن كل اتفاق يتعهد بمقتضاه المدين بعدم التمسك بالتقادم يقع باطلا متى تم هذا الاتفاق قبل انقضاء مدته ، وأنه لا يجوز ترك مبدأ سريان التقادم لاتفاق يعقد بين الدائن والمدين.

(جلسة ١٩٧٩/١/٩ الطعن رقم ١٤ لسنة ٤٦ ق السنة ٣٠ ع ١ ص ١٣٧)

ب – لا يجوز قانونا النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه ، ولا يثبت هذا الحق إلا باكتمال مدة التقادم ، وانما يجوز النزول عن المدة التى انقضت فى تقادم لم يكتمل وهذا النوع من النزول انما يقطع التقادم على أساس اعتباره اقرارا من المدين بحق الدائن .

(جلسة ١٩٦٩/١/٣٠ مجموعة احكام النقض السنة ٢٠ ص ٢١٠)

(3) أ – لئن كان يجوز النزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه إلا أن هذا النزول لا يفترض ولا يؤخذ بالظن ولا يستفاد بذاته من مجرد التراضي فى التمسك به ، وان كان من الجائز عمل هذا التراضى محل النزول الضمنى وفقا للظروف ، إلا أنه يشترط لصحة ذلك أن يكون الاستخلاص مستمدا من دلالة واقعية نافية لمشيئة التمسك به .

(جلسة ١٩٧٩/٤/١٢ الطعن ٢٩ لسنة ٤٦ق)

(جلسة ١٩٧٨/١/١٠ الطعن ٣٦١ لسنة ٤٣ ق السنة ٩) =

وقد كان الاتفاق على تقصير مدة التقادم جائزاً فى عهد التقنين المدنى السابق، وفقاً لما جرى عليه القضاء الفرنسى فيما قدمناه . ومن ثم تنفذ الاتفاقات التى تكون قد عقدت فى ذلك العهد ، إذا كانت مدة التقادم التى اتفق على تقصيرها قد اكتملت قبل نفاذ التقنين الجديد . أما إذا كانت لم تكتمل ، فالظاهر أن الاتفاق على تقصير مدة التقادم تسرى عليه أحكام التقنين الجديد وهى هنا من النظام العام ، فلا يعتد بهذا الاتفاق وتبقى مدة التقادم كاملة دون تقصير كما حددها القانون .

المبحث الثانى

كيفية حساب مدة التقادم

٦١٣ – النصوص القانونية : تنص المادة ٣٨٠ من التقنين المدنى على ما يأتى :

«تحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات . ولا يحسب اليوم الأول ، وتكمل بانقضاء آخر يوم منها» .

= (جلسة ١٩٨٤/١٢/٣٠ الطعن ١٤٧٧ لسنة ٥١ ق السنة ٢٥ ص ٢٣١٥)

(جلسة ١٩٨٥/٥/٢٢ الطعن ١١٧ لسنة ٥١ ق)

ب – مؤدى نص المادة ٣٨٨ من القانون المدنى – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – أنه لا يجوز قانونا النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه ، ولا يثبت هذا الحق إلا باكتمال مدة التقادم ، والنزول عن التقادم هو عمل قانونى يتم بارادة المتنازل وحدها بعد ثبوت الحق فيه ولا يخضع لأى شرط شكلى فكما يقع صراحة يجوز أن يكون ضمنياً يستخلص من دلالة واقعية نافية لمشيئة التمسك به ، ومتى صدر هذا التنازل كان باتا لا يجوز الرجوع فيه ومن وقت صدوره يبدأ تقادم جديد تكون مدته مماثلة لمدة التقادم الأصلى .

(جلسة ١٩٨١/٦/٢٤ الطعن ٦٧١ لسنة ٤٨ ق السنة ٣٢ ص ١٩٣٥)

(جلسة ١٩٧٨/١٢/٢٠ الطعن ٩٦ لسنة ٤٦ ق السنة ٢٩ ص ١٩٧٧)

(جلسة ١٩٧٥/١٢/١٨ الطعن ٣٤٩ لسنة ٣٩ ق السنة ٢٦ ص ٤٢٩)

(جلسة ١٩٧٢/٣/٣٠ الطعن ١٩٨ لسنة ٣٧ ق السنة ٢٣ ص ٥٧٧)

جـ – التقادم لا يتعلق بالنظام العام ويجب التمسك به أمام محكمة الموضوع ، إذ كان الثابت من الاوراق أن الطاعنين لم يتمسكوا أمام محكمة الموضوع بتقادم دعوى البطلان، فأنه لا يقبل منهم التمسك بالتقادم لاول مرة أمام محكمة النقض .

(جلسة ١٩٧٧/١٢/١٥ الطعن ٩٣ لسنة ٣٩ ق السنة ٢٨ ص ١٨١٠)

وتنص المادة ٣٨١ على ما يأتى :

«١ – لا يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص إلا من اليوم الذى يصبح فيه الدين مستحق الأداء» .

«٢ – وبخاصة لا يسرى التقادم بالنسبة إلى دين معلق على شرط واقف إلا من الوقت الذى يتحقق فيه الشرط ، وبالنسبة إلى ضمان الاستحقاق إلا من الوقت الذى يثبت فيه الاستحقاق ، وبالنسبة إلى الدين المؤجل إلا من الوقت الذى ينقضى فيه الأجل» .

«٣ – وإذا كان تحديد ميعاد الوفاء متوقفاً على إرادة الدائن ، سرى التقادم من الوقت الذى يتمكن فيه الدائن من إعلان إرادته» (١) .

ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الأحكام كان معمولا به بها دون نص لاتفاقهما مع القواعد العامة (٢) .

وتقابل هذه النصوص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادتين ٣٧٧ – ٣٧٨ – وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٣٦٧ – ٣٦٨ – وفى التقنين المدنى العراقى المواد ٤٣٢ – ٤٣٤ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣٤٨ (٣) .

---

(١) **تاريخ النصوص** :

م ٣٨٠ : ورد هذا النص فى المادة ٥١٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «تحسب مدة التقادم بالتقويم الهجرى ، وتكون بالأيام لا بالساعات ، ولا يحسب اليوم الأول، وتكمل المدة بانقضاء آخر يوم فيها» . وفى لجنة المراجعة حذف النص على الحساب بالتقويم الهجرى حتى يكون الحساب بالتاريخ الميلادى طبقا للقاعدة العامة التى نص عليها فى الباب التمهيدى ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، وصار رقمه المادة ٣٩٣ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٨٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٢ – ص ٣٢٣) .

م ٣٨١ : ورد هذا النص فى المادة ٥١٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن الفقرة الأولى من المشروع التمهيدى لم تكن تشتمل على عبارة «فيما لم يرد فيه نص خاص» . وقد أضيفت هذه العبارة فى لجنة المراجعة ، فكمل تطابق النص ، وأصبح رقمه المادة ٣٩٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٨١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٤ وص ٣٢٦) .

(٢) ولكن التقويم الهجرى كان هو المعمول به فى حساب مدد التقادم فى عهد التقنين المدنى السابق ، أما التقنين المدنى الجديد فتقضى نصوصه بأن يكون حساب مدد التقادم بالتقويم الميلادى .

(٣) **التقنينات المدنية العربية الأخرى** :

التقنين المدنى السورى : م ٣٧٧ – ٣٧٨ (مطابقتان للمادتين ٣٨٠ – ٣٨١ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى : م ٣٦٧ – ٣٦٨ (مطابقتان للمادتين ٣٨٠ – ٣٨١ من التقنين المصرى) . =

وتعرض هذه النصوص لمسألتين : (١) حساب مدة التقادم (٢) ومبدأ سريان التقادم.

٦١٤ – حساب مدة التقادم : تقول المادة ٣٨٠ مدنى : «تحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات» . ذلك أننا لو حسبنا المدة بالساعات ، لاقتضى ذلك أن نعرف فى أية ساعة على وجه الدقة بدأ سريان التقادم . وهذا أمر تتعذر معرفته ، فان التاريخ الذى يكتب فى الأوراق ويؤخذ عادة مبدأ لسريان التقادم لا تذكر فيه الساعة بل اليوم . فوجب إذن حساب المدة من يوم إلى يوم ، ابتداء من منتصف الليل إلى منتصف الليل التالى ، وفقاً للتقويم الميلادى [١] . ويقتضى هذا عدم حساب اليوم الأول ، لأن يكون يوماً ناقصاً أو جزءاً من يوم [٢] . ذلك أنه إذا لم يكن سريان التقادم قد بدأ عند منتصف الليل تماماً ، وهذا أمر نادر لا يدخل فى الحساب، وأردنا أن نحسب ما تقدم من الساعات على منتصف الليل ، لاقتضى ذلك أن نحسب المدة بالساعات ، من الساعة التى بدأ فيها على وجه الدقة سريان التقادم ، وهذا أمر تتعذر معرفته كما سبق القول . فالحساب بالأيام يقتضى إذن إغفال اليوم الناقص ، ثم حساب مدة التقادم يوماً فيوماً ، حتى نصل إلى منتصف الليل من اليوم الذى يتم به عدة التقادم السنين التى حددها القانون ، ولا يتم التقادم إلا عند منتصف هذا الدليل . وتقول المادة ٣٨٠ مدنى: «ولا يحسب اليوم الأول ، وتكمل المدة بانقضاء آخر يوم منها» .

ويدخل فى الحساب ما يتخلل هذه الأيام من مواسم وأعياد ، وإذا كان التقادم لا

= **التقنين المدنى العراقى** م ٤٣٢ : إذا ترك السلف الدعوى مدة، وتركها الخلف مدة أخرى، وبلغ مجموع المدتين الحد المقرر لعدم سماع الدعوى ، فلا تسمع .

م ٤٣٣ : تحسب المدة التى تمنع من سماع الدعوى بالتقويم الميلادى، وتكون بالأيام لا بالساعات .

م ٤٣٤ : ١ – يعتبر ابتداء المدة المقررة لعدم سماع الدعوى من اليوم الذى يصبح فيه الالتزام مستحق الأداء . ٢ – ففى دعوى الدين المؤجل تبدأ المدة من وقت حلول الأجل، وفى دعوى الدين المعلق على شرط من وقت تحقق الشرط ، وفى دعوى ضمان الاستحقاق من الوقت الذى يثبت فيه الاستحقاق . ٣ – وإذا كان تحديد ميعاد الوفاء متوقفاً على إرادة الدائن ، سرى مرور الزمن من الوقت الذى يتمكن فيه الدائن من إعلان إرادته .

(وأحكام التقنين العراقى متفقة مع أحكام التقنين المصرى : انظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٣٩٠ – فقرة ٣٩١).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٣٤٨ : لا يبتدئ حكم مرور الزمن إلا يوم يصبح الدين يستحق الأداء . وتحسب المدة بالأيام لا بالساعات ، ولا يحسب يوم البداءة . وتعد مدة مرور الزمن تامة عند انقضاء اخر يوم فيها . (وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

(١) استئناف مصر ٣ أبريل سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٤ رقم ٢٧ ص ٣١ .

(٢) استئناف مختلط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٧٨ .

يكتمل إلا بانقضاء آخر يوم منه ، فانه يقع صحيحاً ما يتخذ من الإجراءات بشأن قطع التقادم في هذا اليوم . فان كان اليوم الأخير يوماً من أيام الأعياد أو المواسم ، وتعذر اتخاذ إجراءات فيه لقطع التقادم ، فان سريان التقادم يوقف بالقوة القاهرة إلى اليوم التالي أو إلى أول يوم صالح لاتخاذ الإجراء ، ولا يكتمل التقادم إلا بانقضاء هذا اليوم دون أن يقطع الدائن سريانه (١) .

هذا وفي حساب المدة تضم مدة السلف إلى مدة الخلف . فلو أن الدائن قد مات بعد استحقاق الدين بسبع سنوات ، وكانت مدة التقادم خمس عشرة سنة ، فلا يبقى أمام وارث الدائن إلا ثماني سنوات للمطالبة بالدين . فان انقضت هذه المدة دون أن يطالب الوارث بالدين، سقط الدين بالتقادم ، لأن مدة المورث ضمت إلى مدة الوارث في الحساب . ولو أن الدائن نزل عن الدين المحال له بعد سبع سنوات من استحقاقه، فان المحال له لا يبقى أمامه للمطالبة بالدين إلا ثماني سنوات ، لأن مدة سلفه تضم إلى مدته في حساب التقادم ، على نحوما رأينا في ضم مدة المورث إلى مدة الوارث . فالخلف ، سواء كان خلفاً عاماً أو خلفاً خاصاً ، تحسب عليه مدة سلفه وتضم إلى مدته لاكتمال التقادم (٢) .

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد ينص على حساب مدة التقادم بالتقويم الهجرى (٣) ، كما كان الأمر في عهد التقنين المدنى السابق حيث كان القضاء يحسب مدة التقادم ، وهى مأخوذة من الشريعة الإسلامية ، بالتقويم الهجرى . ولكن التقنين

---

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : «تحسب مدة التقادم ، أيا كانت ، بالأيام لا بالساعات . ويتفرع على ذلك أن اليوم الأول لا يدخل في الحساب ، في حين يدخل فيه ما يعرض خلال هذه المدة من أيام المواسم والأعياد. وينبغى لاستكمال مدة التقادم أن ينقضى آخر يوم فيها، ولذلك يقع صحيحاً ما يتخذ من الإجراءات بشأن التقادم في هذا اليوم ، كإجراءات قطع المدة مثلا . وإذا وقع آخر أيام المدة في عطلة عيد أو موسم لا يتيسر اتخاذ الإجراءات في خلالها ، كان ذلك من قبيل القوة القاهرة ، ووقف سريان التقادم : انظر المادة ٢/٥١٩ من المشروع والمادة ٥٦٣ من التقنين البرتغالى» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٥) .

وانظر في هذا المعنى المادة ١٩٣ من التقنين المدنى الألمانى – الأستاذ عبدالحى حجازى ٣ ص ٣٣٠ – ويذهب بودرى وتيسييه إلى عكس ذلك ، وإلى أن التقادم يكتمل بانقضاء اليوم الأخير حتى لو كان يوم عطلة (بودرى وتيسييه فقرة ٥٨٣) .

(٢) انظر في هذا المعنى المادة ٤٣٢ من التقنين المدنى العراقى (آنفا فقرة ٦١٣ في الهامش) – وانظر أيضا الموجز للمؤلف فقرة ٦٠٥ ص ٦٢٦ .

(٣) انظر تاريخ نص المادة ٣٨٠ مدنى (آنفا فقرة ٦١٣ في الهامش) .

المدنى الجديد حذف النص على الحساب بالتقويم الهجرى [1] ، فوجب الحساب بالتقويم الميلادى تطبيقاً لأحكام المادة ٣ مدنى ، وتنص على أن «تحسب المواعيد بالتقويم الميلادى، ما لم ينص القانون على غير ذلك» [2] . من أجل هذا قد يقع أن تكون مدة التقادم بحسب التقويم الهجرى مكملة قبل نفاذ التقنين المدنى الجديد ، أى قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فيسقط بالتقادم حتى لو لم تكن المدة قد اكتملت بحسب التقويم الميلادى . أما إذا كانت المدة لم تكتمل بالتقويم الهجرى قبل يوم ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فان التقادم يستمر سارياً ، ولكن تحسب المدة من أولها بالتقويم الميلادى تطبيقاً لأحكام التقنين المدنى الجديد . فلو أن المدة التى انقضت قبل يوم ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ كانت خمس عشرة سنة هجرية إلا يوماً واحداً ، فان التقادم فى هذه الحالة يحسب من أوله بالتقويم الميلادى ، ويبقى على اكتمال المدة ، لا يوم واحد فحسب ، بل هذا اليوم مضافاً إليه عدد أخر من الأيام هو الفرق ما بين خمس عشرة سنة ميلادية وخمس عشرة سنة هجرية . فتكون المدة الباقية لاكتمال التقادم فى الحالة التى نحن بصددها هى مائة وتسعة وستون يوماً بدلا من يوم واحد ، إذا حسبنا فى الخمس العشرة سنة ميلادية ثلاث سنوات كبيسة على الأقل [3] (1) .

٦١٥ – مبدأ سريان التقادم – القاعدة العامة واستثناءاتها : تضع الفقرة الأولى من المادة ٣٨١ مدنى القاعدة العامة فى تحديد مبدأ سريان التقادم ، فقد رأيناها نص على أنه «يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص إلا من اليوم الذى يصبح فيه الدين مستحق

---

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٦٠٥ – المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٥

(٢) انظر تاريخ نص المادة ٣٨٠ مدنى (آنفا فقرة ٦١٣ فى الهامش) .

(٣) ذلك أن هناك فرقاً هو أحد عشر يوماً ما بين السنة الميلادية والسنة الهجرية ، فيكون مجموع الفرق خمس عشرة سنة ميلادية هو مائة وخمسة وستون يوماً . يضاف إلى ذلك ثلاثة أيام عن السنوات الكبيسة الثلاث ، كما يضاف اليوم الذى كان باقياً لاكتمال التقادم قبل نفاذ التقنين المدنى الجديد، فيكون مجموع كل ذلك هو مائة وتسعة وستون يوماً .

(1) مفاد الفقرتين الأولى والثانية من المادة السابعة من التقنين المدنى أن القوانين المتعلقة بالتقادم تسرى من وقت العمل بها طبقا للأثر المباشر للتشريع على كل تقادم لم يتم، وأن يحكم القانون القديم المدة التى سرت من التقادم فى ظله من حيث تعيين اللحظة التى بدأت فيها وكيفية حسابها وما طرأ عليها من أسباب قطعها أو توقفها ، على أن يحكم القانون الجديد المدة التى تسرى فى ظله من هذه المناحى .

(جلسة ١٩٧١/١١/١٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ ص ٨٧٩)

(جلسة ١٩٦٦/٢/٢٤ مجموعة احكام النقض السنة ١٧ ص ٤٢٥)

الأداء» . فالقاعدة إذن أن يبدأ سريان التقادم من وقت استحقاق الدين[1] ، إذ أن الدائن لم يكن يستطيع المطالبة بالدين قبل استحقاقه ، وينبغى أن يكون الدائن خلال مدة التقادم قادراً على مطالبة المدين ولم يفعل ، فيتقادم الدين جزاء له على إهماله . وتفريعاً على ذلك ، إذا كان الدين غير مستحق الأداء إلا بعد مدة معينة ، لم يسر التقادم إلا من وقت استحقاق الدين للإداء ، ما دام الدائن كان لا يستطيع المطالبة بالدين قبل ذلك [1] .

---

(١) بلانيول وريبير ورودان ٧ فقرة ١٣٥٢ – وقارن بوردى وتيسييه فقرة ٣٨١ وفقرة ٣٨٨ ومع ذلك انظر فقرة ٣٨٤ مكررة .

ومن ثم يبدأ سريان التقادم ، بالنسبة إلى دعوى التعويض التى يرفعها المالك على مغتصب باع الملك الذى اغتصبه ، لا من وقت الاغتصاب ، بل من وقت البيع (استئناف مختلط ٣١ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٥٣ – ١٦ فبراير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٥٥) .

ويبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الضرائب من تاريخ إقفال ميزانية الممول أو المنشأة، لا من تاريخ تقديم الممول أو المنشأة للإقرار (السويس ١٤ أبريل سنة ١٩٥١ المحاماة ٣٢ رقم ٧١ ص ٢٦٥) .

ويسرى التقادم بالنسبة إلى الأرباح التجارية من يوم إمكان المطالبة بالدين (استئناف مصر ٣ أبريل سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٤ رقم ٢٧ ص ٣١) .

ويبدأ سريان التقادم ، بالنسبة إلى حق الكفيل فى الرجوع على المدين ، من تاريخ وفاء الكفيل لهذا الدين ، لا من تاريخ استحقاق الدين المكفول (نقض مدنى ١٩ مايو سنة ١٩٤٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٥٢ ص ١٤٣) .

ويبدأ سريان التقادم ، بالنسبة إلى دعوى تقديم الحساب على مصفى الشركة ، من وقت انتهاء مهمة المصفى (استئناف مختلط ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٠٤ م ١٧ ص ١٢) .

ويبدأ سريان التقادم ، بالنسبة إلى التزام الدائن المرتهن برد الشئ المرهون حيازة ، من وقت انقضاء الدين وصيرورة الشئ المرهون واجب الرد (بودرى وتيسييه فقرة ٣٨٤) .

ويبدأ سريان التقادم ، بالنسبة إلى حق الفضولى فى استرداد المصروفات التى صرفها فى أعمال الفضالة ، من وقت قيامه قصداً بالعمل الذى ترتب عليه منفعة رب العمل (نقض مدنى ١٢ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٦٩ ص ٤٧٦) .

ويبدأ سريان التقادم ، بالنسبة إلى دعوى مسئولية أمين النقل ، من اليوم الذى يجب أن يتم فيه النقل (نقض مدنى ٧ يناير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٥٩ ص ٤٠٢ – ٣١ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٨٨ ص ٦٤٢) .

(1) أذا كانت المادة ٣٧٧ من القانون المدنى تنص على أنه تتقادم بثلاث سنوات الرسوم المستحقة للدولة وكانت المادة ٣٨١ من القانون المذكور تنص على أنه لا يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص إلا من اليوم الذى يصبح فيه الدين مستحق الأداء وإذ لم يرد بشأن رسوم التسجيل نص خاص يقضى ببدء سريانها من تاريخ آخر غير تاريخ استحقاقها فإن سريان التقادم بالنسبة لهذه الرسوم يبدأ من اليوم الذى تصبح فيه مستحقة الأداء بتمام مقابله وهو شهر العقد ومنه يبدأ تقادم ذلك الدين (الرسم) .
(جلسة ١٩٦٥/١٢/٩ مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ ص ١٢١٠)

هذا ما لم يرد نص خاص يجعل مبدأ سريان التقادم غير يوم استحقاق الدين . وهناك فعلا نصوص خاصة ، بعضها يجعل مبدأ سريان التقادم بعد يوم استحقاق الدين ، وبعضها يجعله قبل يوم الاستحقاق .

فمن النصوص التى تجعل مبدأ سريان التقادم بعد يوم استحقاق الدين ما ورد خاصاً بالتقادم الثلاثى بالنسبة إلى الالتزامات الناشئة من العمل غير المشروع[1] أو الإثراء بلا سبب أو دفع غير المستحق[2] أو الفضالة فهذه الالتزامات جميعاً لا يسرى فى حقها تقادم الثلاث

---

(1) أ – أنه وإن كان استخلاص علم المضرور بحدوث الضرر وبشخص المسئول عنه يعتبر من المسائل المتعلقة بالواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع ، إلا أن لمحكمة النقض أن تبسط رقابتها متى كانت الاسباب التى بنى عليها الحكم استخلاصه ليس من شأنها أن تؤدى عقلا إلى النتيجة التى انتهت إليها .

(جلسة ١٩٧٨/٦/٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ ص ١٤٠١)

(جلسة ١٩٧٦/١/١٤ الطعن ١٥٩ لسنة ٤٢ ق السنة ٢٧ ص ٢١٧)

ب – لما كانت المادة ١٧٢ من القانون المدنى تقضى بأنه اذا كانت دعوى التعويض ناشئة عن جريمة فأنها لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية حتى يتمكن المضرور فى الوقت الذى يعاقب فيه الجانى أن يتقاضى منه التعويض المدنى ، وكان الثابت أن دعوى التعويض التى أقامها مورث المطعون عليها ناشئة عن جريمة وهو الخطأ الذى نسب إلى ابن الطاعن من أنه كان يركب حصانا دهم به ابنة المورث المذكور فقتلها لا يغير من ذلك أن النيابة العامة صرفت النظر عن اتهامه ، وإذ بين من الحكم المطعون فيه أن التحقيق ظل يجرى بمعرفة النيابة العامة فى قضية الجنحة التى حررت عن الواقعة حتى يوم ١٩٦٢/١٢/١ وأنه لم تنقض مدة ثلاثة سنوات حتى تاريخ رفع الدعوى الحالية فى ١٩٦٥/١/٣٠ ، واذ رتب الحكم على ذلك قضاءه برفض الدفع بالتقادم فان النعى عليه بالخطأ فى تطبيق القانون يكون على غير أساس .

(جلسة ١٩٧٥/١١/٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص ١٣٥٩)

(جلسة ١٩٧٥/٦/١٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص ١٢٢١)

جـ – المراد بالعلم ببدء سريان التقادم الثلاثى المستحق طبقا لنص المادة ١٧٢ من القانون المدنى هو العلم الحقيقى الذى يحيط بوقوع الضرر الشخصى المسئول عنه باعتبار أن انقضاء الثلاث السنوات من يوم هذا العلم ينطوى على تنازل المضرور عن حق التعويض الذى فرضه القانون على الملتزم دون ارادته وفى جميع الاحوال يسقط الحق فى التعويض عن الفعل الضار المستحق باقتضاء خمس عشرة سنة تبدأ من يوم وقوع العمل غير المشروع .

(جلسة ١٩٦٢/٥/١٠ مجموعة احكام النقص السنة ١٣ ص ٦٤٢)

(جلسة ١٩٧٥/٥/٢٠ مجموعة احكام النقص السنة ٢٦ ص ١٠١٧)

(2) تقضى المادة ٣٧٧ من القانون المدنى بأنه «يتقادم بثلاث سنوات الحق فى المطالبة برد الضرائب والرسوم التى دفعت بغير حق ويبدأ التقادم من يوم دفعها ومؤدى صريح هذا النص أن التقادم فى هذه الحالة يبدأ من يوم دفع الرسوم المطالب بردها ودون توقف على علم الممول بحقه فى الرد . وحكم هذه المادة=

السنوات إلا من اليوم الذى فيه الدائن بقيام الدين وبالشخص المسئول عنه ، وقد يتأخر هذا اليوم عن اليوم الذى يستحق فيه الدين وهو اليوم الذى وقع فيه العمل غير المشروع أو الإثراء بلا سبب أو دفع غير المستحق أو الفضالة [1] . كذلك يجرى التقادم الثلاثى بالنسبة إلى دعاوى إبطال العقد لنقص الأهلية أو الغلط أو التدليس أو الإكراه من اليوم الذى يزول فيه نقص الأهلية أو ينكشف فيه الغلط أو التدليس أو ينقطع فيه الإكراه ، وهذا اليوم يتأخر عادة عن اليوم الذى يمكن فيه رفع دعوى الإبطال [2] . كذلك يسرى التقادم الثلاثى بالنسبة إلى الدعوى البولصية من اليوم الذى يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف ، وهذا اليوم يتأخر عادة عن اليوم الذى يمكن فيه رفع الدعوى وهو اليوم الذى وقع فيه التصرف المطعون فيه[3](1) .

= يعتبر استثناءً وارد على القاعدة العامة المنصوص عليها فى المادة ١٨٧ من القانون المدنى .

(جلسة ١٩٦٦/٢/٢٤ الطعن رقم ٩٣ لسنة ٣١ ق السنة ١٧ ص ٤٢٥)

(١) أنظر م ١٧٢ مدنى بالنسبة إلى العمل غير المشروع ، و م ١٨٠ مدنى بالنسبة إلى الإثراء بلا سبب ، و م١٨٧ مدنى بالنسبة إلى دفع غير المستحق ، و م ١٩٧ مدنى بالنسبة إلى الفضالة .

(٢) أنظر م ١٤٠ مدنى .

(٣) انظر م ٢٤٣ مدنى .

(1) أ – مفاد نص المادة ٢٤٣ من القانون المدنى أن الدعوى البوليصة تسقط بأقصر المدتين ؛ الاولى ثلاث سنوات تبدأ من تاريخ علم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف فى حقه لأن الدائن قد يعلم بالتصرف ولا يعلم بما يسببه من إعسار للمدين أو بما ينطوى عليه من غش إذا كان من المعاوضات . والثانية خمس عشرة سنة من الوقت الذى صدر فيه التصرف ومن ثم فإنه على من يتمسك بالتقادم الثلاثى المشار إليه أن يبين علم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف وتاريخ هذا العلم لتبدأ منه مدة ذلك التقادم .

(جلسة ١٩٧٩/١٢/٦ الطعن ٤١٣ لسنة ٤٦ ق السنة ٣٠ ع ٣ ص ١٧١)

(جلسة ١٩٧٧/١/١١ الطعن ٦٣٦ لسنة ٤٢ السنة ٢٨ ص ١٩٤)

ب – مؤدى نص المادتين ٦٥١ ، ٦٥٤ من القانون المدنى أن ميعاد سقوط دعاوى ضمان المهندس المعمارى والمقاول يبدأ من تاريخ التهدم الفعلى الكلى أو الجزئى فى حالة عدم انكشاف العيب الذى أدى إليه ، ومن تاريخ انكشاف العيب دون انتظار إلى تفاقمه حتى يؤدى إلى تهدم المبنى واضطرار صاحبه إلى هدمه .

(الطعن رقم ٣٥٦ سنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/٥/٣١ س ٢٤ ص ٨٥٣)

جـ – دعوى التعويض التى يرجع بها المالك الحقيقى على البائع لملكه فى حالة عدم إمكانه استرداد المبيع من المشترى يبدأ سريان التقادم بالنسبة لها من وقت البيع الذى صدر من البائع للمشترى (فى ظل القانون المدنى القديم) إذ أن هذا البيع هو العمل غير المشروع الذى سبب الضرر المطالب بالتعويض عنه . =

ومن النصوص التى تجعل مبدأ سريان التقادم قبل يوم استحقاق الدين ما ورد فى الفقرة الثالثة من المادة ٣٨١ مدنى ، وتقضى كما رأينا بأنه «إذا كان تحديد ميعاد الوفاء متوقفاً على إرادة المدين ، سرى التقادم من الوقت الذى يتمكن فيه الدائن من إعلان إرادته» . فالدين هنا لا يستحق إلا إذا أعلن الدائن فعلا إرادته فى استيفائه ، ومع ذلك يبدأ سريان التقادم بالنسبة إليه من اليوم الذى يتمكن فيه الدائن من إعلان إرادته ولو لم يعلنها بالفعل ، أى فى يوم سابق على استحقاق الدين . كذلك نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٨٦ مدنى على أنه «إذا سقط الحق بالتقادم سقطت معه الفوائد وغيرها من الملحقات ، ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات» . فهذا النص يجعل الفوائد والملحقات تتقادم بتقادم الحق نفسه ، وقد يبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الحق قبل استحقاق الفوائد والملحقات ، ومن ثم يبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الفوائد والملحقات قبل استحقاقها .

٦١٦ – مبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى دين معلق على شرط وبالنسبة إلى ضمان الاستحقاق : وتطبيقاً للقاعدة العامة من أن مبدأ سريان التقادم يكون من وقت استحقاق الدين ، يبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الدين المعلق على شرط واقف من وقت تحقق هذا الشرط[1] ، لأن هذا الدين لا يستحق إلا من هذا الوقت ، وقبل تحقق الشرط الواقف لم

= (الطعن رقم ٢٥٦ سنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/٤/٢٦ س ١٣ ص ٥٠٦)

د – تنص المادة السابعة من المرسوم بقانون رقم ٨٥ لسنة ١٩٣٣ على أنه «يجب على أصحاب المحال أو يوردوا فى اليوم التالى لكل حفلة إلى أقرب خزانة تابعة لوزارة المالية جميع المبالغ المتحصلة من الضريبة على الدخول أو أجور الأمكنة» كما تنص المادة ١٢ على أنه «يجب على المستغلين تكملة كل فرق بالنقص بين المستحق من الضريبة وبين المودع بخزانة وزارة المالية وذلك فى ظرف ٢٤ ساعة من تاريخ الإخطار الذى يرسل إليهم ذلك» ومفاد ذلك أن ضريبة الملاهى ليست من الضرائب السنوية التى يبدأ سريان التقادم فيها من نهاية السنة التى تستحق فيها وبالتالى فانه طبقا للقانون رقم ٢ لسنة ١٩٤٠ والمادتين ٣٧٧ فقرة أولى و ٣٨١ من القانون المدنى القائم يسقط الحق فى المطالبة بالمستحق من ضريبة الملاهى بمضى ثلاث سنين ميلادية من تاريخ استحقاقها .

(الطعن رقم ٣٥٠ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٦٣/١١/٢٠٨ س ١٤ ص ١٠٩٨)

(1) أ – التقادم المسقط بالنسبة للالتزام المعلق على شرط واقف أو المضاف إلى أجل لا يسرى إلا من وقت تحقق هذا الشرط أو حلول الأجل .

(جلسة ١٩٧٩/٤/١٢ الطعن ٣٤٥ لسنة ٤٦ ق)

ب – جرى قضاء محكمة النقض على أن التقادم المسقط – سواء فى ظل التقنين المدنى القديم أو القائم – لا يبدأ سريانه الا من الوقت الذى يصبح فيه الدين مستحق الإداء، مما يستتبع أن التقادم ، لا يسرى بالنسبة إلى الالتزام المعلق على شرط موقف ، الا من وقت تحقق هذا الشرط .

(الطعن رقم ٢٠٠ سنة ٢٧ ق جلسة ١٩٧٢/٢/٢٩ س ٢٣ ص ٢٦١)

(جلسة ١٩٦٧/٤/١٩ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ ص ٨٤٠)

يكن من الممكن معرفة ما إذا كان الدين يستحق أو لا يستحق . وإذا كان لتحقق الشرط الواقف أثر رجعي ، فيعتبر الالتزام موجوداً لا من وقت تحقق الشرط فحسب بل من وقت قيام مصدر الالتزام ، إلا أن الالتزام لا يكون نافذاً إلا من وقت تحقق الشرط، والعبرة في مبدأ سريان التقادم بنفاذ الالتزام لا بوجوده [1].

ويترتب على ذلك أن مبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى ضمان الاستحقاق هو من الوقت الذى يثبت فيه الاستحقاق بحكم نهائي [1]. ذلك أن التزام البائع بضمان استحقاق المبيع هو التزام معلق على شرط واقف ويتحقق الشرط بثبوت استحقاق المبيع بالحكم النهائي [2].

---

(١) استئناف مختلط ٣ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٠٢ – ويعلل بعض الفقهاء تأخر سريان التقادم إلى وقت تحقق الشرط تعليلا آخر ، فيذهبون إلى أن سريان التقادم يكون موقوفاً بموجب القاعدة التى تقضى بوقف التقادم حيث يتعذر على الدائن قطعه (Contra non valentem agrere non currit praescriptio) ، وسنعرض لهذه القاعدة فيما يلى . وقد بين بودرى وتيسييه خطأ هذا الرأى ، فان الدائن يستطيع قطع التقادم قبل تحقق الشرط ، لإن قطع التقادم من الأعمال التحفظية التى يستطيع أن يقوم بها الدائن تحت شرط واقف (بودرى وتيسييه فقرة ٣٨٩) .

(٢) استئناف وطنى ٢٠ مارس سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٦٨ ص ١١٨ – استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٢٣ – بودرى وتيسييه فقرة ٣٩٣ .

أما ضمان التعرض فيبدأ سريان التقادم فيه من وقت حصول التعرض (نقض مدنى ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٢ قم ٧٩ ص ٢٨٠ – استئناف مختلط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١١٣ – ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٣٨ – ١٣ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٩٢). وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأن حق المشترى فى رفع دعوى الضمان على البائع (أى ضمان التعرض) لا يتوقف وجوده على صدور حكم نهائى بنزع ملكية المشترى من العقار المبيع ، بل يكفى لنشوء هذا الحق أن يحرم المشترى فعلا من العقار المبيع لأى سبب سابق على البيع لم يكن له يد فيه أو ليس فى مقدوره دفعه . وإذا كانت مدة التقادم المسقط للحق لا تبتدئ إلا من وقت وجود هذا الحق ، كان التقادم فى دعوى الضمان يسرى من تاريخ المنازعة فى الملك على المعنى السابق بيانه (نقض مدنى ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٧ ص ٩٩) . ونرى من ذلك أن التقادم بالنسبة إلى ضمان التعرض يسرى أولا ، فإذا أعقب التعرض استحقاق سرى تقادم جديد بالنسبة إلى ضمان الاستحقاق من وقت صدور الحكم النهائى باستحقاق المبيع ، حتى لو كان التقادم بالنسبة إلى ضمان التعرض قد اكتمل قبل ذلك .

وإما ضمان العيب فتبدأ مدة السقوط فيه من وقت العلم اليقينى بالعيب وذلك فى عهد التقنين المدنى السابق : م ٤٠١/٣٢٤ (نقض مدنى ٢٤ ديمسبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٤٧ ص ٣٠٧) ، ويسرى التقادم فيه فى عهد التقنين المدنى الجديد من وقت تسليم المبيع إلى المشترى (انظر المادة ٤٥٢ من التقنين المدنى الجديد) .

(1) القاعدة سواء فى التقنين المدنى القديم أو القائم أن التقادم المسقط لا يبدأ سريانه إلا من الوقت الذى=

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٨١ مدنى ، كما رأينا ، على الأحكام المتقدم ذكرها، فقالت : «وبخاصة لا يسرى التقادم بالنسبة إلى دين معلق على شرط واقف إلا من الوقت الذى يتحقق فيه الشرط ، وبالنسبة إلى ضمان الاستحقاق إلا من الوقت الذى يثبت فيه الاستحقاق» (١) .

أما الدين المعلق على شرط فاسخ ، فانه نافذ منذ وجوده . ويبقى نافذاً إلى أن يتحقق الشرط الفاسخ ، فاذا تحقق الشرط زال الالتزام بأثر رجعى . ويترتب على ذلك أن مبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الدين المعلق على شرط فاسخ يكون من وقت نفاذه، أى قبل تحقق الشرط الفاسخ . فاذا اكتمل التقادم قبل تحقق الشرط ، سقط الالتزام بالتقادم سواء تحقق الشرط أو لم يتحقق . أما إذا لم يكتمل التقادم وتحقق الشرط الفاسخ ، فقد زال الالتزام بأثر رجعى كما قدمنا . وإذا تبين أن الشرط الفاسخ لن يتحقق وأصبح الالتزام باتاً ، بقى التقادم سارياً منذ بدأ ، إلى أن يتكامل أو إلى أن ينقطع (٢) .

٦١٧ – مبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى دين مؤجل : وتطبيقاً للقاعدة العامة أيضاً فى مبدأ سريان التقادم ، يبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الدين المؤجل من وقت حلول الأجل، بانقضائه أو بسقوطه أو بالنزول عنه ممن له مصلحة فيه . ذلك أن الدين يصبح مستحقاً من وقت حلول الأجل ، فمن هذا الوقت يبدأ سريان التقادم . ويستوى فى ذلك أن يكون الأجل صريحاً أو ضمنياً ، معيناً أو غير معين ، اتفاقاً أو قانونياً أو قضائياً .

فاذا كان الدين مقسطاً ، فكل قسط يعتبر ديناً مستقلا بذاته ، ويسرى التقادم بالنسبة إلى كل قسط من وقت حلول هذا القسط (٣) .

= يصبح فيه الدين مستحق الاداء مما يستتبع أن التقادم لا يسرى بالنسبة إلى الالتزام المعلق على شرط واقف إلا من وقت تحقق هذا الشرط، وإذ كان ضمان الاستحقاق التزاما طرفياً يتوقف وجوده على نجاح التعرض فى دعواه فان لازم ذلك ان التقادم لا يسرى بالنسبة لهذا الضمان إلا من الوقت الذى يثبت فيه الاستحقاق بصدور حكم نهائى به لا من وقت رفع الدعوى بالاستحقاق .

(جلسة ١٩٦٦/٣/١٠ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ ص ٥٦٤)

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : «ويبدأ سريان التقادم من الوقت الذى يصبح فيه الدين مستحق الأداء ، وتحتسب المدة من أول يوم كامل يلى هذا الوقت. ولا يسرى التقادم طبقا لهذه القاعدة ، بالنسبة لدين معلق على شرط موقف ، إلا من وقت تحقق الشرط . وكذلك يكون الحكم فى ضمان الاستحقاق بوصفه التزاماً شرطياً، يتوقف وجوده على نجاح المتعرض فى دعواه» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٥) .

(٢) بلانيول وريبير وردوان ١ فقرة ١٣٥٤ .

(٣) استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٣٣٤ .

كذلك الديون الدورية بوجه عام ، كالأجر والأجور والفوائد وأقساط الإيراد ، فهى تحل فى مواعيد دورية . وكل دفعة منها تحل ، يبدأ سريان التقادم بالنسبة إليها من وقت حلولها. ولا يتوقف سريان التقادم بالنسبة إلى أية دفعة على سريانه بالنسبة إلى الدفعات الأخرى، بل كل دفعة تعتبر ديناً قائماً بذاته مستقلا بالنسبة إلى التقادم وإلى مبدأ سريانه[1] . وقد طبقت الفقرة الأولى من المادة ٣٧٩ مدنى هذا المبدأ ، بالنسبة إلى حقوق أصحاب المهن الحرة وحقوق التجار والصناع والعمال والخدم والأجراء ، فنصت كما رأينا على أن «يبدأ سريان التقادم فى الحقوق المذكورة فى المادتين ٣٧٦ و ٣٧٨ من الوقت الذى يتم فيه الدائنون تقدماتهم ، ولو استمروا يؤدون تقدمات أخرى»[2] .

والالتزام بدفع إيراد مرتب غير الالتزام بدفع أقساط هذا الإيراد . فالالتزام بدفع كل قسط من أقساط الإيراد يبدأ سريان التقادم بالنسبة إليه من وقت حلول هذا القسط كما قدمنا. أما الالتزام بدفع الايراد ، فى ذاته ، دون نظر إلى أقساطه ، فيتقادم من وقت وجوده ، لأنه من ذلك الوقت يكون نافذاً ، حتى قبل حلول أى قسط من أقساطه . فاذا انقضى منذ وجود الالتزام بدفع الايراد مدة التقادم ، سقط الالتزام [3] . والمفروض فى هذه الحالة أن أى قسط من أقساط هذا الايراد لم يدفع ، لأنه لو دفع قسط منها فقد انقطع التقادم ، وبدأ تقادم جديد يسرى منذ الانقطاع دون حاجة لانتظار حلول قسط تال . ويلاحظ أيضا أن مدة التقادم تبدأ فى هذه الحالة منذ وجود الالتزام بالايراد دون حاجة لانتظار حلول أول قسط منه، فقد لا يحل إلا بعد سنة ، فيتقادم الالتزام بالإيراد بعد خمس عشرة سنة من وجوده، أى بعد أربع عشرة سنة من حلول أول قسط [4]. ويتقادم كل قسط من أقساط الإيراد ، وهى ديون دورية ، بانقضاء خمس سنوات من وقت حلول القسط .

---

(١) استئناف مختلط ٨ يونيه سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٣١٠ – ٧ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٥٨ – وذلك حتى لو وجد شرط بحلول الأقساط جميعا عند التأخر فى دفع قسط منها وتحقق الشرط ، فإن التقادم لا يسرى فى حق الأقساط الباقية إلا عند حلول مواعيدها الأصلية ، واشتراط حلولها عند التأخر فى دفع قسط إنما هو شرط فى مصلحة الدائن ، فلا يضار به بتقديم مبدأ سريان التقادم (استئناف مختلط ٦ يونيه سنة ١٩٢٩م ٤١ ص ٤٤٦ – ١٥ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٩٧ – الزقازيق ١٥ أكتوبر سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٣ رقم ٢٨ ص ٨٩ – انظر عكس ذلك : استئناف مختلط ٢١ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٥٩) .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : «ويسرى التقادم فى الديون الدورية – كالفوائد وأقساط الديون – من تاريخ استحقاق كل دين منها بذاته» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٦) . وانظر أيضاً بلانيول وردوان ٧ فقرة ١٣٥٦ ص ٧٦٩– ص ٧٧٠) .

(٣) بودرى وتيسييه فقرة ٣٨٢ .

(٤) انظر فى هذا المعنى لوران ٣٢ فقرة ١٣ – جيلوارد ٢ فقرة ٧٥ – بودرى وتيسييه فقرة ٣٨٢ – كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٠٧ ويذهب فقهاء آخرون إلى أن التقادم بالنسبة إلى الالتزام بالإيراد لا =

وقد يكون تحديد الأجل موكولا إلى تقدير القاضى ، كما إذا اتفق الدائن والمدين على أن يكون الدفع عند المقدرة ، فعند ذلك يحدد القاضى الأجل الذى يعتبر الدين حالا بعد انقضائه . فلا يسرى التقادم فى هذه الحالة إلا إذا حدد القاضى الأجل وانقضى الأجل المحدد، فمنذ انقضائه يبدأ سريان التقادم [1].

٦١٨ – مبدأ سريان التقادم اذا كان ميعاد الاستحقاق متوقعا على ارادة الدائن : وقد عنى المشرع بالنص على مبدأ سريان التقادم إذا– كان ميعاد استحقاق الدين متوقفاً على إرادة الدائن ، كما هو الأمر فى سند مستحق الأداء عند تقديمه (à vue) ، أى عندما يتقدم به الدائن للمدين مطالباً بالوفاء . فنصت الفقرة الثالثة من المادة ٣٨١ مدنى ، كما

=يبدأ سريانه إلا من وقت حلول أول قسط ، لأن الالتزام بالإيراد إنما يتمثل فى أقساطه ، فلا يستطيع الدائن أن يطالب بشئ إلا بعد حلول أول قسط ، فمن هذا الوقت فقط يصبح الالتزام مستحق الأداء (كوليه دى سانتير٨ فقرة ٣٧٠ مكررة رابعاً – بلانيول وريبير وردوان٧ فقرة ١٣٥٣) .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : «فإذا كان تحديد الأجل موكولا إلى القاضى – كما هو الحال فى الالتزام بالدفع عند الاقتدار – تعين التريث حتى يتم هذا التحديد وتنقضى المدة المحددة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٥) .

وقد يكون تحديد الأجل موكولا إلى القيام بإجراء معين ، كما فى دعوى إعادة البيع على الراسى عليه المزاد ، فلا يسرى التقادم بالنسبة إلى هذه الدعوى إلا من وقت إعلان الراسى عليه المزاد بقائمة التوزيع مع التنبيه عليه بالدفع وإلا أعيد البيع عليه (استئناف مختلط ٢٢ يونيه سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٩٧) .

وإذا لم يعين للقرض أجل يرد بعد انقضائه ، اعتبر حالا ، وبدأ سريان التقادم فيه من يوم وجوده (استئناف مختلط ٥ أبريل سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ١/٩١ ص ١٦١) .

ومتى أصبح الدين مستحق الأداء ، فلا يحول دون سريان التقادم صعوبة فى استيفائه ، ما لم تكن هذه الصعوبة من شأنها أن تقف سريان التقادم . وقد قضت محكمة النقض بأن دين الأجرة الذى يستحق دفعه على المستأجر وضامنيه فى تاريخ انتهاء العقد تبدأ مدة التقادم بالنسبة إليه من اليوم التالى لذلك التاريخ . ولا يؤثر فى ذلك تعلل المؤجر (وزارة الأوقاف) الذى وضعت الأرض المؤجرة تحت حراسته لعدم سداد الأجرة بأنه لم يكن متمكناً من المطالبة بالدين لعدم معرفة حقيقة مقداره بسبب عدم تصفية حساب الحراسة ، فإن هذا لا يعد قاهرة منعته من المطالبة بالدين (نقض مدنى ٣ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ٩٢ ص ٢٧٣) . ومع ذلك فقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا تعين المؤجر حارساً قضائياً على العين المؤجرة ، لم يبدأ ميعاد سقوط الحق بالمطالبة بالأجرة إلا من تاريخ انتهاء الحراسة . وليس للمستأجر أن يدفع بسقوط الحق لمضى أكثر من خمس سنوات من تاريخ عقد الإيجار ، لأن التقادم لا يبدأ إلا من الوقت الذى يمكن للدائن فيه أن يطالب بحقه ، ولا يستطيع المؤجر اتخاذ إجراءات تنفيذية عن دين الأجرة ما دامت عملية الحراسة لم تنته (٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ١٤٣ ص ٣٦٧ – المحاماة ١١ رقم ٩٦ ص ١٥٨) .

رأينا، على أنه «إذا كان تحديد ميعاد الوفاء متوقفاً على إرادة الدائن ، سرى التقادم من الوقت الذى يتمكن فيه الدائن من إعلان إرادته» . ذلك أنه إذا تأخر مبدأ سريان التقادم إلى الوقت الذى يختاره الدائن لتقديم السند إلى المدين ومطالبته بوفائه ، كان أمر سريان التقادم موكولا إلى محض إرادة الدائن ، وهذا لا يجوز ، وإلا أمكن أن يكون الدين غير قابل للتقادم [1] . فجعل النص مبدأ سريان التقادم من الوقت الذى يتمكن فيه الدائن من المطالبة بالوفاء [2] ، سواء طالب فعلا بالوفاء أو لم يطالب ، حتى لا يتحكم فى الوقت الذى يبدأ فيه سريان التقادم . والوقت الذى يتمكن فيه الدائن من المطالبة بالوفاء يكون عادة وقت إنشاء الالتزام [3] ، ما لم يثبت أنه لم يكن فى استطاعته المطالبة بالوفاء إلا فى تاريخ لاحق [4] .

ويخلص مما تقدم أن مبدأ سريان التقادم لا يجوز أن يترك لمحض إرادة الدائن يتحكم فى

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٠ فى الهامش وفقرة ٦٦ فى الهامش – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٥٢ ص ٧٦٧ .

(٢) استئناف مصر ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٩٦ ص ١٥٨ .

(٣) استئناف مختلط ٧ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٨٧ – ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٨٤ – طنطا ٢٠ يناير سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٧١ ص ١٦٨ – وقد قضت محكمة الإسكندرية بأن مدة سقوط الودائع تبرأ من يوم حلول الأجل إن كانت لأجل أو تحقق الشرط إن كانت معلقة على شرط ، أو من يوم فض النزاع إن كانت متنازعا فيها . وفى غير ذلك يبدأ سقوط الحق فى طلب ردها من يوم الإيداع (١١ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٨٤ ص ٧٧٩) .

هذا وقد يتفق على أن المدين يتعين عليه الوفاء بالدين فى خلال مدة معينة من مطالبة للدائن له بالوفاء ، ففى هذه الحالة أيضاً يبدأ سريان التقادم من وقت وجود الالتزام، وإلا تحكم الدائن فى تحديد الوقت الذى يبدأ فيه سريان التقادم (بودرى وتيسييه فقرة ٣٩٠ – وانظر آنفاً فقرة ٥٠ فى الهامش وفقرة ٦٦ فى الهامش) . وهناك رأى يذهب إلى أن الالتزام فى هذه الحالة لا يعتبر مستحق الوفاء إلا بعد انقضاء المدة المعينة التى يتعين على المدين الوفاء فى خلالها ، فتضاف هذه المدة إلى مدة التقادم ، على ألا تكون هى ذاتها مدة تقادم ، بل تكون أجلا لاستحقاق الدين ، فلا تنقطع ولا يقف سريانها (انظر أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٣ ص ٤٥١ هامش رقم ٨ – جيللوارد فقرة ٧٢ وفقرة ١٣٣ – وانظر المادة ١٩٩ من التقنين المدنى الألمانى وسالى فى التعليقات على التقنين المدنى الألمانى جزء أول مادة ١٩٩ ص ٢٨٢ فقرة ٦) .

(٤) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : «وإذا كان الأجل متوقفاً على إرادة الدائن – كما هو الشأن فى سند مستحق الوفاء عند الاطلاع – بدأ سريان التقادم من اليوم الذى يتمكن فيه الدائن من الإفصاح عن هذه الارادة ، أى من يوم إنشاء الالتزام ما لم يقم الدليل على أنه لم يكن فى استطاعته أن يطالب بالدين إلا فى تاريخ لاحق» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٥ – ص ٣٢٦) .

تحديده كما يشاء . كذلك لا يجوز أن يترك مبدأ سريان التقادم حتى إلى اتفاق يتم بين الدائن والمدين ، إذ لو جاز ذلك لاستطاعا أن يصلا بطريق غير مباشر إلى النزول عن التقادم قبل اكتماله ، بان يؤخرا مبدأ السريان مستمرين على تأخيره ، والنزول عن التقادم قبل اكتماله لا يجوز كما سنرى .

وإنما الجائز هو أن يتفق الدائن والمدين على اعتبار سلسلة من الصفقات مرتبطة بعضها ببعض كأنها صفقة واحدة لا تتجزأ ، فلا يسرى التقادم إلا بعد أن تتم حلقات هذه السلسلة. وبذلك يتأخر مبدأ سريان التقادم بالاتفاق حتى تتم آخر حلقة من هذه الصفقات[1] ، وقد يستخلص هذا الاتفاق من طبيعة الوضع القائم ، فالالتزامات الناشئة عن عقد الوكالة لا يبدأ سريان التقادم فيها إلا من وقت انقضاء هذا العقد[2](1) .

٦١٩ – مبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الديون الاحتمالية : والدين يكون احتمالياً، كما قدمنا ، إذا كانت عناصر وجوده لم تتكامل . فالالتزام بالتعويض عن عمل غير مشروع يبقى احتمالياً حتى لو وقع العمل غير المشروع ما دام الضرر لم يتحقق (2) ، فاذا ما تحقق الضرر انقلب الالتزام من التزام احتمالى إلى التزام محقق . والالتزام بالرصيد فى

---

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٥٨ .

(٢) استئناف مختلط ٢٣ مايو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣٠٦ – ٢٥ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٨٩ – ٢ يونيه سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٦٢ – ٩أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢١٩.

(1) مؤدى نص المادة ١٩٤ من قانون التجارة (القديم يقابلها المواد ٤٦٥ ، ٤٦٦ ، ٤٦٧ من قانون التجارة الجديد) أن المقصود بيوم حلول الدفع المنصوص عنه فى هذه المادة هو الوقت الذى يستطيع فيه الدائن المطالبة بدينه ، وإذ كان الدائن فى الاوراق المستحقة الدفع عند الاطلاع يستطيع المطالب بالدين من يوم انشائها الذى يعتبر تاريخ استحقاقها الفعلى فإن مدة تقادم الدعوى المتعلقة بتلك الاوراق تبدأ من اليوم التالى لانشائها .

(جلسة ١٩٧٠/٦/١١ مجموعة احكام النقض السنة ٢١ ص ١٠٣٨)

(2) الالتزام بالتعويض عن قرار إدارى مخالف للقانون بالمنع من البناء عن سنوات لاحقة لرفع دعوى التعويض يعتبر التزاما احتماليا ومن ثم فلا يسرى التقادم بالنسبة له إلا إذا انقلب إلى التزام محقق بوقوع الضرر الموجب له والمتجدد فى كل عام نتيجة للقرار الإدارى المذكور ، ويبدأ التقادم بالنسبة إليه منذ تحققه ، إذ من هذا التاريخ يصبح التعويض مستحق الاداء عملا بنص الفقرة الأولى من المادة ٣٨١ مدنى – وأنه وإن اشترك طلب هذا التعويض مع التعويض المرفوعة به الدعوى أصلا من حيث المصدر باعتبارهما ناشئين عن قرار إدارى مخالف للقانون فان مثل هذا الاتحاد فى المصدر لا ينفى عنها أنها طلبان مستقلان من حيث احكام التقادم فلا يعتبر قطع التقادم بالنسبة لاحدهما قطعا له بالنسبة للآخر.

(جلسة ١٩٦٣/٤/١١ مجموعة احكام النقض السنة ١٤ ص ٥٢٠)

الحساب الجارى يبقى التزاماً احتمالياً حتى يقفل الحساب ويتحدد الرصيد لمصلحة أحد الطرفين، فعند ذلك ينقلب الالتزام إلى التزام محقق .

وغنى عن البيان أن التقادم لا يمكن أن يسرى بالنسبة إلى الالتزام الاحتمالى، لأنه التزام غير نافذ، بل هو التزام غير موجود حالا وان احتمل وجوده استقبالا. ولا يبدأ سريان التقادم بالنسبة إليه، إلا من وقت أن ينقلب من التزام احتمالى إلى التزام محقق. ومن ثم لا يبدأ سريان التقادم، بالنسبة إلى الالتزام الاحتمالى بالتعويض، إلا من وقت تحقق الضرر. ولا يبدأ سريان التقادم، بالنسبة إلى الالتزام الاحتمالى بدفع رصيد الحساب الجارى، إلا من وقت إقفاله وترصيده(١).

المبحث الثالث

وقف التقادم

(Suspension de la prescription)

٦٢٠- التمييز بين وقف سريان التقادم وتأخير سريان التقادم: قد يعرض من الأسباب ما يقف سريان التقادم بعد أن يكون قد بدأ، وعند ذلك لا تحسب المدة التى وقف فيها سريان التقادم، وتحسب المدة التى سبقت والمدة التى تلت. فوقف سريان التقادم يفترض إذن أن التقادم قد بدأ سريانه، ثم وقف لسبب معين. أما تأخير سريان التقادم فيفترض أن التقادم لم يبدأ سريانه لعدم استحقاق الدين، وسيبدأ السريان بمجرد الاستحقاق، وهذا ما عرضنا له عند الكلام فى بدء سريان التقادم.

ولكن من الجائز أن يقوم سبب يقف سريان التقادم منذ البداية، أى قبل أن يبدأ السريان، فعند ذلك يختلط وقف سريان التقادم بتأخير سريانه. على أنه لا يزال هناك فرق بين الأمرين حتى فى هذه الحالة. ففى صورة وقف سريان التقادم تنتهى المدة التى وقف فيها السريان بزوال سبب الوقف، أما فى صورة تأخير سريان التقادم فلا تنتهى المدة إلا بحلول الميعاد الذى يستحق فيه الدين(٢).

---

(١) استئناف مختلط ١٧ مايو سنة ١٩٣٩ م٥١ ص٣٣٠ - وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «أما الحساب الجارى فلا يبدأ سريان التقادم فيه إلا من تاريخ ترصيده» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٣٢٦). وانظر أيضاً بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٥٥.

(٢) بودرى وتيسييه فقرة ٣٨٥ وفقرة ٤١٦- ويميز بودرى وتيسييه بين الأمرين، فى التقادم المكسب، ويوضحان ذلك بمثل خاص بالقانون الفرنسى. فيفرضان أن شخصاً وضع يده على عقار مملوك =

ومهما يكن من أمر، فان وقف التقادم إذا صح أن يعترض التقادم بعد بدء سريانه أو يقع منذ البداية، فأن تأخير سريان التقادم لا يقع إلا منذ البداية ولا يتصور وقوعه معترضاً سريان التقادم بعد أن بدأ.

٦٢١- النصوص القانونية: تنص المادة ٣٨٢ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«١- لا يسرى التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبياً. وكذلك لا يسرى التقادم فيما بين الأصيل والنائب».

«٢- ولا يسرى التقادم الذى تزيد مدته على خمس سنوات فى حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو فى حق الغائب أو فى حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية إذا لم يكن له نائب يمثله قانوناً[1]».

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المواد ١١٢/٨٣ و١١٤/٨٥ و٢٦٩/٢٠٥[2].

=لبنت قاصر، تزوجت بعد ذلك تحت نظام «الدوطة». فلو قيل إن التقادم بدأ سريانه ثم وقف، فإنه يستأنف السريان بمجرد بلوغ الزوجة سن الرشد، لأن التقادم يسرى على «الدوطة» متى كان قد بدأ قبل الزواج (م١٥٦١ فرنسى). أما إذا قيل إن التقادم تأخر سريانه ولم يبدأ قبل الزواج، فإنه لا يسرى ببلوغ الزوجه سن الرشد، ولا يسرى إلا عند انقضاء الزواج (بودرى وتيسييه فقرة ٤١٦).

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ٥١٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «١- لا يسرى التقادم فى حق من لا تتوافر فيه الأهلية إذا لم يكن له نائب يمثله قانوناً. ومع ذلك يسرى التقادم فى حقه إذا كانت المدة خمس سنوات أو أقل. ٢- ولا يسرى التقادم كذلك فيما بين الأصيل والنائب، ولا فيما بين السيد والخادم. وبوجه عام لا يسرى التقادم كلما وجد مانع يستحيل معه على الدائن أن يطالب بحقه فى الوقت المناسب، ولو كان المانع أدبياً». وفى لجنة المراجعة عدل النص على نحو جعله مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، فيما عدا أن الفقرة الثانية من المشروع كانت تتضمن فى آخرها العبارة الآتية: «ومع ذلك يسرى التقادم فى حقه إذا كانت المدة خمس سنوات أو أقل»، وأصبحت المادة رقمها ٣٩٥ فى المشروع النهائى. ووافق عليها مجلس النواب. وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية، لأن حكمها مستفاد بطريق القياس العكسى من سائر أجزاء النص، وأصبح رقم المادة ٣٨٢، ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٣٢٧ - ص٣٣١).

(٢) **التقنين المدنى السابق م١١٢/٨٣:** لا تثبت الملكية مطلقاً بمضى المدة الطويلة ولا يعتبر حكمها بين الموكل والوكيل فى جميع ما هو داخل ضمن التوكيل.

م١١٤/٨٥: وكذلك لا تسرى على مفقود الأهلية المذكورة أحكام ما عدا ذلك من أنواع التملك بمضى المدة الطويلة، متى كان المعتبر فيها أزيد من خمس سنوات.

م٢٦٩/٢-٥: القواعد المقررة للتملك بمضى المدة، من حيثية أسباب انقطاعها أو إيقاف سريانها، تتبع أيضاً فى التخلص من الدين بمضى المدة. =

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٧٩- وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٦٩- وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٤٣٥- ٤٣٦- وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٣٥٤- ٣٥٦(١).

=(وتختلف أحكام التقنين المدنى السابق عن أحكام التقنين المدنى الجديد فيما يأتى: ١- كان التقادم يقف فى التقنين المدنى السابق حتى لو كان لناقص الأهلية نائب يمثله قانوناً. ٢- كانت أسباب وقف التقادم فى التقنين المدنى السابق محصورة فى نقص الأهلية وعلاقة الوكالة بحسب النص، فأتى التقنين المدنى الجديد بنص عام بموجبه يقف التقادم كلما وجد مانع، ولو أدبى، يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه).

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى م٣٧٩ (مطابقة للمادة ٣٨٢ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى الليبى م٣٦٩ (مطابقة للمادة ٣٨٢ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى العراقى م٤٣٥: ١- تقف المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالعذر الشرعى، كأن يكون المدعى صغيراً أو محجوراً وليس له ولى، أو غائباً فى بلاد أجنبيه نائيه، أو أن تكون الدعوى بين الزوجين، أو بين الأصل والفروع، أو أن يكون هناك مانع آخر يستحيل معه على المدعى أن يطالب بحقه. ٢- والمدة التى تمضى مع قيام العذر لا تعتبر.

م٤٣٦: إذا ترك بعض الورثة الدعوى بدين مورثهم من غير عذر المدة المقررة، وكان لباقى الورثة عذر شرعى، تسمع دعوى هؤلاء بقدر حصتهم من الدين.

(وأحكام التقنين العراقى متفقة مع أحكام التقنين المصرى، فيما عدا أن التقنين العراقى يقف التقادم بالنسبة إلى ناقص الأهلية إذا لم يكن له نائب يمثله قانوناً فى جميع مدد التقادم، لا فى المدة التى تزيد على خمس سنوات فحسب. انظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٣٩٢- فقرة ٣٩٣).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٣٥٤: لا يسرى حكم مرور الزمن، وإذا كان سارياً وقف: ١- بين الزوجين فى مدة الزواج. ٢- بين الأب والأم وأولادهما. ٣- بين فاقد الأهلية أو الشخص المعنوى من جهة، والوصى أو القيم أو ولى الإدارة من جهة أخرى ما دامت لم تنقطع مهمتهم ولم يؤدوا حساب إدارتهم على وجه نهائى. ٤- بين السيد والخادم ما دام عقد الاستخدام قائماً.

م٣٥٥: إن حكم مرور الزمن، فى حق القاصرين غير المحررين وسائر فاقدى الأهلية الذين ليس لهم وصى أو مشرف قضائى أو ولى، يقف إلى ما بعد بلوغهم سن الرشد أو تحريرهم أو إقامة وكيل شرعى عنهم.

م٣٥٦: ويقف أيضاً حكم مرور الزمن بوجه عام لمصلحة الدائن الذى استحال عليه قطعه لسبب لم يكن فيه مختاراً.

(وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى، فيما عدا أن التقادم يقف لصالح ناقصى الأهلية الذين ليس لهم نائب يمثلهم قانوناً فى جميع مدد التقادم، وليس فحسب فى المدد التى تزيد على خمس سنوات كما هو الأمر فى التقنين المصرى).

ويخلص من هذا النص أن التقنين المدنى الجديد قد استحدث تعديلاً هاماً فى أسباب وقف التقادم، فبعد أن كانت هذه الأسباب مذكورة على سبيل الحصر فى التقنين المدنى السابق أسوة بالتقنين المدنى الفرنسى، أصبحت فى التقنين الجديد سبباً عاماً يندرج تحته كثير من الأسباب، فكلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه، يقف سريان التقادم، ولو كان هذا المانع أدبياً.

وحتى ندرك مدى العموم الذى استحدثه التقنين الجديد، يحسن أن نستعرض أولا أسباب وقف سريان التقادم فى التقنين المدنى الفرنسى، ثم ننتقل بعد ذلك إلى أسباب الوقف فى التقنين المدنى المصرى.

٦٢٢ – أسباب وقف التقادم فى التقنين المدنى الفرنسى: عدد التقنين المدنى الفرنسى أسباب وقف التقادم على سبيل الحصر[١]، وهى طائفتان من الأسباب:

(الطائفة الأولى) هم القصر والمحجورون[٢] (م٢٢٥٢ مدنى فرنسى)، فهؤلاء لا يسرى فى حقهم التقادم إذا كانت مدته تزيد على خمس سنوات، ما دام نقص الأهلية قائماً. ويستوى أن يكون للقصر والمحجورين من يمثلهم قانوناً كولى أو وصى أو قيم أو لم يكن لهم ممثلون، ففى الحالتين يقف سريان التقادم فى حقهم. وينتقد الفقه الفرنسى هذا الحكم، ويؤثر ألا يقف سريان التقادم فى حق القصر والمحجورين، أو فى القليل لا يقف سريانه إذا كان لهم من يمثلهم قانوناً إذ وجد من يستطيع المطالبة بحقوقهم، فان اهمل من يمثلهم فى المطالبة بحقوقهم استطاعوا الرجوع عليه بالتعويض. هذا إلى أن الأساس الذى يقوم عليه التقادم إنما هو تثبيت الأوضاع التى بقيت قائمة زمناً طويلا حتى يستقر التعامل، وليس غرضه الجوهرى عقاب الدائن المهمل، فتتحقق حكمته سواء كان الدائن كامل الأهلية أو ناقصها[٣].

(الطائفة الثانية) هم الطائفة الذين تستوجب علاقتهم بالمدينين وقف سريان التقادم فى حقهم، وهؤلاء هم: ١ – الزوجان (م٢٢٥٣ مدنى فرنسى)، ولا يسرى التقادم فيما بينهما، وإلا لاضطر كل منهما أن يقاضى الآخر حتى يقطع التقادم، فيتعكر صفو السلام

---

(١) والمادة ٢٢٥١ من التقنين المدنى الفرنسى هى التى تبين أن أسباب وقف التقادم مذكورة فى نصوص القانون على سبيل الحصر (بودرى وتيسييه فقرة ٣٦٦)، وإن اختلف القضاء مع الفقه، فى فرنسا، على تحديد معنى الحصر، كما سنرى.

(٢) ويسرى التقادم فى حق المرأة المتزوجة، إلا فى حالات محصورة حددها القانون (انظر المواد ٢٢٥٤ – ٢٢٥٦ من التقنين المدنى الفرنسى).

(٣) بودرى وتيسييه فقرة ٣٦٨.

فى الأسرة[1]. ٢- الوارث الذى قبل الميراث مع الاحتفاظ بحقه فى الجرد sous bénéfice d'inventaire (م٢٢٥٨ مدنى فرنسى). فهذا الوارث إنما قبل الميراث على أن تفصل أموال التركة عن أمواله الشخصية، وعلى ألا يكون مسئولا عن ديون التركة إلا بقدر ما لها من حقوق. فإذا كان دائناً للتركة، فان حقه لا يزول باتحاد الذمة، لأنه لم يرث ديون التركة بعد أن انفصلت عن أمواله. وما دام حقه لا يزول، فقد أصبح هذا الحق عرضة للتقادم، إلا إذا قاضى الوارث التركة مطالباً به. وقد رأى المشرع الفرنسى، فى سبيل منع الوارث من مقاضاة التركة وما فى ذلك من تعارض مع واجباته باعتبار أنه هو المدير للتركة والممثل لها، وتوقياً لمصروفات المقاضاة مما يضر بمصلحة الدائنين الآخرين ومصلحة الوارث نفسه، أن يقف سريان التقادم فى حق هذا الوارث حتى لا يضطر إلى مقاضاة التركة[1].

هذه هى أسباب وقف التقادم فى التقنين المدنى الفرنسى ذكرت على سبيل الحصر، فلا يجوز التوسع فيها ولا القياس عليها. وبخاصة لا يجوز، فى نظر الفقه الفرنسى، الرجوع إلى قاعدة تقليدية كانت معروفة فى القانون الفرنسى القديم، وكانت تقضى بأن يوقف التقادم حيث يتعذر على الدائن أن يقطع سريانه (contra non valentem agere non currit praescriptio)، فأى مانع يتعذر معه على الدائن أن يقطع التقادم يكون سبباً لوقف سريانه. ولم ينقل التقنين المدنى الفرنسى هذه القاعدة، بل هو على العكس من ذلك أنكرها فى وضوح عندما قرر فى المادة ٢٢٥١ أن التقادم يسرى فى حق كل شخص إلا إذا كان الشخص مستثنى بمقتضى نص فى القانون[3]. ولكن القضاء

---

(١) بودرى وتيسييه فقرة ٤٤٤- فقرة ٤٤٦ مكررة.

(٢) بودرى وتيسييه فقرة ٤٤٧- ولكن سريان التقادم لا يقف فيما للتركة من حقوق فى ذمة الوارث، على أن الوارث - وهو المكلف بادارة التركة ومن ذلك قطع التقادم - لا يستطيع أن يتمسك باكتمال تقادم كان من واجبه أن يقطعه، ولا يجوز له أن يفيد من خطأ هو المسئول عنه (بودرى وتيسييه فقرة ٤٥٣).

(٣) وهذا هو النص فى أصله الفرنسى Art. 2251: La prescription court contre toutes personnes, à moins qu'elles ne soient dans quelque exception établie par une loi.

ويأبى الفقه الفرنسى الأخذ بالقاعدة التقليدية القديمة، فلا يسلم بوقف التقادم حيث يتعذر على الدائن أن يقطع سريانه. فإن هذه القاعدة قامت فى القانون الفرنسى القديم على أساس أن التقادم إنما وجد لعقاب الدائن المهمل، وقد ثبت أنه لم يهمل، بل كان من المتعذر عليه أن يطالب بحقه، فلم يعد هناك محل لسقوط حقه بالتقادم. وكان الفقهاء الأولون الذين قالوا بهذه القاعدة فى القانون الفرنسى القديم يقصرونها على الموانع القانونية التى تحول دون أن يطالب الدائن بحقه، ولكن ما =

الفرنسى لم يساير الفقه فيما ذهب إليه، بل قصر نص المادة ٢٢٥١ على أسباب وقف التقادم التى ترجع إلى حالة الشخص كما هو ظاهر النص، فهذه الأسباب مذكورة على سبيل الحصر فى نصوص القانون. أما الأسباب التى لا ترجع إلى حالة الشخص، بل ترجع إلى ظروف خارجية، فهى غير مذكورة على سبيل الحصر، بل كان القضاء الفرنسى فى شأنها أميل إلى تطبيق القاعدة التقليدية المشار إليها، فأى مانع خارجى يتعذر معه على الدائن أن يقطع التقادم يكون سبباً لوقف سريانه(١).

=لبثت القاعدة أن اتسعت حتى شملت الموانع القانونية والموانع المادية جميعاً، فانطوى فى القاعدة جميع الأحوال التى يتعذر فيها على الدائن أن يطالب المدين بحقه، من قصر وجنون وحجر وشرط وأجل وقيام حرب وانقطاع مواصلات وغيبة منقطعة وجهل بالحق وقوة قاهرة وحادث فجائى وغير ذلك. وكان للقانون الكنسى، وقد قدمنا أنه كان ينزع إلى التضييق من نطاق التقادم، أثر كبير فى توسيع القاعدة. ويذهب الفقه الفرنسى إلى أن التقنين المدنى الفرنسى أراد القضاء على هذه القاعدة القديمة بما تجره من اضطراب ومنازعات، فنص فى المادة ٢٢٥١ على أن التقادم يسرى فى حق كل شخص إلا إذا كان الشخص مستثنى بمقتضى نص فى القانون. فأسباب وقف التقادم إذن مذكورة فى نصوص القانون على سبيل الحصر، وليست متفرعة عن قاعدة عامة كالقاعدة السالفة الذكر، وأيا كان المانع الذى يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه، فإن هذا المانع لا يكون سبباً لوقف التقادم إلا إذا ورد به نص صريح فى القانون. ويدعم الفقه الفرنسى منطقه فى هذه المسألة بأن التقادم لم يعد يقوم على فكرة عقاب الدائن المهمل، وهى الفكرة التى تعتبر من أقوى المبررات للقاعدة التقليدية القديمة، بل يقوم التقادم على فكرة تثبيت الأوضاع القائمة ودعم الثقة المشروعة حتى يستقر التعامل. وهى فكرة يستوى عندها أن يقوم مانع يحول دون أن يطالب الدائن بحقه أو لا يقوم، ففى الحالتين ينبغى أن يسقط الحق بالتقادم حتى تتوطد الثقة المشروعة وتستقر الأوضاع القائمة – انظر فى هذا المعنى تيسييه فقرة ٣٦٧ – فقرة ٣٦٨ – لوران ٣٢ فقرة ٣٧ – هيك ١٤ فقرة ٤١٥ – وقارن بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٧٩). ويذهب أوبرى ورو مع ذلك إلى الأخذ بالقاعدة التقليدية القديمة، بشرط أن تكون مقصورة على الموانع القانونية وحدها، فلا يعتد بالموانع المادية أسباباً لوقف التقادم إلا إذا ورد بها نص صريح فى القانون (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٤ وهوامش ٢٩ إلى ٣٣).

(١) وقد ذهب القضاء الفرنسى إلى أن المقصود بالمادة ٢٢٥١ مدنى فرنسى هو القضاء على الامتيازات التى كان يتمتع بها بعض الأشخاص فى القانون الفرنسى القديم، كالكنيسة والهيئات العامة وأملاك التاج، فكان لا يجرى التقادم فى حقها أو يجرى تقادم أطول (انظر آنفاً فقرة ٥٩٣). فقضى النص بأن التقادم يجرى فى حق كل شخص، دون تمييز بين شخص وآخر، ما لم يرد نص خاص يقف سريان التقادم بالنسبة إلى طائفة معينة من الأشخاص نظراً لحالة شخصية قائمة بها، كما وردت المادة ٢٢٥٢ مدنى فرنسى فى خصوص القصر والمحجورين. أما إذا كان المانع الذى يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه لا يرجع إلى حالة شخصية، فهذا أمر آخر لم تعرض له المادة ٢٢٥١. ويطبق القضاء الفرنسى القاعدة القديمة هذا النطاق، بعد أن يخرج الموانع التى ترجع إلى حالة شخصية فيجعلها خاضعة للمادة ٢٢٥١. فعنده إذا تعذر على الدائن أن يطالب بحقه، بسبب حرب أو غزو أو ثورة أو انقطاع المواصلات أو إقفال المحاكم أو غيبة منقطعة أو جهل الدائن بحقه جهلا مغتفراً أو غير ذلك،=

٦٢٣- أسباب وقف التقادم فى التقنين المدنى المصرى: وإذا كان التقنين المدنى المصرى السابق قد حذا حذو التقنين المدنى الفرنسى فى حصر أسباب وقف التقادم كما قدمنا، فان التقنين المدنى المصرى الجديد قد عدل عن هذه المحاذاة، وجعل التقادم يقف لا بالنسبة إلى ناقصى الأهلية والمحجورين فحسب، ولا فيما بين الأصيل والنائب فحسب، بل بوجه عام يقف سريان التقادم «كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه، ولو كان المانع أدبياً». فجاءت هذه العبارة من حيث العموم والشمول بحيث تذكر بالقاعدة التقليدية فى القانون الفرنسى القديم التى سبقت الإشارة إليها، والتى تقضى بأن يوقف التقادم حيث يتعذر على الدائن أن يقطع سريانه. وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى: «بيد أن أهم جديد أتى به المشروع فى هذا الصدد هو النص بصفة عامة على وقف سريان التقادم إذا كان ثمة مانع يستحيل معه على المدين أن يطالب بحقه فى الوقت المناسب، ولو كان هذا المانع أدبياً. ولم ير إيراد الموانع على سبيل الحصر - كالحرب وحالة الأحكام العرفية والأسر وصلة الزوجية والخدمة - على غرار ما فعلت بعض تقنينات أجنبية. بل عمم الحكم لتمشيه مع ما يقضى به العقل، ولا سيما أن ضبط حدوده من طريق التطبيق غير عسير. وتطبيقاً لهذا الحكم يقف سريان التقادم بين الزوج وزوجه ما بقيت الزوجية قائمة، وبين المحجور ومن ينوب عنه قانوناً ما بقى قائماً على الإدارة، وبين الشخص المعنوى ونائبه ما بقيت النيابة قائمة، وبين الموكل والوكيل فيما يدخل فى حدود التوكيل، وبين السيد والخادم طوال مدة التعاقد، لأن بين كل من أولئك وكل من هؤلاء على التوالى صلة تبعث على الاحترام والثقة أو الرهبة يستحيل معها على الدائن أدبياً أن يطالب بحقه. وتجدر الإشارة إلى أن اتحاد الذمة مانع طبيعى من موانع سريان المدة، فإذا زال السبب الذى أفضى إلى اجتماع صفتى الدائن والمدين زوالا مستنداً، وعاد الدين إلى الوجود، اعتبر التقادم قد وقف طوال الفترة التى تحقق الاتحاد فى خلالها»(١).

يضاف إلى الاعتبارات التى تقدم ذكرها فى المذكرة الإيضاحية أن التقنين المصرى، وقد أخذ مدة التقادم عن الشريعة الإسلامية وجعلها خمس عشرة سنة، وهى مدة لا تبلغ إلا نصف المدة المقررة فى التقنين المدنى الفرنسى، لم ير بأساً من أن تطول هذه المدة

=كان هذا كافياً لوقف سريان التقادم (انظر فى القضاء الفرنسى بودرى وتيسييه فقرة ٣٦٩- فقرة ٣٧٧- بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٧٩). وهذا الاتجاه الذى سار فيه القضاء الفرنسى، ومن شأنه أن يخفف من حدة ما قد ينطوى عليه التقادم من انكار لحقوق ثابتة، هو الذى أخذ به التقنين المدنى المصرى الجديد كما سنرى.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٣٢٩- وانظر الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص٣٣٢- ص٣٣٦.

بالعذر الشرعى، وهو ما أخذت به الشريعة الإسلامية أيضاً عندما قررت عدم جواز سماع الدعوى على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعى[1]. ذلك أن مدة التقادم والعذر الشرعى أمران متلازمان، وقد أخذ التقنين الجديد فيهما معاً بأحكام الشريعة الإسلامية. وما العذر الشرعى إلا قيام المانع الذى يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه، والعذر الشرعى والمانع كلاهما يمكن تقريبه من القاعدة الفرنسية القديمة التى كانت تقضى بوقف التقادم حيث يتعذر على الدائن أن يقطع سريانه.

على أنه من المصلحة أن تضبط، من ناحية التطبيق، حدود المانع الذى يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه. ويجب أن يكون هذا الضبط محكماً، حتى لا تنفذ ثغرات إلى أحكام التقادم تخل بالأساس الذى قام عليه. فالتقادم إنما شرع لصيانة الأوضاع القائمة المستقرة، فلا يجوز إهدار هذه الصيانة فى سبيل صيانة مصلحة الدائن عن طريق وقف التقادم. فالأولى مصلحة عامة والأخرى مصلحة خاصة، والمصلحة العامة تقدم على المصلحة الخاصة. ومن ثم يجب التشدد فى ضبط أسباب وقف التقادم، «ولا سيما – كما تقول المذكرة الإيضاحية[2] – أن ضبط حدوده من طريق التطبيق غير عسير».

وقد ورد من أسباب وقف التقادم – فى نص التقنين المصرى وفى المذكرة الإيضاحية وفى التقنينات الأجنبية – نقص الأهلية والحجر، والعلاقة ما بين الأصيل والنائب، والعلاقة ما بين الزوجين، والعلاقة ما بين الأصول والفروع، والعلاقة ما بين الشخص المعنوى ومديره، والعلاقة ما بين المخدوم والخادم، وحالة ما إذا كان الدائن غائباً غيبة اضطرارية فى سفر أو أسر أو نحو ذلك، وحالة اتحاد الذمة. وهذه كلها أسباب تتعلق بالشخص: شخص الدائن كما فى القصر والحجر والغيبة والأسر واتحاد الذمة، أو العلاقة بينه وبين المدين كما فى العلاقة بين الزوجين وبين الأقارب وبين المخدوم والخادم. وبعض هذه الموانع مادية، وبعضها موانع أدبية.

وقد تقوم موانع يتعذر معها أن يطالب الدائن بحقه[1] وترجع، لا لأسباب تتعلق

---

(١) انظر فى التقادم المسقط فى الفقه الإسلامى فى مذاهبه المختلفة وفى مجلة الأحكام العدلية مقال الأستاذ ضياء شيت خطاب المنشور فى مجلة القضاء ببغداد السنة الخامسة عشرة ص٤٥– ص٤٧.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٣٢٩.

(1) أ– النص فى الفقرة الأولى من المادة ٣٨٢ من القانون المدنى على أنه «لا يسرى التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبياً .....» يدل – وعلى ما ورد بالأعمال التحضيرية للقانون المدنى وجرى به قضاء هذه المحكمة – على أن المشرع نص بصفة عامة على وقف سريان التقادم إن كان ثمة مانع يستحيل معه على الدائن أن يطالب بحقه فى الوقت المناسب ولو كان المانع أدبيا ولم ير المشرع إيراد الموانع على سبيل الحصر بل عمم الحكم لتمشيه =

بالشخص، بل لظروف مادية أقرب ما تكون إلى القوة القاهرة، كقيام حرب أو نشوب فتنة أو إعلان الأحكام العرفية أو انقطاع المواصلات أو ارتباط الدعوى المدنية بالدعوى الجنائية.

=مع ما يقضى به العقل، والمانع من المطالبة الذى يقف به سريان التقادم كما يكون مرجعه أسباب تتعلق بشخص الدائن قد يرجع إلى ظروف عامة يتعذر معها عليه المطالبة بحقه، وفى هذا النطاق فإن تمكين المطعون ضدها من شقة النزاع وطرد الطاعن منها بقرار من النيابة العامة وقاضى الحيازة وتقديم الطاعن إلى المحاكمة الجنائية بتهمة غصبه للحيازة كل ذلك قد يكون من الأسباب الموقفة للتقادم إذا لم يكن ناشئاً عن إهمال صاحب الحق أو تقصيره.

(الطعن رقم ٤٩٥ لسنة ٥٩ق - جلسة ٢٠٠١/٦/١٧)

ب- النص فى الفقرة الأولى من المادة ٣٨٢ من القانون المدنى على أنه لا يسرى التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبياً يدل وعلى ما ورد بالأعمال التحضيرية للقانون المدنى وجرى به قضاء هذه المحكمة، على أن المشرع نص بصفة عامة على وقف سريان التقادم إن كان ثمة مانع يستحيل معه على الدائن أن يطالب بحقه فى الوقت المناسب ولو كان المانع أدبياً ولم ير المشرع ايراد الموانع على سبيل الحصر بل عمم الحكم لتمشيه مع ما يقضى به العقل والمانع من المطالبة الذى يقف به سريان التقادم كما يكون مرجعه أسباب تعلق بشخص الدائن قد يرجع إلى ظروف عامة يتعذر معها المطالبة بحقه، وفى هذا النطاق فان الجهل باغتصاب الحق قد يكون من الأسباب الموقفة للتقادم إذا لم يكن ناشئا عن اهمال صاحب الحق ولا تقصيره، لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن الطاعنين قد تمسكا فى مذكرتى دفاعهما المقدمتين لجلستى ١٩٨٦/١١/٣، ١٩٨٧/٢/٢ أمام محكمة الاستئناف رداً على دفع المطعون ضده الأول بانقضاء دعواهما بالتقادم فإن هناك سبباً لوقف التقادم فى مواجهتهما يتمثل فى جهلهما بصدور حكم ايقاع البيع الذى نزع ملكيتهما للأرض محل النزاع جبراً دون إهمال أو تقصير منهما - وكان من شأن بحث هذا الدفاع الجوهرى أن يتغير به وجه الرأى فى الدعوى فإن الحكم المطعون فيه إذ أورد بمدوناته أن أحدا من الطاعنين لم يتمسك بوجود سبب من أسباب وقف التقادم وانتهى إلى القضاء بسقوط حقهما فى اقامة دعوى بطلان حكم مرسى المزاد بالتقادم لمضى أكثر من خمسة عشر سنة من تاريخ الحكم المذكور وقبل رفعها، يكون قد خالف الثابت فى الأوراق مما أدى إلى حجبه عن بحث دفاع الطاعنين فى هذا الشأن والرد عليه وهو ما يعيبه ويوجب نقضه.

(الطعن ١ لسنة ٥٨ق جلسة ٩١/٧/٤)

(جلسة ١٩٧٥/١٢/٢٩ السنة ٣٠ ص٤١٨)

(الطعن ٥٧٧ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٣/٥/١٧ س٣٤ ص١٢٢٣)

جـ- النص فى الفقرة الأولى من المادة ٣٨٢ من القانون المدنى يدل وعلى ما ورد بالأعمال التحضيرية للقانون المدنى، وجرى به قضاء هذه المحكمة على أن المشرع نص بصفة عامة على وقف سريان التقادم إن كان ثمة مانع أدبياً، ولم ير المشرع ايراد الموانع على سبيل الحصر بل عمم الحكم لتمشيه مع ما يقضى به العقل، والمانع من المطالبة الذى يقف به سريان التقادم كما يكون مرجعه أسباب تتعلق بشخص الدائن، وقد يرجع إلى ظروف عامة يتعذر معها عليه المطالبة بحقه، وتقرير ذلك=

ونستعرض الآن كلا من هذين النوعين من أسباب وقف التقنين المدنى المصرى[1]: (١) أسباب وقف التقادم التى تتعلق بالشخص (٢) وأسباب وقف التقادم التى ترجع إلى ظروف مادية اضطرارية.

=مما تستقل به محكمة الموضوع، ولها أن تقرر قيام المانع ولو تضمن التشريع نصاً يجيز للدائن الالتجاء إلى القضاء للمطالبة بحقه ما دامت قد أقامت قضاءها بذلك على أسباب سائغة.

(الطعن ٥٧٧ لسنة ٤٩ق جلسة ٨٣/٥/١٧ س٣٤ ص١٢٢٣)

د- النص فى الفقرة الأولى من المادة ٣٨٢ من القانون المدنى على أنه «لا يسرى التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبياً...» مفاده وعلى ما ورد بالأعمال التحضيرية للقانون المدنى أن المشرع نص بصفة عامة على وقف سريان التقادم إذا كان ثمة مانع يستحيل معه على الدائن أن يطالب بحقه فى الوقت المناسب ولو كان المانع أدبياً، ولم ير المشرع ايراد الموانع على سبيل الحصر بل عمم الحكم لتمشية مع ما يقضى به العقل.

(الطعن رقم ٣٥٠ لسنة ٤٠ق جلسة ١٩٧٧/٦/٧ س٢٨ ص١٣٧٨)

هـ- الجهل بالحق فى استرداد ما دفع بغير حق لا يمنع من سريان التقادم ومن ثم فإن هذا الجهل لا يمكن أن يكون من الموانع التى يترتب عليها وقف التقادم بعد سريانه طبقا للمادة ٣٨٢ من القانون المدنى.

(الطعن رقم ٩٣ لسنة ٣٣ق جلسة ١٩٦٦/٦/٢٤ س١٧ ص٤٢٥)

(١) وما استحدثه التقنين الجديد من أسباب وقف التقادم يسرى من وقت العمل بهذا التقنين. فإذا كان التقادم سارياً فى ظل التقنين السابق، ثم جد سبب لوقفه فى يوم ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ أو بعد ذلك، طبقاً لأحكام التقنين الجديد، فإن التقادم يقف سريانه، حتى لو لم يكن هذا السبب فى عهد التقنين السابق يترتب عليه وقف التقادم. وعلى العكس من ذلك إذا كان هذا السبب قد اعترض التقادم فى عهد التقنين السابق، ولم يكن من شأنه أن يقف التقادم طبقاً لأحكام هذا التقنين وإن كان يقفه طبقاً لأحكام التقنين الجديد، فإنه لا يعتبر واقفاً للتقادم فى المدة التى سبقت العمل بالتقنين الجديد.

على أن القضاء والفقه فى عهد التقنين السابق كانا يتوسعان فى أسباب وقف التقادم إلى حد مشارفة القاعدة الفرنسية التى تقضى بوقف التقادم حيث يتعذر على الدائن قطع سريانه: استئناف مختلط ٩ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م٩ ص٥٣ (يقف التقادم بالنسبة إلى دائن مدرج فى قائمة التوزيع حتى لو بقيت هذه القائمة مدة طويلة بسبب معارضات فيها خاصة بدائنين آخرين) - ١٣ مايو سنة ١٩٠٩ م٢١ ص٣٤٢ (وصية تنفيذها يتوقف على الحكم فى قضية فيقف التقادم حتى يصدر الحكم)- ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٢ م٣٤ ص٣٧٣ (دائن استوفى حقه عن طريق نزع ملكية مال لمدينه، ثم أبطلت إجراءات نزع الملكية فيعتبر التقادم موقوفاً طوال مدة الإجراءات الباطلة)- ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٣٠٦- ٢٠ أبريل سنة ١٩٤٤ م٥٦ ص٢١٦- وانظر أيضاً الموجز للمؤلف فقرة ٦٠٥ ص٦٢٨ - الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٨٤٦ ص٦٥١- ص٦٥٢.

وأكثر ما يجرى القضاء الفرنسى القاعدة التى تقضى بوقف التقادم حيث يتعذر على الدائن قطع سريانه، إنما يكون عندما يقوم المانع فى آخر مدة التقادم، فتكتمل المدة والمانع لا يزال قائماً. عند =

٦٢٤- أسباب وقف التقادم التى تتعلق بالشخص: أهم هذه الأسباب هو السبب المتعلق بناقصى الأهلية والمحجورين. وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٣٨٢ مدنى تنص على أنه «لا يسرى التقادم الذى تزيد مدته على خمس سنوات فى حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو فى حق الغائب أو فى حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية، إذا لم يكن له نائب يمثله قانونا»(1). فمدد التقادم التى لا تزيد على خمس سنوات لا يقف سريانها إذن فى حق القصر والمحجورين، ولو لم يكن لهم من يمثلهم قانوناً من ولى أو وصى أو قيم. والحكمة فى ذلك أن مدة التقادم التى لا تزيد على خمس سنوات يقوم التقادم فيها على اعتبارات يستوى عندها القاصر والمحجور بالبالغ الرشيد. فالديون الدورية المتجددة تتقادم بخمس سنوات حتى لا تتراكم على المدين فترهقه، وهذا الاعتبار قائم بالنسبة إلى المدين سواء كان دائنه بالغاً رشيداً أو كان قاصراً أو كان محجوراً، وسواء كان للقاصر والمحجور

=ذلك يعتبر هذا المانع قوة قاهرة، حالت دون أن يتخذ الدائن الإجراءات القانونية للمطالبة. أما إذا قام المانع فى وسط مدة التقادم، ثم زال وبقيت مدة طويلة بعد زواله وقبل أن يكتمل التقادم، لم يعتد بهذا المانع، ولم يعتبر التقادم موقوفاً أثناء قيامه، فقد كان عند الدائن مدة طويلة بعد زوال المانع يستطيع فى خلالها المطالبة بحقه (انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وردوان٧ فقرة ١٣٧٩). وهذا هو عين ما كان القضاء يجرى عليه فى مصر فى عهد التقنين السابق. فقد قضت محكمة استئناف مصر بأن المانع الوقتى لا يقف سريان التقادم، ولكن للقاضى أن يعفى صاحب الحق من الحكم بالتقادم إذا باشر حقوقه بمجرد زوال المانع. أما إذا زال المانع الوقتى ولا يزال أمام الدائن مدة كافية لاستعمال حقه، وأهمل استعماله حتى انتهت جميع المدة، فإن الحق يسقط بالتقادم (٨ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٧٦ ص٧٦٢). وقضت محكمة مصر الوطنية بأن الاستحالة التى تقف سريان التقادم هى الاستحالة المطلقة التى تكون مانعة منعاً كلياً من مباشرة الحقوق كالأسر فى الحرب أو اعلان الأحكام العرفية فى البلد. أما إبعاد شخص من الديار المصرية ومنعه من العودة لأسباب سياسية، فيعتبر مانعاً وقتياً، ولا يترتب عليه وقف سريان المدة. ولكن للقاضى أن يعفى صاحب الحق من آثار مضى المدة التى سرت ضده، إذا باشر حقه بمجرد زوال المانع (١٢ فبراير سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٧٤ ص١٣٢).

(1) لما كان وقف التقادم لمصلحة ناقص الأهلية هو سبب شخصى متعلق به فلا يتعداه إلى غيره من كاملى الأهلية الذين يسرى التقادم فى حقهم ما دام أن محل الالتزام قابل للانقسام، إذا كان الثابت من مدونات الحكم أن من بين الورثة المطعون ضدهم من كان قاصرا ومنهم من كان بالغا رشيدا وكان موضوع الدعوى تثبت ملكيتهم لقطعة أرض على الشيوع فان الطلب بطبيعته قابل للانقسام والتجزئة، ومن ثم فان التقادم المكسب الطويل لا يقف إلا بالنسبة للقاصر منهم ويستمر ساريا بالنسبة للبالغ.

(جلسة ١٩٧٥/١٢/٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص١٥٨٦)

(جلسة ١٩٧٥/٤/٢٣ مجموعة احكام النقض السنة ٢٦ ص٨١٩)

(جلسة ١٩٦٧/١٠/١٧ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ ص١٥٢٧)

من يمثله قانوناً أو لم يكن، فلا يكون القصر أو الحجر في هذه الحالة سبباً لوقف التقادم. وحقوق أصحاب المهن الحرة تتقادم بخمس سنوات، والتقادم يقوم على قرينة الوفاء وعدم إرهاق المدين في وقت واحد، وهذه الاعتبارات متوافرة ولو كان الدائن قاصراً أو محجوراً، على أنه قل أن يكون أحد من أصحاب هذه المهن الحرة قاصراً أو محجوراً. وحقوق التجار والصناع وأصحاب القنادق والمطاعم والعمال والخدم والإجراء تتقادم بسنة واحدة، والتقادم يقوم على قرينة الوفاء. وهذا الاعتبار قائم ولو كان الدائن قاصراً أو محجوراً، على أنه قل – في غير العمال والخدم والأجراء – أن يكون الدائن قاصراً أو محجوراً. والضرائب والرسوم تتقادم بثلاث سنوات، والدائن هنا هو الدولة لا يلحقها قصر ولا حجر، فلا محل في هذه الحالة لوقف التقادم. وهناك مدد تقادم أخرى وردت في نصوص متفرقة، كتقادم دعاوى الإبطال ودعاوى العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والدعوى البوليصية بثلاث سنوات، وإذا وقف سريان التقادم للقصر أو للحجر في هذه الأحوال لم يتحقق الغرض الذى اراده المشرع من تقصير مدد التقادم، وهو استقرار الأوضاع بعد انقضاء مدة معقولة[1]. فاذا زادت مدة التقادم على خمس سنوات – وهى لا تكون حينئذ إلا خمس عشرة سنة – وجب التمييز بين ما إذا كان القاصر أو المحجور له نائب يمثله أو ليس له نائب. ففى حالة ما إذا كان له نائب، لا يقف سريان التقادم، وعلى النائب أن يقطع التقادم وأن يطالب بحق محجوره، وإلا كان هو المسئول نحو المحجور. وهذا حكم استحدثه التقنين المدنى الجديد، أخذاً عن بعض التقنينات الأجنبية، وتضييقاً من أسباب وقف التقادم باغفال ما لا تقوم الضرورة لتبريره[2]. أما التقنين المدنى السابق فكان يقف سريان التقادم، ولو كان للقاصر أو

---

(١) على أن المشروع قد لاحظ حالة القصر أو الحجر فى دعاوى الإبطال المبنية على نقص الأهلية، فأخر سريان التقادم إلى اليوم الذى يزول فيه نقص الأهلية (انظر الفقرة الثانية من المادة ١٤٠ مدنى). وفعل مثل ذلك فى دعوى تكملة الثمن للغبن فى بيع عقار شخص لا تتوافر فيه الأهلية، إذ نصت الفقرة الثانية من المادة ٤٢٦ مدنى على أن «تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذى يموت فيه صاحب العقار المبيع».

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «استحدث المشروع حكماً هاماً بشأن وقف التقادم بالنسبة لعديمى الأهلية وناقصيها، فقضى بأن هذا الوقف لا يقع على وجه الإطلاق لمصلحة أولئك وهؤلاء متى كان لهم من ينوب عنهم قانوناً: انظر المادة ٥٤٩ من التقنين البرتغالى. ذلك أن النائب يحل محل الأصيل المحجور، فيتعين عليه أن يتولى أمر المطالبة عنه، فإذا لم يفعل كان مسئولا عن ذلك. أما إذا لم يكن لعديم الأهلية أو ناقصها من ينوب عنه، فعندئذ يقف سريان مدة التقادم بالنسبة له، ما لم تكن المدة خمس سنوات أو أقل. ويشمل هذا الحكم الغائب والمحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية. فالواقع أن الغرض من التقادم الخمسى هو درء خطر تراكم الديون الدورية المتجددة، وليس يتأثر هذا الغرض بما يتصل بشخص الدائن من أوصاف ولو كان القصر من بينها. ثم إن ما يسقط من الحقوق بانقضاء خمس سنوات يتهافت تهافتاً يمتنع معه التسليم بوقف سريان المدة... =

المحجور نائب يمثله[1].

وقد يقوم مانع، غير القصر والحجر، يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه. من ذلك الغيبة الاضطرارية لسجن أو أسر أو نحو ذلك[2]، وهذه غير الغيبة المنقطعة التى يقام من أجلها وكيل للغائب والتى تدخل فى أسباب الحجر السالفة الذكر. فيقف سريان التقادم، إلى أن تنتهياً للدائن أسباب العودة إلى مباشرة أعماله. وتقرير ما إذا كان هذا المانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه مسألة واقع، تترك لتقدير قاضى الموضوع دون معقب عليه من محكمة النقض[3].

وحالة اتحاد الذمة مانع طبيعى من أن يطالب الدائن بحقه، كما تقول المذكرة الإيضاحية[4]. فإذا ما زال سبب اتحاد الذمة، وانفصلت صفة الدائن عن صفة المدين بأثر رجعى، فهذا الأثر الرجعى لا شأن له بما وقف من سريان التقادم، ولا تحسب المدة التى قام فى خلالها اتحاد الذمة ضمن مدة التقادم[5].

وقد يكون المانع من أن يطالب الدائن بحقه هى العلاقة القائمة بينه وبين المدين. فالعلاقة ما بين الزوجين مانع أدبى لأى منهما أن يطالب الآخر بحقه، وإلا تعكر صفو السلام فى الأسرة فوجب وقف سريان التقادم ما دامت علاقة الزوجية قائمة[1]، ويعود

= أما التقادم الحولى فقد بنى على قرينة الوفاء، وهى تظل سليمة الدلالة ولو كان الدائن قاصراً» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٣٢٨ - ص٣٢٩).

(١) فإذا كان للقاصر أو المحجور نائب يمثله، وقف سريان التقادم فى عهد التقنين المدنى السابق، اعتبر التقادم موقوفاً إلى يوم نفاذ التقنين المدنى الجديد. ومنذ هذا اليوم تسرى أحكام هذا التقنين، فيزول سبب الوقف ويعود التقادم إلى السريان فى حق القاصر أو المحجور ما دام له نائب يمثله. أما إذا لم يكن للقاصر أو المحجور نائب يمثله، ووقف سريان التقادم فى عهد التقنين المدنى السابق، فإنه يبقى موقوفاً حتى بعد نفاذ التقنين المدنى الجديد، ويستمر موقوفاً إلى أن يعين للقاصر أو المحجور نائب يمثله، فعندئذ يعود التقادم إلى السريان ولو لم يرتفع الحجر لبقاء نقص الأهلية.

(٢) انظر استئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م١٣ ص٥٣ (جندى أسر فى السودان).

(٣) أما إفلاس الدائن فليس سبباً لوقف التقادم، وعلى السنديك أن يقوم بمطالبة المدين (استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٨٩٥ م٧٣٧).

(٤) انظر آنفاً فقرة ٦٢٣- وانظر مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٣٢٩.

(٥) بودرى وتيسييه فقرة ٣٧٨.

(1) إذا كان الحكم المطعون فيه قد رفض اعتبار علاقة الزوجية مانعا أدبيا لمجرد تحرير سند الدين بمقولة أن تحريره يخالف المألوف بين الزوجين وكان تحرير سند بالحق المطالب به ليس من شأنه أن يؤدى عقلا إلى النتيجة التى انتهى إليها الحكم إذ أنه لا يخالف المألوف بين الزوجين ولا يدل بحال على وقوع أى تصدع فى علاقة الزوجية التى تربطهما كما أن هذا التسبيب ينطوى على مخالفه للقانون لما= =

التقادم إلى السريان بمجرد أن تنفصم عرى الزوجية لموت أو طلاق أو غير ذلك. وقد قدمنا أن التقنين المدنى الفرنسى (م٢٢٥٣) يشتمل على نص صريح فى هذا الحكم[١].

والعلاقة ما بين الأصول والفروع هى أيضاً مانع أدبى. وقد يكون مانعاً أدبيةً علاقة القرابة أيا كانت، ما دامت علاقة وثيقة واقترنت بملابسات تؤكد معنى المنع، كالعلاقة ما بين الأشقاء، وعلاقة الأعمال والأخوال بأولاد الأخ أو أولاد الأخت. وهذه مسألة واقع يقدرها قاضى الموضوع(1).

== يترتب على الأخذ به من تخصيص للمانع الأدبى الذى يقف به سريان التقادم بالحالة التى لا يكون فيها الحق المطالب به ثابتا بالكتابة وهو تخصيص لا أصل له فى القانون ولم يرده الشارع، لما كان ذلك فان الحكم المطعون فيه يكون مشوبا بالقصور وبمخالفة القانون بما يستوجب نقضه.

(جلسة ١٩٦٦/١٢/٨ الطعن ٣٩٥ لسنة ٣٢ق س١٧ ص١٨٦٥)

(جلسة ١٩٧٩/٣/٢٢ الطعن ٨٠٧ لسنة ٤٦ق)

(١) وقد كان القضاء فى عهد التقنين المدنى السابق يتردد فى جعل علاقة الزوجية سبباً فى وقف التقادم. فقد قضت محكمة استئناف مصر بأن مرور الزمن المسقط للحقوق يسرى بين الزوجين، بخلاف ما جاء بالقانون الفرنسى بالمادة ٢٢٥٣ التى أساسها أن للزوج حق إدارة أموال زوجته بقوة القانون، فهو وكيل قانونى عنها، وهذه الصفة غير مقررة فى القانون المصرى (٧ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٢٨٦ ص٦٩٠). ولكن محكمة النقض قضت بعد ذلك بأن اعتبار علاقة الزوجية مانعة من المطالبة بالحق أو غير مانعة من الأمور الموضوعية التى تختلف فى الدعاوى بحسب ظروفها، والقضاء فيها لا يخضع لرقابة محكمة النقض (نقض مدنى ١١ يناير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٢١ ص٤٧- وانظر: استئناف مصر ٩ مايو سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٤٥ ص٨٨- عابدين أول يولية سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ١١ ص١٢) - أما فى التقنين الجديد، حيث النص صريح فى وقف سريان التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبياً، فنرى أن تكون علاقة الزوجية فى الأصل مانعاً أدبياً فى سريان التقادم. فإذا استأجر الزوج مثلا أرضاً من زوجته، لم يستطع أن يتمسك بالتقادم الخمسى لإسقاط الأجرة المستحقة فى ذمته لها ما دامت علاقة الزوجية قائمة. ولكن له أن يثبت أنه وفاها الأجرة بجميع طرق الإثبات، دون حاجة إلى الكتابة، بسبب هذه العلاقة نفسها. على أنه قد يقع أن ينفصل الزوجان، ويقوم الشقاق بينهما، مع بقاء الزوجية قائمة، فلا يعود هناك محل للخشية من تعكير صفو السلام فى الأسرة بعد أن تعكر فعلا، لا سيما إذا كانت هناك قضايا مرفوعة بين الزوجين. ففى هذه الحالة يمكن القول بأن سبب وقف التقادم قد زال، وهذه مسألة واقع لا معقب فيها على تقدير قاضى الموضوع.

(1) أ- لا يسرى التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبيا، وصلة القرابة مهما كانت درجتها لا تعتبر فى ذاتها مانعا أدبيا، بل يرجع فى ذلك إلى ظروف كل دعوى على حدة تستخلص منها محكمة الموضوع - بما لها من سلطة تقديرية - قيام أو انتفاء المانع الأدبى، دون معقب عليها، متى أقامت استخلاصها على أسباب سائغة لها أصل ثابت فى الأوراق. =

والعلاقة ما بين المخدوم والخادم مانع أدبى، ما دامت علاقة الخدمة قائمة(1).

=(جلسة ١٩٧٨/٤/١٧ مجموعة احكام النقض السنة ٢٩ ص١٠٢٥، جلسة ١٩٧٩/١٢/٢٩ السنة ٣٠ ع٣ ص٤١٨)

ب- النص فى الفقرة الأولى من المادة ٣٨٢ من القانون المدنى على أنه «لا يسرى التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبياً» مفاده وعلى ما ورد بالأعمال التحضيرية للقانون المدنى أن المشرع نص بصفة عامة على وقف سريان التقادم إذا كان ثمة مانع يستحيل معه على الدائن أن يطالب بحقه فى الوقت المناسب ولو كان المانع أدبياً، ولم يرد المشرع ايراد الموانع على سبيل الحصر بل عمم الحكم لتمشيه مع ما يقضى به العقل،و لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض الدفع بالتقادم بناء على ما انتهى إليه من أن صلة القربى بين الطاعنة وابن شقيقتها المطعون عليه وإقامة هذا الأخير خارج البلاد واستيلاء جهة الاصلاح الزراعى على الأرض المبيعة فترة من الزمن تعتبر مانعا يتعذر معه على المطعون عليه المطالبة بحقه فى الفوائد، وكان التعامل بين الطرفين بالكتابة ليس من شأنه أن ينفى وحده قيام المانع فى علاقة المطعون عليه بخالته الطاعنة، لما كان ما تقدم وكان تقدير قيام المانع الموقف لسريان التقادم موكولا أمره إلى الحكم المطعون فيه من قيام المانع لوقف التقادم سائغا ويكفى لحمله فان النعى عليه بهذا الوجه يكون على غير أساس.

(الطعن١ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩١/٧/٤)

(الطعن ١٢٧٣ لسنة ٥٦ق جلسة ٩٠/٣/١٣، الطعن ١٩٣ لسنة ٥٦ق جلسة ٩١/١/٩)

(الطعن ٤٦ لسنة ٥٢ق جلسة ٨٧/٥/٢٤)

(جلسة ١٩٧٩/٢/١٥ الطعن ١٠٩٧ لسنة ٤٧ق س٣٠ ع١ ص٥٣٩)

جـ- تنص المادة ٣٨٢ من القانون المدنى على أنه «لا يسرى التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبياً» وصلة القرابة مهما كانت درجتها. لا تعتبر فى ذاتها مانعا أدبيا، بل يرجع فى ذلك إلى ظروف كل دعوى على حدة تستخلص منها محكمة الموضوع - بما لها من سلطة تقديرية - قيام أو انتفاء المانع الأدبى، دون معقب عليها فى ذلك، متى أقامت استخلاصها على أسباب سائغة لها أصل ثابت بالأوراق.

(الطعن رقم ٤١٦ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٨/٤/١٧ س٢٩ ص١٠١٥)

(الطعن رقم ١٠٩٧ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٧٩/٢/١٥ س٣٠ ع١ ص٥٣٩)

(1) أ- اعتبار قيام عقد العمل بين العامل ورب العمل مانعا أدبيا يحول دون مطالبته بحقه هو من المسائل الموضوعية التى يستقل بها قاضى الموضوع بغير معقب متى كان ذلك مبنيا على أسباب سائغة.

(جلسة ١٩٧٢/٤/٨ الطعن رقم ٣٩٣ لسنة ٣٥ق س٢٣ ص٦٦٣)

ب- جرى قضاء هذه المحكمة على أن اتهام العامل وتقديمه للمحاكمة بشأن هذا الاتهام وقيد الدعوى الجنائية قبله لا يعتبر مانعا يتعذر معه رفع دعواه بطلب الأجر والمكافأة وبالتالى لا يصلح سببا لوقف مدة سقوطها بالتقادم وفقا للقواعد العامة فى القانون.

(الطعن رقم ٩١٢ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٩/١١/٢٥ س٣٠ ع٣ ص٦٢)

والعلاقة ما بين الأصيل والنائب مانع يقف سريان التقادم، وقد ورد نص صريح فى ذلك فى الفقرة الأولى من المادة ٣٨٢ مدنى، كما رأينا. ويدخل فى ذلك العلاقة ما بين الموكل والوكيل ما دامت الوكالة قائمة، وذلك فى حدود أعمال الوكالة[١]. كما تدخل العلاقة ما بين الولى أو الوصى أو القيم بالمحجور، ما دام الحجر قائماً[٢]. وكذلك تدخل العلاقة ما بين الشخص المعنوى والمدير، ما دامت صفة الإدارة قائمة. ففى كل هذه الأحوال يقف سريان التقادم فى الحقوق التى لأى طرف على الآخر انتظاراً لتصفية العلاقة القائمة، إذ لا يحسن أن يقاضى أحد الطرفين الآخر مع وجود علاقة بينهما تقوم على الثقة والائتمان[٣](1).

---

(١) استئناف مختلط ٢١ يونيه سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص٣٨٧ – ٢٧ يونيه سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص٣٥٢ – وحيازة الوكيل لملك موكله تكون حيازة عارضة ، ولا يسرى التقادم المسقط بالنسبة إلى حق الموكل الشخصى فى الرجوع على الوكيل إلا من وقت أن يغير الوكيل حيازته من حيازة عارضة إلى حيازة المالك (استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٤٠ م٥٢ ص٢١٩). على أنه إذا قام نزاع بين الوكيل والموكل، فقد تكدرت العلاقة بينهما، ولم تعد مانعا أدبياً من سريان التقادم. ولا يقف التقادم فى هذه الحالة قيام نزاع بينهما على عنصر من عناصر الحساب، إذا كان قد سبق للوكيل تقديم الحساب فى قضية أخرى. وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه إذا قررت المحكمة أن قيام النزاع بين الموكل والوكيل على عنصر من الحساب بينهما لا يعتبر عائقا يمنع من المطالبة بتقديم الحساب ويقف مدة تقادم دعوى طلبه، واستدلت على ذلك بأن الوكيل سبق له تقديم الحساب فى قضية أخرى عن مدة سابقة قبل تصفية ذلك النزاع، فلا يكون حكمها مخالفا للقانون (نقض مدنى ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٢٧ ص٦٤٥).

(٢) وإذا استأجر المشرف على الوصية أطيان القصر، فليس ل أن يتمسك قبل القصر بسقوط الأجل فى الأجرة بمضى خمس سنوات، لأنه وإن كا بصفته مستأجراً يستفيد من التقادم الخمسى، إلا أن من واجبه مراقبة الوصية فى اتخاذ اللازم نحو الحصول على حقوق القصر ومنع أى إهمال يؤدى إلى سقوط تلك الحقوق أو ضياعها، وواجبه هذا يتعارض مع استفادته من إهمال الوصية فى مطالبته والتمسك بسقوط حقوق القصر بمضى المدة (استئناف مصر ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٤٣١ ص٨٧٨).

(٣) ولا تعد علاقة الموظف بالحكومة مانعاً أدبياً من شأنه وقف التقادم (محكمة القضاء الإدارى ٢٠ مايو سنة ١٩٥٣ المحاماة ٣٥ رقم ٩١٥ ص١٧٣٩). وكذلك لا يكون شغار الوقف من الأسباب القانونية التى تقف سريان التقادم (استئناف مصر ١٠ يونيه سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٩١ ص١٠٨٧ – المادتان ٥٩٤ و٦١٩ من قانون العدل والأنصاف).

(1) لا يسرى التقادم الخمسى المنصوص عليه فى القانون المدنى إلا بالنسبة للحقوق الدورية المتجددة ومن ثم فلا يسرى هذا التقادم على المبالغ التى يقبضها الوكيل لحساب موكله ويمتنع عن أدائها له، ولو كانت هذه المبالغ عبارة عن ريع عقار للموكل وكل الوكيل فى تحصيله وإنما يتقادم حتى الموكل فى مطالبة الوكيل بهذه المبالغ بخمس عشرة سنة ولا يسرى التقادم بالنسبة لهذا الحق ما دامت الوكالة قائمة ولم يصف الحساب بينهما.

(الطعن ١٩٢ لسنة ٣٤ق جلسة ٦٧/١١/٣٠ س١٨ ص١٧٧٩)

ويقف سريان التقادم فى جميع الموانع التى قدمناها، أيا كانت مدة التقادم، خمس سنوات أو أكثر أو أقل، وذلك فيما عدا القصر والحجر فقد رأينا أن التقادم لا يقف فيهما إلا إذا كانت مدته أكثر من خمس سنوات.

٦٢٥- أسباب وقف التقادم التى ترجع إلى ظروف مادية اضطرارية: وقد يرجع المانع، لا إلى اعتبار يتعلق بالشخص، بل إلى ظرف مادى اضطرارى، أقرب ما يكون إلى القوة القاهرة[١]، يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه. فيقف سريان التقادم، أياً كانت مدته، خمس سنوات أو أقل[٢]. من ذلك قيام حرب مفاجئة أو نشوب فتنة أو إعلان الأحكام العرفية، إذا كان شئ من هذا قد منع المحاكم من مباشرة أعمالها، فلا يتمكن الدائن من المطالبة القضائية بحقه[٣].

ومن ذلك أيضاً انقطاع المواصلات بحيث لا يتمكن الدائن من اتخاذ الإجراءات اللازمة للمطالبة بحقه، فيقف سريان التقادم لهذا المانع[٤]. والمسألة موكولة إلى تقدير قاضى الموضوع، ولا معقب على هذا التقدير من محكمة النقض.

---

(١) ولم نقل القوة القاهرة، إذ لا يشترط فى المانع ما يشترط فى القوة القاهرة. ويكفى فى المانع أن يقوم دون أن يكون مصدره خطأ الدائن، حتى يقف سريان التقادم. فيعتبر جهل الدائن بوجود حقه من غير تقصير منه مانعاً يقف التقادم (استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٩٤٣ م٥٦ ص١٢)، وقد لا يكون هذا الجهل قوة قاهرة بالمعنى الدقيق. وقد قضت محكمة النقض بأن الجهل باغتصاب الحق قد يكون من الأسباب الموقفة للتقادم، إذا لم يكن ناشئاً عن إهمال صاحب الحق ولا تقصيره. فإذا كان الحكم قد نفى عن صاحب الحق كل إهمال أو تقصير من جانبه فى جهله باغتصاب ملكه، فإنه لا يكون مخطئاً إذ اعتبر مدة التقادم لا تحتسب فى حقه إلا من تاريخ علمه بوقوع الغصب على ملكه (نقض مدنى ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٣ ص٦٠٢). ويلاحظ هنا أن التقادم قد وقف قبل أن يبدأ سريانه (انظر آنفاً فقرة ٦٢٠).

ومن ثم يحسن فصل الفكرتين – المانع والقوة القاهرة – إحداهما عن الأخرى. والأمر فى تقدير المانع يترك لقاضى الموضوع، ولا معقب عليه من محكمة النقض (قارن استئناف مختلط ٢٣ يناير سنة ١٩٤٧ م٥٩ ص٨٠- وانظر الأستاذ عبد الحى حجازى٣ ص٣٤٢).

(٢) ومن ذلك نرى أن أسباب الوقف ترد على التقادم أيا كانت مدته ، ولو كانت هذه المدة خمس سنوات أو أقل، وذلك فيما عدا الأسباب التى ترجع إلى عدم توافر الأهلية أو الغيبة المنقطعة أو الحكم بعقوبة جنائية فهذه كما رأينا لا تقف سريان التقادم إلا إذا كانت مدته أكثر من خمس سنوات.

(٣) انظر المادة ٢٠٣ من التقنين المدنى الألمانى.

(٤) ومن الموانع التى رأت محكمة النقض أنها تقف سريان التقادم، حتى فى عهد التقنين المدنى السابق، ما قضت به من إنه إذا باع المدين الدائن عيناً أداء لدينه ثم حكم ببطلان هذا البيع، فإن تقادم الدين يقف إلى صدور الحكم بالبطلان. وإذا أقر البائع (المدين) للمشترى (الدائن) باجازة البيع بعد ذلك ثم قضى ببطلان هذه الإجازة، فهذه الإجازة تقف التقادم إلى أن يقضى ببطلانها (نقض =

ومن ذلك أخيراً ارتباط الدعوى المدنية بالدعوى الجنائية. فقد نصت المادة ١٧٢ مدنى على أن «١- تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه. وتسقط مدة الدعوى، فى كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع. ٢- على أنه إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة، وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط بعد انقضاء المواعيد المذكورة فى الفقرة السابقة، فان دعوى التعويض لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية». فلو فرضنا أن جناية وقعت وعلم المجنى عليه بها وبالشخص المسئول عنها وقت وقوعها، فان الدعوى المدنية بالتعويض تتقادم بثلاث سنوات من وقت وقوع الجناية. ولكن لما كانت الدعوى الجنائية لا تسقط فى الجنايات إلا بعشر سنوات من وقت وقوع الجناية (م١٥ من قانون الإجراءات الجنائية)، فلو فصلنا ما بين مدتى التقادم، لنتج عن ذلك موقف شاذ هو سقوط الدعوى المدنية بثلاث سنوات قبل سقوط الدعوى الجنائية بعشر سنوات. فيكون من الممكن إيقاع عقوبة على الجانى بعد انقضاء ثلاث سنوات إذ تكون الدعوى الجنائية لم تتقادم، دون التمكن من إلزامه بالتعويض إذ تكون الدعوى المدنية قد تقادمت، مع أن التعويض أقل خطراً من العقوبة الجنائية. هذا المحظور أراد المشرع أن يتفاداه، فنص على أن الدعوى المدنية لا تتقادم فى هذه الحالة بثلاث سنوات، بل تبقى قائمة مع الدعوى الجنائية ولا تسقط إلا بسقوطها، حتى يستطيع المضرور فى الوقت الذى يعاقب فيه الجانى أن يتقاضى منه التعويض المدنى[1]. والمفروض

=مدنى ٣ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٩ ص٣٧). ومن ذلك أيضاً ما قضت به من أنه متى كانت المورثة قد أوصت بكل أملاكها العقارية والمنقولة لبناتها ومن بينهن المطعون عليها، وأقرت فى الوصية لهن بديون، فإنه بحسب الحكم، ليستقيم قضاؤه برفض الدفع بسقوط حق المطعون عليها فى المطالبة بدينها لمضى خمس عشرة سنة من تاريخ استحقاقه حتى تاريخ المطالبة به، تقريره أن قيام الوصية كان مانعا يستحيل معه على المطعون عليها المطالبة بالدين موضوع الإقرار حتى فصل نهائياً ببطلانها، متى كان ثابتاً فى الحكم أن المقرة أوصت بما أوصت للمطعون عليها فى مقابل دينها. وتقدير المانع فى هذه الحالة موكول أمره إلى محكمة الموضوع دون معقب عليها متى اعتمدت على أسباب سائغة (نقض مدنى ١٩ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٣ ص٦٩٣). ومن ذلك أخيراً ما قضت به من أن النزاع على عقد أمام القضاء من شأنه وقف سريان التقادم فى حق الالتزامات المترتبة على هذا العقد، لا انقطاعه، متى كان لم يتوافر سبب من أسباب الانقطاع القانونية (نقض مدنى ٢٢ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٥ ص٣٧٥). أما الدعوى التى يرفعها الغير بطلب استرداد الشئ المبيع فلا يعتبر سبباً قانونياً لوقف التقادم الخاص بحق المشترى فى التضمينات مقابل ما فاته من ربح بسبب عدم تنفيذ عقد البيع (نقض مدنى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣٧ ص٢٩٠).

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٦٢٥ ص٩٣٩.

فى كل ذلك أن الدعوى الجنائية لا تزال قائمة، فتقوم معها الدعوى المدنية، وتسقط بسقوطها. أما إذا انفصلت الدعوى المدنية عن الدعوى الجنائية، وانقضت الدعوى الجنائية بصدور حكم فيها، فقد فصمت عرى الارتباط ما بين مدتى التقادم، فتستقل الدعوى المدنية بمدة تقادمها الأصلى وهى ثلاث سنوات(1). فإذا فرضنا أن المجنى عليه لم يرفع

---

(1) أ- المشرع الذى انشأ للمضرور فى حوادث السيارات دعوى مباشرة قبل المؤمن عليه بمقتضى المادة الخامسة من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الاجبارى من المسئولية المدنية الناشئة عن تلك الحوادث، ونص على أن تخضع هذه الدعاوى للتقادم الثلاثى المقرر بالمادة٧٥٢ من القانون المدنى للدعاوى الناشئة عن عقد التأمين، وهذا التقادم - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة تسرى فى شأنه القواعد العامة بوقف مدة التقادم عن فعلهم فإن الجريمة تكون مسألة مشتركة بين هذه الدعوى والدعوى المدنية وانقطاعها، فإذا كان الفعل المشروع الذى يستند إليه المضرور فى دعواه قبل المؤمن هو جريمة ورفعت الدعوى الجنائية على مرتكبها سواء أكان هو بذاته المؤمن له أو أحد ممن يعتبر المؤمن له مسئولا عن الحقوق المدنية التى يرفعها المضرور على المؤمن ولازمة للفصل فى كليهما فيعتبر رفع الدعوى الجنائية مانعا قانونيا يتعذر معه على الدائن المضرور مطالبة المؤمن بحقه مما ترتب عليه المادة ٣٨٢ من القانون المدنى وقف سريان التقادم ما بقى المانع قائما، ويبنى على ذلك أن تقادم دعوى المضرور قبل المؤمن يقف سريانه طوال المدة التى تظل فيها الدعوى الجنائية قائمة ولا يزول الا بانقضاء هذه الدعوى بصدور حكم نهائى فيها بادانة الجانى أو لانقضائها بعد رفعها لسبب آخر من أسباب الانقضاء ولا يعود سريان التقادم الا من تاريخ هذا الانقضاء، ولما كان الحكم الغيابى القاضى بأدانة مقترف جريمة الجنحة لا تنقضى به الدعوى الجنائية إذ هو لا يعدو ألا أن يكون من الاجراءات القاطعة لمدة الثلاث سنوات المقررة لتقادم الدعوى طبقا للمادتين ١٥، ١٧ من قانون الاجراءات الجنائية ومن ثم فانه إذا لم يعلن هذا الحكم للمحكوم عليه ولم يتخذ اجراء تال له قاطع لتقادم الدعوى الجنائية فإن هذه الدعوى تنقضى بمضى ثلاث سنوات من تاريخ صدوره ومنذ هذا الانقضاء يزول المانع القانونى الذى كان سببا فى وقف سريان تقادم دعوى المضرور المدنية قبل المؤمن.

(الطعن رقم ١٢٧٨ س٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/١/٢٧)

(جلسة ١٩٧٥/١/٢٣ مجموعة احكام النقض السنة ٢٦ ص٢٣٣)

ب- إذ كانت المادة ١٨ من قانون الاجراءات الجنائية تنص على أنه إذا تعدد المتهمون فان انقطاع المدة بالنسبة لاحدهم يترتب عليه انقطاعها بالنسبة للباقين ما لم تكن قد اتخذت ضدهم اجراءات قاطعة للمدة. وكان الثابت أن دعوى التعويض الماثلة نشأت عن جريمة أتهم فيها... وأقيمت الدعوى الجنائية ضده قبل أن تسقط وحكم استئنافيا ببراءته فى ١٩٧٧/٢/١٦ ويترتب على ذلك انقطاع مدة التقادم بالنسبة للمتهم الاخر فلا تستأنف سيرها الا فى التاريخ المذكور والثابت أن دعوى التعويض الماثلة رفعت فى ١٩٧٧/٣/٢٢ قبل مضى ثلاث سنوات من ١٩٧٧/٢/١٦ فلم تكن الدعوى الجنائية قد سقطت باعتبارها فى مادة جنحة لا تسقط الا بمضى ثلاث سنين وكانت دعوى التعويض لا تسقط بالتقادم الا بسقوط الدعوى الجنائية فان الحكم الصادر بسقوطها بالتقادم يكون مخالفا للقانون.

(الطعن رقم ٨٤٩ س٤٩ق جلسة ١٩٨٣/٢/٦) =

دعوى التعويض أمام محكمة الجنايات، بل تربص بالجانى حتى يحكم عليه جنائياً، ودامت المحاكمة الجنائية أكثر من ثلاث سنوات ثم انتهت بادانة الجانى، فانه يكون قد مضى على الدعوى المدنية بالتعويض أكثر من ثلاث سنوات، فهل تكون قد تقادمت بانقضاء هذه المدة؟ لا نتردد فى القول بأن سريان التقادم بالنسبة إلى الدعوى المدنية يقف طوال المدة التى دامت فيها المحاكمة الجنائية، ولا يعود التقادم إلى السريان إلا عند صدور الحكم النهائى بادانة الجانى أو عند انتهاء هذه المحاكمة بسبب آخر. ذلك أن من حق المجنى عليه أن يختار الطريق المدنى دون الطريق الجنائى فى دعواه المدنية بالتعويض. فإذا اختار هذا الطريق، وقف النظر فى دعواه المدنية أثناء نظر الدعوى الجنائية، لأن الطريق الجنائى يقف الطريق المدنى (le criminel tient le civil en état). فهناك إذن سبب لوقف سريان التقادم فى حق الدعوى المدنية، وهو سبب قانونى، إذ القانون يمنع نظر الدعوى المدنية أمام المحاكم المدنية أثناء نظر الدعوى الجنائية. ويترتب على ذلك أن المجنى عليه يستطيع أن يرفع دعواه المدنية بالتعويض أمام المحاكم المدنية بعد انتهاء المحاكمة الجنائية، ولا تكون هذه الدعوى المدنية قد تقادمت، لأن التقادم فى حقها يكون قد وقف سريانه طوال المدة التى

=د- من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - ان رفع الدعوى الجنائية يعتبر مانعا قانونيا فى حكم المادة ٣٨٢ من القانون المدنى، يتعذر معه على الطاعنين مطالبة المطعون بحقهم فى التعويض عن مقتل مورثهم خطأ، مما لازمه وقف تقادم التعويض لحين الفصل نهائيا فى قضية الجنحة سالفة الذكر.

(الطعن رقم ٤٨٠ س٥٠ق جلسة ١٩٨٣/١/٢٢)

(جلسة ١٩٧٧/١٢/١٤ مجموعة احكام النقض السنة ٢٨ ص١٧٩٨)

هـ- النص فى المادة ١٧٢ من القانون المدنى على أنه إذا كان العمل الضار يستتبع قيام دعوى جنائية إلى جانب دعوى التعويض المدنية وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط بعد انقضاء المواعيد المبينة فى الفقرة الأولى من المادة سالفة الذكر فان الدعوى المدنية لا تسقط الا بسقوط الدعوى الجنائية فإذا انفصلت الدعوى المدنية عن الدعوى الجنائية بان اختار المضرور الطريق المدنى دون الطريق الجنائى للمطالبة بالتعويض فان سريان التقادم بالنسبة للمضرور يقف طوال المدة التى تدوم فيها المحاكمة الجنائية إلى أن تنقضى الدعوى الجنائية بصدور حكم نهائى فيها بأدانة الجانى أو عند انتهاء المحاكمة الجنائية بسبب آخر على أساس أن رفع الدعوى الجنائية يكون فى هذه الحالة مانعا قانونيا فى معنى المادة ١/٣٨٢ من القانون المدنى - يتعذر معه على المضرور المطالبة بحقه فى التعويض فإذا سقطت الدعوى الجنائية بعد رفعها بالتقادم انقضت تلك الدعوى من تاريخ هذا الانقضاء ويزول المانع القانونى آنف البيان ويعود سريان تقادم دعوى التعويض المدنية بمدتها الأصلية وهى ثلاث سنوات.

(الطعن ٦٥١ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٦/٣/١٢)

(الطعن ٣٢٠ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٦/٣/٦)

دامت فيها المحاكمة الجنائية(١)(1).

٦٢٦- الأثر الذى يترتب على وقف التقادم: ومتى وقف سريان التقادم لسبب أو لآخر من الأسباب التى تقدم ذكرها، فان الأثر الذى يترتب على وقف التقادم واضح. ذلك أن المدة التى وقف سريان التقادم فى خلالها لا تحسب ضمن مدة التقادم، وتحسب المدة السابقة والمدة التالية(٢)(2). فلو أن الدائن ترك حقه الذى يتقادم بخمس عشرة سنة دون

---

(١) انظر فى أن وقف النظر فى الدعوى المدنية أمام المحاكم المدنية أثناء نظر الدعوى الجنائية، بمقتضى القاعدة التى تقضى بأن الطريق الجنائى يقف الطريق المدنى، هو سبب قانونى لوقف سريان التقادم فى حق الدعوى المدنية: بودرى وتيسييه فقرة ٣٧٧.

(٢) ويذهب بعض الفقهاء فى فرنسا إلى أن قيام مانع من شأنه أن يقف التقادم إنما يقفه إذا قام فى الوقت الذى يوشك فيه التقادم أن يكتمل (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٤ ص٤٦٨- وانظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٧٩. وانظر آنفاً فقرة ٦٢٣ فى الهامش فيما جرى عليه القضاء فى مصر فى عهد التقنين المدنى السابق). ولكن هذا الرأى لا يمكن الأخذ به فى مصر، حيث النص صريح فى أن المانع أياً كان يقف التقادم. ولم تذكر أسباب محدودة على سبيل الحصر لوقف التقادم كما فعل التقنين المدنى الفرنسى، مما دعا القضاء والفقه فى فرنسا ، فى الموانع التى لم يرد بها نص، إلى اعتبار هذه الموانع بمثابة القوة القاهرة، فلا يكون لها أثر إلا إذا قامت فى آخر مدة التقادم، فمنعت الدائن من المطالبة بحقه قبل اكتمال هذه المدة (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٧٩ - وانظر الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص٣٤٣- ص٣٤٤).

(1) متى كان ممتنع قانونا على الطاعنين رفع دعواهما - بطلب التعويض عن اتلاف السيارة بطريق الخطأ - امام المحاكم الجنائية وكان إذا رفعاها أمام المحاكم المدنية أثناء السير فى الدعوى الجنائية - المرفوعة عن جريمة القتل الناشئة عن ذات الخطأ - كان رفعها فى هذا الوقت عقيما، إذ لا يمكن الحكم فيها إلا بعد أن يفصل نهائيا فى تلك الدعوى الجنائية، فان رفع الدعوى الجنائية يكون فى هذه الحالة مانعا قانونيا يتعذر معه على الدائن المضرور المطالبة بحقه، مما ترتب عليه المادة ٣٨٢ من القانون المدنى وقف سريان التقادم ما دام المانع قائما، وبالتالى يقف سريان التقادم بالنسبة لدعوى التعويض الحالية طوال المدة التى تدوم فيها المحاكمة الجنائية.

(جلسة ١٩٧٥/١/٢٣ مجموعة احكام النقض السنة ٢٦ ص٢٣٣)

(جلسة ١٩٧٢/٤/٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ ص٦٣٥)

(جلسة ١٩٦٩/٣/٢٧ مجموعة احكام النقض السنة ٢٠ ص٥٠٠)

ب- التقادم المقرر لدعوى المضرور قبل المؤمن فى التأمين الاجبارى من حوادث السيارات تسرى فى شأنه القواعد العامة الخاصة بوقف التقادم وانقطاعه طبقا لما أكدته المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥.

(جلسة ١٩٧٢/٥/٢٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ ص١٠١٦)

(جلسة ١٩٧٠/١/٨ مجموعة احكام النقض السنة ٢١ ص٤٣)

(2) أ- القاعدة الصحيحة فى احتساب مدة التقادم ألا تحسب المدة التى وقف سيره فى خلالها ضمن مدة التقادم وإنما تعتبر المدة السابقة على الوقف معلقة حتى يزول سبب الوقف فإذا زال يعود سريان المدة وتضاف المدة السابقة إلى المدة الملاحقة.

(الطعن رقم ٤٥١ لسنة ٢٩ق جلسة ١٩٦٤/١١/١٥ س١٥ ص١٠٥٠)

ب- مؤدى المواد الأولى والثانية والسادسة عشرة من الأمر العسكرى رقم ٤ لسنة ١٩٥٦ أن الشارع أراد وقف جميع مواعيد سقوط الحق وجميع مواعيد الإجراءات التى سرت أو تسرى ضد «المعتقلين والمراقبين» ما دامت أموالهم موضوعة تحت الحراسة بحيث لا تجرى هذه المواعيد أو تنفتح فى حقهم خلال فترة الحراسة وبحيث تعود فتستأنف سيرها أو تبدأ بمجرد زوال سبب الوقف طبقاً للأحكام =

أن يطالب به المدين اثنتى عشرة سنة، ثم مات وورثه قاصر لم يعين له نائب يمثله قانوناً، فوقف سريان التقادم سنتين إلى أن عين للقاصر وصي وعاد التقادم إلى السريان، فان مدة السنتين التى وقف فى خلالها سريان التقادم لا تحسب، وتحسب الاثنتا عشرة سنة التى تقدمتها. فيبقى للقاصر من وقت تعيين وصي له ثلاث سنوات أخرى – لا سنة واحدة – قبل أن يتقادم حقه(١).

=المقررة فى القانون، ولا وجه للقول بأن المادة السادسة عشرة إنما أريد بها مد مواعيد سقوط الحق ومواعيد الإجراءات خلال فترة الحراسة وبالنسبة للحراس وحدهم لا بالنسبة للأشخاص الموضوعين تحت الحراسة، إذ هو تخصيص للنص بغير مخصص وليس له ما يبرره وفى السوابق التشريعية المماثلة – الأوامر العسكرية والقرارات الوزارية المكملة له – بالنسبة للرعايا الإيطاليين وغيرهم الذين وضعوا تحت الحراسة فى ظروف مشابهة ما ينفيه – وإذ كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وجرى فى قضائه بعدم قبول الدعوى لرفعها بعد الميعاد على أنها رفعت فى أول يونيه سنة ١٩٥٧ بينما قرار اللجنة كان قد أعلن إلى الحارس العام فى ١٦ فبراير ١٩٥٧ ، ومؤدى ذلك أنه أجرى ميعاد سقوط الحق فى رفع الدعوى من تاريخ إعلان قرار اللجنة للحارس، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه.

(الطعن رقم ٤٥٣ لسنة ٢٩ق جلسة ١٩٦٥/٣/٣ س١٦ ص٢٣٩)

(جلسة ١٩٧٩/٢/١٥ مجموعة احكام النقض السنة ٣٠ ع١ ص٥٣٩)

جـ– المفاوضات التى تدور بين الناقل والمرسل إليه بشأن تسوية النزاع بينهما حول المسئولية عن تلف البضاعة، وان كانت تصلح سببا لوقف تقادم دعوى المسئولية المنصوص عليه فى المادة ١٠٤ من القانون التجارى متى كان يستفاد منها قيام المانع من المطالبة إلا أنها لا تصلح سببا لقطع التقادم، إذ لا ينقطع التقادم إلا بالأسباب الواردة فى المادتين ٣٨٣. ٣٨٤ من القانون المدنى، وليس من بينها المفاوضات بين الدائن والمدين.

(الطعنان ١٨٨، ١٩٣ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٧٦/٦/١٤ س٢٧ ص١٣٥٢)

د– مفاد ما نصت عليه المادة ٢١ من الأمر العسكرى رقم ٥ لسنة ١٩٥٦ من أنه «تمد مواعيد سقوط الحق وجميع مواعيد الإجراءات التى تسرى ضد الرعايا الموضوعة أموالهم تحت الحراسة» أن هذه المواعيد لا تجرى أو تنفتح فى حق هؤلاء الأشخاص خلال فترة الحراسة إلا أنها تبدأ أو تعود فتستأنف سيرها بمجرد إنهاء هذه الحراسة.

(الطعن رقم ٥٣٦ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٥/١٢/٤ س٢٦ ص١٥٤٩)

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «وقد رؤى أن أثر وقف التقادم أظهر من أن يحتاج إلى نص خاص، فالفترة التى يقف التقادم فى خلالها لا تحتسب ضمن المدة المسقطة: المادة ٢٠٥ من التقنين المدنى الألمانى» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٣٢٩).

هذا ولا يقف التقادم، إذا كان سبب الوقف يتعلق بالشخص، إلا بالنسبة إلى الشخص الذى قام به هذا السبب، فلا يستفيد دائن متضامن من قصر دائن متضامن معه لوقف التقادم بالنسبة إلى الاثنين، بل يقف التقادم بالنسبة إلى القاصر فقط إذا لم يكن له من يمثله قانوناً (بودرى وتيسييه فقرة ٤٦٣). وإذا وقف سريان التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين، لم يجز أن يتمسك به قبل باقى المدينين (م٢/٢٩٢ مدنى).

وإذا وقف التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين فى التزام غير قابل للانقسام، فإن طبيعة عدم تجزئة المحل تقتضى وقف سريان التقادم بالنسبة إلى باقى المدينين (انظر آنفا فقرة ٣١٨). وكذلك إذا وقف التقادم لصالح أحد الدائنين فى التزام غير قابل للانقسام، انتفع بذلك سائر الدائنين نظراً لما تقتضيه طبيعة عدم التجزئة (انظر آنفاً فقرة ٣٢٦).

المبحث الرابع
انقطاع التقادم
(Interruption de la prescription)

٦٢٧- أسباب انقطاع التقادم وما يترتب عليه من الأثر: كما يعرض للتقادم أن يقف سريانه للأسباب التى قدمناها، يعرض له أيضاً أن ينقطع بسبب من أسباب الانقطاع. فتكون المدة التى انقضت قبل انقطاع التقادم كأنها لم تكن ولا تدخل فى حساب مدة التقادم، حتى إذا بدأ سريان التقادم من جديد بعد انقطاعه، يعقب التقادم الذى زال بالانقطاع تقادم جديد تسرى عليه الأحكام العامة للتقادم.

فنبحث إذن مسألتين: (١) أسباب انقطاع التقادم. (٢) الأثر الذى يترتب على انقطاع التقادم.

المطلب الأول
أسباب انقطاع التقادم

٦٢٨- النصوص القانونية: تنص المادة ٣٨٣ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة، وبالتنبيه، وبالحجز، وبالطلب الذى يتقدم به الدائن لقبول حقه فى تفليس أو فى توزيع، وبأى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه فى إحدى الدعاوى».

وتنص المادة ٣٨٤ على ما يأتى:

«١- ينقطع التقادم إذا أقر المدين بحق الدائن إقراراً صريحاً أو ضمنياً.

«٢- ويعتبر إقراراً ضمنياً أن يترك المدين تحت يد الدائن مالا له مرهوناً رهناً حيازياً تأميناً لوفاء الدين»(١).

---

(١) **تاريخ النصوص:**

م٣٨٣: ورد هذا النص فى المادة ٥٢٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يشتمل على عبارة «عن غلط مغتفر» بعد عبارة «ولو رفعت الدعوى». وفى لجنة المراجعة حذفت هذه العبارة، وأضيفت فقرة ثانية نصها كالآتى: «وينقطع التقادم أيضاً بالإنذار الرسمى». وأصبحت المادة رقمها ٣٩٦ فى المشروع النهائى. ووافق مجلس النواب على النص. وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت الفقرة الثانية التى أضافتها لجنة المراجعة «لأن ما يقطع التقادم يجب أن يكون التنفيذ أو مقدماته وليس الإنذار، ولكى تكون أسباب قطع التقادم أكثر دلالة على رغبة صاحب الحق فى اقتضائه وتحفزه لذلك، فلا يكفى مجرد إرسال إنذار رسمى من حين إلى آخر». ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته تحت رقم ٣٨٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٣٣١ - ص٣٣٤). =

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المادتين ٨٢ فقرة ثانية/ ١١١ و٢٦٩/٢٠٥(١).

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادتين ٣٨٠- ٣٨١- وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٣٧٠- ٣٧١- وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٤٣٧ - ٤٣٨- وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادتين ٣٥٧- ٣٥٨(٢).

= **م٣٨٤**: ورد هذا النص فى المادة ٥٢١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد فيما عدا الفقرة الثانية من المشروع التمهيدى حيث ورد فيها: «ويعتبر إقراراً ضمنياً أن يترك المدين تحت يد الدائن منقولاً أو عقاراً..» وفى لجنة المراجعة اكتفى بكلمة «مال» لأنها تشمل المنقول والعقار، وقيدت بأن المال المرهون يكون ملكاً للمدين، وأصبحت المادة رقمها ٣٩٧ فى المشروع النهائى. ووافق عليها مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٨٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٣٣٥- ص٣٣٦).

(١) **التقنين المدنى السابق** م٨٢ فقرة ثانية/١١١: تنقطع المدة المقررة للتملك بوضع اليد إذا ارتفعت اليد ولو بفعل شخص أجنبى، وتنقطع المدة المذكورة أيضاً إذا طلب المالك استرداد حقه بأن كلف واضع اليد بالحضور للمرافعة أمام المحكمة أو نبه عليه بالرد تنبيهاً رسمياً مستوفياً للشروط اللازمة ولو لم يستوف المدعى دعواه، إنما يشترط فى ذلك عدم سقوط الدعوى بمضى الزمن.

م٢٦٩/٢٠٥: القواعد المقررة للتملك بمضى المدة من حيثية أسباب انقطاعها أو ايقاف سريانها تتبع أيضاً فى التخلص من الدين بمضى المدة.

(ويلاحظ على هذه النصوص ما يأتى: ١- المقصود بالتنبيه بالرد تنبيهاً رسمياً مستوفياً للشروط اللازمة هو التنبيه: un commandement régulier en la forme. ٢- أغفل التقنين السابق ذكر الحجز، والطلب الذى يتقدم به الدائن لقبول حقه فى تفليس أو فى توزيع، وأى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير فى إحدى الدعاوى. ولكن هذا كله كان معمولا به فى عهد التقنين السابق، تطبيقاً للقواعد العامة. ٣- لم يذكر التقنين السابق ضمن أسباب قطع التقادم إقرار المدين بحق الدائن، ولكن هذا الحكم أيضاً كان معمولا به دون نص فى عهد التقنين السابق. وقد استوفى التقنين الجديد هذا النقص).

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى**:

التقنين المدنى السورى م٣٨٠ - ٣٨١ (مطابقة للمادتين ٣٨٣- ٣٨٤ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى الليبى م٣٧٠ - ٣٧١ (مطابقتان للمادتين ٣٨٣- ٣٨٤ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى العراقى م٤٣٧: ١- تنقطع المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة عن غلط مغتفر. فإن طالب الدائن غريمه فى المحكمة ولم تفصل الدعوى حتى مضت المدة، فإنها تسمع بعدها. ٢- وكالمطالبة القضائية الطلب الذى يتقدم به الدائن لقبول حقه فى تفليس أو توزيع، وبوجه عام أى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير فى إحدى الدعاوى. =

ويخلص من النصوص المتقدمة الذكر أن الأسباب التى تقطع التقادم إما أن تكون صادرة من الدائن وذلك بالمطالبة القضائية أو بما يقوم مقامها[1]، وإما أن تكون صادرة من المدين وذلك باقراره بحق الدائن.

١ - الأسباب الصادرة من الدائن

٦٢٩- المطالبة القضائية: ينقطع التقادم بمطالبة الدائن المدين بحقه مطالبة قضائية (demande judiciaire) أى باقامة دعوى بحقه (citation en justice).

فلابد إذن أن يصل الدائن، حتى يقطع التقادم، إلى حد المطالبة القضائية(1).

= م٤٣٨: ١- تنقطع أيضاً المدة المقررة لعدم سماع الدعوى إذا أقر المدين بحق الدائن صراحة أو دلالة، ما لم يوجد نص بخلاف ذلك. ٢- ويعتبر المدين قد أقر دلالة بحق الدائن إذا هو ترك تحت يده مالا مرهوناً بالدين رهن حيازة.

(والتقنين العراقى يتفق فى أحكامه مع التقنين المصرى: انظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٣٩٤).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٣٥٧: ينقطع حكم مرور الزمن: ١- بكل مطالبة قضائية أو غير قضائية ذات تاريخ صحيح من شأنها أن تجعل المديون فى حالة التأخر عن تنفيذ الموجب، ولو قدمت لمحكمة لا صلاحية لها أو حكم بفسادها شكلا. ٢- بطلب قبول الدائن فى تفليسة المدين. بعمل احتياطى يتناول أملاك المديون أو بعريضة ترمى إلى نيل الإذن فى إجراء عمل من هذا النوع.

م٣٥٨: ينقطع مرور الزمن باعتراف المدين بحق الدائن.

(وتختلف أحكام التقنين المصرى فيما يأتى: ١- يكتفى التقنين اللبنانى بمجرد الإنذار ذى التاريخ الصحيح لقطع التقادم. ٢- ويكتفى أيضاً بعمل احتياطى يتناول أملاك المدين أو بعريضة ترمى إلى نيل الإذن فى إجراء عمل من هذا النوع. ٣- لا تفقد المطالبة القضائية فى التقنين اللبنانى أثرها فى قطع التقادم ولو حكم بفسادها شكلا، وفى مصر تفقد هذا الأثر. أما المطالبة القضائية المقدمة لمحكمة غير مختصة فتقطع التقادم فى كلا التقنينين. هذا ولم يذكر التقنين اللبنانى من أسباب قطع التقادم التنبيه والحجز والتقدم فى توزيع وأى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير فى إحدى الدعاوى، ولكن لا شك فى أن كل هذه الأعمال تقطع التقادم فى لبنان ما دام مجرد الإنذار ذى التاريخ يكفى لقطعه).

(١) استئناف مصر ٣ أبريل سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٤ رقم ٢٦ ص٣١.

(1) أ- المقرر أن التقادم ينقطع وفقا لحكم المادة ٣٨٣ من القانون المدنى بالمطالبة القضائية أو بكل إجراء يقوم به الدائن للمطالبة بحقه فى مواجهة مدينه أمام الجهة التى أناط بها الشارع الفصل فيما قد ينشأ من نزاع بشأنه ويترتب عليه ذات آثار تلك المطالبة.

(جلسة ٢٠٠٠/٥/٩ الطعن رقم ١٤٤٣ لسنة ٦٦ق)

(جلسة ١٩٩٥/١٢/٥ الطعن رقم ٥٥٥ لسنة ٥٩ق) =

=ب- النص فى المادة ٣٨٣ من القانون المدنى على أن ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة وبالتنبيه وبالحجز وبالطلب الذى يتقدم به الدائن لقبول حقه فى تفليس أو فى توزيع وبأى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير فى أحد الدعاوى يدل وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أن المطالبة القضائية التى تقطع مدة التقادم هى المطالبة الصريحة الجازمة أمام القضاء بالحق الذى يراد اقتضاؤه ولهذا فان صحيفة الدعوى المتضمنة المطالبة بحق ما لا تقطع التقادم الا فى خصوص هذا الحق وما التحق به من توابعه مما يجب بوجوبه أو يسقط بسقوطه فان تغاير الحقان أو تغاير مصدرهما فان رفع الدعوى بطلب أحدهما لا يترتب عليه انقطاع التقادم بالنسبة للحق الآخر - لما كان ذلك وكانت الدعوى التى يرفعها من حاقه به ضرر شخصى مباشر من وفاة المجنى عليه تختلف فى موضوعها عن الدعوى التى يرفعها ورثة المجنى عليه بطلب التعويض عن الضرر الشخصى المباشر ليس من شأنه قطع التقادم بالنسبة لطلب التعويض عن الضرر الموروث.

(الطعن رقم ٢١ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٠/١٢/٩)

(الطعن رقم ١٧٢٨ س٢٥ جلسة ١٩٨٦/٤/٢٢)

(الطعن ٢١٥ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٧٩/٤/٣ س٣٠ ع٢ ص٢٣٢)

(الطعن١٤٢ لسنة ٤٠ق جلسة ١٩٧٨/٢/٢ س٢٩ ص٣٨٦)

جـ- مناط قيام الأثر الذى يرتبه الشارع على اجراء قانونى معين هو مطابقة هذا الاجراء أصلا لما اشترطه القانون فيه، ومن ثم فان انقطاع التقادم المترتب على المطالبة القضائية عملا بالمادة ٣٨٣ من القانون المدنى يستلزم صحة هذه المطالبة شكلا وموضوعا، وهو ما لا يتحقق إلا بصدور حكم نهائى فيها باجابة صاحبها إلى طلبه كله أو بعضه، أما انتهاؤها بغير ذلك فانه يزيل أثرها فى الانقطاع ويصبح التقادم الذى بدأ قبلها مستمرا لم ينقطع.

(الطعن رقم ١٨٠٨ س٥٢ق جلسة ١٩٨٦/٣/٦)

د- المطالبة القضائية لا تقطع التقادم طبقا للمادة ٣٨٣ من القانون المدنى الا إذا تمت باجراء صحيح بحيث إذا كانت صحيفة الدعوى باطلة لعيب فى الشكل فلا يترتب عليها أى أثر ولا تقطع التقادم.

(الطعن ٣٢٦ لسنة ٤٠ق جلسة ١٩٧٥/٥/٢٠ س٢٦ ص١٠١٧)

هـ- المطالبة القضائية التى تقطع التقادم المسقط. شرطها. صحيفة الدعوى المتضمنة المطالبة بحق ما قاطعه للتقادم فى خصوص هذا الحق وحده وما الحق به من توابعه تغاير الحقان أو تغير مصدرهما. أثره. المطالبة بأحدهما غير قاطعة للتقادم بالنسبة للآخر مؤدى ذلك. دعوى التعويض عن الضرر الذى أصاب المشمول بالوصاية. غير قاطعة للتقادم بالنسبة لطلب التعويض عن الضرر الشخصى الذى لحق بالوصى.

(الطعن رقم ٤١٢٥ لسنة ٦٤ق جلسة ١٩٩٥/١١/١٢)

و- مفاد نص المادة ٦٩ من قانون المرافعات السابق أن الدعوى لا تعتبر مرفوعة الا باعلان صحيفتها إلى المدعى عليه، وأن أداء الرسم عنها وتقديم صحيفتها إلى قلم الكتاب أو قلم المحضرين مجردا لا يعتبر رفعا لها، وقد أكد المشرع ذلك بما نص عليه فى المادة ٧٥ من قانون المرافعات بعد تعديلها بالقانون رقم ١٠ سنة ١٩٦٢، ومؤداه أن الدعوى لا تعتبر مرفوعة وتنتج آثارها الا باعلان =

فلا تكفي المطالبة الودية، ولو بكتاب مسجل[1].

بل ولا يكفي الإنذار الرسمي على يد محضر[2](1) (sommation). وقد كانت

=صحيفتها إلى المدعى عليه وأنه استثناء من هذا الأصل جعل المشرع تقديم الصحيفة لقلم المحضرين قاطعا لمدة التقادم أو السقوط.

(الطعن رقم ٢٣٩ لسنة ٣٦ق جلسة ١٩٧٠/١٢/١٠ س٢١ ص١٢٢٧ والطعن رقم ٣ لسنة ٣٧ق جلسة ١٩٧١/٥/٢٠ س٢٣ ص٦٦٦)

(الطعن رقم ٤٤٥ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٧٠/١/٢٠ س٢١ ص١٣٩)

ز- يشترط فى المطالبة القضائية التى تقطع التقادم المسقط أن يتوافر فيها معنى الطلب الجازم بالحق الذى يراد اقتضاؤه ولهذا فلا تعد صحيفة الدعوى المرفوعة بحق ما قاطعة إلا فى خصوص هذا الحق وما التحق به من توابعه مما يجب بوجوبه أو يسقط كذلك بسقوطه فإن تغاير الحقان أو تغاير مصدرهما فالطلب الحاصل بأحدهما لا يكون قاطعا لمدة التقادم بالنسبة للحق الآخر أنه إذ رفعت الدعوى - التى من شأنها قطع التقادم - فإن هذا الرفض يزيل أثرها فى قطع التقادم ويعتبر الانقطاع كأنه لم يكن والتقادم الذى كان قد بدأ قبل رفعها مستمرا فى سريانه.

(الطعن رقم ٢٥٦ لسنة ٢٦ق جلسة ٦٢/٤/٢٦ س١٣ ص٥٠٦)

ح- المطالبة القضائية بجزء من الحق تعتبر قاطعة للتقادم بالنسبة لباقى هذا الحق ما دام أن هذه المطالبة الجزئية تدل فى ذاتها على قصد صاحب الحق فى التمسك بكامل حقه وكان الحقان غير متغايرين بل يجمعهما فى ذلك مصدر واحد.

(الطعن ٤٣٨ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٧/٦/٨ س٢٨ ص١٤١٣)

(الطعن ٣٦ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٨/٢/١٨ س٢٩ ص٥١٥)

(الطعن رقم ١٠٢ لسنة ٢٥ق جلسة ١٩٥٩/١٢/١٠ س١٠ ص٧٥٦)

ط- صحيفة الدعوى المرفوعة بحق ما لا تعتبر قاطعة للتقادم إلا فى خصوص هذا الحق وما الحق به من توابعه، فان تغاير الحقان فالطلب الحاصل باحدهما لا يكون قاطعا للتقادم بالنسبة إلى الحق الآخر، ولما كان موضوع دعوى براءة الذمة من دين تختلف طبيعة ومصدرا عن موضوع دعوى الالزام برده، إذ لا يعدو أن يكون موقف المدعى فى الدعوى الأولى موقفا سلبيا يقتصر فيه على مجرد انكار الدين دون أن يرقى إلى حد المطالبة به فى حين أن دعوى الالزام هى دعوى ايجابية تتضمن معنى الطلب الصريح الجازم برد ذلك الدين وهو ما يتفق مع معنى المطالبة القضائية وفق ما تنص عليه المادة ٣٨٢ مدنى، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر ورتب على رفع المطعون ضده دعوى براءة الذمة قطع التقادم بالنسبة للحق المطلوب رده فى دعوى الزام فأنه يكون قد خالف القانون.

(جلسة ١٩٧٧/٣/٢٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ ص٨١٢).

(١) استئناف مختلط ١١ مايو سنة ١٨٩٧ م٩ ص٣٣٥- ٢٧ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م١٢ ص٥٧- ١٢ مارس سنة ١٩١٣ م٢٥ ص٢٢٣.

(٢) قارن استئناف مختلط ١٩ أبريل سنة ١٩٤٤ م٥٦ ص١٠٦.

(1) أ- التكليف بالوفاء السابق على طلب أمر لا يعتبر تنبيها قاطعا للتقادم وانما هو مجرد إنذار بالدفع =

لجنة المراجعة أضافت نصاً يجعل الإنذار الرسمى كافياً لقطع التقادم، ولكن لجنة مجلس الشيوخ حذفت هذا النص «لأن ما يقطع التقادم يجب أن يكون التنفيذ أو مقدماته وليس الإنذار، ولكى تكون أسباب قطع التقادم أكثر دلالة على رغبة صاحب الحق فى اقتضائه وتحفزه لذلك، فلا يكفى مجرد إرسال إنذار رسمى من حين إلى آخر[1]».

=لا يكفى لترتيب هذا الأثر، والمقصود بالتنبيه الذى قطع التقادم – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – هو التنبيه المنصوص عليه فى المادة ٤٦٠ من قانون المرافعات السابق الذى يوجب المشرع اشتماله على اعلان المدين بالسند التنفيذى مع تكليفه بالوفاء بالدين.

ب– رفع المدين معارضة فى أمر الأداء لا يقطع التقادم لأن المعارضة إجراء صادر من المدين وليس من الدائن، وطبقاً لنص المادة ٣٨٤ من القانون المدنى لا ينقطع التقادم بإجراء صادر من المدين إلا إذا كان ما صدر منه يعتبر إقرارا صريحا أو ضمنيا بحق الدائن وهو الأمر الذى لا يصدق على المعارضة المرفوعة من المدين فى أمر الأداء إذ هى تتضمن إنكار الحق الدائن لا إقرارا به.

جـ– إذا كان بطلان أمر الأداء – الذى قضت به محكمة المعارضة – يرجع إلى عدم توافر الشروط التى يتطلبها القانون فى الدين المطالب باصدار الأمر بأدائه، فان هذا البطلان لا يمتد لطلب أمر الأداء الذى هو بديل ورقة التكليف بالحضور ويبقى لتقديم هذا الطلب أثره فى قطع التقادم.

د– يترتب على الحكم ببطلان أمر الأداء والغائه زوال ما كان لهذا الأمر من اثر فى قطع التقادم واعتبار انقطاع التقادم المبنى عليه كأن لم يكن.

هـ– لما كانت المادة ٣١٠ من قانون المرافعات السابق تنص على أنه يترتب على ترك الخصومة الغاء جميع اجراءاتها بما فى ذلك صحيفة الدعوى. وان ما تقضى به المادة ٣٠٤ من قانون المرافعات السابق من أن الحكم بسقوط الخصومة يترتب عليه سقوط الأحكام الصادرة باجراءات الإثبات، وينطبق أيضاً فى حالة الحكم بترك الخصومة، باعتبار أن هذه الأحكام ليس لها كيان مستقل بذواتها ولا تعدو أن تكون مجرد اجراءات فى الخصومة تقوم ما دامت الخصومة قائمة وتزول بزوالها، فان مقتضى ذلك هو أنه وقد قضى فى المعارضة فى أمر الأداء باعتبار الطاعن (الدائن) تاركا دعواه فإن هذا الحكم يترتب عليه الغاء طلب أمر الأداء المعارض فيه بزوال أثره فى قطع التقادم، كما يترتب عليه سقوط الحكم بندب خبير لتصفية الحساب بين الفريقين على أساس أنه من الأحكام الصادرة فى الخصومة.

(الطعن ٢٣٥ لسنة ٣٥ق جلسة ٦٩/١٠/٢١ ص٢٠ ص١١٣٨)

(الطعن ٥٧٧ لسنة ٣٤ق جلسة ٦٩/١/٣٠ س٢٠ ص٢١٠)

(الطعن رقم ٣٠٥ لسنة ٢١ق جلسة ١٩٥٣/٦/٢٥)

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٣٣٤ – وانظر تاريخ نص المادة ٣٨٣ مدنى آنفاً فقرة ٦٢٨ فى الهامش – وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «وليس يكفى مجرد الإنذار لترتيب هذا الأثر، ولو تولى إعلانه أحد المحضرين. وقد اكتفى المشروع الفرنسى الإيطالى فى قطع التقادم بكل ما يصلح وسيلة لإعذار المدين: المادة ٢٤٣، وهو بهذا يجتزئ بالكتابة أياً كانت صورتها. بيد أن مثل هذا الحكم يكاد يجعل تقادم الديون مستحيلا» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٣٣٢). ويقال فى تبرير عدم الاكتفاء بالإنذار الرسمى لقطع التقادم إن من وجه إليه هذا الإنذار ليس مضطراً إلى الرد عليه، فقد يعتقد أنه غير جدى ما دام صاحبه لم يفرغه فى صورة مطالبة قضائية من شأنها أن تجبر المدعى عليه على رفع الدعوى، وقد يعتقد أن صاحب الإنذار بعد أن كف عن المطالبة عن طريق= =

ولا يكفى لقطع التقادم مجرد اتخاذ إجراءات تحفظية[1]، كطلب وضع الأختام، وكوضعها بالفعل، وكقيد الرهن، وكتجديد القيد(١).

كذلك لا يكفى لقطع التقادم المطالبة القضائية أمام قاضى الأمور المستعجلة[2]، فان الذى يطلبه الدائن من المدين أمام قاضى الأمور المستعجلة إنما هى إجراءات وقتية عاجلة لا تمس موضوع الحق، فلا تمس المطالبة القضائية بها تقادم الحق نفسه. ويترتب على ذلك أن دعوى إثبات الحالة لا تقطع التقادم بالنسبة إلى موضوع الحق(٢).

== رفع الدعوى قد عدل عن ادعائه بعد أن تبين أنه غير محق فى طلبه (انظر بودرى وتيسييه فقرة ٤٧٨)- وانظر: نقض مدنى ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر١ رقم ٤٧ ص٩٩- استئناف مصر ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٢٩٩ ص٤٢٥- ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٢٩٩ ص٧٧٢.

وكما لا يكفى الإنذار الرسمى فى قطع التقادم، كذلك لا يكفى البروتستو لأنه ليس إلا إنذاراً من نوع خاص (السيدة ٢٨ يناير سنة ١٩٤٠- المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ١٨).

(١) أما حجز ما للمدين لدى الغير فيقطع التقادم، لأنه حجز لا مجرد إجراء تحفظى، وسنرى أن الحجز يقطع التقادم ولو كان حجزاً تحفظياً.

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٣٣٣- بودرى وتيسييه فقرة ٤٩٤- وإذا تضمنت المطالبة القضائية أمام القضاء المستعجل، عن خطأ، طلبات فى موضوع الحق، أمكن اعتبار المطالبة القضائية فى هذه الحالة مطالبة بموضوع الحق مرفوعة أمام محكمة غير مختصة، فتقطع التقادم. وقد يكون من المعقول أن تقطع المطالبة القضائية أمام القضاء المستعجل سريان التقادم إذا تلاها فى خلال مدة معينة مطالبة قضائية بالحق أمام محكمة الموضوع، ولكن هذا الحكم لا يمكن العمل به إلا بموجب نص تشريعى، وهذا النص غير موجود (بودرى وتيسييه فقرة ٤٩٥).

(1) أ- دعوى الحراسة القضائية إنما هى إجراء تحفظى مؤقت لا يمس موضوع الحق، فهى بذلك لا تعد من إجراءات التنفيذ ولا تقوم مقام التنبيه أو الحجز فى قطع التقادم.

(الطعن ١٦٨ لسنة ٣٢ق جلسة ١٩٦٦/١١/٢٢ س١٧ ص٥-١٧)

ب- عدم منازعة المدين فى دعوى الحراسة ووضع أمواله تحت يد الحارس والترخيص له فى اقتضاء حق الدائن من ريعها لا ينطوى على إقرار ضمنى بالحق، ذلك أن المدين لا يترك أمواله بارادته تحت يد الحارس حتى ينسب إليه ما يتضمن هذا الإقرار، وإنما هو يلتزم بذلك تنفيذا لحكم الحراسة. كما أن مطالبة الحارس بتقديم كشف الحساب لا يمكن اعتبارها بالتالى ونتيجة لما تقدم إقرارا ضمنياً بالحق قاطعا للتقادم.

(الطعن ١٦٨ لسنة ٣٢ق جلسة ١٩٦٦/١١/٢٢ س١٧ ص١٧٠٥)

جـ- الحجز الإدارى الموقع ضد الموفى عن الدين لا يقطع مدة التقادم بالنسبة للمدين.

(الطعن ٢٦٩ لسنة ٣٤ق جلسة ٦٨/٢/٢٩ س١٩ ص٤٤٣)

(2) المطالبة أمام القضاء المستعجل بتسليم صورة تنفيذية من السند التنفيذى وإن كانت تمهد للتنفيذ إلا أنه لا يستنتج منها المطالبة الصريحة بالحق المهدد بالسقوط ولا تنصب على أصل الحق، إذ هى تعالج=

ولا يكفى أيضاً لقطع التقادم طلب المعافاة من الرسوم القضائية، ولو انتهى الأمر إلى قبول الطلب، فان هذا لا يعتبر مطالبة قضائية بالحق ذاته(١)(1).

كذلك لا يكفى التقادم التظلم المرفوع إلى سلطة إدارية، فان هذا التظلم لا يعتبر مطالبة قضائية(٢)(2).

=صعوبة تقوم فى سبيل صاحب الحق الذى فقد سنده التنفيذى فلا أثر لها فى انقطاع سير التقادم.
(الطعن رقم ٤٥١ سنة ٢٩ق جلسة ١٩٦٤/١١/١٩ س١٥ ص١٠٥٠)
(جلسة ١٩٥٤/١٢/١٣ مجموعة احكام النقض فى الـ ٢٥ عاما - ١٢٢ - ٦٤٢)
(جلسة ١٩٧٧/١٢/٣١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ ص١٩٢٥)
(جلسة ١٩٧٦/١٢/١٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ ص١٧٨٣)

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٣٣٣- نقض مدنى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٤ رقم ٧ ص١٠- استئناف مصر ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤٩٠ ص٩٨٣ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢١٨ ص٤١٨- ١٣ مايو سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١١٦ ص٢٣٨ - ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٢٩٩ ص٧٧٢.

(1) الطلب المقدم إلى لجنة المساعدة القضائية للاعفاء من الرسوم ولو انتهى الأمر إلى قبوله لا يعد من الاجراءات القضائية التى تقطع التقادم إذ ليس فيه معنى المطالبة القضائية أمام المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى وإنما مجرد التماس بالاعفاء من الرسوم فحسب، كما أنه ليس فيه معنى التنبيه الذى يقطع التقادم لأنه يشترط فى هذا التنبيه أن يشتمل على اعلان المدين بالسند التنفيذى مع تكليفه بالوفاء بالدين.
(الطعن ٤٨٩ لسنة ٤١ق جلسة ١٩٧٦/٦/١٢ س٢٧ ص١٣٣٩)
(جلسة١٩٧٧/٥/٢ مجموعة احكام النقض السنة ٢٨ ص١١٠٤)

(2) المفهوم من نص المادتين ٨٢، ٢٠٥ من القانون المدنى القديم أن الشارع قد شرط أن يتوفر فى الورقة التى تقطع مدة التقادم معنى الطلب الواقع فعلا للمحكمة الجازم بالحق الذى يراد استرداده فى التقادم المملك أو المراد انقضاؤه فى التقادم المبرئ من الدين. فإذا كان الواقع أن مصلحة الأملاك (المطعون عليها الأولى) أقامت دعوى سنة ١٩٢٦ ضد الطاعن بطلب تثبيت ملكيتها إلى قدر معين من الأطيان قضى فيها ابتدائيا برفضها ولما استأنفته قضى فى ١٧ فبراير سنة ١٩٣١ بإلغاء الحكم المستأنف وبتثبيت ملكيتها للقدر الذى تدعيه فرفع الطاعن التماس عن هذا الحكم الصادر لها حتى أقام الطاعن دعواه الماثلة على المطعون عليهما فى ٩ فبراير سنة ١٩٤٧ بطلب تثبيت ملكيته لهذا القدر المقضى فيه لمصلحة الأملاك مؤسسا دعواه على اكتمال تقادم جديد إثر صدور حكم محكمة الاستئناف فى ١٧ فبراير ١٩٣١- فان هذا التقادم لا ينقطع إلا بعمل جازم من قبل مصلحة الأملاك التى يسرى التقادم ضدها. وإذ كان الالتماس مرفوعا من الطاعن فإنه لا يكون قد أثر فى قطع هذا التقادم ومن ثم فان الحكم المطعون فيه إذ قضى على خلاف هذا النظر يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون. (الطعن رقم ١١٨ سنة ٢٥ق جلسة ١٩٥٩/٦/٢٥ س١٠ ص٥٢٨)

(٢) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م١٣ ص٦٣- بودرى وتيسييه فقرة ٤٧٩- ولكن =

ولا يكفى لقطع التقادم إيداع شروط البيع دون إعلانها للمدين(١)(1).

وإذا حول الدائن حقه إلى محال له، فان إعلان المدين بالحوالة، سواء صدر من المحيل أو من المحال له، لا يقطع التقادم(٢).

=المطالبة أمام لجنة إدارية ذات اختصاص قضائى تقطع التقادم. وقد قضت لجنة طعن الضرائب بالقاهرة بأن المشرع لم يقصد بالمطالبة القضائية معناها الحرفى المتعارف عليه، وإنما قصد كل إجراء قانونى يتضمن إظهار نية الدائن فى تمسكه بحقه ضد من يسرى التقادم فى مصلحته. وليست المطالبة القضائية مقصورة على التكليف بالحضور أمام محكمة تتألف من قضاة بالمعنى الذى قصده قانون استقلال القضاء، بل يجب أن تمتد إلى المطالبة التى يتضمنها كل تكليف بالحضور أمام أية هيئة عهد إليها المشرع بنظر خلاف معين ومن اختصاصها إصدار قرار أو حكم ملزم يمكن التنفيذ بمقتضاه، تمشياً مع ما تطورت إليه النظم الاجتماعية والاقتصادية واستحدثت من القوانين الحالية. وإنه بناء على ذلك تكون إحالة الموضوع إلى لجنة الطعن بناء على طلب الطاعن قاطعاً للتقادم. لأن هذه الإحالة تتضمن لا محالة تمسكا من جانب المصلحة بحقها، ومعلوم أن التمسك بالحق قاطع للتقادم (أول أبريل سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٣ رقم ٣٩٧ ص٩٣٩). وقضت محكمة استئناف مصر بأن لجان التقدير القديمة هى هيئة مختصة فى مسائل الضرائب، وكل إليها المشرع دون غيرها أمر إجراء التقدير لأرباح الشركات غير المساهمة والأفراد، وأن ولايتها فى ذلك ولاية أصلية، وأن رفع الأمر إليها يعتبر مطالبة قضائية طبقاً للمادة ٣٨٣ مدنى، وأن الخطاب الموصى عليه بعلم الوصول الذى بمقتضاه تحيل مصلحة الضرائب الممول على لجنة التقدير تكون له قوة الإعلان الذى يتم بالطرق القانونية العادية، ويقطع التقادم أن كان لم يكتمل بعد (٣ أبريل سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٤ رقم ٢٧ ص٣١).

وانظر الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص٣٤٧- ص٣٤٨. وانظر المادة ٢٢٠ من التقنين المدنى الألمانى.

(١) استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٩٤١ م٥٣ ص١١٦. ولا يقطع التقادم محضر تحديد يوم للبيع (استئناف مختلط ٣٠ ديسمبر ١٩٤٨ م٦١ ص٤٢).

(٢) بودرى وتيسييه فقرة ٤٨٠.

هذا ولا يوجد ما يمنع من أن يتفق الدائن مع المدين على أن التقادم ينقطع بمجرد إنذار رسمى أو غير رسمى، أو بأى عمل من الأعمال التى قدمنا أنها لا تقطع التقادم، ويكون الاتفاق صحيحاً فينقطع التقادم بالعمل الذى اتفقا على أن يكون له هذا الأثر (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٦٨).

(1) متى كان المقرر فى القضاء المختلط وجوب اعلان المدين باجراءات التوزيع ولدى المحاكم المختلطة صح اعتبار دخول الدائن فى التوزيع مطالبة منه بالدين قاطعة للتقادم. وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض الاشكال واستمرار التنفيذ على أساس عدم سقوط الدين المحكوم به بالتقادم أقام قضاءه على أن العلاقة بين الطرفين نشأت فى ظل القانون المختلط وهو الذى يحكمها مما يتحتم معه على المحكمة أن تستهدى فى قضائها بما جرت عليه أحكام المحاكم المختلطة فى شأن النزاع القائم بين الطرفين وأن هذا القضاء قد استقر على أن دخول الدائن فى توزيع مفتوح ضد مدينه قاطع للتقادم تأسيساً على أن النظام الذى جرى عليه قضاء هذه المحاكم كان يتحتم اعلان المدين باجراءات =

فالواجب إذن، لقطع التقادم، أن يطالب الدائن المدين مطالبة قضائية بالحق الذى له فى ذمته[1]. وتصدر المطالبة القضائية – صحيفة الدعوى – من الدائن، أو من نائبه كوكيل أو ولى أو وصى أو قيم أو فضولى أو دائن للدائن يستعمل حقوق مدينه[2]. ولما

=التوزيع واعلانه بالحضور للاطلاع على القائمة المؤقتة وأنه لا محل لاتباع قضاء المحاكم الوطنية فى هذا الشأن لأن أساس هذا القضاء هو أن المدين لا يعلن بالتوزيع المفتوح أمام المحاكم المذكورة فان ما قرره هذا الحكم هو تطبيق صحيح للأحكام الواجب اتباعها فى هذا الخصوص.

(جلسة ١٩٥٢/٦/٥ طعن رقم ٣١٩ سنة ٢١ق)

(جلسة ١٩٥٣/٣/١٩ طعن رقم ٢٤٨ سنة ٢٠ق)

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٣٣٢– ويراعى أن المطالبة القضائية تشمل الدعوى والدفع على حد سواء (انظر المادة ٢/١٣٥ من تقنين الالتزامات السويسرى).

ولا يؤثر فى قطع التقادم أن الدعوى لم تقيد فى الجدول، لأن كل ما يترتب على عدم تقييدها إنها لا تنظر فى الجلسة المحددة، وللمدعى أن يعيد إعلانها (بنى سويف ٢٥ يوليه سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ١١٣ ص٢٥١). والمطالبة القضائية تقطع التقادم ولو لم تعقبها إجراءات (استئناف مختلط ٩ يناير سنة ١٩٢٩ م٤١ ص١٥٩).

(٢) بودرى وتيسييه فقرة ٤٨٢ – أما إذا كان من رفع الدعوى هو المدين نفسه، وقد رفعها على الدائن يطلب الحكم ببراءة ذمته من الدين أو ببطلانه أو بانقضائه بأى سبب ولو بالتقادم، ورفضت هذه الدعوى، فإنها لا تقطع بالتقادم (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٦١ ص٧٧٤– ص٧٧٥– وانظر عكس ذلك تعليق لابيه على حكم محكمة النقض الفرنسية فى ١٣ يناير سنة ١٨٧٩ سيريه ٧٩– ١–٤٤١– ويميز بودرى وتيسييه فقرة ٥٠٩ بين ما إذا كان الحكم برفض دعوى المدين صدر فى غيبة الدائن ودون إبداء دفاعه منه فلا يقطع التقادم أو صدر فى حضور الدائن بعد أن أبدى دفاعه فيكون مؤيداً لحقه وقاطعا للتقادم). وقد قضت محكمة النقض بأن المدين إذا رفع دعوى ببراءة ذمته من الدين، فان ذلك لا يعتبر منه اعترافاً بالدين، ولا ينقطع التقادم (نقض مدنى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٤٤ ص٤٢٨). وقضت أيضاً بأن رفع الدعوى من المدين ببراءة ذمته من الدين لانقضائه بالتقادم ينافى اعتباره معترفاً بالدين اعترافاً يقطع مدة التقادم التى لم تكن قد تكاملت: كما أن تمسك الدائن بدينه فى تلك الدعوى ليس هو التنبيه الرسمى المنصوص عليه فى المادة ٨٢ من القانون المدنى (القديم)، وهو لا يغنى عن التنبيه ولا عن التنفيذ، لأنهما هما وحدهما اللذان يصلحان لقطع سريان التقادم (نقض مدنى ١٧ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٤ ص٥٠). وقضت محكمة استئناف مصر بأن الدعوى التى يرفعها المدين ضد الدائن بسقوط الدين أو بطلانه لا تقطع التقادم (١٣ أكتوبر سنة ١٩٤٠ المجموعة الرسمية ٤٥ رقم ٣٧). وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الدعوى التى يرفعها المدين على الدائن بأن الدين انقضى بالتقادم لا تقطع التقادم حتى لو كان وقت رفع الدعوى لم يتكامل (٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٣ م٤٦ ص٤– وقارن ٢٠ يناير سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص١٤٨– ١٦ أبريل سنة ١٩٤٠ م٥٢ ص٢٥٧). وقضت أيضاً بأن الكتاب الذى يرسله أمين النقل إلى صاحب البضاعة يخطره فيه أن بضاعته أرسلت إلى غير جهتها، وأنه أعطى تعليمات لإرسالها إلى الجهة الصحيحة، ليس من شأنه أن يقطع التقادم أو أن يغير من مبدأ سريانه (١٠ يونيه سنة ١٩٢٥ م٣٧ ص٤٨٥).

كان قطع التقادم لا يقتضى أهلية التقاضى، بل تكفى فيه أهلية مباشرة الإجراءات التحفظية، لذلك يجوز للقاصر ولمن تتوافر فيه أهلية الإدارة أن يقوم بالمطالبة القضائية التى تقطع التقادم(١). وتوجه المطالبة القضائية إلى المدين الذى ينتفع بالتقادم، أو إلى من ينوب عنه، فلو وجهت المطالبة إلى مستأجر عنده ليست له صفة فى تمثيله فانها لا تقطع التقادم(٢).

وقد جاء فى صدر المادة ٣٨٣ مدنى أنه «ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة». فإذا أخطأ الدائن ورفع الدعوى على المدين أمام محكمة غير مختصة، فان المطالبة القضائية تقطع التقادم بالرغم من عدم اختصاص المحكمة(٣)(1)، وذلك لسببين: (الأول) أن القواعد التى يقوم عليها اختصاص المحاكم قد تكون معقدة فى بعض الأحوال، فيلتبس الأمر على الدائن ويرفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة عن خطأ مغتفر. وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن النص الآتى: «حتى لو رفعت الدعوى عن غلط مغتفر إلى محكمة غير مختصة». ولكن لجنة المراجعة حذفت

---

(١) فتصح المطالبة القضائية من حيث أثرها في قطع التقادم. لكن يجب للاستمرار فى التقاضى من التوفر على أهلية التقاضى، ومن ثم يجب أن يتدخل فى الدعوى ولى القاصر لتصحيح الإجراءات ولاستبقائها قائمة. ويجوز لمن له حق إدارة الشركة أن يرفع الدعوى، قبل الحصول على الإذن الواجب من مجلس الإدارة، فيقطع التقادم، ثم يحصل بعد ذلك على الإذن الواجب للاستمرار فى الدعوى وتصحيح الإجراءات (بودرى وتيسييه فقرة ٤٨٤).

(٢) لوزان ٣٢ فقرة ٩١- بودرى وتيسييه فقرة ٤٨٣- ولا يعتبر البائع ممثلا للمشترى فى الدعاوى اللاحقة للتاريخ الثابت لعقد البيع (نقض مدنى ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٧ ص٩٩). وتوجه الدعوى فى الوقف إلى ناظره، وفى التركة إلى أحد الورثة. وقد قضت محكمة النقض بأن دائن الوقف إذا رفع الدعوى ضد ناظر الوقف قطع التقادم (نقض مدنى ١٧ مارس سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٩٧ ص٧٣٩). وقضت محكمة سوهاج بأن مطالبة أحد الورثة بدين على التركة بقطع التقادم بالنسبة إلى جميع الورثة (١٠ مارس سنة ١٨٩٢ الحقوق٧ ص٢٩).

(٣) استئناف مختلط ١٧ مايو سنة ١٩٣٩ م٥١ ص٣٣٠.

(1) إذ نصت المادة ٣٨٣ من التقنين المدنى على أن التقادم ينقطع بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة فقد دلت على أن المقصود بالمطالبة القضائية هو مطالبة الدائن لمدينه بالحق قضاء وهو ما يتم بطريق رفع الدعوى لصدور الحكم باجبار المدين الممتنع عن التنفيذ على الوفاء بما التزم به.

(الطعن ١١٤ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٧/٥/٢ س٢٨ ص١١٠٤)

(جلسة ١٩٤٥/١٢/١٣ طعن رقم ٢٥ سنة ١٥ق مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى الـ٢٥ عاما - ١٨٧ - ٢٨٩)

عبارة «عن غلط غير مغتفر[1]»، فلم يصبح من الضرورى أن يثبت الدائن لقطع التقادم أن رفعه الدعوى أمام محكمة غير مختصة كان عن خطأ مغتفر. بل إن مجرد رفع الدعوى ولو أمام محكمة غير مختصة يكفى لقطع التقادم، ويفرض القانون أن الدائن لم يرفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة إلا عن خطأ مغتفر، إذ لا مصلحة له فى تكبد المصروفات وإضاعة الوقت فى رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة إلا إذا كان قد وقع فى هذا الخطأ. و(السبب الثانى) أن الدائن، وقد رفع الدعوى على المدين يطالبه بحقه، قد أظهر بذلك نيته المحققة فى أنه يريد تقاضى هذا الحق، ويستوى فى ظهور هذه النية أن تكون الدعوى مرفوعة أمام محكمة مختصة أو أمام محكمة غير مختصة، وهذه النية من جانب الدائن هى الأصل فى قطع التقادم[2]. ويستوى أن تكون المحكمة غير مختصة اختصاصاً محلياً أو غير مختصة اختصاصاً نوعياً، ففى الحالتين ينقطع التقادم[3]. ويظل منقطعاً طوال المدة التى تستغرقها الدعوى المقامة، ثم يسرى من يوم صدور الحكم النهائى بعدم الاختصاص تقادم جديد له صفات التقادم الذى قطع ومدته ويكون خاضعاً لنفس القواعد التى تسرى عليه[4].

وتنص المادة ٢٢٤٧ من التقنين المدنى الفرنسى على أنه «إذا كانت صحيفة الدعوى باطلة لعيب فى الشكل، أو ترك المدعى الخصومة، أو جعلها تسقط بمضى المدة، أو رفضت دعواه، فان انقطاع التقادم يعتبر كأن لم يكن[5]». وليس فى التقنين المدنى

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٣٣٣- وانظر تاريخ نص المادة ٣٨٣ مدنى آنفاً فقرة ٦٢٨ فى الهامش.

(٢) استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م١٥ ص٤٣- ٧ مارس سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص٩٤- بودرى وتيسييه فقرة ٤٩٦.

(٣) ويبدو أن رفع الدعوى إلى محكمة لا ولاية لها (défaut de juridiction) يقطع التقادم لنفس السببين اللذين قدمناهما فى رفع الدعوى إلى محكمة لا اختصاص لها، فمسائل الولاية أشد تعقيداً فى بعض الأحوال من مسائل الاختصاص، ونية الدائن فى المطالبة بالدين محققة (قارب نقض مدنى ٦ أبريل سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٧٦ ص٥٣٥). لكن إذا كان عدم ولاية المحكمة أو عدم اختصاصها من الوضوح بحيث لا يكون هناك أى محل للبس، فالظاهر أن التقادم لا ينقطع. وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن رفع الدعوى ابتداء إلى محكمة الاستئناف لا يقطع التقادم (١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م٤٢ ص٤٤).

(٤) نقض مدنى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ٨ ص١٣- وتقضى المادة ٢١٢ من التقنين المدنى الألمانى بأن التقادم لا ينقطع بالمطالبة القضائية أمام محكمة غير مختصة إلا إذا رفع الدائن الدعوى أمام المحكمة المختصة فى خلال ستة أشهر من يوم صدور الحكم بعدم الاختصاص أو من يوم سحب القضية من المحكمة غير المختصة.

(٥) وهذا هو النص فى أصله الفرنسى: Art. 2247: Si l'assignation est nulle pour =défaut de forme, si le demandeur se désiste de sa demande, s'il laisse

المصرى مقابل لهذا النص، ولكن النص ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة، فيمكن الأخذ بأحكامه فى مصر(١).

فصحيفة الدعوى، أى المطالبة القضائية، إذا كانت باطلة لعيب فى الشكل، فليس لها وجود قانونى، ولا يترتب عليها أى أثر، ومن ثم لا تقطع التقادم(٢)(1).

كذلك إذا كان الدائن، بعد أن رفع الدعوى على المدين فقطع التقادم، ترك الخصومة «باعلان منه للمدين على يد محضر، أو بتقرير منه فى قلم الكتاب، أو ببيان صريح فى مذكرة موقع عليها منه أو من وكيله مع اطلاع خصمه عليها، أو بابدائه شفوياً بالجلسة وإثباته فى المحضر» (م١٤١ مرافعات)، مع ملاحظة وجوب قبول المدين لترك الدائن للخصومة إذا كان المدين قد أبدى طلباته فى الدعوى قبل صدور الترك من الدائن (م١٤٢ مرافعات)(٣). فانه «يترتب على الترك إلغاء جميع إجراءات الخصومة بما فى ذلك

---

périmer l'instance, ou si sa demande, est rejetée, l'interruption est= regardée comme non avenue.

(١) استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٩٢٩ م٤١ ص٢٠٣- ٢ يناير سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص١٤٩- ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص١٩٧- ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م٤٥ ص٦٣- ٢٢ مارس سنة ١٩٣٨ م٥٠ ص٥٠ ص١٨٠ - أما سقوط الحكم الغيابى فلا يترتب عليه زوال أثر انقطاع المدة (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٣٣٣).

(٢) استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩٠٤ م١٦ ص١٠٥- ٢٦ فبراير سنة ١٩١٣ م٢٥ ص١٩٩- ومع ذلك قارن ١٢ يناير سنة ١٩١١ م٢٣ ص١٠٥- وينتقد الفقه الفرنسى التعارض ما بين الحكم القاضى بأن المطالبة القضائية أمام محكمة غير مختصة تقطع التقادم والحكم القاضى بأن المطالبة القضائية الباطلة شكل لا تقطع التقادم، مع أن البطلان فى الحالة الأولى يرجع إلى الدائن وفى الحالة الأخرى قد يرجع إلى المحضر (ماركاديه م٢٢٤٢ فقرة ٣- لوران ٣٢ فقرة ٩٧- جيللوار فقرة ٢٠٩- وانظر المادة ٣٥٧ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى آنفاً فقرة ٦٢٨ فى الهامش). ويدافع بودرى وتيسييه عن هذه التفرقة بأن المطالبة القضائية أمام محكمة غير مختصة لا تمنع إطلاقاً من ظهور نية الدائن المحققة فى تقاضيه لحقه كما سبق القول، أما المطالبة القضائية الباطلة شكلا فكثيراً ما يرجع بطلانها إلى غموض هذه النية أو إلى عدم جديتها، فوجب الرجوع فى شأنها إلى الأصل وهو انعدامها وعدم جواز ترتيب أى أثر عليها (بودرى وتيسييه فقرة ٤٩٨ ص٣٧٦).

(٣) وتمضى المادة ٣٠٩ مرافعات فتقول: «ومع ذلك لا يلتفت لاعتراضه (أى اعتراض المدين) على الترك، إذا كان قد دفع بعدم اختصاص المحكمة، أو بإحالة القضية إلى محكمة أخرى، أو ببطلان صحيفة الدعوى، أو طلب غير ذلك مما يكون القصد منه منع المحكمة من المضى فى سماع الدعوى».

(1) الحكم ببطلان صحيفة الدعوى يترتب عليه زوال أثرها فى قطع التقادم.
(جلسة ١٩٧٥/٥/٢٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص١٠١٧)
(الطعن رقم ٤٩٥ لسنة ٢٦ق جلسة ١٩٦٢/٦/٧ س١٣ ص٧٧٤)

صحيفة الدعوى، والحكم على التارك بالمصاريف. ولكن لا يمس ذلك الحق المرفوعة به الدعوى»(م١٤٣ مرافعات). ويخلص من ذلك أنه ترك الدائن الخصومة على النحو الذى قدمناه، ترتب على هذا الترك إلغاء صحيفة الدعوى وإلغاء ما ترتب عليها من آثار، ومن ذلك انقطاع التقادم، فيعتبر هذا الانقطاع كأن لم يكن(1). ويعتبر التقادم، الذى كان قد بدأ سريانه، مستمراً أبداً فى السريان. فإذا كان التقادم وقت ترك الخصومة قد اكتمل، فان الحق يسقط بالتقادم. أما إذا كان التقادم لم يكتمل، فان ترك الخصومة لا يمس الحق المرفوعة به الدعوى، ولكن التقادم يستمر فى سريانه إلى أن يكتمل فيسقط الحق، أو إلى أن ينقطع بعمل آخر فيبتدئ تقادم آخر(١). على أن ترك الخصومة، إذا كان سببه رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة، لا يكون من شأنه أن يلغى الأثر الذى ترتب على صحيفة الدعوى من قطع التقادم، فقد تقدم القول بأن المطالبة القضائية تقطع التقادم ولو رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة(٢).

وإذا قضى بسقوط الخصومة لانقضاء سنة من آخر إجراء صحيح من إجراءات التقاضى دون أن يسار فى الدعوى بفعل الدائن أو امتناعه، وذلك وفقاً للمواد ١٣٤-١٣٦ من تقنين المرافعات؛ فان الحكم بسقوط الخصومة - كما تقول المادة ١٣٧ من تقنين المرافعات - «يترتب عليه سقوط الأحكام الصادرة فيها باجراء الإثبات وإلغاء جميع إجراءات الخصومة، بما فى ذلك رفع الدعوى، ولكنه لا يسقط الحق فى أصل الدعوى، ولا فى الأحكام القطعية الصادرة فيها، ولا فى الإجراءات السابقة لتلك الأحكام أو

---

(١) وفى التقنين المدنى الألمانى (م٢١٢)، إذا ترك الدائن الخصومة، لم يعتبر انقطاع التقادم كأن لم يكن إلا إذا لم يرفع الدائن دعوى جديدة فى خلال ستة أشهر.

(٢) بودرى وتيسييه فقرة ٥٠٢.

(1) أ- لما كانت المادة ٣١٠ من قانون المرافعات السابقة تنص على أنه يترتب على ترك الخصومة إلغاء جميع إجراءاتها بما فى ذلك صحيفة الدعوى. وأن ما تقضى به المادة ٣٠٤ من قانون المرافعات السابق من أن الحكم بسقوط الخصومة يترتب عليه سقوط الأحكام الصادرة بإجراءات الاثبات وينطبق أيضاً فى حالة الحكم بترك الخصومة، باعتبار أن هذه الأحكام ليس لها كيان مستقل بذواتها ولا تعدو أن تكون مجرد إجراءات فى الخصومة تقوم ما دامت الخصومة قائمة وتزول بزوالها، فإن مقتضى ذلك هو أنه وقد قضى فى المعارضة فى أمر الأداء باعتبار الطاعن (الدائن) تاركاً دعواه فإن هذا الحكم يترتب عليه إلغاء طلب أمر الأداء المعارض فيه وزوال أثره فى قطع التقادم، كما يترتب عليه سقوط الحكم بندب خبير لتصفية الحساب بين الفريقين على أساس أنه من الأحكام الصادرة فى الخصومة.

(نقض جلسة ٦٩/١٠/٢١ س٢٠ ص١١٣٨)

ب- من المقرر فى قضاء هذه المحكمة، عملا بالمادة ١٤٣ من قانون المرافعات أنه يترتب على حكم الترك الغاء جميع اجراءات الخصومة وزوال أثر رفع الدعوى فى قطع التقادم.

(الطعن ٣٦٦ لسنة ٥٠ق جلسة ٨٤/١١/٢٩ س٣٥ ص١٩٥٨).

الإقرارات الصادرة من الخصوم أو الأيمان التى حلفوها». ويخلص من هذا النص أن الحكم بسقوط الخصومة يترتب عليه إلغاء صحيفة الدعوى بما ترتب عليها من الآثار، ومن ذلك قطع التقادم. فيعتبر انقطاع التقادم كأن لم يكن، وأن التقادم لا يزال سارياً منذ البداية. فان كان قد اكتمل وقت الحكم بسقوط الخصومة، سقط الحق. وإن كان لم يكتمل، فان الحكم بسقوط الخصومة لا يسقط الحق نفسه، ولكن التقادم يستمر فى سريانه إلى أن يكتمل فيسقط الحق، أو إلى أن ينقطع بعمل آخر فيبتدئ تقادم جديد(١).

فإذا وقف السير فى الدعوى أكثر من سنة ولم يطلب ذوو المصلحة من الخصوم الحكم بسقوط الخصومة، انقضت الخصومة فى جميع الأحوال بمضى خمس سنوات على آخر إجراء صحيح فيها (١٤٠ مرافعات). وانقضاء الخصومة يقع بحكم القانون، بمجرد انقضاء الخمس السنوات، دون حاجة إلى صدور حكم بذلك. ومتى انقضت الخصومة على هذا النحو، فقد ألغيت جميع إجراءاتها، وألغيت صحيفة الدعوى وما ترتب عليها من الآثار، ويدخل فى ذلك انقطاع التقادم. فيعتبر هذا الانقطاع كأن لم يكن، وأن التقادم لا يزال سارياً منذ البداية(٢). فان كان قد اكتمل وقت انقضاء الخصومة، فقد سقط الحق. وإن كان لم يكتمل، بقى الحق قائماً إلى أن تكتمل المدة فيسقط، أو إلى أن ينقطع التقادم بعمل آخر فيبتدئ تقادم جديد.

بقى الفرض الأخير، وهو زوال انقطاع التقادم برفض الدعوى(1). وقد يقال ما دام

---

(١) وتنص المادة ١/٣٠٥ مرافعات على أنه «متى حكم بسقوط الخصومة فى الاستئناف، اعتبر الحكم المستأنف انتهائياً فى جميع الأحوال». فإذا كان الحكم الابتدائى الذى أصبح انتهائياً قد قضى برفض طلب الدائن، فإن انقطاع التقادم الذى كان قد ترتب على صحيفة دعواه الابتدائية يعتبر كأن لم يكن. فلو أن رفض الدعوى الابتدائية كان راجعاً إلى سبب لا يتصل بموضوع الحق، وجاز رفع الدعوى من جديد، أمكن المدين أن يحتج بالتقادم إذا كان قد تكامل ولا يعترض عليه الدائن بأن التقادم قد انقطع بصحيفة الدعوى الأولى، فقد زال أثر الانقطاع برفض الدعوى.

(٢) استئناف مختلط ٨ أبريل سنة ١٩٤١ م٥٣ ص١٤٧ (وانقضاء الخصومة فى تقنين المرافعات السابق كان يقع بانقضاء خمس عشرة سنة).

(1) أ- إن المطالبة القضائية القاطعة للتقادم تتحقق بإيداع صحيفة الدعوى مستوفية شرائط صحتها إدارة كتاب المحكمة، ولا تزول آثارها إجرائية كانت هذه الآثار أم موضوعية إلا بالحكم برفض الدعوى أو ببطلان صحيفتها أو بعدم قبولها أو باعتبارها كأن لم تكن أو بسقوط أو انقضاء الخصومة فيها، ومن ثم فإن شطبها أو استبعادها من جداول القضايا المتداولة أمام المحكمة لا يعنى زوال تلك الآثار طالما لم يقض باعتبارها كأن لم تكن بناء على طلب المدعى عليه.

(الطعن رقم ١٧٥٢ لسنة ٦٩ق جلسة ٢٠٠٢/٢/١٢)

ب- المطالبة القضائية القاطعة للتقادم وفقا لحكم المادتين ٦٣ من قانون المرافعات و٢٨٣ من القانون المدنى انما تتحقق باجراء قوامه ايداع صحيفة الدعوى مستوفية شرائط صحتها ادارة كتاب المحكمة =

الدائن قد رفضت دعواه، فهو لا يستطيع رفعها من جديد، وإلا دفعها المدين، لا باكتمال التقادم بعد أن زال ما أصابه من انقطاع، ولكن بقوة الأمر المقضى. فلا حاجة إذن إلى البحث فى زوال انقطاع التقادم، واحتمال تكامله بعد هذا الزوال. ولكن الفقه الفرنسى يجيب على ذلك بأن هناك أحوالا يفيد فيها القول بأن التقادم قد زال انقطاعه، وأنه مستمر فى سريانه منذ البداية. ويتحقق ذلك فى الفرضين الآتيين: (١) قد يرفع الدائن الدعوى على المدين فيقطع التقادم، ثم ترفض دعواه لسبب لا يرجع إلى موضوع الحق. فقد ترفض دعواه مثلا بالحالة التى هى عليها، فيستطيع رفعها من جديد بعد أن يستوفى الشروط التى كانت غير متوافرة. فإذا رفعت الدعوى الجديدة، لم يستطع المدين أن يدفعها بقوة الأمر المقضى، ولكن له أن يدفعها بالتقادم إذا كان قد تكامل. ولا يستطيع الدائن أن يعترض على ذلك بأن التقادم قد انقطع برفع الدعوى الأولى، فان الدعوى الأولى بعد أن رفضت قد زال أثرها فى قطع التقادم[١]. (٢) قد يرفع أحد الدائنين المتضامنين الدعوى على المدين، فيقطع التقادم ويفيد من ذلك سائر الدائنين المتضامنين[٢](1). ثم ترفض الدعوى،

=وينبنى على ذلك أن بطلان اعلان هذه الصحيفة، لا يؤثر على صحة ذلك الاجراء أو على الآثار التى يرتبها القانون عليه - باعتبار أن الاجراء الباطل ليس من شأنه أن يؤثر على الاجراء الصحيح السابق عليه وأن المطالبة على هذا النحو لا يزول اثرها الا بالحكم برفض الدعوى أو ببطلان صحيفتها أو بعدم قبولها أو يقضى باعتبارها كأن لك تكن أو بسقوط الخصومة فيها أو انقضائها متى طلبت قبل التكلم فى الموضوع وفى غير هذه الأحوال فان هذه المطالبة تبقى منتجة لآثارها الموضوعية والاجرائية إلى أن يقضى فى الدعوى بحكم نهائى فيبدأ تقادم جديد منذ صدور هذا الحكم.

(الطعن ٩٢١٥ لسنة ٦٥ق- جلسة ١٩٩٧/١٢/٢٧)

جـ- المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه إذا قضى برفض الدعوى التى من شأنها قطع التقادم أو بعدم قبولها ترتب عليه زوال ما كان لها من أثر فى قطع التقادم واعتبار الانقطاع كأن لم يكن والتقادم الذى كان قد بدأ قبل رفعها مستمرا.

(الطعن ١٦٥٢ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٩٠/١١/٧)

(الطعن ٤٨٦ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٧٤/١٢/٢٨ س٢٥ ص١٥٠٢)

(الطعن رقم ٣٦٦ لسنة ٢٧ق جلسة ١٩٦٣/٥/٢٣ س١٤ ص٧٣٦)

د- القضاء فى الدعوى الأصلية بعدم القبول على أساس عدم وجود حق للمدعى قبل المدعى عليه يترتب عليه زوال ما كان لهذه الدعوى من أثر فى قطع التقادم واعتبار انقطاع التقادم المبنى عليها كأن لم يكن.

(الطعن رقم ٣٦٦ سنة ٢٧ جلسة ١٩٦٣/٥/٢٣ س١٤ ص٧٣٦)

(١) بودرى وتيسييه فقرة ٥٠٥.

(٢) ذلك أن الدائن المتضامن الذى قطع التقادم يعتبر نائباً عنهم فيما يفيدهم، فيعتبر التقادم قد انقطع لمصلحتهم هم أيضاً (انظر آنفاً فقرة ١٤٤).

(1) إذا تمسك بعض الورثة فى دعوى مرفوعة منهم بطلب براءة ذمة مورثهم من دين عليه بسقوط =

فلا يضار برفعها سائر الدائنين المتضامنين[1]. فإذا رفع أحد هؤلاء الدعوى على المدين، لم يستطع هذا أن يدفع الدعوى بقوة الأمر المقضى. وإنما يستطيع أن يدفعها بتقادم الحق، إذا كانت مدة التقادم قد اكتملت. ولا يستطيع الدائن الذى رفع الدعوى الجديدة أن يعترض بأن التقادم قد انقطع برفع الدعوى الأولى، فقد زال هذا الانقطاع برفض هذه الدعوى[2].

٦٣٠- التنبيه: ويلجأ الدائن إلى قطع التقادم عن طريق المطالبة القضائية، إذا لم يكن بيده سند واجب التنفيذ. أما إذا كان بيده هذا السند- حكم أو سند رسمى - فانه لا يرفع دعوى على المدين، بل يبادر إلى التنفيذ على ماله بموجب السند الذى بيده. ويسبق إجراءات التنفيذ تنبيه (commandement) نص عليه تقنين المرافعات، فهذا التنبيه يقطع التقادم[3]، وأثره فى ذلك هو نفس الأثر الذى يترتب على رفع الدعوى[4].

ويجب أن يكون التنبيه صحيحاً حتى يقطع التقادم[1]. كذلك يجب أن يكون صحيحاً السند الواجب التنفيذ الذى يستند إليه التنبيه.

= هذا الدين بالتقادم فأنهم يكونون فى ابداء هذا الدفع نائبين عن باقى الورثة الذين لم يشتركوا فى الدعوى ويفيد من الحكم بسقوط الدين بالتقادم الورثة الآخرين الذين لم يشتركوا فى الدعوى.
(جلسة ١٩٦٤/١١/١٩ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ ص١٠٥٠)

(١) ذلك أن الدائن المتضامن لا يعبر نائباً عنهم فيما يضرهم، فلا يتعدى إليهم أثر الحكم برفض الدعوى (انظر آنفاً فقرة ١٤٥)

(٢) بودرى وتيسييه فقرة ٥٠٤.

(٣) استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٩٠٤ م١٦ ص١٢٤- ٢٥ مارس سنة ١٩٤٣ م٥٥ ص١١- ٨ مايو سنة ١٩٤٧ م٥٩ ص١٩٤).

(٤) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٣٣٢.

(1) أ- مؤدى ما نصت عليه المادتان ٣٨٣ /٣٨٤ من القانون المدنى والفقرة الأولى من المادة الثالثة من القانون رقم ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣ - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن التقادم ينقطع بالمطالبة القضائية الصريحة الجازمة أمام القضاء بالحق الذى يراد اقتضاؤه ولو رفعت أمام محكمة غير مختصة وبالتنبيه المنصوص عليه فى المادة ٥٨١ من قانون المرافعات والذى يشتمل على اعلان المطالبات والاخطارات التى تتمسك فيها الجهة الدائنة بحقها فى الضرائب أو الرسوم التى تطالب بها تنبيها قاطعا للتقادم إذا سلم احداها إلى الممول أو من ينوب عنه قانونا أو أرسل إليه بخطاب موصى عليه مع علم الوصول، الا أن تلك المطالبة وهذا التنبيه لا يعد ايهما قاطعا للتقادم الا فى خصوص الحق بوصفه له وما التحق به من توابعه مما لا يجب بوجوبه ويسقط بسقوطه فإذا تغاير مصدرهما فان الطلب الحاصل لاحدهما لا يكون قاطعا لمدة التقادم بالنسبة إلى الحق الآخر كما يقف هذا التقادم طبقا للمادة ١/٣٨٢ من القانون المدنى إذا طرأ ما يحول بين الدائن ومطالبته بذات الحق.
(الطعن ٣٦٧ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٩٠/٣/١٩) =

ويعقب التنبيه عادة التنفيذ، ويكون بطريق الحجز على أموال المدين. ولكن لا يشترط، حتى يقطع التنبيه بالتقادم، أن يعقبه الحجز[1]. وإذا ما أعقبه فعلا، فلا يشترط أن يكون

=(الطعن ٢٠٩٩ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٩٠/١/٢٩)

(الطعن ٣٤٢١ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٠/٣/٩)

ب- إنتاج الاجراء القاطع للتقادم أثره. شرطه. وجوب أن يصل إلى علم المموّل بتسليمه إليه أو نائبه أو اعلانه به. الاعلان بكتاب موصى عليه مع علم الوصول. كفايته لترتب أثره.

(الطعن رقم ٢٠١ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٩٠/٣/٥)

(الطعن رقم ١٠٨٠ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٩٠/١/٨)

جـ- من المقرر قانونا أن الذى يقطع التقادم هو إعلان السند التنفيذى المتضمن التكليف بالوفاء ولم يشترط المشرع عبارات معينة لهذا التكليف فيكفى أى عبارة بذاتها تدل على تصميم صاحبها على هذا التكليف.

(الطعن ٦٥٧ لسنة ٤١ق جلسة ١٩٨١/١٢/٣١ س٣٢ ص٢٥٠٥)

(الطعن ٢٤ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٤/١٢/٣ س١٥ ص١١٠٦)

د- أعتبرت المادة الثالثة من القانون رقم ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣ فى شأن الضرائب والرسوم. تنبيها قاطعا للتقادم أوراد الضرائب والرسوم واعلانات المطالبة والاخطارات - وقد استقر قضاء محكمة النقض - على أن إخطار المموّل بعناصر ربط الضريبة بالنموذج ١٨ هو مما ينقطع به تقادم الضريبة.

(الطعن ٣ لسنة ٤١ق جلسة ١٩٧٦/١/٢٢ س٢٧ ص٢٨٤)

هـ- وفقا للفقرة الثانية من المادة ٩٧ مكررة من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ المضافة بالمرسوم بقانون رقم ٣٤٩ لسنة ١٩٥٢ تنقطع مدة التقادم بالتنبيه على المموّل بأداء الضريبة أو بالإحالة إلى لجان الطعن وذلك علاوة على أسباب قطع التقادم المنصوص عليها فى القانون المدنى، وفقا للمادة الثانية من المرسوم بقانون رقم ٣٤٩ لسنة ١٩٥٢ يعتبر قاطعا للتقادم إخطار المموّل فى المدة من أول يناير سنة ١٩٤٨ إلى آخر ديسمبر سنة ١٩٥٢ بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم وصول بعناصر ربط الضريبة وفقا لما يستقر عليه رأى مصلحة الضرائب تطبيقا للمواد ٤٥ و٤٧ و٤٧ مكررة، ٧٥ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ وإذ كان الثابت فى الدعوى أن المطعون عليه لم يخطر بعناصر ربط الضريبة ولا بربطها وفقا لما استقر عليه رأى المصلحة وكان النص فى المادة ٩٧ مكرر من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ على أن تنقطع مدة التقادم بالإحالة إلى لجان الطعن هو نص مستحدث لا يسرى على الحالات السابقة على تاريخ العمل به فى ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٥٢، فإن الخلاف القائم بين مصلحة الضرائب والمطعون عليه إلى لجنة الطعن فى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥١ لا يكون من شأنه قطع مدة تقادم الضريبة المستحقة.

(نقض ١٩٦٣/٥/٢٢ الطعن رقم ٢٦٥ لسنة ٢٨ق جلسة السنة ١٤ ص٩٦٧)

و- الحكم فى معارضة المدين فى تنبيه نزع الملكية، بإلغاء هذا التنبيه يترتب عليه اعتباره كأن لم يكن وزوال ما كان للتنبيه من أثر فى قطع التقادم.

(الطعن رقم ٢٧٩ لسنة ٢٧ق جلسة ١٩٦٢/١٢/١٣ س١٣ ص١١٣٤)

(١) استئناف مختلط٤ مارس سنة ١٩٢٤ م٣٦ ص-٢٥٠- ٨ يناير سنة ١٩٢٥ م٣٧ ص١٤٣.

الحجز صحيحاً. فقد يعقب التنبيه حجز باطل، أو لا يعقبه حجز ما، ومع ذلك يبقى حافظاً لأثره من قطع التقادم. ولكن يسرى فى هذه الحالة تقادم جديد، إذا اكتملت مدته قبل أن ينقطع تقادم الدين[1].

ويقوم مقام التنبيه فى قطع التقادم الإنذار الذى يوجهه الدائن المرتهن لحائز العقار المرهون بالدفع أو التخلية (م٤١١ مرافعات)، فهو من مقدمات التنفيذ، والسند الذى يجرى التنفيذ بموجبه هو عقد الرهن الرسمى.

وإذا أراد الحائز تطهير العقار المرهون، جاز للدائن المرتهن أن يطلب بيع العقار المطلوب تطهيره (م١٠٦٧ مدنى)، ويكون الطلب بإعلان يوجه إلى الحائز وإلى المالك السابق. فهذا الإعلان يقوم هو أيضاً مقام التنبيه فى قطع التقادم بالنسبة إلى دعوى الرهن.

٦٣١- الحجز: وتقضى المادة ٣٨٣ مدنى؛ كما رأينا، بأن التقادم ينقطع أيضاً بالحجز (saisie). فالحجز إذن يقطع التقادم، سواء كان حجزاً تنفيذياً أو حجزاً تحفظياً[1]. غير أن الحجز التنفيذى يسبقه تنبيه هو أيضاً يقطع التقادم، أما الحجز التحفظى فلا يسبقه هذا التنبيه، ومن ثم لا ينقطع التقادم إلا من وقت توقيع الحجز التحفظى بالذات.

ففى التنفيذ على العقار، يبدأ التنفيذ بالتنبيه، والتنبيه يقطع التقادم كما رأينا. ثم يسجل التنبيه (م٤٠٢ مرافعات)، ويترتب على تسجيل التنبيه اعتبار العقار محجوزاً (م٤٠٤ مرافعات)، فيعود التسجيل وهو بمثابة حجز إلى قطع التقادم مرة أخرى. وتنص الفقرة الثانية من المادة ٦١٥ مرافعات السابق على أن «يسقط هذا التسجيل ويحصل شطبه بمجرد طلبه بعريضة تقدم إلى مكتب الشهر، إذا لم يعقبه خلال المائتين والأربعين يوماً التالية له التأشير على هامشه بما يفيد الإخبار بايداع قائمة شروط البيع أو صدور أمر قاضى البيوع بمد هذا الميعاد». فإذا شطب التسجيل على هذا النحو، زال أثره فى قطع التقادم. ثم إن سقوط التسجيل يجعل التنبيه نفسه كأن لم يكن[2] فيزول كذلك أثر التنبيه فى قطع التقادم. ومن ثم لا يعتبر التقادم قد انقطع لا بالحجز ولا بالتنبيه، ويبقى مستمراً فى سريانه منذ البداية[3].

---

(١) استئناف مختلط ٢٣ مايو سنة ١٩٣٩ م٥١ ص٣٥١.

(1) الحجز الذى ينقطع به التقادم طبقا لنص المادة ٣٨٣ من التقنين المدنى هو الذى يوقعه الدائن ضد مدينه ليمنع به التقادم الذى يهدد دينه بالسقوط.

(الطعن ٤٣٨ لسنة ٤٣ق بجلسة ١٩٧٧/٣/٢٨. س٢٨ ص٨١٢)

(٢) وذلك إذا كان التسجيل قد شطب فى وقت لا يتمكن معه الدائن من إعادته فى الميعاد القانونى، أى إذا كان التسجيل قد شطب بعد انقضاء ستين يوما على إعلان التنبيه (م٦١٣ مرافعات).

(٣) وقد نصت المادة ٤١٧ مرافعات على أنه «يجب على قلم الكتاب خلال الخمسة عشر يوما التالية لإيداع قائمة شروط البيع أن يخبر به المدين والحائز والدائنين الذين سجلوا تنبيهاتهم والدائنين =

وفى الحجز التنفيذى على المنقول، يسبق الحجز تنبيه (م٢٨١ مرافعات) ينقطع به التقادم. ثم يوقع الحجز، فينقطع به التقادم مرة أخرى. وتنص المادة ٣٧٥ مرافعات على أن «يعتبر الحجز كأن لم يكن إذا لم يتم البيع خلال ثلاثة أشهر من تاريخ توقيعه، إلا إذا كان البيع قد وقف باتفاق الخصوم أو بحكم المحكمة أو بمقتضى القانون. ومع ذلك لا يجوز الاتفاق على تأجيل البيع لمدة تزيد على ثلاثة شهور من تاريخ الاتفاق». فإذا اعتبر الحجز كأن لم يكن على هذا النحو، زال أثره فى قطع التقادم. ولكن يبقى مع ذلك أثر التنبيه الذى سبق الحجز فى قطع التقادم، ويعتبر التقادم الجديد سارياً من وقت هذا التنبيه، وكان قبل إلغاء الحجز منقطعاً بسبب هذا الحجز(١).

وفى حجز ما للمدين لدى الغير، إذا كان الحجز تحفظياً، ينقطع التقادم بتوقيع الحجز تحت يد مدين المدين (م٣٢٨ مرافعات). ولا يسبق هذا الحجز تنبيه ينقطع به التقادم قبل ذلك كما رأينا فى الحجوز التنفيذية، لأن الدائن يوقع الحجز بمقتضى أمر من قاضى التنفيذ أو بموجب حكم غير واجب النفاذ (م٣٢٧ مرافعات). وينقطع التقادم بهذا الحجز التحفظى، ليس فحسب بالنسبة إلى الدين الذى فى ذمة المدين للدائن، بل أيضاً بالنسبة إلى الدين الذى فى ذمة مدين المدين للمدين، وفى كل هذا الدين لا فيما يعادل دين الدائن فى ذمة المدين فقط(٢).

=أصحاب الحقوق المقيدة قبل تسجيل التنبية..» وتنص المادة ٢/٤١٧ مرافعات على أن «وعلى المحضر الذى قام باعلان ورقة الأخبار اخطار مكتب الشهر بحصوله خلال الثمانية الأيام التالية وذلك للتأشير به على هامش تسجيل التنبيه، ويصبح الدائنون المشار إليهم فى الفقرة السابقة طرفا فى الاجراءات من تاريخ هذا التأشير. ولا يجوز بعد ذلك شطب التسجيلات والتأشيرات المتعلقة بالاجراءات إلا برضاء هؤلاء الدائنين جميعا أو بمقتضى أحكام نهائية عليهم».

ويخلص من هذه النصوص أن الدائنين المقيدين على العقار يصبحون طرفاً فى الإجراءات من وقت معين، ومن ذلك الوقت ينقطع التقادم السارى ضدهم بالنسبة إلى حقوقهم (انظر فى هذا المعنى بودرى وتيسييه فقرة ٥٢٣).

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن الحجز على المنقولات يقطع مدة التقادم، ولو لم يتم التنفيذ بسبب رفع دعوى استرداد (١٦ يونيه سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ١٤ ص٢٤٨).

(٢) استئناف مصر ٣ يناير سنة ١٩٤٥ المجموعة الرسمية ٤٧ رقم ٢١- استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٨٨٩ م١ ص٧٢- ٢٧ مارس سنة ١٨٨٩ م١ ص٨٩- ١٢ يناير سنة ١٩١٥ م٢٧ ص١٠٩ - ١٢ يونيه سنة ١٩٢٣ م٣٥ ص٥٠٤ - وانظر بودرى وتيسييه فقرة ٥٢٠ - وقارن أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٥ هامش رقم ٣٢- لوران ٣٢ فقرة ١١٦. =

٦٣٢- الطلب الذى يتقدم به الدائن لقبوله حقه فى تفليس أو فى توزيع وأى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير فى احدى الدعاوى: وقد قضت المادة ٣٨٣ مدنى، كما رأينا، بانقطاع مدة التقادم «بالطلب الذى يتقدم به الدائن لقبول حقه فى تفليس أو فى توزيع وبأى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير فى إحدى الدعاوى»(1).

وقد قضت المادة ٥٥٤ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أنه «١- لكل دائن بدين تجارى خال من النزاع حال الأداء أن يطلب الحكم بشهر إفلاس مدينه التاجر، ويكون للدائن بدين مدنى حال هذا الحق إذا أثبت أن التاجر قد توقف عن دفع ديونه التجارية الحالة فضلا عن دينه المدنى. ٢- ويكون للدائن بدين آجل الحق فى طلب شهر الإفلاس إذا لم يكن لمدينه التاجر موطن معروف فى مصر أو إذا لجأ إلى الفرار أو أغلق متجره أو شرع فى تصفيته أو أجرى تصرفات ضارة بدائنيه بشرط أن يقدم الدائن ما يثبت أن المدين توقف عن دفع ديونه التجارية الحالة.

فالدائن الذى يتقدم فى تفليسة مدينه بسند دينه على النحو المتقدم، يعتبر مطالباً بحقه مطالبة قضائية، ومن ثم يقطع التقادم(1). وإذا كان مجرد تقدم الدائن فى تفليسة مدينه يعتبر مطالبة قضائية بحقه تقطع التقادم، فمن باب أولى إذا كان الدائن قد تقدم بنفسه طالبا شهر إفلاس مدينه (م٥٥٢ تجارى جديد)، أو طالباً شهر إعساره (م٢٥٠ مدنى)، اعتبر هذا من الدائن مطالبة قضائية بحقه، ويكون طلب شهر إفلاس المدين أو شهر إعساره قاطعاً للتقادم(2). كذلك قبول الدائن فى التفليسة، حتى لو يتقدم

= انظر أيضاً فى الحجز التحفظى على المنقول المواد ٦٠١ وما بعدها من تقنين المرافعات. وقارن بودرى وتيسييه فقرة ٥١٣.

(١) استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩١٧ م٢٩ ص٣٦٣.

(٢) ويسرى تقادم جديد إذا لم يتخذ الدائن إجراءات من شأنها أن تستبقى انقطاع التقادم الأول (استئناف مختلط أول فبراير سنة ١٩٢٨ م٤٠ ص١٧٠).

(1) مفاد النص فى المادتين ٣٨٣، ٣٨٤ من القانون المدنى على ان التقادم ينقطع بالمطالبة القضائية وبأى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير فى احدى الدعاوى أو إذا اقر المدين بحق الدائن اقرارا صريحا أو ضمنيا - يدل على أن المقصود بالمطالبة القضائية هو مطالبة الدائن لمدينه مطالبة صريحة جازمة بالحق قضاءا وهو ما يتم بطريق رفع الدعوى لصدور الحكم باجبار المدين على الوفاء بما التزم به، كما أنه يشترط فى الاجراء القاطع للتقادم إذا صدر من الدائن ان يكون فى مواجهة مدينه للتمسك بحقه قبله وذلك أثناء السير فى دعوى مقامة من الدائن أو من المدين وتدخل الدائن خصما فيها. اما إذا صدر الاجراء من المدين فيشترط ان يتضمن اقرارا صريحا أو ضمنيا بحق الدائن.
(الطعن رقم ١٥١٥ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٨٨/٤/٧)

إليها بنفسه، يعتبر بمثابة إقرار بحقه، ويقطع التقادم كما يقطعه إقرار المدين بحق الدائن(١).

وينقطع التقادم أيضاً بتقدم الدائن فى توزيع لأموال المدين، سواء كان تقسيما بالمحاصة أو توزيعاً بحسب درجات الدائنين. وقد نصت المادة ٧٣١ من تقنين المرافعات السابق فى صدد التقسيم بالمحاصة على ما يأتى: «على كاتب المحكمة ... إعلان الدائنين الحاجزين فى موطن كل منهم المختار المبين بمحاضر الحجز ليقدموا إلى قلم الكتاب خلال ثلاثين يوماً طلباتهم فى التقسيم ومستنداتهم». ثم نصت المادة ٧٣٣ من تقنين المرافعات السابق على أنه «لا يقبل طلب من أحد بعد مضى ثلاثين يوماً من تاريخ وصول آخر إعلان، ويسقط حق من لم يتقدم من الدائنين فى التقسيم مهما تكن صفته أو صفة دينه، وذلك بغير إخلال بحقه فى الرجوع على المتسبب بالتضمينات،ولا بحقه فى الدخول بدينه فى تقسيم أو توزيع آخر». فهذا الطلب الذى يتقدم به الدائن فى القسم على النحو المبين فى النصوص المتقدمة الذكر يكون قاطعاً للتقادم، لأنه يكون بمثابة مطالبة قضائية من الدائن بحقه. ويلاحظ أنه قبل أن ينقطع التقادم بهذا الطلب، قد انقطع بالحجز، ولكن الطلب يقطع التقادم من جديد. ونصت المادة ٧٦٤ من تقنين المرافعات السابق فى صدد التوزيع بحسب درجات الدائنين على أن «يقدم الطلب فى التوزيع بعريضة يعين فيها الطالب موطناً مختاراً له فى البلدة التى بها مقر المحكمة، مشفوعة بالأوراق المؤيدة للطلب. وكل دائن لا يقدم طلبه فى التوزيع على الوجه الصحيح فى الميعاد يسقط حقه فى الاشتراك فى إجراءات التوزيع...»؛ فهذا الطلب الذى يتقدم به الدائن للاشتراك فى التوزيع على النحو المبين فى النص المتقدم، يعتبر منه بمثابة مطالبة قضائية بحقه، فقطعه التقادم(٢). ولما كان الدائنون الذين يتقدمون بطلباتهم فى التوزيع بعضهم دائنون عاديون

---

(١) بودرى وتيسييه فقرة ٥١٠.

(٢) وكان القضاء المختلط فى عهد تقنين المرافعات السابق يجعل دخول الدائن فى التوزيع قاطعاً للتقادم، وذلك لأنه كان يوجب إعلان المدين بإجراءات التوزيع. أما القضاء الوطنى فلم يكن يوجب هذا الإعلان، ومن ثم لم يكن دخول الدائن فى التوزيع قاطعاً للتقادم.

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الدخول فى إجراءات التوزيع أمام المحاكم المختلطة يقطع التقادم (استئناف مختلط ١٣ مارس سنة ١٩٠٢ م١٤ ص١٨٥- ٧ يونيه سنة ١٩١٧ م٢٩ ص٤٩٠ - ١٥ يناير م٣٦ ص١٤٩ - ٢٥ مارس سنة ١٩٢٥ م٣٧ ص٣٠٣- ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م٤١ ص١١٣- ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ م٤٤ ص٨٧- ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٣ م٤٦ ص٤- ٢ مارس سنة ١٩٣٧ م٤٩ ص١٢٠- ٢٣ يناير سنة ١٩٤٧ م٥٩ ص٨٠). ولكن التقدم فى توزيع سقط بعد فتحه لا يقطع التقادم (استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٩٤١ م٥٣ ص١١٦). وقضت محكمة النقض بأن طلب فتح التوزيع لا يوجه قبل المدين، فهو إذن لا يقطع سريان التقادم=

حاجزون على الثمن وبعضهم دائنون أصحاب رهون أو حقوق امتياز أو حقوق اختصاص ولو لم يكونوا حاجزين، فان التقادم يكون قد انقطع لمصلحة الحاجزين منهم بالحجز ثم أعيد قطعه بطلب الاشتراك فى التوزيع، وينقطع التقادم لمصلحة أصحاب الرهون أو حقوق الامتياز أو حقوق الاختصاص لأول مرة بالطلبات التى يتقدمون بها للاشتراك فى التوزيع.

وقد رأينا أن آخر عبارة فى المادة ٣٨٣ مدنى تقضى بانقطاع التقادم بأى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير فى إحدى الدعاوى. ومن هذه الأعمال الطلبات العارضة المقدمة من الدائن إذا كان مدعى عليه(1)، وتدخل الدائن فى دعوى سبق رفعها(١). فإذا وقع المدين دعوى على الدائن يطالبه فيها بحق له فى ذمته، ورفع الدائن

=(نقض مدنى ١٧ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر٢ رقم ٩٨ ص٢٩٢). وقضت كذلك بأنه متى كان المقرر فى القضاء المختلط وجوب إعلان المدين بإجراءات التوزيع لدى المحاكم المختلطة، صح اعتبار دخول الدائن فى التوزيع مطالبة قضائية منه بالدين قاطعة للتقادم. وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه، إذ قضى برفض الإشكال واستمرار التنفيذ على أساس عدم سقوط الدين المحكوم به بالتقادم، أقام قضاءه على أن العلاقة بين الطرفين نشأت فى ظل القانون المختلط وهو الذى يحكمها، مما يتحتم معه على المحكمة أن تستهدى فى قضائها بما جرت عليه أحكام المحاكم المختلطة فى شأن النزاع القائم بين الطرفين، وأن هذا القضاء قد استقر على أن دخول الدائن فى توزيع مفتوح ضد مدينه قاطع للتقادم تأسيساً على أن النظام الذى جرى عليه قضاء هذه المحاكم كان يحتم إعلان المدين بإجراءات التوزيع وإعلانه بالحضور للاطلاع على القائمة المؤقتة، وأنه لا محل لاتباع قضاء المحاكم الوطنية فى هذا الشأن لأن أساس هذا القضاء هو أن المدين لا يعلن بالتوزيع المفتوح أمام المحاكم المذكورة، فإن ما قرره هذا الحكم هو تطبيق صحيح للأحكام الواجب اتباعها فى هذا الخصوص (نقض مدنى ٥ يونيه سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٨٥ ص١١٧٥- وانظر أيضاً: نقض مدنى ١٩ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٠٢ ص٦٧٣).

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٣٣٣.

(1) أ- تقضى المادة ٣٨٣ من القانون المدنى بإن التقادم ينقطع بأى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير فى احدى الدعاوى، والمقصود بهذا النص هو الطلب الذى يبديه الدائن فى مواجهة مدينه أثناء السير فى دعوى مقامة ضد الدائن أو تدخل خصما فيها، ويتبين منه تمسكه ومطالبته بحقه المهدد بالسقوط.

(جلسة ١٩٧٩/٤/١٠ مجموعة احكام النقض السنة ٣٠ ع٢ ص٢٣٣)

(جلسة ١٩٦٤/١١/١٩ الطعن رقم ٤٥١ لسنة ٢٥ س١٥ ص١٠٥٠)

ب- لم يستحدث المشرع بالمادة ٣٨٣ من التقنين المدنى حكما جديدا وإنما قنن ما استقر عليه القضاء فى شأن الأعمال القاطعة للتقادم وغايته من قوله «إن أى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير فى احدى الدعاوى يعتبر قاطعا للتقادم» أن تشمل الأعمال القاطعة للتقادم الطلبات العارضة المقدمة من الدائن إذا كان مدعى عليه وذلك بالتطبيق للمادة ١٥٢ مرافعات، وتدخله فى دعوى سبق رفعها بالتطبيق للمادة ١٥٣ مرافعات.

(الطعن رقم ٤١ سنة ٢٤ق جلسة ١٩٥٨/٣/١٣ س٩ ص١٨٧)

الدعوى مطالباً بحقه الذى له فى ذمة مدينه وطالباً إجراء المقاصة القضائية بين الحق الذى له والدين الذى عليه، فان الدائن بهذا الطلب العارض يكون قد قطع التقادم؛ لأنه يكون قد تمسك بحقه أثناء السير فى إحدى الدعاوى (م١٢٥ مرافعات). كذلك إذا تدخل الدائن فى دعوى يكون مدينه فيها أحد الخصوم، مطالباً فى تدخله المدين بحقه فى ذمته، فانه يكون بهذا التدخل قد قطع التقادم، إذ قد تمسك بحقه أثناء السير فى إحدى الدعاوى (م١٢٦ مرافعات)(١).

---

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن مواجهة الخصم لخصمه فى مرافعته ومذكراته بدينه باعتباره مستحق الأداء تعتبر قاطعة للتقادم، بشرط أن تكون مصحوبة بطلب إلزام المدين بالدين، سواء أكان ذلك فى صحيفة الدعوى أم فى المرافعة أم فى المذكرات (٨ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٢٩٩ ص٧٢٢). وقضت أيضاً بأن إعلان تعديل الطلبات قاطع للتقادم (٤ مارس سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ١٧٢ ص٣٤٠). وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن إجراءات التنفيذ تقطع التقادم (٩ مارس سنة ١٨٩٢ م٤ ص١٦٥)، وأن إعلان الحكم الابتدائى بما يتضمنه من طلب الدين يقطع التقادم ولو رفع استئناف عن الحكم (١٥ يناير سنة ١٩٢٤ م٣٦ ص١٤٩)، وأن الصلح يقطع التقادم (٣١ يناير سنة ١٩٠١ م١٣ ص١٣٢)، ولكن الصلح على أحد الطلبات المقدمة فى الدعوى لا يقطع بالنسبة إلى الطلبات الأخرى التى لم يتناولها الصلح وهى مستقلة عن الطلب الأول (٣ أبريل سنة ١٩١٢ م٢٤ ص٢٤٨). وقضت محكمة استئناف مصر بأن المفاوضات التى تجرى بين الخصوم توصلا للصلح لا تقطع التقادم، إلا إذا اعترف المدين فى خلالها بصحة الدين اعترافاً يمكن اعتباره تنازلا عن التمسك بالتقادم على أن هذه المفاوضات إذا أدت إلى الإقرا بالدين من جانب بعض ورثة المدين فان الإقرار يكون حجة قاصرة على المقر (٢٨ أبريل سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٨١ ص١٧٣). وقضت محكمة طنطا بأنه إذا رفعت دعوى بالمطالبة بإيجار قبل مضى خمس سنوات على استحقاقه وتم الصلح فيها، فيعتبر التقادم منقطعاً حتى يوم التصديق على محضر الصلح، وليس من شأن القضاء ببطلان محضر الصلح لسبب ما أن يزيل أثر الإجراءات السابقة عليه وما ترتب عليها قانوناً من انقطاع التقادم (٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢٢٣ ص٤٣٢).

ويذهب الفقه الفرنسى إلى أن تمسك الدائن بحقه فى تحكيم (compormis) يقطع التقادم كما يقطعه تمسك الدائن بحقه أثناء السير فى إحدى الدعاوى (ترولونج فقرة ٥٦١ وفقرة ٥٩٤ – أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٥ – لوران ٣٢ فقرة ١١٩– جيللوار فقرة ٢٠٢ – بودرى وتيسييه فقرة ٥١١– وانظر أيضاً المادة ٢٢٠ من التقنين المدنى الألمانى). ولا مانع من الأخذ بهذا الرأى فى مصر، فإن إجراءات التحكيم نظمها تقنين المرافعات على نحو يجعلها متصلة اتصالا وثيقاً بالمحاكم والإجراءات القضائية، ويجعل للقضاء إشرافاً عليها (انظر المواد ٨١٨– ٨٥٠ من تقنين المرافعات). فيجوز إذن اعتبار تمسك الدائن بحقه فى خلال إجراءات التحكيم عملا قاطعاً للتقادم، ويبتدئ تقادم جديد من وقت انتهاء مهمة المحكمين. ويعتبر انقطاع التقادم كأن لم يكن إذا رفض طلب الدائن أو أبطلت إجراءات التحكيم (انظر المادتين ٨٤٩ – ٨٥٠ مرافعات).

٢ – الأسباب الصادرة من المدين – إقراره بحق الدائن

٦٣٣ – تكييف الاقرار الصادر من المدين بحق الدائن: رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٣٨٤ مدنى تنص على أن «ينقطع التقادم إذا أقر المدين بحق الدائن إقراراً صريحاً أو ضمنياً». فإذا مضت مدة على استحقاق الدين دون أن يتكامل التقادم، ثم أقر المدين بأن الدين لا يزال فى ذمته، فانه يكون بهذا الإقرار قد نزل عما انقضى من مدة. ولما كان النزول عن مدة التقادم كلها بعد تكاملها جائزاً، كذلك يجوز النزول عن بعض مدة التقادم بعد انقضائها[١]. ويؤدى ذلك إلى انقطاع التقادم الذى كان ساريا وعدم الاعتداد بالمدة التى انقضت، وابتداء تقادم جديد يسرى من وقت صدور الإقرار.

وليس الإقرار بالدين القاطع للتقادم هو مجرد تقرير للواقع من جانب المدين، وإلا لكان عملا مادياً (fait matériel)، ولما كان من شأنه أن يقطع التقادم[٢]. فان تقرر المدين أن الدين باق فى ذمته، كأمر واقع، لا يتعارض فى طبيعته مع استمرار سريان التقادم. ولكن الإقرار هنا ينطوى على نزول المدين عن الجزء الذى انقضى من مدة التقادم، فهو عمل مادى ينطوى على تصرف قانونى[٣] (acte juridique). وهو كاقرار المدين أمام القضاء، فقد قدمنا أن الإقرار أمام القضاء واقعة مادية تنطوى على تصرف قانونى هو نزول المقر عن حقه فى مطالبة خصمه باثبات ما يدعيه[٤].

ولما كان الإقرار، على التكييف الذى قررناه، ليس نزولا عن الحق نفسه، بل نزولا عن مدة التقادم التى انقضت، لذلك لا يشترط فى المدين الذى صدر منه الإقرار أهلية التصرف فى الحق، بل يكفى أن تتوافر فيه أهلية الإدارة[٥]. فالصبى المميز إقراره صحيح وقاطع للتقادم، فى حدود أهليته للإدارة[٦]. كذلك يستطيع الولى أو الوصى أو القيم أن يقر بدين فى ذمة القاصر أو المحجور، ويكون إقراره هذا قاطعاً للتقادم الذى بدأ يسرى فى مصلحة

---

(١) انظر ما يلى فقرة ٦٦٣.

(٢) استئناف وطنى ٢١ يناير سنة ١٨٩٦ الحقوق ١١ ص١٩٧.

(٣) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٦٤ وفقرة ١٣٦٦ ص٧٧٩ هامش رقم ١ – وقارن سالى فى تعليقه على التقنين المدنى الألمانى م٢٠٨ هامش رقم ١ – بودرى وتيسييه فقرة ٥٢٨ ص٣٩٢ – ص٣٩٣.

(٤) الوسيط جزء ثان فقرة ٢٤٩.

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٥ وهامش رقم ٤٥ – جيللوار فقرة ٢٥٢ – بودرى وتيسييه فقرة ٥٣٦ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٦٧ – وقارن لوران ٣٢ فقرة ١٢٥.

(٢) ولكن إقرار المعتوه لا يعتد به فى قطع التقادم (قارب نقض مدنى ٣ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٩ ص٣٧).

القاصر أو المحجور، بينما هو لا يستطيع أن ينزل عن حق للصغير أو للمحجور ولو باذن المحكمة.

وإقرار المدين بالدين، على النحو الذى بيناه، تصرف صادر من جانبه وحده. فلا حاجة لقبول الدائن لهذا الإقرار، ولا يجوز للمدين بعد الإقرار أن يرجع فيه.

٦٣٤- الاقرار الصريح والاقرار الضمنى: وقد يكون الإقرار من المدين بحق الدائن إقراراً صريحاً أو إقراراً ضمنياً[١].

والإقرار الصريح لا يشترط فيه شكل خاص، فأى تعبير عن الإرادة يفيد معنى الإقرار بالدين يكفى. وقد يكون مكتوباً أو غير مكتوب، فى صورة رسالة أو فى غير هذه الصورة، موجهاً إلى الدائن أو غير موجه إليه. وقد يكون فى صورة اتفاق بين المدين والدائن، أو فى صورة اتفاق بين المدين والغير، أو صادراً من جانب المدين وحده دون أى اتفاق[٢].

والإقرار الضمنى يستخلص من أى عمل يمكن أن يفيد معنى الإقرار[1]. فيكون

---

(١) استئناف مختلط ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م٤٥ ص٦٣- ٢ مايو سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص٢٩١.

(٢) وقد يرد الإقرار الصريح فى محضر جرد لحصر تركة الدائن، أو فى إيجاب صادر من المدين دون أن يقبله الدائن، أو فى قبول الدين فى تفليسة المدين، أو فى بيع يصدر من المدين للغير مع إنابة المشترى فى دفع الثمن للدائن وفاء بالدين، أو فى توكيل يصدر من المدين للغير للوفاء بالدين، أو فى مذكرات يتقدم بها المدين فى قضية لا يكون الدائن خصما فيها، أو فى عقد قسمة، أو فى تصفية شركة، أو فى تصرف قانونى حكم ببطلانه دون أن يمس البطلان الإقرار الصريح بالدين الوارد فى هذا التصرف (بودرى وبسيه فقرة ٥٢٩). وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن إقرار المستأجر بالأقساط المتأخرة من الأجرة والتعهد بدفعها فى ميعاد معين يقطع التقادم ويسرى تقادم جديد مدته ١٥ سنة (١٣ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م٢ ص٢٠٩) - وقضت أيضاً بأنه إذا تضمنت تسوية إقراراً بالدين ثم أبطلت التسوية، بقى الإقرار قاطعاً للتقادم (٢١ يونيه سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص٣٨٧).

(1) أ- ان اقرار المدين بالدين الذى فى ذمته الناشئ عن عقد العمل سواء كان صادرا من العامل لصالح رب العمل أو من الأخير للأول ليس من شأنه التغيير من طبيعة هذا الدين أو التقادم الذى يسرى عليه أو مدته إذ يبقى الدين الوارد فى الاقرار هو ذات الدين بحالته الأولى التى كان عليها قبل الاقرار به الصادر من المدين متولدا عن عقد العمل ولم ينشئه هذا الاقرار.

(الطعن رقم ٤١٢٢ لسنة ٦٩ق جلسة ٢٠٠١/١١/٢٥)

ب- مفاد النص فى المادتين ٣٨٣، ٣٨٤ من القانون المدنى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن التقادم ينقطع بالمطالبة القضائية وبأى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير فى أحد الدعاوى أو إذا أقر المدين بحق الدائن إقراراً صريحاً أو ضمنياً. وأن المقصود بالمطالبة القضائية هو مطالبة الدائن لمدينه مطالبة صريحة جازمة بالحق قضاءً، وهو ما يتم بطريق رفع الدعوى لاستصدار حكم بإجبار المدين على الوفاء بما التزم به.

(الطعن رقم ١٠٠٣٤ لسنة ٦٤ق - جلسة ٢٠٠١/٥/٣١) =

الإقرار ضمنياً إذا دفع المدين قسطاً من الدين، أو دفع فوائده، أو قدم رهناً أو كفالة لضمانه، أو طلب مهلة للوفاء به، أو عرض مقاصته فى دين مقابل[1]. وقاضى الموضوع

= (جلسة ١٩٩٤/١٠/٢٥ السنة ٤٥ ق ع٢ ص١٢٨٨)

(جلسة ١٩٨٨/٤/٧ السنة ٣٩ق ع١ ص٦٣٠)

جـ- لئن كان مؤدى نص المادة ٣٨٤ من التقنين المدنى أنه إذا أقر المدين بحق الدائن اقراراً صريحا أو ضمنيا فان من شأن هذا الإقرار أن يقطع التقادم، الا انه لما كان المقصود بالاقرار - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة هو اعتراف تتخص بحق عليه لآخر بهدف اعتبار هذا الحق ثابتا فى ذمته واعفاء الآخر من اتفاقه فانه يتترط فى الاقرار القاطع للتقادم أن يكون كاشفا عن نيه للمدين فى الاعتراف بالحق المدعى به.

(الطعن ٢٠٣٨ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٩٠/٤/٤)

(الطعن ٩٤٣ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٨/٣/٢٤)

د- بيان دلالة الورقة الصادرة من المدين فى اعترافه بالدين محل النزاع وفيما يترتب على ذلك الأثر من قطع التقادم هو من المسائل الموضوعية التى تخضع لرقابة محكمة الموضوع.

(الطعن ١١٧ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٥/٥/٢٢)

(الطعن ٢٨٦ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٥/٣/١٦ س٢٦ ص٦٠٣)

(جلسة ١٩٧٢/١/٥ مجموعة احكام النقض السنة ٢٣ق ص٢٣)

(الطعن رقم ٤٥١ لسنة ٢٩ق جلسة ١٩٦٤/١١/١٩ س١٥ ص١٠٥٠)

(الطعن رقم ٣٢٩ لسنة ٢٦ق جلسة ١٩٦١/١٢/٢٠ س١٢ ص٧٩٦)

هـ- إقرار البوارت حجة قاصرة على المقر، ومن ثم لا يترتب عليه قطع التقادم بالنسبة للورثة الآخرين.

(جلسة ١٩٧٨/٣/٧ مجموعة احكام النقض السنة ٢٩ ص٧٠٠)

(الطعن رقم ٢٥١ لسنة ٢٥ق جلسة ١٩٦٤/١١/١٩ س١٥ ص١٠٥٠)

(الطعن رقم ٤٩٥ لسنة ٢٦ق جلسة ١٩٦٢/٦/٧ س١٣ ص٧٧٤)

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٣٣٥- ص٣٣٦- وانظر أيضاً المادة ١/١٣٥ من تقنين الالتزامات السويسرى.

ويعتبر إقراراً ضمنياً مفاوضة المدين للدائن فى مقدار الالتزام لا فى وجوده، وعرض المدين على الدائن تعويضاً عن الالتزام، وإجراء المدين تسوية مع الغير بقصد الوفاء بالدين. وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن الكتاب الذى يرسله المدين للدائن بطلب مهلة للسداد يقطع التقادم (٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٦٧ ص١٠٤). وقضت أيضاً بأن سداد جزء من الدين اعتراف ضمنى به فيقطع التقادم، ويتفرع على ذلك أن المدين إذا قام بسداد أقساط الدين من خلال سنوات متوالية يكون قد قطع التقادم فى تاريخ كل دفعة قام بسدادها إلى الدائن وفى كل تاريخ من تواريخ الإيصالات، وينقطع التقادم أيضاً بالنسبة إلى الفوائد فى خلال السنوات المتعاقبة (٣ يناير سنة ١٩٤٥ المجموعة الرسمية ٤٧ رقم ١٢١). وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن سداد قسط من الدين إقرار ضمنى به فيقطع التقادم (٢٣ يناير سنة ١٨٩٠ م٢ ص٢٢٨). =

هو الذى يقدر ما إذا كان العمل الذى صدر من المدين ينطوى على إقرار ضمنى، ولا معقب على تقديره من محكمة النقض(١).

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٨٤ مدنى، كما رأينا، على أنه «يعتبر إقراراً ضمنياً أن يترك المدين تحت يد الدائن مالا له مرهوناً رهناً حيازياً تأميناً لوفاء الدين». وقد قدمنا أن مجرد تقديم رهن تأميناً لوفاء الدين يعتبر إقراراً ضمنياً. أما إذا كان الرهن رهن حيازة، وكان المرهون مالا مملوكاً للمدين، فان ترك المدين ماله فى حيازة الدائن تأميناً لوفاء الدين هو إقرار ضمنى مستمر بالدين. ويبقى هذا الإقرار الضمنى المستمر قائماً بعد استحقاق الدين، مهما طالت المدة التى مضت على استحقاقه، ويبقى التقادم منقطعاً ما

=ولا يعتبر إقراراً ضمنياً مجرد أن يذكر الدائن وفاء المدين بقسط من الدين (استئناف مختلط أول مايو سنة ١٩٤٥ م٥٧ ص١٣٢). ورفع الدعوى من البائع ضد المتعرض أو مدعى الملكية لا يعتبر إقراراً ضمنياً بحق الضمان، إذ يجب ألا يشوب الاعتراف لبس أو تأويل (استئناف مصر ٢٦ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٦٦ ص٣١٤). ورد المدين على الدائن يعترف بأصل الدين ويقرر فى الوقت ذاته ببراءة ذمته منه لا يقطع التقادم، لأن الإقرار القاطع للتقادم هو الإقرار ببقاء الدين فى ذمة المدين (استئناف مصر ١١ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٥٠ ص٩١١). وإذا عرض المدين أن يدفع مبلغاً على سبيل الصلح، لم يعتبر هذا العرض إقراراً ضمنياً بالدين، إذ أن رغبة المدين فى الصلح وحسم النزاع لا يستخلص منها حتما أنه يقر بالدين فى ذمته (نقض فرنسى ١٤ مايو سنة ١٩١٨ داللوز ١٩٢٦ -١-٢٠٤). والمقاصة القانونية التى تقع بين جزء من الدين ودين مقابل لا تفيد الإقرار الضمنى بالجزء الباقى من الدين، لأن المقاصة القانونية قد تقع بدون إرادة المدين (بودرى وتيسييه فقرة ٥٣٠). وقبول الدين مخالصة من الدائن يحتفظ فيها بسائر حقوقه فى عبارة عامة مبهمة لا يعد اعترافاً ضمنياً من المدين بدين معين ولا يقطع التقادم (بودرى وتيسييه فقرة ٥٢٩ ص٣٩٥).

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الإقرار القاطع للتقادم مسألة واقع لا تخضع لرقابة محكمة النقض (نقض مدنى ٨ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢١٥ ص١٥٦٧). وقضت أيضاً بأن المسائل المتعلقة بانقطاع مدة التقادم مناط خضوعها لرقابة محكمة النقض هو التفرقة بين ما إذا كان قطع مدة التقادم مترتباً على اعتراف واضع اليد أو المدين بالحق المطالب هو به اعترافاً يجب الرجوع فى استفادته إلى فعل مادى مختلف على دلالته أو إلى ورقة مقدمة فى الدعوى مختلف على دلالتها الصريحة أو الضمنية كذلك، وبين ما إذا كان مترتباً على ورقة الطلب المقدم للمحكمة بالحق المطلوب استرداده أو اقتضاؤه. ففى الحالة الأولى لا رقابة لمحكمة النقض، لأن حكم القاضى فيها يكون مبنياً على ما استنتجه من الأفعال أو الأوراق المقدمة المتنازع على دلالتها العقلية. أما فى الحالة الثانية فيكون النزاع قائماً على ما لورقة الطلب من الأثر القانونى فى قطع التقادم، وعلى متى تكون الورقة قاطعة، وفيم تكون، أى على ما اشترطه القانون فى ورقة الطلب (demande en justice) من الشرائط القانونية. فيكون فصل القاضى فى ذلك فصلا فى مسألة قانونية يخضع فيها لرقابة محكمة النقض (نقض مدنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٢٢ ص٣٤).

دام المال المرهون فى حيازة الدائن[1]. وهذا بخلاف الرهن الرسمى وحق الاختصاص وحق الامتياز، فان ثبوت حق من هذه الحقوق للدائن تأميناً للوفاء بالدين لا يعتبر إقراراً مستمراً من المدين بدينه. ولا ينقطع التقادم بقيد حق من هذه الحقوق، ولا بتجديد القيد، فان القيد والتجديد أعمال صادرة من الدائن لا من المدين، فلا تنطوى على إقرار ضمنى من المدين. أما ترك المدين ماله المرهون حيازة فى يد الدائن فعمل سلبى صادر من المدين، ومن ثم يكون منطويا على إقرار ضمنى بالدين[2].

٦٣٥- اثبات الاقرار: ولما كان الإقرار واقعة مادية تنطوى على تصرف قانونى، ويغلب فيها معنى التصرف القانونى كما هو الأمر فى الوفاء، فان إثبات الإقرار يخضع للقواعد

---

(١) بودرى وتيسييه فقرة ٥٣٠- ولا يبدأ سريان التقادم الجديد إلا إذا خرج المال المرهون من حيازة الدائن (نقض مدنى ١٧ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ٩٦ ص٢٨٥- استئناف وطنى ٥ أبريل سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٢/٩١ ص١٦١- ١٦ فبراير سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ١١٧ ص٣٧٤ - مصر ٨ مارس سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص٤٢- استئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩٠٠ م١٢ ص١٠٥- ١٦ أبريل سنة ١٩٢٤ م٣٦ ص٣١٣- ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م٥٠ ص٦٥- ٢٦ مارس سنة ١٩٤٢ م٥٤ ص١٥٣).

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة أيضاً بأنه إذا قبل المدين أن يترك للدائن المرتهن الانتفاع بالعقار المرهون رهناً رسمياً والاستيلاء على ريعه لسداد الفوائد، فالاستيلاء على الريع يقطع التقادم بالنسبة إلى الفوائد (استئناف مختلط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢١ م٣٤ ص٥٦). وقضت كذلك بأن التأمين الذى يودعه المستأجر لضمان الأجرة عند المؤجر يعتبر بمثابة أجرة مدفوعة مقدماً، فلا يسرى فى حقها التقادم، وإنما يسرى على ما يتبقى من الأجرة بعد خصم التأمين (استئناف مختلط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م٤٢ ص١٠٦). ولكنها قضت من جهة أخرى بأن الحبس لا يمنع من سريان التقادم ضد الدين المضمون بالحبس (استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩١٤ م٢٦ ص١٥٤). ولعل ذلك يرجع إلى أن الحبس، بخلاف رهن الحيازة، لا يجيز للدائن أن يتقاضى حقه من غلة العين المحبوسة. ولكن رهن الحيازة يستبقى التقادم منقطعاً لمجرد أن العين المرهونة قد خرجت من يد المدين وانتقلت إلى حيازة الدائن، وفى هذا يشترك الحبس مع رهن الحيازة. أما أن الدائن يتقاضى حقه من غلة العين المرهونة فهذا يقطع التقادم أيضا، ولكنه ليس ضرورياً لذلك، بل يكفى لقطع التقادم انتقال العين إلى حيازة الدائن.

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «يراعى أن ترتيب رهن الحيازة ينفرد بأن أثره لا يقتصر على قطع التقادم، بل يجاوز ذلك إلى استدامه هذا الأثر ما بقى الشئ المرهون فى يد المرتهن. فمجرد ترك الدائن للشئ المرهون فى يد المرتهن، وترخيصه لهذا المرتهن فى اقتضاء حقه من إيراده، يعتبر إقراراً ضمنياً دائماً أو متجدداً: قارن المادة ١٤٠ من تقنين الالتزامات السويسرى والمادة ٢٧٥ من التقنين البولونى. أما وجود الرهن الرسمى والامتياز والاختصاص، وقيد هذه الحقوق وتجديد قيدها، فليس من شأنها جميعاً قطع التقادم، لأن المدين لا ينسب إليه فى هذه الحالة أمر مادى ينطوى على إقرار ضمنى بالدين، ومجرد وجود تأمين يكفل حق الدائن لا يكفى فى هذا الشأن» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٣٣٦).

العامة فى إثبات التصرف القانونى ولو كان من جانب واحد. فيجوز الإثبات بجميع الطرق إذا كانت قيمة الالتزام الذى يراد قطع تقادمه لا تزيد على خمسمائة جنيه، فان زادت وجب الإثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها[1]. وعبء الإثبات يقع على الدائن الذى يدعى انقطاع التقادم.

كذلك إذا استخلص الإقرار الضمنى من تصرفات قانونية، كوفاء قسط من الدين أو دفع الفوائد أو الوعد بتقديم ضمان، وجب إثبات هذه التصرفات وفقاً للقواعد العامة المتقدم ذكرها، فيجب الإثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها إذا زادت قيمة الالتزام على خمسمائة جنيه، ولو كان الجزء الموفى به من الدين أو الفوائد المدفوعة أو الضمان الموعود بتقديمه قيمته أقل من هذا المبلغ[2].

وقد يثبت الإقرار القاطع للتقادم بسند مؤيد (acte récognitif)، وهو سند يتضمن إقراراً بحق سبق تدوينه فى محرر يسمى بالسند الأصلى (acte primordial). وقد سبق بحث السند المؤيد عند الكلام فى الإثبات[3]. وقدمنا هناك أن السند المؤيد يصلح من الناحية القانونية لقطع التقادم، ومن الناحية العملية لتهيئة دليل للإثبات عند فقد السند الأصلى إذا كان هذا معرضاً للضياع. ويغلب أن يكون ذلك فى الديون الطويلة الآجال وفى الإيرادات المؤبدة، حيث يحتاج الدائن من وقت إلى آخر أن يحصل على سند مؤيد لسنده الأصلى، فيقطع التقادم ويجدد الدليل[4].

المطلب الثانى

الأثر الذى يترتب على انقطاع التقادم

٦٣٦– النصوص القانونية: تنص المادة ٣٨٥ من التقنين المدنى على ما يأتى:

---

(١) وإذا كانت الورقة التى تتضمن الإقرار بالدين ورقة عرفية، وجب أن تكون ثابتة التاريخ حتى تسرى فى حق الغير (لوران ٣٢ فقرة ١٣٣– ماركادية م٢٢٤٨ فقرة ١٠– بودرى وتيسييه فقرة ٥٣٨ ص٤٠٣). فإذا انقضى بالتقادم دين مضمون برهن متقدم، لم يجز الاحتجاج على دائن مرتهن متأخر بأن التقادم قد انقطع باقرار المدين، فلم ينقض الدين من أجل ذلك وبقى الرهن المتقدم إضراراً بالدائن المرتهن المتأخر، وذلك ما لم يكن الإقرار بالدين ثابت التاريخ فى وقت لم يكن فيه التقادم قد اكتمل.

(٢) لوران ٣٢ فقرة ١٣٠ وما بعدها – أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٥– بودرى تيسييه فقرة ٥٣٨.

(٣) الوسيط ٢ فقرة ١٢٩.

(٤) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٦٥.

«١- إذا انقطع التقادم بدأ تقادم جديد يسرى من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع، وتكون مدته هى مدة التقادم الأولى».

«٢- على أنه إذا حكم بالدين وحاز الحكم قوة الأمر المقضى، أو إذا كان الدين مما يتقادم بسنة واحدة وانقطع تقادمه باقرار المدين، كانت مدة التقادم خمس عشرة سنة، إلا أن يكون المحكوم به متضمناً لالتزامات دورية متجددة لا تستحق الأداء إلا بعد صدور الحكم»(١).

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ١٠٩/٨١(٢).

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٨٢- وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٧٢ - وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٤٩- وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣٥٩(٣).

---

(١) **تاريخ النص**: ورد هذا النص فى المادة ٥٢٢ من المشروع التمهيدى على نحو مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد، فيما عدا أن المشروع التمهيدى لم يكن يشتمل على عبارة «وانقطع تقادمه بإقرار المدين» بعد عبارة «إذا كان الدين مما يتقادم بسنة واحدة» الواردة فى الفقرة الثانية. وفى لجنة المراجعة أدخل «قيد واجب على الديون التى تتقادم بسنة واحدة، فهذه إذا انقطع التقادم فيها بإقرار المدين انتفت علة التقادم بسنة واحدة، لأن الإقرار يهدم قرينة الوفاء، أما إذا انقطع التقادم بالمطالبة القضائية فإن مدة التقادم الجديدة تبقى سنة واحدة، لأن قرينة الوفاء لا تزال قائمة». وأصبحت المادة رقمها ٣٩٨ فى المشروع النهائى. ووافق عليها مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٨٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٣٣٧- ص٣٣٩).

(٢) **التقنين المدنى السابق** م١٠٩/٨١: إذا انقطع التوالى فى وضع اليد، فلا تحسب المدة السابقة على انقطاعه. (يلاحظ أن هذا الأثر لانقطاع التقادم الوارد فى التقادم المكسب ينطبق أيضاً على التقادم المسقط: م٢٦٩/٢٠٥ - والحكم واحد فى التقنين الجديد والسابق، إلا أن التقنين الجديد أكثر ضبطاً للأحكام، فقد حدد مبدأ سريان التقادم الجديد ومتى يختلف التقادم الجديد عن التقادم المنقطع، وقد كان هذا معمولا به فى عهد التقنين السابق دون نص).

(٣) **التقنينات المدنية العربية الأخرى**:

التقنين المدنى السورى م٣٨٢ (مطابقة للمادة ٣٨٥ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى الليبى م٣٧٢ (مطابقة للمادة ٣٨٥ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى العراقى م٤٣٩: ١- إذا انقطعت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى، بدأت مدة جديدة كالمدة الأولى. ٢- على إنه إذا حكم بالدين، وحاز الحكم درجة البتات، أو إذا كانت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى سنة واحدة وانقطعت بإقرار المدين، كانت المدة الجديدة خمس عشرة سنة. (والحكم واحد فى التقنينين المصرى والعراقى. وما ورد فى التقنين المصرى من جعل الدين المحكوم به، فيما تضمن من التزامات دورية متجددة لا تستحق الأداء إلا بعد صدور الحكم، يتقادم بخمس سنوات لا بخمس عشرة سنة، ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة، فيؤخذ به فى العراق). =

ويخلص من النص المتقدم الذكر أنه إذا انقطع التقادم، زال أثره، وأصبحت المدة التى انقضت قبل انقطاعه كأن لم تكن، فلا يعتد بها فى حساب التقادم الجديد الذى يلى التقادم المنقطع. وقد سبقت الإشارة إلى ذلك. وفى هذا يختلف انقطاع التقادم عن وقف التقادم، فقد قدمنا فى وقف التقادم أن المدة التى سبقت الوقف تبقى ويعتد بها وتحسب فى مدة التقادم عندما يعود إلى السريان بعد زوال سبب الوقف.

ثم إنه إذا زال التقادم المنقطع، حل محله تقادم جديد يسرى من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع[1]. والأصل أن يكون هذا التقادم الجديد، فى مدته وفى طبيعته، مماثلا للتقادم الأول الذى انقطع، فيما عدا حالات استثنائية نص عليها القانون. ولا يمتد أثر الانقطاع فى الأصل إلا إلى الدائن الذى قطع التقادم، وقد يمتد إلى غيره استثناء. ولا يتناول فى الأصل إلا الالتزام الذى انقطع فيه التقادم، وقد يتناول غيره استثناء أيضاً.

فنبحث إذن المسائل الآتية: (١) مبدأ سريان التقادم الجديد الذى يحل محل التقادم المنقطع. (٢) متى يختلف التقادم الجديد عن التقادم المنقطع. (٣) متى يمتد أثر الانقطاع إلى غير الدائن الذى قطع التقادم. (٤) متى يتناول أثر الانقطاع غير الحق الذى قطع فيه التقادم.

٦٣٧ – مبدأ سريان التقادم الجديد الذى يحل محل التقادم المنقطع: قدمنا أن تقادماً جديداً يحل محل التقادم الذى انقطع. ومبدأ سريان هذا التقادم الجديد يختلف باختلاف السبب الذى قطع التقادم السابق.

= **تقنين الموجبات والعقود اللبنانى** م٣٥٩: إذا انقطع حكم مرور الزمن على وجه قانونى، فالوقت الذى تصرم قبل وقوع الفعل الذى قطعه لا يدخل فى حساب المدة اللازمة لمرور الزمن. وهذه المدة، الباقية على حالها، تعود فتسرى مبدئياً منذ توقف العمل القاطع لمرور الزمن عن إنتاج مفاعيله. وإذا جرى الاعتراف بالدين فى صك أو أثبت هذا الدين بحكم، فالمهلة الجديدة لمرور الزمن تبقى عشر سنوات.

(وحكم التقنين اللبنانى متفق مع حكم التقنين المصرى، فيما عدا أن الاعتراف المكتوب بالدين فى التقنين اللبنانى يحول مدة التقادم الجديد إلى عشر سنوات – وهى المعادلة لمدة الخمس عشرة سنة فى التقنين المصرى – دون تمييز بين دين ودين. أما فى التقنين المصرى، فهذا مقصور على الديون التى تتقادم بسنة واحدة وعلى ديون أصحاب المهن الحرة التى تتقادم بخمس سنوات).

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «لا يقتصر أثر انقطاع التقادم على الحيلولة دون سريان المدة، بل يجاوز ذلك إلى محو ما انقضى من هذه المدة قبل تحقق سببه، وهذا هو ما يفرقه عن الوقف، فإذا كف الإجراء القاطع عن ترتيب أثره، بدأ سريان تقادم جديد من هذا الوقت» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٣٣٨).

فان كان السبب الذى قطع التقادم السابق هو المطالبة القضائية، بقى أثر الانقطاع قائماً ما دامت الدعوى قائمة[1]. فان انتهت بحكم نهائى يقضى للدائن بطلباته، بدأ

---

(١) استئناف مختلط ٦ فبراير سنة ١٨٩٦ م٨ ص١٠٨ – ٢٣ ديسمبر سنة ١٨٩٦م ٩ ص٦٩– ٢٢ فبراير سنة ١٩٤٠ م٥٢ ص١٥٩ – ٦ فبراير سنة ١٩٤١ م٥٣ ص٨٨ – ١٧ فبراير سنة ١٩٤٢ م٥٤ ص١٠٦– ١٣ مارس سنة ١٩٤٣ م٥٥ ص١٢٩– ١٨ ديسمبر سنة ١٩٤٦ م٥٩ ص٥٦.
وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت المحكمة، مع تسليمها برفع الدعوى التى لم تقيد، لم تفرق بين التقادم المسقط للحق نفسه والتقادم المسقط للدعوى (أى المسقط للمطالبة القضائية) المرفوعة بشأنه، فاعتبرت أن قطع التقادم الخمسى الذى ينشأ عن رفع الدعوى لا يستمر إلا لمدة التقادم المسقط للحق ذاته، فإنها تكون قد أخطأت. إذ أن لكل من تقادم الحق وتقادم الدعوى حكماً خاصاً. فالتقادم الخمسى ينقطع برفع الدعوى، ويظل هذا الانقطاع مستمراً، ما دام سببه قائماً. وإذا كان سبب الانقطاع هو الدعوى، فيبقى التقادم منقطعاً إلى أن تسقط هى بالتقادم المسقط لها ومدته ١٥ سنة طبقاً لحكم المادة ٨٢ من القانون المدنى (السابق، وفى تقنين المرافعات الجديد المدة خمس سنوات فقط). وما دامت هذه المدة لم تنقض، فيبقى أثر الانقطاع قائماً. فإذا تحركت الدعوى فى أثنائها، فيكون تحريكها صحيحاً لعدم سقوط الحق المرفوعة به (نقض مدنى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر٤ رقم ١٦٢ ص٤٦٠). وقضت أيضاً بأنه إذا صدر حكم بالدين، ثم رفع المحكوم له دعوى نزع ملكية ضد المدين، وطلب الدائن بعد صدور الحكم بنزع الملكية تعيين يوم للبيع، فعين لذلك يوم، وأجل البيع عدة مرات للنشر، ثم استبعدت القضية من الرول لعدم دفع مصاريف النشر، وظلت مستبعدة حتى طلب الدائن تعيين يوم للبيع فعين، ولما لم يحصل نشر قررت المحكمة رفع الدعوى عملا بالقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٣٧ الخاص بحماية الثروة العقارية، فإن طلب الدائن تعيين جلسة للبيع، وتعيين القاضى جلسة بناء على هذا الطلب، وتداول الدعوى فى الجلسات إلى أن استبعدت من الرول، ثم طلب الدائن تعيين جلسة للبيع بعد ذلك، وتأشير القاضى على الطلب بإحالة الدعوى لنظرها أمام قاضى البيوع بالمحكمة التى نقل الاختصاص إليها، ثم عرض هذا الطلب على قاضى البيوع بالمحكمة المختصة وتعيين جلسة بناء على هذا الطلب، ثم طلب الدائن تعيين يوم للبيع بعد وقف الدعوى عملا بقانون حماية الثروة العقارية – كل أولئك لا شك فى أنه من إجراءات دعوى نزع الملكية التى يترتب على حصولها قيام الدعوى ومنع سقوطها بالتقادم، ما دام لم يمض بين أى إجراء منها والذى يليه، ولا على آخر إجراء المدة المسقطة للدعوى (نقض مدنى أول مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١٧ ص٥٨٢). وقضت كذلك بأنه إذ كان يترتب على إعلان صحيفة الدعوى بطلب الفوائد انقطاع التقادم بالنسبة إليها، فإن أثر هذا الانقطاع يمتد إلى أن يصدر الحكم النهائى فى الدعوى. وينبنى على ذلك أن مضى المدة من تاريخ صدور الحكم الابتدائى حتى تاريخ استئنافه، مهما طال ما دام باب الاستئناف ما زال مفتوحاً، لا يترتب عليه سقوط الحق فى استئنافه، كما أن الحق فى الفوائد يبقى محفوظاً بحكم انقطاع المدة بعريضة الدعوى الابتدائية. وإذن فالحكم الذى يقضى برفض الدفع بسقوط حق الاستئناف بالنسبة إلى الفوائد التى لم يقض بها الحكم الابتدائى استناداً إلى أنه ما دام باب الاستئناف مفتوحا فتعتبر الدعوى المستأنف حكمها بجميع طلباتها قائمة فلا تسرى أثناءها المدة المقررة لسقوط الحق المطالب به بخمس سنوات، إذ القاعدة العامة أن طلب الحضور أمام القضاء يحفظ حقوق المدعى بأن يقطع سريان مدة التقادم فيستبدل بالمدة التى كانت سارية من قبل المدة الطويلة المقررة فى سقوط جميع الحقوق – هذا الحكم صحيح فى=

سريان تقادم جديد من وقت صدور هذا الحكم. وسنرى أن مدة هذا التقادم الجديد تكون دائماً خمس عشرة سنة، ولو كان التقادم السابق مدته أقصر من ذلك. أما إذا انتهت الدعوى برفض طلبات الدائن، أو ترك الدائن الخصومة، أو حكم بسقوطها بعد سنة، أو انقضت بمضى خمس سنوات، فقد قدمنا أن ذلك يترتب عليه إلغاء صحيفة الدعوى بما ترتب عليها من الآثار، ومنها قطع التقادم. فيعتبر انقطاع التقادم كأن لم يكن، وأن التقادم لا يزال سارياً منذ البداية، فلا يكون هناك محل للكلام فى تقادم جديد يحل محله ويسرى من وقت معين[1]. وقد تنتهى الدعوى، إذا رفعت إلى محكمة غير مختصة، بحكم نهائى بعدم الاختصاص. وفى هذه الحالة تبقى صحيفة الدعوى حافظة لأثرها من قطع التقادم، فقد قدمنا أن المطالبة القضائية تقطع التقادم ولو رفعت أمام محكمة غير مختصة[2]، ولا يسرى التقادم الجديد إلا من وقت صدور الحكم النهائى بعدم الاختصاص[3].

وإن كان السبب الذى قطع التقادم السابق هو التنبيه، فان التقادم الجديد يسرى فوراً عقب التنبيه، ويبقى سارياً إلى أن يقطعه الحجز الذى يلى التنبيه.

والحجز، إذا كان هو السبب فى قطع التقادم السابق، يدوم أثره فى قطع التقادم ما دامت إجراءاته متعاقبة على النحو الذى قرره القانون، حتى يصل إلى التقسيم أو إلى التوزيع. فإذا أقفل التقسيم أو التوزيع، بدأ سريان التقادم الجديد من هذا الوقت.

وإذا كان سبب انقطاع التقادم السابق هو التقدم فى تفليس أو فى توزيع، بقى أثر الانقطاع قائماً إلى أن تقفل التفليسة أو التوزيع، وعند ذلك يبدأ سريان التقادم الجديد.

وكذلك الحال فى كل عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير فى إحدى الدعاوى، فمتى انتهى الأثر المترتب على هذا العمل، بدأ سريان التقادم الجديد. فدعوى المدعى عليه مثلا يبقى أثرها فى قطع التقادم قائماً إلى أن تنتهى الدعوى بحكم القبول أو بالرفض، أو إلى أن تنقضى الخصومة بالترك أو بالسقوط، على النحو الذى قدمناه فى دعوى المدعى. والتدخل كذلك يبقى أثره قائماً فى قطع التقادم، إلى أن ينتهى هذا التدخل[4].

=القانون ولا غبار عليه (نقض مدنى ١٥ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٩ ص٤٨).

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٢٩.

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٢٩.

(٣) استئناف مختلط ١٥ يونيه سنة ١٩٢١ م٣٣ ص٣٩٣.

(٤) فينقطع التقادم، ويبقى منقطعاً طوال الوقت الذى يدوم فيه أثر السبب فى انقطاعه. ويبدو عند ذلك أن التقادم قد انقطع ثم أعقب انقطاعه وقف لسريانه. والصحيح أن التقادم قد انقطع، وبقى منقطعا إلى أن زال أثر السبب فى انقطاعه. وواضح أن بقاءه منقطعاً شئ، ووقف سريانه شئ آخر (بودرى وتيسييه فقرة ٥٤٣).

وإذا كان سبب قطع التقادم هو إقرار المدين بحق الدائن، بدأ سريان التقادم الجديد فوراً عقب هذا الإقرار. هذا إلا إذا كان الإقرار مستخلصاً من حالة مستمرة، كما إذا كان فى يد الدائن على سبيل الرهن الحيازى عين مملوكة للمدين، فقد قدمنا أن التقادم يبقى منقطعاً ما دامت العين المرهونة فى يد الدائن، ولا يبدأ سريان التقادم الجديد إلا عند خروج العين من يده(١).

٦٣٨- متى يختلف التقادم الجديد عن التقادم القديم: والأصل، كما قدمنا، أن التقادم الجديد الذى يحل محل التقادم الذى انقطع يكون مماثلا لهذا التقادم السابق فى مدته وفى طبيعته(٢). ويستثنى من هذه القاعدة حالتان، يختلف فيهما التقادم الجديد عن التقادم السابق:

(الحالة الأولى) إذا انتهى السبب الذى قطع التقادم السابق بحكم حاز قوة الأمر المقضى أى بحكم نهائى. ففى هذه الحالة، أياً كانت مدة التقادم السابق، تكون مدة التقادم الجديد الذى يبدأ سريانه منذ صدور هذا الحكم النهائى خمس عشرة سنة كاملة، ولو كانت مدة التقادم السابق أقصر كأن كانت خمس سنوات أو ثلاثاً أو سنة واحدة (م٢/٣٨٥ مدنى)(1). ذلك أن الحكم النهائى يقوى الالتزام، ويمده بسبب جديد للبقاء،

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٣٤.

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن مدة التقادم تبقى كما كانت عندما تعود إلى السريان بعد أن انقطعت عن طريق التنبيه (١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م٣٦ ص١٣٦).

(1) أ- لما كان إلزام الشركة المؤمن لديها بأداء مبلغ التعويض المحكوم به للمضرور يتحقق بذات ما تحققت به مسئولية المؤمن له أو المتسبب فى أدائه - وهو الحكم البات من المحكمة الجنائية أو الحكم النهائى من المحكمة المدنية - ولو لم تختصم فيه الشركة المؤمن لديها، فإن لازم ذلك أنه إذا صدر الحكم بالتعويض المؤقت وأصبح حائزاً قوة الأمر المقضى فإنه لا يسقط الحق فى التعويض النهائى بالبناء عليه وإعمالاً للمادة ٢/٣٨٥ من القانون المدنى إلا بمدة سقوط الحق وهى خمس عشرة سنة سواء قبل المسئول عن الحق المدنى أو المؤمن لديه إذ لا وجه لاختلاف الحكم بين المسئولين عن الوفاء بالحق المحكوم به للدائن (المضرور) خاصة بعد الارتباط ووحدة الإجراءات ومدة السقوط فى كل من الدعويين قبل المسئول والمؤمن لديه، وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر فإن الطعن يكون على غير أساس متعينا رفضه.

(حكم الهيئة العامة للمواد المدنية بمحكمة النقض فى الطعن رقم ١١٤٥ لسنة ٦٩ق «هيئة عامة» بجلسة ١٥ من مايو سنة ٢٠٠٢).

ب- المقرر وفقاً للمادة ٢/٣٨٥ من القانون المدنى أن من شأن صدور حكم نهائى بالدين أن لا يتقادم الحق فى اقتضائه إلا بمرور خمس عشرة سنة من وقت صدوره لمن يعد هذا الحكم حجة عليه ومن ثم فإن الحكم المطعون عليه إذا طرح دفع الطاعنين بتقادم الدين المنفذ به بالتقادم الخمسى اعتباراً بأن مدة تقادمه هى خمسة عشر عاماً بعد أن صدر به حكم حاز قوة الأمر المقضى يكون =

فلا يتقادم إلا بانقضاء خمس عشرة من وقت صدور الحكم[1]. فإذا كان هذا الالتزام مما كان تقادمه السابق يقوم على قرينة الوفاء، كحقوق أصحاب المهن الحرة والتجار والصناع والعمال والخدم والأجراء، فأن هذه القرينة تزول نهائياً بصدور الحكم مثبتاً الدين فى ذمة المدين. فتكون مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة، وهى مدة التقادم فى الأصل، وذلك بعد أن انتفت قرينة الوفاء التى تأسست عليها المدة القصيرة فى التقادم السابق. وحتى لو كان الالتزام دورياً متجدداً، وصدر حكم نهائى به، فان هذا الالتزام تزول عنه صفتا الدورية والتجدد، فتكون مدة تقادمه هى المدة العادية وهى خمس عشرة سنة[2]. وقد يتضمن

=موافقاً لصحيح القانون ولا يعيبه ما ورد بأسبابه من تقرير خاطئ فى الرد على الدفع بالتقادم الخمسى إذ لمحكمة النقض أن تقوم قضاءه بما يصلح رداً له دون أن تنقضه.

(جلسة ١٩٧٩/١/٣١ مجموعة احكام النقض السنة ٣٠ ص٤٥٥)

(جلسة ١٩٧٩/٢/٢٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٠ ص٦٤١)

(الطعن ٢٤٣٢ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٩٠/٢/١)

جـ- إذ كانت المادة ٣٨٥ من القانون المدنى فيما تنص عليه فقرتها الثانية من تقادم الدين بخمس عشرة سنة إذا صدر به حكم حائز لقوة الأمر المقضى تستبدل التقادم الطويل بالتقادم القصير متى عززه حكم يثبته ويكون له من قوة الأمر المقضى فيه ما يحصنه، وكان الحكم بالتعويض المؤقت - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - وإن لم يحدد الضرر فى مداه يعرض للمسئولية التقصيرية بما يثبتها ولدين التعويض بما يرسيه غير معين المقدار مما يرتبط بالمنطوق أوثق ارتباط فتمتد إليه قوة الأمر المقضى، ومتى توافرت لأصل الدين هذه القوة فهى بظاهر النص حسبه فى استبدال التقادم الطويل بتقادمه القصير ولو لم يكن قابلاً بعد للتنفيذ الجبرى ولا يسوغ أن يقصر الدين الذى أرساه الحكم على ما جرى به المنطوق رمزاً له ودلالة عليه، بل يمتد إلى كل ما يتسع له محله من عناصر تقدير ولو بدعوى لاحقة لا يرفعها المضرور بدين غير الدين بل يرفعها بذات الدين الذى يستكمله بتعيين مقداره، فهى بهذه المثابة فرع من أصل تخضع له وتتقادم بما تتقادم به ومدته خمس عشرة سنة.

(الطعن رقم ١٢٠ لسنة ٤٣ق - جلسة ١٩٨٢/١٢/٩)

(الطعن رقم ١٥٥٢ لسنة ٤٩ق - جلسة ١٩٨٣/٣/٣٠)

(الطعن رقم ١٥١٩ لسنة ٤٩ق - جلسة ١٩٨٣/٥/٥)

د- مدة التقادم لا تتغير بصدور الحكم بالدين طبقا للمادة ٢/٣٨٥ من القانون المدنى - كصريح هذا النص - إلا بالنسبة لمن يعتبر الحكم حجة عليهم وله قوة الأمر المقضى قبلهم.

(الطعن ٦٤ لسنة ٣٣ق جلسة ١٩٦٨/٢/٢٢ س٩ ص٣٢٧)

(١) وإدراج الدائن فى قائمة التوزيع وصيرورة هذه القائمة نهائية يكون بمثابة الحكم النهائى بالدين، فيسرى بالنسبة إلى هذا الدين تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة (استئناف مختلط ١٨ سنة ١٩٤١ م٥٣ ص١٣٥).

(٢) استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٤٠ م٥٢ ص٢١٨- ١٣ فبراير سنة ١٩٤١ م٥٣ ص٩٤.

وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه وإن كان الحكم القاضى بالدين لا يصلح لأن يكون أساساً لنزع الملكية، لإغفاله النص فى منطوقه على مقدار الدين، إلا أنه يترتب عليه بالرغم من ذلك تغيير =

الحكم فوق ذلك التزامات لم تزل عنها صفتا الدورية والتجدد، كما إذا قضى للمؤجر بالمستحق من الأجرة وما يستجد منها منذ صدور الحكم إلى يوم التنفيذ. فان الالتزام بالمستحق من الأجرة قد فقد صفتى الدورية والتجدد، لأنه مستحق يوم صدور الحكم، فلا يتقادم إلا بخمس عشرة سنة. أما الالتزام بما يستجد من الأجرة إلى يوم التنفيذ، فيبقى محتفظاً لصفتى الدورية والتجدد بالرغم من صدور حكم به، لأنه غير مستحق يوم صدور الحكم، بل هو يستحق على أقساط دورية متجددة، فيتقادم كل قسط منها بخمس سنوات تسرى من الوقت الذى يحل فيه هذا القسط(١).

(الحالة الثانية) هى ما تقضى به الفقرة الثانية من المادة ٣٨٥ مدنى، إذ تقول: «على أنه... إذا كان الدين مما يتقادم بسنة واحدة وانقطع تقادمه باقرار المدين، كانت مدة التقادم خمس عشرة سنة». ونحن نعلم أن الديون التى تتقادم بسنة واحدة هى حقوق التجار والصناع وأصحاب الفنادق والمطاعم والعمال والخدم والأجراء (٣٧٨مدنى). فهذه الحقوق إذا صدر بها حكم، فالحكم لا يتقادم إلا بخمس عشرة سنة كما سبق القول. ثم إذا انقطع التقادم فيها عن طريق إقرار المدين بها، فقد انتفت قرينة الوفاء التى يقوم عليها التقادم الحولى، كما انتفت فى حالة الحكم بهذه الحقوق، فيكون التقادم الجديد الذى يحل محل التقادم المنقطع بالإقرار مدته خمس عشرة سنة(٢)، كمدة التقادم الجديد الذى

=سبب الدين، فتصبح المدة اللازمة لسقوط الحق هى مدة خمس عشرة سنة، ولو كان من الممكن قبل صدور الحكم التمسك بسقوط الدين بمضى خمس سنوات إذا كان موضوعه مثلا ريع حكر -١٧ فبراير سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٤ ص٥). وقضت محكمة استئناف مصر بأن مدة التقادم خمس عشرة سنة بعد صدور حكم نهائى، مهما كانت مدة التقادم للدين الأصلى (٢٤ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٣٩ ص٦٠- ١٦ يونيه سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٥٩ ص٥٢٦).

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «ويستبدل التقادم بانقضاء خمس عشرة سنة بالتقادم الخمسى كذلك إذا صدر حكم بالدين الدورى المتجدد وحاز قوة الشئ المحكوم فيه. ذلك أن الدين يتحدد نهائياً بصدور هذا الحكم، وتزول عنه صفة الحلول الدورى، فيسقط بانقضاء المدة العادية. فإذا تضمن الحكم فوق ذلك التزامات لم تزل عنها صفتها الدورية، أى التزامات تصبح مستحقة الأداء فى المستقبل - كالحكم بما يستحق فى المستقبل من الإيجار - ظلت هذه الالتزامات خاضعة للتقادم الخمسى» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٣٣٨).

(٢) انظر فى تحول مدة التقادم من مدة قصيرة إلى مدة طويلة يقوم فى القضاء الفرنسى على فكرة التجديد novation، وفى انتقاد ذلك: بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٧٠ ص٧٨٢- ص٧٨٣.

وغنى عن البيان أن الدين إذا جدد، فأياً كانت مدة تقادم الدين القديم، تكون مدة تقادم الدين الجديد مستقلة عنها، وتكون عادة خمس عشرة سنة تسرى من وقت التجديد، أى من وقت نشوء الدين الجديد. وقد قضت محكمة النقض بأن الأصل فى انقطاع التقادم أنه لا يغير مقدار المدة التى=

يحل محل التقادم المنقطع بالحكم. ولكن إذا انقطع التقادم فى هذه الحقوق بغير الحكم وبغير إقرار المدين، كأن ينقطع بالتنبيه أو بالحجز أو بالمطالبة القضائية التى تنتهى إلى حكم بعدم الاختصاص مثلا أو بالتقدم فى تفليس أو توزيع، فان التقادم الجديد الذى يحل محل التقادم السابق يكون مماثلا له فى مدته وطبيعته(١)، فتكون مدة التقادم الجديد سنة واحدة، ويقوم هذا التقادم الجديد على قرينة الوفاء(٢).

=حددها القانون لزوال الالتزام، ما لم يرد نص على غير ذلك أو يصدر حكم بالدين أو يحصل تجديده. فإذا انقطع التقادم بإقرار المدين، يكون الحكم فى تبديل المدة بسبب الإقرار منوطاً بما يستخلصه قاضى الموضوع من واقع الدعوى عن المقصود بإثبات الالتزام فى سند جديد، هل هو من قبيل تجديد الدين أم لا. فإذا تبين له ما ينفى نية التجديد، وأقام قضاءه على أسباب مستساغة، فلا معقب عليه فيه. وكذلك إذا ما ادعى الدائن تجديد الدين بدخوله فى حساب جار بينه وبين مدينه، فإن المعول فى هذا أيضاً يكون على ما يحصله قاضى الموضوع من الوقائع المطروحة عليه من وجود الحساب الجارى أو عدمه (نقض مدنى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٨ ص٦٨٩).

فإذا انقطع التقادم دون أن ينطوى انقطاعه على تجديد، ودون أن يكون الانقطاع عن طريق الحكم النهائى أو عن طريق الإقرار بالديون التى تتقادم بسنة واحدة، فإن الانقطاع، ولو جاء عن طريق الإقرار، لا يغاير ما بين مدة التقادم الجديد والتقادم السابق (استئناف وطنى ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٠ المحاماة ٢ رقم ٧ ص١٣).

(١) استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩٤٧ م٥٩ ص١٨٩ – وقارن بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٧٠ ص٧٨٢ هامش رقم ٢.

(٢) وقد ورد تحول مدة التقادم من مدة قصيرة إلى مدة طويلة فى مكان آخر فى حالة خاصة من حالات إقرار المدين بالدين، هى حالة تحرير سند بالدين. فقضت الفقرة الثانية من المادة ٣٧٩ مدنى بأنه إذا حرر سند بحق من الحقوق المتقدمة الذكر – وهى حقوق التجار والصناع وأصحاب الفنادق والطماعم والعمال والخدم والأجراء التى تتقادم بسنة واحدة – فلا يتقادم الحق إلا بانقضاء خمس عشرة سنة، وقد مر بيان ذلك. وهذا النص يؤكد الحكم العام فى صورة خاصة من صوره، فتتحول السنة إلى خمس عشرة سنة إذا أقر المدين بالحق بوجه عام، وبخاصة إذا أقر به عن طريق تحرير السند.

والفقرة الثانية من المادة ٣٧٩ مدنى تشمل أيضاً حقوق أصحاب المهن الحرة – الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء ووكلاء التفليسة والسماسرة والأساتذة والمعلمين – فتحول مدة التقادم فى هذه الحقوق من خمس سنوات إلى خمس عشرة سنة إذا حرر المدين سنداً بها. فلا يكفى هنا مجرد الإقرار، بل يجب أن يكون الإقرار فى صورة سند مكتوب. فإذا أقر المدين بالدين شفوياً، أو كان الإقرار إقراراً ضمنياً، فانقطع التقادم، لم تتغير مدة التقادم الجديد، بل تبقى كمدة التقادم السابق خمس سنوات. وكان الواجب أن تشير الفقرة الثانية من المادة ٣٨٥ مدنى إلى هذه الحقوق التى تتحول مدة التقادم فيها من خمس سنوات إلى خمس عشرة سنة إذا حرر بها سند مكتوب، كما أشارت إلى الحقوق الأخرى التى تتحول مدة التقادم فيها إلى خمس عشرة لصدور حكم بها أو صدور إقرار من المدين. والسبب فى عدم الإشارة إليها أنها كانت فى المشروع التمهيدى تتقادم بسنة واحدة، فكانت تندمج فى الحقوق التى تتحول مدة التقادم فيها من سنة واحدة إلى خمس عشرة =

٦٣٩- متى يمتد أثر الانقطاع إلى غير الدائن الذى قطع التقادم: والأصل أن انقطاع التقادم وسريان تقادم جديد على النحو الذى بيناه فيما تقدم لا يتعدى أثره الدائن الذى قطع التقادم[١](1). فإذا كان الدين لعدة من الورثة، وتجزأ عليهم، وقطع أحدهم التقادم ضد المدين، لم ينقطع التقادم لمصلحة الورثة الآخرين، بل يقتصر أثر القطع على الوارث الذى قطع التقادم[٢]. كذلك إذا قطع الدائن التقادم ضد الكفيل، لم ينقطع التقادم ضد المدين الأصلى[٣]. وإذا قطع التقادم ضد المدين الأصلى، لم ينقطع التقادم ضد الكفيل[٤]. وإذا قطع التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين، فان التقادم لا ينقطع

=سنة لصدور إقرار بها من المدين، فلم تكن فى حاجة إلى إشارة خاصة. ولما عدلت مدة التقادم فيها فارتفعت إلى خمس سنوات، لم يلاحظ إدخال ما يقتضيه هذا التعديل من تعديل مقابل فى نص الفقرة الثانية من المادة ٣٨٥ مدنى.

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الأثر المترتب على رفع الدعوى من جهة قطع التقادم لا يتعدى من رفعها ومن رفعت عليه. وإذا أحال الدائن أجنبياً بدينه، فرفع هذا الأجنبى الدعوى بالدين أمام المحكمة المختلطة، فقضت بعدم اختصاصها على أساس أن التحويل صورى، فاستأنف الحكم، ثم تنازل عن الاستئناف وطلب شطب الدعوى، فحكمت بالشطب، ثم رفع الدائن الأصلى الدعوى بدينه أمام المحكمة الأهلية، فدفع المدين بسقوط الحق فى المطالبة بمضى المدة، فإن رفع الدعوى أمام المحكمة المختلطة لا يمكن أن يتعدى أثره رافعها الأجنبى، فيقطع التقادم بالنسبة إلى غيره (نقض مدنى ٦ أبريل سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٧٦ ص٥٣٥).

(٢) كذلك إذا تقادم الدين الذى لأحد الورثة، لم يستتبع ذلك أن يتقادم الدين الذى للوارث الآخر. وقد نصت المادة ٤٣٦ من التقنين المدنى العراقى على هذا الحكم صراحة إذ تقول: «إذا ترك بعض الورثة الدعوى بدين مورثهم، من غير عذر، المدة المقررة، وكان لباقى الورثة عذر شرعى، تسمع دعوى هؤلاء بقدر حصتهم من الدين». ويخلص من ذلك أيضاً أن وقف سريان التقادم بالنسبة إلى حصص بعض الورثة لا يقفه بالنسبة إلى حصص الآخرين.

(٣) ويترتب على ذلك أن التقادم قد لا يكتمل بالنسبة إلى الكفيل بسبب انقطاعه، ويكتمل التقادم بالنسبة إلى المدين الأصلى إذ هو لم ينقطع بانقطاع التقادم ضد الكفيل. فعند ذلك يسقط دين المدين الأصلى بالتقادم، ويسقط تبعاً له التزام الكفيل بالرغم من عدم تقادمه، إذ هو التزام تبعى يسقط بسقوط الالتزام الأصلى (بودرى وتيسييه فقرة ٥٦٦).

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن مطالبة المدين واستصدار حكم عليه بالدين لا يغير مدة التقادم بالنسبة إلى الكفيل المتضامن إذا كان لم يطالب ولم يحكم عليه معه (نقض مدنى ٦ يونيه سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٦٧ ص٢٣٩). وانظر عكس ذلك المادة ٢٢٥٠ من التقنين المدنى الفرنسى، وينتقد الفقه الفرنسى ما ورد فى هذا النص (بودرى وتيسييه فقرة ٥٦٥).

(1) أنه وان كان الدين - على ما ورد بالمذكرة الإيضاحية للقانون المدنى فى خصوص المادة ٣٨٦ منه - لا ينقضى قبل التمسك بالتقادم لمجرد انقضاء المدة المسقطة وانما يظل ديناً أو التزاما مدنيا إلى أن يدفع بتقادمه مما مؤداه اعتبار هذا الدين رغم اكتمال مدة تقادمه مستحق الأداء ما دام أن المدين لم يتمسك بالتقادم ويجعل الوفاء به من جانب هذا المدين وفاء بدين مدنى مستحق الأداء مما يخرجه من نطاق =

بالنسبة إلى باقى المدينين المتضامنين، وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٩٢ مدنى صراحة على هذا الحكم، فقالت: «وإذا انقطعت مدة التقادم أو وقف سريانه بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين، فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقى المدينين»(١).

ولكن يستثنى من ذلك حالة ما إذا كان أحد الدائنين المتضامنين، قد قطع التقادم ضد المدين، فان هذا يفيد باقى الدائنين المتضامنين، وينقطع التقادم لمصلحتهم هم أيضاً ضد المدين(٢)(1).

٦٤٠- متى يتناول أثر الانقطاع غير الحق الذى قطع فيه التقادم: والأصل أيضاً أن

=تطبيق المادة ١٨١ مدنى بشأن قاعدة دفع غير المستحق فيحول بينه وبين استرداده على خلاف ما ذهب إليه الحكم المطعون فيه، إلا أن مناط الاعتداد بهذا الوفاء وعدم أحقية المدين الموفى به فى طلب استرداده ان يكون الوفاء صادرا من المدين عن رضا واختيار ولا اكراه عليه فيه وإلا جاز له المطالبة برده ويعتبر الوفاء نتيجة اكراه - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - إذا حصل تحت تأثير الحجز الذى وقع على أموال المدين الموفى.

(جلسة ١٩٧٨/١١/١٨ الطعن رقم ٢٠٤ لسنة ٤٧ق)

(١) أما إذا قطع الدائن التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين فى التزام غير قابل للانقسام، فإن طبيعة عدم تجزئة المحل تقتضى حتما أن ينقطع التقادم بالنسبة إلى باقى المدينين (انظر آنفاً فقرة ٣١٨).

(٢) انظر المادة ٢/٢٨٢ مدنى عن طريق الاستنتاج العكسى، وانظر آنفاً فقرة ١٤٤- وانظر عكس ذلك فى القانون الفرنسى بودرى وتيسييه فقرة ٥٦١- كذلك إذا قطع التقادم أحد الدائنين فى التزام غير قابل للانقسام، انتفع بذلك سائر الدائنين، كما فى التضامن، لأن طبيعة عدم التجزئة تقتضى ذلك (انظر آنفاً فقرة ٢٢٦).

وإدخال المدعى عليه لضامن فى الدعوى بقطع التقادم، لا لمصلحة المدعى عليه فحسب، بل أيضاً لمصلحة المدعى فى رجوعه بالضمان على الضامن (لوران ٣٢ فقرة ١٥٦ - جيللوار فقرة ٢٧٤ - أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٢٥ - بودرى وتيسييه فقرة ٥٦٩).

وقد قضى قانون ١٦ يوليه سنة ١٩٣٤ فى فرنسا بانه إذا أصدرت هيئة عامة أو خاصة سندات بقروض، وقطع أحد حاملى هذه السندات تقادم الفوائد، انقطع التقادم أيضاً لمصلحة الباقى من حاملى السندات.

(1) مطالبة المضرور للمتبوع بالتعويض مطالبة قضائية وان كانت تقطع التقادم بالنسبة للمتبوع إلا أنها لا تقطعه بالنسبة للتابع وذلك أخذا بما نصت عليه المادة ٢٩٢ من القانون المدنى من أنه إذا انقطعت مدة التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقى المدينين، وإذا كان قطع التقادم بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين لا يترتب عليه أثر بالنسبة لباقى المدينين فمن باب أولى لا يكون لقطع التقادم بالنسبة للكفيل ولو كان متضامنا مع المدين الأصلى أثر بالنسبة إلى هذا الدين.

(جلسة ١٩٦٩/١/٣٠ مجموعة احكام النقض السنة ٢٠ ص١٩٩)

(جلسة ٢٠٠١/٦/١٧ الطعن رقم ٥٩٢١ لسنة ٦٢ق)

انقطاع التقادم لا يتناول إلا الحق الذى قطع فيه التقادم، فلا يتناول أثر الانقطاع غيره من الحقوق(١). فإذا كان للدائن دينان فى ذمة المدين، وقطع التقادم بالنسبة إلى أحد الدينين، فان التقادم لا ينقطع بالنسبة إلى الدين الآخر(٢)(1). وفى الاشتراط لمصلحة الغير، إذا قطع المنتفع التقادم بالنسبة إلى حقه فى ذمة المتعهد، لم ينقطع التقادم بالنسبة إلى حق المشترط فى ذمة المتعهد(٣)(2). وفى العلاقة ما بين الوصى والصغير عندما يبلغ سن الرشد، إذا

---

(١) والتابع يلحق الأصل فى قطع التقادم، والجزء يلحق الكل. فإذا انقطع التقادم بالنسبة إلى الدين، انقطع أيضاً بالنسبة إلى الفوائد. كذلك إذا انقطع التقادم بالنسبة إلى الفوائد، انقطع أيضاً بالنسبة إلى الدين. والمطالبة القضائية بجزء من دين حل بأكمله يقطع التقادم بالنسبة إلى الدين كله، ويقطع التقادم أيضاً بالنسبة إلى فوائد هذا الدين (بودرى وتيسييه فقرة ٥٧٨).

وقد قضت محكمة النقض بأنه لا تعتبر صحيفة الدعوى المرفوعة بحق ما قاطعه للتقادم إلا فى خصوص هذا الحق أو ما يلحق به من توابعه، مما يجب لزوماً بوجوبه أو يسقط كذلك بسقوطه. فإن تغاير الحقان أو تغير مصدرهما، فالطلب الحاصل بأحدهما لا يكون قاطعاً لمدة التقادم بالنسبة إلى الحق الآخر (نقض مدنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٢٢ ص٣٤). وقضت محكمة استئناف مصر بأن انقطاع التقادم بالنسبة إلى الدين يسرى أيضاً بالنسبة إلى الفوائد وبالعكس، لأن الفوائد فرع من الدين، والفرع يتبع الأصل حكماً. فإذا سقط الحق فى المطالبة بالدين، لا يسوغ منطقياً المطالبة بفوائده. كما أنه إذا ظل قائماً، يستحق عليه الفوائد القانونية، إلا إذا سقط الحق فى المطالبة بها استقلالا بعد مضى خمس سنوات (٢ يناير سنة ١٩٤٥ المجموعة الرسمية ٤٧ رقم ١٢١). وقارب أيضاً استئناف مختلط أول أبريل سنة ١٩٤٠ م٥٢ ص٢٥٧).

(٢) استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٠٣ م١٥ ص٣١١.

(٣) بودرى وتيسييه فقرة ٥٧٣ ص٤٢٥.

(1) لا تعد صحيفة الدعوى المرفوعة بحق ما قاطعه إلا فى خصوص هذا الحق وما التحق به من توابعه مما يجب بوجوبه أو يسقط كذلك بسقوطه، فان تغاير الحقان فالطلب الحاصل بأحدهما لا يكون قاطعا لمدة التقادم بالنسبة للحق الآخر.

(جلسة ١٩٧٦/٥/٢٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ ص١١٨٨)

(جلسة ١٩٦٢/٤/٢٦ مجموعة احكام النقض السنة ١٣ ص٥٠٦)

(جلسة ١٩٧٨/٤/٢٢ مجموعة احكام النقض السنة ٢٩ ص١٠٦٨)

(جلسة ١٩٧٩/٦/١٦ الطعن رقم ٢٤٢ لسنة ٤٠ق)

(2) إذا كان الأصل فى الاجراء القاطع للتقادم أن يكون متعلقاً بالحق المراد اقتضاؤه ومتحدا بين نفس الخصوم بحيث إذا تغاير الحقان أو اختلف الخصوم لا يترتب عليه هذا الأثر فان دعوى النقابة لا تقطع التقادم فى دعوى الأعضاء.

(جلسة ١٩٦٦/١/١٢ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ ص١٠٢)

(جلسة٢٠٠١/٦/١٧ الطعن رقم ٥٩٢١ لسنة ٦٢ق)

طعن الثانى بالبطلان فى المخالصة التى صدرت منه للوصى فقطع التقادم بالنسبة إلى هذه المخالصة، لم ينقطع التقادم بالنسبة إلى الدعوى بتقديم حساب عن مدة الوصاية[1].

ويستثنى من ذلك حالة ما إذا كان حق واحد ينشئ دعويين مختلفين ضد مدين واحد، فان قطع التقادم فى إحدى الدعويين يقطع التقادم فى الدعوى الأخرى[2]. مثل ذلك ما نصت عليه المادة ٤٣٨ مدنى من أنه «إذا انقضت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه، جاز للمشترى إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيما بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع، وإما أن يبقى المبيع مع إنقاص الثمن». فهاتان دعويان نشأتا من سبب واحد هو نقص قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه، فإذا قطع المشترى التقادم بالنسبة إلى دعوى الفسخ، انقطع التقادم تبعاً لذلك بالنسبة إلى دعوى إنقاص الثمن، أو قطعه بالنسبة إلى دعوى إنقاص الثمن فقد انقطع بالنسبة إلى دعوى الفسخ[3]. كذلك إذا رفعت دعوى بصحة عقد زمنى ينشئ التزامات متعاقبة، فان رفع الدعوى يقطع التقادم بالنسبة إلى الالتزامات التى نشأت قبل رفع الدعوى، وكذلك بالنسبة إلى الالتزامات التى لم تنشأ إلا بعد رفع الدعوى[4].

الفرع الثانى
كيف يجب إعمال التقادم وما هى الآثار التى تترتب عليه

المبحث الأول
كيف يجب إعمال التقادم

٦٤١- وجوب التمسك بالتقادم وجواز النزول عنه بعد اكتماله: إذا اكتملت مدة التقادم، بعد مراعاة أسباب الوقف والانقطاع على النحو الذى تقدم ذكره، فان الالتزام مع

---

(١) نقض فرنسى أول مايو سنة ١٨٥٠ داللوز ٥٠-١-١٥١- لوران ٣٢ فقرة ٨٨- أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٥ - بودرى وتيسييه فقرة ٥٧٤.

(٢) بودرى وتيسييه فقرة ٥٧٤.

(٣) انظر كذلك فى أن وحدة السبب مع تعدد الدعاوى تجعل للحكم بالرفض فى إحدى هذه الدعاوى حجية الأمر المقضى بالنسبة إلى باقى الدعاوى: الوسيط جزء ٢ فقرة ٣٧٨.

(٤) نقض فرنسى ٢٩ يونيه سنة ١٩٤٨ داللوز ١٩٤٨ - ٤٦٩ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٧٣ ص٣٨٨ - ص٧٨٩ هامش رقم ١.

ذلك لا يسقط بالتقادم من تلقاء نفسه، بل لابد للمدين من أن يتمسك بالتقادم لسقوط الالتزام. بل إنه يجوز للمدين، بعد تكامل مدة التقادم، ألا يتمسك به وأن ينزل عنه، فيبقى الالتزام قائماً ولا يسقط بالتقادم.

فنبحث إذن مسألتين: (١) وجوب التمسك بالتقادم أو الدفع بالتقادم (٢) النزول عن التقادم.

المطلب الأول
وجوب التمسك بالتقادم
(الدفع بالتقادم)

٦٤٢- النصوص القانونية: تنص المادة ٣٨٧ من التقنين المدني على ما يأتي:

«١- لا يجوز للمحكمة أن تقضي بالتقادم من تلقاء نفسها، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طلب دائنيه أو أي شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين».

«٢- ويجوز التمسك بالتقادم في أية حالة كانت عليها الدعوى، ولو أمام محكمة الاستئناف[1]».

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادتين ٢٠٤/٢٦٨ و٢٠٦/٢٧٠[2].

---

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص في المادة ٥٢٤ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، فيما عدا أن الفقرة الثانية في المشروع التمهيدي كانت تنتهي بالعبارة الآتية «إلا إذا تبين من الظروف أن الشخص الذي يتمسك بالتقادم أراد بذلك أن يتنازل عنه». وفي لجنة المراجعة عدلت هذه العبارة الأخيرة على الوجه الآتي: «إلا إذا تبين من الظروف أن الشخص الذي يتمسك بالتقادم أراد بعدم تمسكه به من قبل أن يتنازل عنه»، وأصبحت المادة رقمها ٤٠٠ في المشروع النهائي. ووافق عليها مجلس النواب. وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت العبارة الأخيرة المشار إليها، لأن حكمها يستفاد من القواعد العامة، وترك الأمر للقواعد العامة في التنازل عن الحقوق وكيفية قيام الدليل عليه، فأصبح النص بذلك مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد. ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته تحت رقم ٣٨٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٣٤٢-ص٣٤٣).

(٢) **التقنين المدني السابق م٢٠٤/٢٦٨:** مضى المدة المقررة بالقانون يترتب عليه سقوط التعهد واعتبار براءة المتعهد منه إذا تمسك بذلك. =

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٨٤ – وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٧٤ – وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٤٤٢– وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادتين ٣٤٥ و٣٤٧(١).

ويخلص من هذا النص ما يأتى: (١) لا تقضى المحكمة بالتقادم من تلقاء نفسها، بل لابد من التمسك به. (٢) ويتمسك بالتقادم المدين وكل ذى مصلحة. (٣) ويجوز التمسك به فى أية حالة كانت عليها الدعوى.

١ – لا تقضى المحكمة بالتقادم من تلقاء نفسها بل لابد من التمسك به

٦٤٣– لابد من التمسك بالتقادم: التقادم يسقط الدين بحكم القانون كالمقاصة، فليس للقاضى سلطة تقديرية فى أن يحكم بسقوط الدين بالتقادم أو لا يحكم. ولكنه، كما فى المقاصة أيضاً، لا يستطيع أن يحكم من تلقاء نفسه بسقوط الدين بالتقادم، بل يجب

=م٢٠٦/ ٢٧٠: إذا كان لمدين واحد عدة دائنين، وانقضت المدة المقررة لتخلصه من دين أحدهم، فلباقى الدائنين أن يتمسكوا بمضى تلك المدة، ولو لم يتمسك بها المدين المذكور تدليساً منه وإضراراً بحقوقهم.

(والأحكام متفقة فى التقنينين السابق والجديد).

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى م٣٨٤ (مطابقة للمادة ٣٨٧ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى الليبى م٣٧٤ (مطابقة للمادة ٣٨٧ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى العراقى م٤٢٢: ١– لا يجوز للمحكمة أن تمتنع من تلقاء نفسها من سماع الدعوى لمرور الزمان، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب دائنيه أو أى شخص آخر له مصلحة فى هذا الدفع ولو لم يتمسك به المدين. ٢– ويجوز التمسك بالدفع فى أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام المحكمة الاستئنافية، إلا إذا تبين من الظروف أن المدعى قد تنازل عن الدفع.

(والأحكام متفقة فى التقنينين العراقى والمصرى: انظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٣٩٨).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٣٤٥: لا يجرى حكم مرور الزمن حتماً، بل يجب أن يدلى به من تم فى مصلحته. ويمكنه الإدلاء به فى جميع أطوار المحاكمة، حتى فى الاستئناف للمرة الأولى. ولا يجوز للقاضى أن يطبق من تلقاء نفسه أحكام مرور الزمن.

م٣٤٧: يحق لكل مدين متضامن وللكفيل الإدلاء بمرور الزمن تجاه الدائن، كما يحق لدائن آخر للمدين أن يدلى به على الطريقة غير المباشرة. (والأحكام متفقة فى التقنينين اللبنانى والمصرى).

على ذى المصلحة أن يتمسك بذلك[1](1). فإذا ما تمسك ذو المصلحة[2]، وجب على القاضى أن يحكم بتقادم الدين[3].

وليس المقصود من التمسك بالتقادم أن يعلن ذو المصلحة إرادته فى أن يجرى التقادم،

---

(١) استئناف مختلط ١٢ يونيه سنة ١٩٢٣ م٣٥ ص٥٠٣.

(٢) وليس للتمسك بالتقادم شكل خاص، فأية عبارة تدل بوضوح على أن المدين يتمسك بالتقادم تكفى. وإذا تمسك المدين بالتقادم أمام محكمة أول درجة فقضت له بذلك، فبحسبه أمام محكمة الاستئناف أن يطلب تأييد الحكم المستأنف حتى يعتبر متمسكاً بالتقادم أمام هذه المحكمة. أما إذا تمسك بالتقادم أمام محكمة أول درجة ولكنه كسب الدعوى دون نظر إلى التقادم، فلا يكفى فى محكمة الاستئناف أن يطلب تأييد الحكم المستأنف، بل لابد له من التمسك بالتقادم من جديد (انظر فى كل ذلك بودرى وتيسييه فقرة ٤٢ – فقرة ٤٣ وفقرة ٤٥).

ولا يكفى أن يتمسك المدين بالتقادم فى مرافعته الشفوية دون أن يضمن ذلك طلباته الختامية، ولا يعتبر ما كان عاماً من طلباته الختامية – كالتقدم إلى المحكمة فى أن تأخذ بما ترى الأخذ به من الدفوع – تمسكاً بالتقادم (بودرى وتيسييه فقرة ٤٤).

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٣٤٢.

(1) أ- المقرر – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – أن المادة ١/٣٨٧ من القانون المدنى إذ نصت على أنه لا يجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو طلب دائنيه أو أى شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين، فقد أفادت بذلك أن إبداء الدفع بالتقادم المسقط قاصر على من له مصلحة فيه ولا ينتج هذا الدفع أثره إلا فى حق من تمسك به وأنه وإن جاز للمدين المتضامن طبقاً للمادة ٢٩٢ من القانون المدنى أن يدفع بتقادم الدين بالنسبة إلى مدين متضامن آخر بقدر حصة هذا المدين، إلا أنه إذا أبدى أحد المدينين المتضامنين هذا الدفع فإن أثره لا يتعداه إلى غيره من المدينين المتضامنين الذين لم يتمسكوا به.

(الطعن رقم ٥٩٢١ لسنة ٦٢ق جلسة ٢٠٠١/٦/١٧)

ب- إذ كان المطعون ضدهم قد أقاموا الدعوى بطلب فسخ عقد الإيجار المؤرخ ١٩٦١/١/١١ والإخلاء استناداً إلى تنازل الطاعن الثانى عن هذا العقد إلى الطاعن الأول بتاريخ ١٩٦٥/٣/٢٤، وكان الطاعنون قد تمسكوا بالتقادم، ودللوا على ذلك بالشهادة الصادرة من مصلحة الشهر العقارى والتوثيق بتاريخ ١٩٦٥/٣/١٤ والمؤيدة له، وكان المطعون ضدهم قد رفعوا الدعوى بتاريخ ١٩٩٦/١٢/٩ بعد مضى أكثر من خمس عشرة سنة على ذلك التنازل، فأطرح الحكم دفاعهم وأقام قضاءه على مجرد القول «أما عن الدفع بالتقادم فإن الحق المدعى به لا يكتسب ولا يسقط بمضى المدة» فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون.

(الطعن رقم ٥٩٧ لسنة ٦٩ق جلسة ٢٠٠٠/٢/٧)

جـ- من المقرر أن الدفع بالتقادم هو وسيلة دفاع يلجأ إليها الخصم للوصول إلى انقضاء الالتزام وذلك بخلاف وسائل الدفاع الشكلية التى لا تواجه موضوع الحق المدعى به بل تستهدف الطعن فى صحة الخصومة والاجراءات المكونة لها، فالدفع بالتقادم يكون بهذه المثابة دفعا موضوعيا يجوز إبداؤه فى أية حال تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة فى الاستئناف.

(جلسة ١٩٧٩/٤/١٢ الطعن رقم ٢٩ لسنة ٤٦ق) =

كما يعلن ذو المصلحة إرادته فى أن يجرى المقاصة فى القوانين الجرمانية، بل إن التقادم يقع من غير هذا الإعلان كما تقع المقاصة فى القوانين اللاتينية والقانون المصرى. وإنما أريد من وجوب التمسك بالتقادم أن يكون التقادم دفعاً (exception) يدفع به المدين دعوى الدائن، وهو كالدفع بحجية الأمر المقضى[1] لا يعتبر من النظام العام، فلا يستطيع القاضى أن يأخذ به من تلقاء نفسه بل يجب أن يتمسك به المدين[2]. وبعد صدور قانون الاثبات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ أصبح الدفع بحجية الأمر المقضى من النظام العام وتقضى به المحكمة من تلقاء نفسها.

ويخلص من ذلك أمران: (أولا) أن التمسك بالتقادم ليس تصرفاً قانونياً (acte juridique) قائماً على إرادة المدين المنفردة (volonté unilatérale du débiteur) كما هو الأمر فى التمسك بالمقاصة فى القوانين الجرمانية، بل هو دفع يدفع به المدين مطالبة الدائن كما هو الأمر فى التمسك بالمقاصة فى القوانين اللاتينية والقانون المصرى. (ثانياً) وهذا الدفع لا يثيره القاضى من تلقاء نفسه، بل لابد أن يتمسك به ذو المصلحة، لأنه لا يعتبر من النظام العام وإن كان يمت للمصلحة العامة. فهو من هذه الناحية كالدفع بالمقاصة والدفع بحجية الأمر المقضى[3](1).

= (جلسة ١٩٧٤/٢/٢٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٥ ص٤٢٨)
(جلسة ١٩٦٧/١١/٢٢ مجموعة احكام النقض السنة ٥٨ ص١٧٤٠)
د- التقادم لا يتعلق بالنظام العام ويجب التمسك به أمام محكمة الموضوع، وإذ كان الثابت من الأوراق أن الطاعنين لم يتمسكوا أمام محكمة الموضوع بتقادم دعوى البطلان، فانه لا يقبل منهم التمسك بالتقادم لأول مرة أمام محكمة النقض.
(الطعن ٩٣ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٧/١٢/١٥ س٢٨ ص١٨١٠)
(جلسة ١٩٧٦/١١/١٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ ص١٥٨٣)
(جلسة ١٩٧٦/٣/٣١ مجموعة احكام النقض السنة ٢٧ ص٨٣٨)
(جلسة ١٩٧٠/٤/٩ مجموعة احكام النقض السنة ٢١ ص٥٨٧)
(جلسة ١٩٦٧/٣/٣٠ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ ص٧٠٤)

(١) الوسيط جزء ٢ فقرة ٣٤٥.

(٢) ويجب أن يقع التمسك بالتقادم أمام القضاء، فلا يكفى التمسك به أثناء محاولات الصلح. فالمدعى عليه الذى تمسك بالتقادم الخمسى خلال محاولات التوفيق، ثم تغيب أمام محكمة أول درجة، لا يستطيع أن يحتج بأن المحكمة كان واجباً عليها القضاء بالتقادم (الأستاذ عبد المنعم البدراوى فى أثر مضى المدة فى الالتزام فقرة ٧١).

(٣) وهناك تمييز قديم، فى أسباب انقضاء الالتزام، بين أسباب حتمية (ipso jure) وأسباب تتوقف على الدفع بها (ope exceptionis). فالتقادم والمقاصة سببان لانقضاء الالتزام، لا ينتجان أثرهما إلا عن طريق الدفع بهما. انظر الأستاذ عبد المنعم البدراوى فى أثر مضى المدة فى الالتزام فقرة ٥٨.

(1) أ- مفاد نص المادة ٣٨٣ من القانون المدنى أن حسب محكمة الموضوع وعلى ما جرى به قضاء =

٦٤٤ – الأسباب التى تدعو إلى وجوب التمسك بالتقادم: وقد أوجب القانون على ذى المصلحة أن يتمسك بالتقادم للأسباب الآتية:

(١) ليس سقوط الدين بالتقادم من النظام العام كما قدمنا، فهو وإن كان مبنياً على اعتبارات تمت للمصلحة العامة لضمان الأوضاع المستقرة، إلا أنه يتصل مباشرة بمصلحة المدين الخاصة[١]. فالمدين وشأنه، إن رأى أن يتمسك بالتقادم كان له ذلك، وإن أراد النزول عن هذا الدفع صح نزوله.

(٢) هذا إلى أن التمسك بالتقادم أمر يتصل اتصالا وثيقاً بضمير المدين. فان كان المدين مطمئناً إلى أن ذمته غير مشغولة بالدين، دفع بالتقادم ليوفر على نفسه مشقة إثبات براءة ذمته بعد هذه المدة الطويلة. أما إذا كان يعلم أن ذمته مشغولة بالدين، وتحرج من التذرع بالتقادم، فقد فتح له القانون الباب للنزول عنه عن طريق عدم التمسك به[٢].

(٣) يضاف إلى ما تقدم أن التقادم من شأنه أن يثير وقائع كثيرة لا يتيسر للقاضى أن يستخلصها من تلقاء نفسه من واقع الأوراق والمستندات، فلابد من أن يثيره الخصوم ويكون محلا لمناقشاتهم حتى يتمحص وجه الحق فيه[٣].

=هذه المحكمة – أن يدفع أمامها بالتقادم حتى يتعين عليها أن تبحث شرائطه القانونية ومنها المدة بما يعترضها من إنقطاع إذ أن حصول الانقطاع يحول دون إكتمال مدة التقادم، مما يقتضى التثبت من عدم قيام أحد أسباب الانقطاع ومن ثم يكون للمحكمة – ولو من تلقاء نفسها – أن تقرر بإنقطاع التقادم إذا طالعتها أوراق الدعوى بقيام سببه والمقرر أن تقديم عريضة أمر الأداء، يعتبر قاطعا للتقادم.

ب– مفاد نص المادة ٣٨٧ –١ من القانون المدنى أن إبداء الدفع بالتقادم المسقط مقصور على من له مصلحة فيه، ولا ينتج هذا الدفع أثره إلا فى حق من تمسك به. وأنه وإن جاز للمدين المتضامن طبقا للمادة ٢٩٢ من القانون المدنى أن يدفع بتقادم الدين بالنسبة إلى مدين متضامن آخر بقدر حصة هذا المدين. إلا أنه إذا أبدى أحد المدينين المتضامنين هذا الدفع، فإن أثره لا يتعداه إلى غيره من المدينين المتضامنين الذين لم يتمسكوا به.

(الطعن ٩٧٧ لسنة ٥٠ق جلسة ٨١/١٢/٢٨ س٣٢ ص٢٤٥٢)

(جلسة ١٩٦٨/٤/٢ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ص٦٨٩)

(جلسة ١٩٦٤/١٢/٣١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ ص١٢٤٨)

(جلسة ١٩٦٢/٥/٢٤ مجموعة احكام النقض السنة ١٣ ص٧٠٦)

(١) بودرى وتيسييه فقرة ٤١ ص٤٢ بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٨٠.

(٢) بودرى وتيسييه فقرة ٤١ ص٤٢ بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٨٠.

(٣) بودرى وتيسييه فقرة ٤١ ص٤٢.

(٤) ثم إن التقادم لو أسقط الدين دون أن يتمسك به المدين، ثم رأى المدين أن ضميره يدعوه إلى عدم التذرع بالتقادم لأن ذمته مشغولة بالدين، فأراد النزول عنه، كان هذا النزول بعد أن سقط الدين بالتقادم بمثابة هبة للدائن أو بمثابة التزام جديد ارتبط به نحوه. وهذا ما لم يقل به أحد، إذ المدين عند ما ينزل عن التقادم ويوفى الدين، إنما يوفى ديناً واجباً فى ذمته، سواء علم بالتقادم أو لم يعلم. فهو لا يتبرع، ولا يعقد التزاماً جديداً[١].

٦٤٥- هل هناك استثناءات للقاعدة العامة: ويذكر الفقه، فى بعض الأحيان، للقاعدة التى تقضى بوجوب التمسك بالتقادم بعض استثناءات:

(١) فمن ذلك ما قررته المادة ١٦ من القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٤٤ الصادر فى ٣ أغسطس سنة ١٩٤٤ من أنه، عند تقرير ضريبة التركات، تعتبر الديون التى على التركة ومضت عليها مدة التقادم قد سقطت دون حاجة إلى الدفع بذلك، وذلك ما لم يظهر أن التقادم قد انقطع لأى سبب من الأسباب. فيجب إذن، عند حساب الضريبة المستحقة على التركة، عدم استنزال هذه الديون التى تقادمت من موجودات، لأنها ديون اعتبرت منقضية بالتقادم، وتحسب الضريبة كما لو كانت هذه الديون غير موجودة. ويدلل الفقه بهذا المثل على أن ديون التركة قد سقطت بالتقادم، دون حاجة إلى التمسك بهذا الدفع[٢]. ولكن يلاحظ أن الورثة، بالرغم من عدم استنزال الديون المتقادمة من موجودات التركة، عند حساب الضريبة المستحقة، يستطيعون ألا يتمسكوا بالتقادم فى مواجهة الدائنين، إذا دعتهم ضمائرهم إلى ذلك وأيقنوا أن هذه الديون لا تزال فى ذمة مورثهم، فيدفعوا من التركة حقوق هؤلاء الدائنين. وهم يتحملون، فى سبيل إراحة ضمائرهم، ما يضطرون إلى دفعه من زيادة فى الضريبة بسبب هذه الديون. فالدائنون لا تسقط ديونهم إذن إلا إذا تمسك الورثة بالتقادم طبقاً للقواعد العامة، فإذا نزل الورثة عن التمسك بالتقادم وجب الوفاء بهذه الديون. ومن ثم نرى أن التقادم فى هذه الحالة، إذا وقع دون تمسك به؛ فانما يقع لصالح الخزانة لا لصالح المدين. أو قل أن الخزانة هى التى تتمسك بهذا الدفع فى حقها عند حساب الضريبة وإن لم تتمسك به الورثة، أما فى حق الدائنين فلابد من أن يتمسك الورثة بالتقادم. فليس فى هذه الحالة إذن خروج عن القاعدة العامة[٣].

---

(١) بودرى وتيسييه فقرة ٤١ ص٤٣- بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٨٠.

(٢) انظر فى هذا المعنى فى فرنسا المادة ٧ من قانون ٢٥ فبراير سنة ١٩٠١ - بودرى وتيسييه فقرة ٤١ ص٤٣- بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٨١.

(٣) الأستاذ عبد المنعم البدراوى فى أثر مضى المدة فى الالتزام فقرة ٦٨.

(٢) ومن ذلك أيضاً ما قضت به المادة ١٧٧ من القانون ١٥٧ لسنة ٨١ بشأن الضرائب على الدخل «تؤول إلى الحكومة نهائياً جميع المبالغ والقيم التى يلحقها التقادم قانونا ويسقط حق أصحابها فى المطالبة بها وتكون مما يدخل ضمن الانواع المبينة بعد: (١) الأرباح والفوائد الناتجة عن الأسهم والسندات القابلة للتداول مما تكون أصدرته أى شركة أو هيئة أو جهة عامة أو خاصة. (٢) الأسهم وحصص التأسيس والسندات وكل القيم المنقولة الأخرى الخاصة بالشركات أو الهيئات أو الجهات المذكورة. (٣) ودائع الأوراق المالية وبصفة عامة كل ما يكون مطلوبا من تلك الأوراق لدى البنوك وغيرها من المنشآت التى تتلقى مثل هذه الأوراق على سبيل الوديعة أو لأى سبب آخر». وهذا الحكم مبنى على اعتبارات ترجع إلى مصلحة خزانة الدولة. فقد رأى المشرع أن فى استطاعة الشركات والمصارف التمسك بالتقادم فى هذه المبالغ فتؤول إليها، فكان بين أن يتركها تؤول إلى الشركات والمصارف من غير ظهور وجه المصلحة فى ذلك، وبين أن يجعلها غير قابلة للتقادم وفى هذا خروج على القواعد العامة لا مبرر له. فرأى الخير فى أن تؤول لخزانة الدولة، تصرفها فيما يعود بالنفع على المصلحة العامة[١]. وليس فى هذا الحكم خروج على القاعدة العامة التى تقضى بوجوب التمسك بالتقادم حتى ينتج أثره. فلو أن التقادم هنا قد أنتج أثره دون التمسك به، لآلت المبالغ إلى الشركات والمصارف بمجرد اكتمال مدة التقادم. ولكن المشرع لم يقبل هذه النتيجة، بل هو قد عمد إلى نقل ملكية هذه المبالغ بمجرد تقادمها إلى الخزانة العامة، وهذا بحكم نص تشريعى، لاعتبارات ترجع إلى المصلحة العامة كما قدمنا.

(٣) ومن ذلك أخيراً ما لا يزال محل نقاش فى الفقه الفرنسى من أنه إذا تقادمت الديون التى فى ذمة القصر والمحجورين والغائبين، ولم يتمسك ممثلوهم القانونيون بالتقادم، جاز للنيابة العامة – وهى طرف منضم فى الخصومة – أن تتمسك هى بالتقادم[٢]. فان طائفة كبيرة من الفقهاء فى فرنسا لا يجيزون للنيابة العامة، وهى مجرد طرف منضم، أن تتمسك بالتقادم[٣]. أما فى مصر فان تقنين المرافعات الجديد (م٨٩) أجاز للنيابة العامة أن تتدخل، كخصم منضم، أمام محاكم الاستئناف والمحاكم الابتدائية فى القضايا الخاصة بالقصر وعديمى الأهلية والغائبين. والنيابة تمنح، بناء على طلبها، ميعاد سبعة أيام على الأقل، لتقديم مذكرة باقوالها (م٩٣ مرافعات). والظاهر أن النيابة لا تتدخل كخصم منضم إلا لإبداء رأيها، فهى ليست بخصم أصيل تبدى طلبات مستقلة أو تضيف إلى الطلبات

---

(١) وسنرى فيما يلى أن هذا التشريع منتقد (انظر فقرة ٦٧١ فيما يلى).

(٢) انظر فى هذا المعنى ديرانتون ٢١ فقرة ١٣٥– كوليه دى سانتير ٨ فقرة ٣٣٠ مكررة – بلانيول وريبير وبولانجيه٢ فقرة ٢٠٩٨.

(٣) من هؤلاء الفقهاء هيك ١٤ فقرة ٣٣٠ – وجيللوار ١ فقرة ٣٠٢– وبودرى وتيسييه فقرة ٤٦– وقارن بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٨١.

الأصلية. ومهما يكن من أمر، فان التقادم، حتى فى هذه الحالة، لابد من التمسك به، إما من الممثلين القانونيين للقصر والمحجورين، وإما من النيابة العامة إذ كان هذا الأمر يدخل فى اختصاصها. فإذا لم يتمسك أحد من هؤلاء بالتقادم، لم يكن للقاضى أن يحكم به من تلقاء نفسه، وليس فى هذا إلا تطبيق للقواعد العامة التى أسلفنا ذكرها[١].

٦٤٦ – التمسك بتقادم الدعوى المدنية إذا ارتبطت بالدعوى الجنائية: وقد ترتبط دعوى التعويض المدنية عن عمل غير مشروع بالدعوى الجنائية عن نفس العمل إذا كان جريمة فى قانون العقوبات. فإذا فرضنا أن الدعوى المدنية نظرت أمام المحكمة الجنائية مع الدعوى الجنائية، وكانت مدة التقادم قد مضت على الدعويين[٢]، فمن المسلم أن للقاضى الجنائى أن يحكم من تلقاء نفسه بتقادم الدعوى الجنائية، دون حاجة إلى أن يتمسك المتهم بالتقادم(1). ويذهب الفقه فى فرنسا إلى أن القاضى الجنائى فى هذه الحالة يحكم أيضاً من تلقاء نفسه بتقادم الدعوى المدنية، دون حاجة إلى أن يتمسك المدين بالتقادم، وذلك أسوة مما يفعله فى الدعوى الجنائية[٣]. فإذا سلمنا فى مصر بهذا الرأى[٤]، كان هذا الحكم استثناء حقيقياً من القاعدة التى تقضى بوجوب التمسك بالتقادم. ذلك أن القاضى هنا حكم بتقادم الدعوى المدنية، كما حكم بتقادم الدعوى الجنائية، دون حاجة إلى أن يتمسك المدين أو المتهم بالتقادم[٥].

---

(١) انظر فى هذه المسألة الأستاذ عبد المنعم البدراوى فى أثر مضى المدة فى الالتزام فقرة ٦٥ – فقرة ٦٦.

(1) التقادم فى المسائل الجنائية من النظام العام ذلك أنه يقوم على افتراض نسيان الجرم وانه ليس من المصلحة اثارة ذكريات جريمة طواها النسيان، فإذا انقضت مدته دون تنفيذ العقوبة المحكوم بها سقطت ولا يجوز قانونا بعد ذلك تنفيذها، ويتعين على المحكمة أن تقضى بذلك من تلقاء نفسها ولو لم يطلبه المحكوم عليه ولا يغير من ذلك أن يكون قد تنازل عن التمسك بالتقادم أو قبل تنفيذ عقوبة التزامه بعد سقوطها ما دام السقوط فى هذه الحالة يعتبر من النظام العام، وهو فى هذا الخصوص يختلف عن التقادم فى المسائل المدنية، الذى لابد من التمسك به من المدين حتى ينتج أثره.
(جلسة ١٩٥٥/٣/٢٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٦ ص٨٦١)

(٢) وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ١٧٢ مدنى تنص على ما يأتى: «على أنه إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة، وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط إلا بعد انقضاء المواعيد المذكورة فى الفقرة السابقة، فإن دعوى التعويض لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية».

(٣) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٨٣ ص٨٠٠– ص٨٠١.

(٤) انظر الأستاذ عبد المنعم البدراوى فى أثر مضى المدة فى الالتزام فقرة ٧٤ ص٩٢.

(٥) أما إذا رفعت الدعوى المدنية إلى المحاكم المدنية، فانفصلت بذلك عن الدعوى الجنائية، فمن الفقهاء فى فرنسا من يقول بوجوب الرجوع إلى القاعدة الأصلية، فلا يجوز للقاضى أن يحكم من تلقاء نفسه بتقادم الدعوى المدنية، بل لابد من أن يتمسك المدين بالتقادم (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٧٥ وهامش رقم ١١– بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٨٣). ومنهم من يذهب إلى عكس ذلك، فيجيز للقاضى أن يحكم بتقادم الدعوى المدنية من تلقاء نفسه، دون حاجة إلى أن يتمسك المدين بالتقادم (جيللوار ١ فقرة ٣٠٥ وفقرة ٣١٣ – بودرى وتيسييه٣ فقرة ٦٣٢). ونميل إلى الأخذ =

٦٤٧- لا يغنى التمسك بنوع من التقادم عن التمسك بنوع آخر: وفيما عدا هذا الاستثناء الذى أسلفنا ذكره، يجب القول إنه لابد دائماً من التمسك بالتقادم، فلا يجوز للقاضى أن يحكم به من تلقاء نفسه. بل إن المدين عندما يتمسك بنوع من التقادم، كما إذا تمسك بالتقادم الحولى وتبين أن التقادم المنطبق على الدين هو التقادم الخمسى، لا يغنيه تمسكه بالتقادم الخاطئ عن التمسك بالتقادم الصحيح. فلابد إذن من أن يتمسك بعد ذلك بالتقادم الصحيح، فان كان أمام محكمة الاستئناف وأقفل باب المرافعة، فأنه يكون قد فوت على نفسه فرصة التمسك بالتقادم(١).

٢- يتمسك بالتقادم المدين وكل ذى مصلحة

٦٤٨- تمسك المدين بالتقادم: الأصل أن المدين هو الذى يتمسك بالتقادم، فهو الذى يريد أن يبرئ ذمته من الدين عند مطالبة الدائن به. ثم إن المدين هو الذى يعلم إن كانت ذمته قد برئت من الدين، فيقدم وهو مطمئن الضمير على الدفع بالتقادم دون حاجة إلى تحمل العبء فى إثبات براءة الذمة(1)، أو أن الدين باق فى ذمته فقد لا يطاوعه

=بالرأى الأول، فهو الذى يتفق مع النص الصريح من وجوب التمسك ولا شبهة فى وجوب إعمال هذا النص أمام القضاء المدنى. أما ما يخشاه المشرع من محظور، عند قيام الدعويين الجنائية والمدنية عن عمل واحد، من أن تسقط الدعوى المدنية مع قيام الدعوى الجنائية (انظر الفقرة الثانية من المادة ١٧٢ مدنى)، فإن هذا الاحتمال لا يمكن أن يتحقق. ذلك أن المدين فى الدعوى المدنية إما أن يتمسك بالتقادم أمام القضاء المدنى، فيحكم القاضى بسقوط الدعوى المدنية فتسقط هى والدعوى الجنائية معاً، لأن القضاء الجنائى يحكم بسقوط الدعوى الجنائية من تلقاء نفسه. وإما أن المدين لا يتمسك أمام القضاء المدنى بالتقادم، فتبقى الدعوى المدنية مع سقوط الدعوى الجنائية، وهذا غير محظور، والمحظور هو بقاء الدعوى الجنائية مع سقوط الدعوى المدنية.

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٨٢: ولا يسلمون حتى بأن التمسك بتقادم الدين يعد تمسكاً بتقادم الفوائد. وقارن بودرى وتيسييه فقرة ٤٣ ص٤٤- ص٤٥: ويذهبان إلى أن المدين إذا تمسك بتقادم قصير كالتقادم الحولى، فنفى بذلك ملزوميته بدفع دين مضى على استحقاقه سنة واحدة، فهو لاشك ينفى - ومن باب أولى - ملزوميته بدفع الدين إذا كان قد مضى على استحقاقه مدة أطول. فالتمسك بتقادم قصير يتضمن التمسك بتقادم أطول. ويذهب الأستاذ عبد المنعم البدراوى، بنفس هذا المنطق، إلى أن التمسك بالتقادم العادى لا يتضمن التمسك بالتقادم القصير، ولكن التمسك بالتقادم القصير يتضمن التمسك بالتقادم العادى (أثر مضى المدة فى الالتزام فقرة ٧٣).

(1) إذا كان الدفع بالتقادم لا يتعلق بالنظام العام وينبغى التمسك به أمام محكمة الموضوع، وكان التمسك بنوع من التقادم لا يغنى عن التمسك بنوع آخر من انواع التقادم لان لكل تقادم شروطه واحكامه وكان الثابت من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق أن الطاعن لم يتمسك أمام محكمة الموضوع بسقوط حق المطعون عليهم فى المطالبة بالفوائد بالتقادم الخمسى وكان تمسكه بسقوط =

ضميره أن يدفع بالتقادم[1].

وغنى عن البيان أن خلف المدين، عاماً أو خاصاً، يستطيع كالمدين أن يتمسك بالتقادم. فوارث المدين، إذا طولبت تركة المدين بالدين، له أن يدفع بالتقادم. ويطمئن ضميره إلى هذا الدفع إن كان يعلم أن المورث قد برئت ذمته من الدين دون أن يوجد فى أوراقه ما يدل على براءة الذمة، أو فى القليل إن كان لا يعلم أن ذمة المورث لا تزال مشغولة بالدين إذ من حقه أن يقدر أن المورث لابد أن يكون قد وفى الدين فى خلال مدة التقادم. وكذلك الحال عليه بالدين له أن يدفع بالتقادم كما كان المحيل يستطيع أن يفعل، وقد تقدم بيان ذلك. والمدة التى انقضت على استحقاق الدين وهو فى ذمة السلف تضم إلى المدة التى تنقضى بعد انتقال الدين إلى ذمة الخلف.

٦٤٩- التمسك بالتقادم من كل ذى مصلحة: وإلى جانب المدين وخلفه، يجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بالتقادم، كما تنص على ذلك صراحة الفقرة الأولى من المادة ٣٨٧ مدنى المتقدمة الذكر.

ومن ذوى المصلحة الذين يحق لهم التمسك بالتقادم:

(١) الكفيل: فإذا كان دين الأصيل قد انقضت عليه مدة التقادم ولم تنقض المدة على دين الكفيل، بأن يكون الدائن مثلا قطع التقادم بالنسبة إلى الكفيل دون أن يقطعه بالنسبة إلى الأصيل، فللكفيل فى هذه الحالة أن يتمسك بأن دين الأصيل قد سقط بالتقادم، فتكون ذمة الأصيل قد برئت من الدين فتبرأ تبعاً لذلك ذمة الكفيل[2]. وظاهر أن للكفيل هنا مصلحة فى التمسك بالتقادم ولو لم يتمسك به الأصيل، ومن حقه أن يقدر أن ذمة المدين قد برئت من الدين بعد انقضاء مدة التقادم، وليس عليه من حرج فى

=حقهم فى أصل الدين بالتقادم وسقوط الفوائد تبعا لذلك لا يتضمن التمسك بالتقادم الخمسى الذى نصت عليه المادة ٣٧٥ من القانون المدنى، فأنه لا يعيب الحكم المطعون فيه أنه لم يطبق أحكام التقادم الخمسى ويكون النعى عليه بالخطأ فى الاسناد غير سديد.

(جلسة ١٩٧٩/٤/١٢ الطعن ٣٤٥ لسنة ٤٦ق)

(جلسة ١٩٧٨/٣/١٨ الطعن ٧٥٨ لسنة ٤٣ق)

(جلسة ١٩٧١/٥/٤ مجموعة احكام النقض السنة ٢٢ ص٥٩٤)

(١) ويتمسك المدين بالتقادم لا فى مواجهة الدائن فحسب، بل أيضاً فى مواجهة أى شخص آخر تكون للمدين مصلحة فى مواجهته بالتقادم. فيجوز له أن يتمسك بالتقادم فى مواجهة شخص وفى عنه الدين دون علمه قبل اكتمال المدة بوقت قصير، ويريد الرجوع عليه بعد اكتمالها (بودرى وتيسييه فقرة ١٠٥).

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٣٩ فى الهامش.

ذلك. فان كان المدين يعلم أن ذمته لم تبرأ من الدين، فما عليه إلا أن يوفيه، فتبرأ ذمته وذمة الكفيل جميعاً.

(٢) المدين المتضامن: وله أن يدفع بتقادم الدين بالنسبة إلى مدين متضامن آخر بقدر حصة هذا المدين[1]. فإذا فرض أن الدين ثلثمائة فى ذمة مدينين متضامنين ثلاثة، وقطع الدائن التقادم بالنسبة إلى اثنين منهم دون الثالث، فسقط الدين بالتقادم بالنسبة إلى هذا الثالث دون أن يسقط بالنسبة إلى الاثنين الآخرين، ورفع الدائن الدعوى على أحد هذين يطالبه بكل الدين، كان لهذا المدين أن يدفع بتقادم دين الثالث بقدر حصته وهى مائة، ولا يدفع للدائن إلا مائتين (م٢٩٢ مدنى). وظاهر أن له مصلحة فى أن يدفع بتقادم دين المدين الثالث، إذ أن ذلك يبرئ ذمته نحو الدائن بقدر حصة هذا المدين. فان كان هذا المدين يعلم أن الدين لا يزال فى ذمته، ويأبى ضميره أن يستسيغ الدفع بالتقادم من جانب المدين الذى رفعت عليه الدعوى، فما عليه إلا أن يوفى الدائن المائة الباقية له من الدين.

(٣) الحائز للعقار المرهون: وله أن يدفع بتقادم الدين المضمون بالرهن. فلو فرض أن المدين رهن عقاراً ضماناً للوفاء بدينه، ثم باع هذا العقار، ومضت على الدين مدة التقادم، ومع ذلك رجع الدائن على حائز العقار يطالبه بالدين، فللحائز أن يدفع الدين بالتقادم. وله مصلحة فى ذلك، إذ أن هذا يخلصه من مطالبة الدائن. فان كان المدين يعلم أن المدين لا يزال فى ذمته، وتحرج من أن الحائز دفعه بالتقادم، فما عليه إلا أن يوفيه للدائن، فهو المدين الأصلى الذى يجب عليه الوفاء[1].

٦٥٠- التمسك بالتقادم من دائنى المدين: وقد يقع أن يكون للمدين دائنان، ويتقادم دين أحدهما، فيكون للدائن الآخر الحق فى التمسك بهذا التقادم، ولو لم يتمسك به المدين. وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٣٨٧ مدنى، كما رأينا، على هذا الحكم صراحة إذ قالت: «... بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طلب دائنيه...». والدائن الذى يتمسك بالتقادم إنما يتمسك به هنا نيابة عن المدين بطريق الدعوى غير المباشرة وفقاً للمادة ٢٣٥ مدنى. ومصلحته فى ذلك ظاهرة، فانه يستبعد عن طريق الدفع بالتقادم ديناً قد يكون متقدماً على دينه بسبب رهن أو امتياز أو غير ذلك، أو

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٣٤٢- الأستاذ عبد المنعم البدراوى فى أثر مضى المدة فى الالتزام فقرة ٩٩.

(1) أنه وإن جاز للمدين المتضامن طبقا للمادة ٢٩٢ من القانون المدنى أن يدفع بتقادم الدين بالنسبة إلى مدين متضامن آخر بقدر حصة هذا الدين إلا أنه إذا أبدى أحد المدينين المتضامنين هذا الدفع فإن اثره لا يتعداه إلى غيره من المدينين المتضامنين الذين لم يتمسكوا به.
(جلسة ١٩٨١/١٢/٢٨ الطعن ٩٧٧ لسنة ٥٠ق السنة ٣٢ ص٢٤٥٢)

فى القليل يستبعد ديناً يزاحم دينه. ويجب فى هذه الحالة أن يكون تقدم الدين المتقادم أو مزاحمته من شأنه أن يضر بالدائن الذى يتمسك بالتقادم. فإذا كان مال المدين ألفاً، وكان الدين المتقادم ثلثمائة، ودين الدائن الذى يتمسك بالتقادم تسعمائة، فلو قدرنا أن الدين المتقادم يتقدم على الدين الآخر، وكانت مصلحة الدائن الآخر فى التمسك بالتقادم هى أن يستبعد هذا الدين، فهو إذا لم يستبعد لم يخلص للدائن الآخر من الدين الذى له إلا سبعمائة. ولو قدرنا أن الدين المتقادم لا يتقدم على الدين الآخر بل يزاحمه، لبقيت للدائن الآخر مع ذلك مصلحة فى دفعه بالتقادم، إذ لو زوحم لما نال من الدين الذى له إلا سبعمائة وخمسين. أما إذا كان مال المدين يسع الدينين جميعاً، بأن كان ألفاً ومائتين أو أكثر، لم يكن للدائن الآخر مصلحة فى الدفع بالتقادم، وترك الأمر للمدين يدفع بالتقادم أو لا يدفع بحسب ما يمليه عليه ضميره.

ولا يعترض على تمسك الدائن الآخر بالتقادم، نيابة عن المدين، بأن هذا التمسك حق متصل بشخص المدين، فلا يجوز للدائن استعماله. ذلك أن من حق الدائن أن يقدر أن الدين قد انقضى بالتقادم فلا يتحمل مزاحمة هذا الدين. ومهما يكن من أمر، فالنص صريح فى جواز أن يستعمل الدائن حق مدينه فى التمسك بالتقادم(١)(1).

هذا وسنرى أنه كما ثبت للدائن أن يستعمل حق مدينه فى التمسك بالتقادم وفقاً للفقرة الأولى من المادة ٣٨٧ مدنى، كذلك يثبت له ، إذا لم يقتصر المدين على الامتناع عن التمسك بالتقادم بل خطا خطوة إيجابية ونزل عن التقادم، أن يطعن فى هذا النزول بالدعوى البوليصية وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٣٨٨ مدنى. فللدائن إذن أن يستعمل حق مدينه فى التمسك بالتقادم وفقاً لأحكام الدعوى غير المباشرة إذا سكت عن التمسك بالتقادم. وله كذلك، إذا نزل المدين عن التقادم، أن يطعن فى هذا النزول بالدعوى البوليصية، حتى إذا نجح فى طعنه عمد بعد ذلك إلى التمسك بالتقادم نيابة عن المدين. فهو إذا طعن بالدعوى البوليصية، لم يكن له بد، بعد أن ينجح فى طعنه، من الانتقال إلى الدعوى غير المباشرة.

---

(١) وقد يعترض أيضاً بأن التمسك بالتقادم رخصة وليست حقاً، والرخص لا يستعملها الدائن باسم المدين. ولكن النص هنا صريح جواز أن يستعمل الدائن رخصة مدينه فى التمسك بالتقادم (انظر ما قدمناه فى هذه المسألة فى الدعوى غير المباشرة: الوسيط جزء ٢ فقرة ٥٤٢).

(1) مفاد المادة ٣٨٧ من القانون المدنى أن للدائنين استعمال حق مدينهم فى التمسك بالتقادم ليصلوا بذلك إلى إبعاد الدائن الذى تقادم حقه عن مشاركتهم فى قسمة أموال المدين ويشترط لاستعمال الدائن حقوق مدينه وفقا للمادة ٢٣٥ مدنى أن يكون دينه فى ذمة المدين محقق الوجود على الأقل، فان كان ذلك الدين محل نزاع فانه لا يعد محقق الوجود إلا إذا فصل القضاء بثبوته.

(الطعن رقم ٥ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٤/١٢/٣١ س١٥ ص١٢٤٨)

٣- يجوز التمسك بالتقادم فى أية حالة كانت عليها الدعوى

٦٥١- التمسك بالتقادم أمام المحكمة الابتدائية: ولما كان التمسك بالتقادم دفعاً موضوعياً، فان للمدين أو لذى المصلحة أن يتمسك به قبل أية حالة كانت عليها الدعوى(١)(1). فله أن يتمسك به منذ البداية، وقبل الدخول فى أى دفع شكلى أو موضوعى. وله أن يؤخره إلى أن يستنفد جميع دفوعه الأخرى الشكلية والموضوعية، فإذا لم ينجح فيها عمد بعد ذلك إلى الدفع بالتقادم(٢).

وكل ما ينبغى أن يحتاط له أمران: (١) ألا ينطوى تأخيره للدفع بالتقادم على معنى النزول عنه ضمناً، فأنه إذا نزل عنه لم يستطع بعد ذلك أن يعود إليه. ومن ثم كان من المناسب، وهو يبدى أوجه دفاعه الأخرى، أن يذكر أن عنده دفعاً بالتقادم يؤخره إلى ما بعد أن ينتهى من أوجه الدفاع التى بيديها(٣). (٢) ألا يؤخر الدفع بالتقادم إلى ما بعد إقفال باب المرافعة، فأنه إذا أقفل هذا الباب فليس له بعد ذلك أن يبدى أى طلب(٤).

---

(١) استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م٣٦ ص١٠٩.

(٢) استئناف مختلط ٢٩ يناير سنة ١٩٢٤ م٣٦ ص١٧٩- ولكن يلاحظ أن التقادم المبنى على قرينة الوفاء لا يجوز التمسك به بعد التمسك بدفع يتضمن معنى عدم الوفاء بالدين، كدفع بالمقاصة أو بالتجديد أو بالإبراء أو نحو ذلك، فإن هذا التعارض الواضح يمنع من قبول الدفع بالتقادم (الأستاذ عبد المنعم البدراوى فى أثر مضى المدة فى الالتزام فقرة ٧٧).

(٣) وقد كان المشروع التمهيدى، ومن بعده المشروع النهائى، يتضمن نصاً فى هذا المعنى، وكان يجرى على النحو الآتى: «إلا إذا تبين من الظروف أن الشخص الذى يتمسك بالتقادم أراد بعدم تمسكه من قبل أن يتنازل عنه». وقد حذفت هذه العبارة فى لجنة مجلس الشيوخ «لأن حكمها يستفاد من القواعد العامة، وترك الأمر للقواعد العامة فى التنازل عن الحقوق وكيفية قيام الدليل عليه» (انظر مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٣٤٣، وانظر تاريخ نص المادة ٣٨٧ مدنى آنفاً فقرة ٦٤٢ فى الهامش).

(٤) بودرى وتيسييه فقرة ٤٨- فقرة ٤٩- المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٣٤٢- كذلك لا يجوز التمسك بالتقادم بعد أن صدر حكم موضوعى يلزم المدين بالدين، ولم يبق أمام المحكمة إلا الفصل فى مقدار هذا الدين (بودرى وتيسييه فقرة ٤٩).

(1) أ- من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الدفع بالتقادم لا يتعلق بالنظام العام وإذا ما أريد التمسك بنوع من أنواع التقادم فينبغى التمسك به أمام محكمة الموضوع فى عبارة واضحة لا تحتمل الإبهام ولا يغنى عن ذلك التمسك بنوع آخر من أنواع التقادم لأن لكل تقادم شروطه وأحكامه. وإذ كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعنة دفعت بسقوط حق المطعون ضده فى المطالبة بالتعويض إعمالا لحكم المادة ١٨٠ من القانون المدنى على أساس تكييف الدعوى بأنها دعوى تعويض عن الإثراء بلا سبب فإذا كانت المحكمة وهى بسبيل إعطاء الدعوى وصفها الحق وتكييفها القانونى الصحيح بما لها من سلطة فهم الواقع فيها قد قطعت بعدم صحة هذا التكييف بقولها «أن=

٦٥٢- التمسك بالتقادم أمام محكمة الاستئناف: فان فاته الدفع بالتقادم أمام محكمة أول درجة على الوجه السابق بيانه، سواء لأنه كان يجهله أو كان يعلمه ولكنه لم يتمكن من إبدائه قبل إقفال باب المرافعة لسهو أو لتعذر الحصول على الأدلة المثبتة لوقوع التقادم أو لغير ذلك من الأسباب، فانه يستطيع - ما لم ينطو تركه للدفع أمام المحكمة الابتدائية على معنى النزول عنه - أن يدفع بالتقادم لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية[1]، وفى أية حالة كانت عليها الدعوى، مع مراعاة ما قدمنا من وجوب الحيطة، فلا ينطوى تأخيره للدفع بالتقادم على معنى النزول عنه ضمناً، ولا يؤخر الدفع إلى ما بعد إقفال باب المرافعة أمام محكمة الاستئناف[1].

=الدعوى لم تقم على نظرية الإثراء بلا سبب وإنما قامت نتيجة حرمان المستأنف عليه «المطعون ضده» من ريع أطيان مملوكة له بسبب تصرف خاطئ للهيئة العامة للإصلاح الزراعى» وقضت برفض الدفع بالتقادم الوارد فى المادة ١٨٠ من القانون المدنى فلا عليها بعد هذا أنها لم تبحث مدى إنطباق تقادم آخر منصوص عليه فى مادة أخرى لم تتمسك به الطاعنة أمامها لأن لكل تقادم شروطه وأحكامه.

(الطعن ١١٤٨ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨١/٦/٢٤ س٣٢ ص١٩٣١)

ب- حسب المحكمة أن يدفع أمامها بالتقادم حتى يتعين عليها - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - أن تبحث شرائطه القانونية ومنها المدة بما يعترضها من انقطاع إذ أن حصول الانقطاع يحول دون اكتمال مدة التقادم مما يقتضى التثبت من عدم قيام أحد أسباب الانقطاع ومن ثم يكون للمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تقرر بانقطاع التقادم إذا طالعتها أوراق الدعوى لقيام سببه.

(الطعن ٣١ لسنة ٤١ق جلسة ١٩٧٥/٦/١٧ س٢٦ ص١٢٢١)

جـ- الحكم بقبول الدفع بالتقادم هو قضاء فى أصل الدعوى به الالتزام، ولازم ذلك هو القضاء برفض الدعوى. ومن ثم فلا تناقض بين ما انتهى إليه الحكم فى أسبابه من قبول الدفع بالتقادم. وبين قضائه فى منطوقه بتأييد الحكم المستأنف القاضى برفض الدعوى.

(الطعن رقم ٢٩٨ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/٣/٢ س٢٢ ص٢٣٩)

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٣٤٢- بودرى وتيسييه فقرة ٥٠- فقرة ٥٢- استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩١٤ م٢٦ ص١٥٤- ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢١ م٣٤ ص٥٦- ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م٣٦ ص٦٢- ٢٩ يناير سنة ١٩٢٤ م٣٦ ص١٧٨- ٦ مارس سنة ١٩٢٤ م٣٦ ص٢٥٣ - أول فبراير سنة ١٩٢٨ م٤٠ ص١٧٠- ١٨ فبراير سنة ١٩٣٦ م٤٨ ص١٤١- ١٣ يناير سنة ١٩٤٨ م٦٠ ص٤٤.

(1) أ- الدفع بالتقادم هو دفع موضوعى يجوز إبداؤه فى أية حالة كانت عليها الدعوى ولأول مرة فى الاستئناف والنزول عنه لا يفترض ولا يؤخذ بالظن.

(الطعن ٢٣١ لسنة ٣٢ق جلسة ٦٦/٥/١٨ س١٧ ص١١٧٠)

(جلسة ١٩٦٧/١١/٢٢ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ ص١٧٤)

(الطعن ١٢٣ لسنة ٣٨ق جلسة ٧٤/٢/٢٦ س٢٥ ص٤٢٨) =

٦٥٣- التمسك بالتقادم أمام محكمة النقض: فإذا لم يدفع المدين بالتقادم لا أمام المحكمة الابتدائية ولا أمام محكمة الاستئناف، فليس له أن يدفع به لأول مرة أمام محكمة النقض، فان محكمة النقض لا تستطيع أن تنظر أوجهاً جديدة لم يسبق الدفع بها أمام محكمة الموضوع[1]. وليس الدفع بالتقادم، كما قدمنا، معتبراً من النظام العام، حتى يجوز لمحكمة النقض أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها. فهو كالدفع بالمقاصة وكالدفع بحجية الأمر المقضى، لا يجوز أن يثار لأول مرة أمام محكمة النقض[1].

٦٥٤- التمسك بالتقادم أمام محكمة الاحالة: لكن إذا استطاع المدين أن يحصل على حكم من محكمة النقض بنقض الحكم المطعون فيه لسبب غير التقادم، كخلل فى الإجراءات أو خطأ فى القانون فى مسألة أخرى، وأحالت محكمة النقض الدعوى على دائرة أخرى من دوائر محكمة الاستئناف، فانه يجوز للمدين أمام محكمة الاحالة - وهى محكمة موضوع - أن يدفع بالتقادم لأول مرة، وفى أية حالة كانت عليها الدعوى.

= ب- الدفع بالتقادم دفع موضوعى، والحكم بقبوله قضاء فى أصل الدعوى تستنفذ به المحكمة ولايتها على النزاع وينبنى على استئنافه أن ينقل النزاع برمته - دفعا وموضوعا - إلى محكمة الاستئناف لكى تنظر فيه على أساس ما يقدم لها من أدلة ودفوع وأوجه دفاع جديدة وما كان قد قدم من ذلك إلى محكمة الدرجة الأولى. فإذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى فى الدفع والموضوع فإنه لا يكون قد أخل بحق الطاعنين فى الدفاع أو شابه عيب يبطله ذلك أنه ليس على محكمة الموضوع أن تلفت الخصوم إلى واجبهم فى الدفاع ومقتضياته.

(الطعن رقم ٥٩ سنة ٢٨ق جلسة ٦٣/٣/٢٠ س١٤ ص٣٢٠)

جـ- متى كان الدفع بسقوط الحق فى رفع الدعوى بالتقادم لم يكن مطروحا أمام محكمة أول درجة لابدائه فى مذكرة استبعدتها المحكمة لتقديمها دون تصريح فى فترة حجز الدعوى للحكم، وكان الطاعنان لم يتمسكا بهذا الدفع أمام المحكمة الاستئنافية، فلا على الحكم المطعون فيه ان هو أغفل الفصل فى هذا الدفع الذى لم يكن مطروحا عليه.

(الطعن ٤١٨ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٦/١١/٨ س٢٧ ص١٥٣٥)

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٣٤٢- بودرى وتيسييه فقرة ٥٢- الأستاذ عبد المنعم البدراوى فى أثر مضى المدة فى الالتزام فقرة ٨٢- نقض مدنى ١٥ يونيه ١٩٤٤ مجموعة عمر٤ رقم ١٥٢ ص٤٢٢.

(1) الدفع بسقوط الحق فى المطالبة بالفوائد لمضى أكثر من خمس سنين هو من الدفوع المتعلقة بموضوع الدعوى فلا تجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض.

(الطعن ٢٠٨ لسنة ٢٤ق جلسة ١٩٥٨/١٢/٤ س٦ ص٧١٢)

(الطعن ٢٢ لسنة ٣٦ق جلسة ١٩٧٠/٤/٩ س٢١ ص٥٨٧)

(الطعن ١٠٤٨ لسنة ٤٧ق جلسة ٨٢/١١/٢٨ س٣٣ ص١٠٥٩)

(جلسة ١٩٧٦/٣/٣١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ ص٨٣٨)

وعليه أن يحتاط كما قدمنا، فلا ينطوى تأخيره الدفع بالتقادم على معنى النزول عنه، ولا يؤخر الدفع إلى ما بعد إقفال باب المرافعة أمام محكمة الاحالة[1].

المطلب الثانى

النزول عن التقادم

٦٥٥- النصوص القانونية: تنص المادة ٣٨٨ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«١- لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه، كما لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم فى مدة تختلف عن المدة التى عينها القانون».

«٢- وإنما يجوز لكل شخص يملك التصرف فى حقوقه أن ينزل ولو ضمناً عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه، على أن هذا النزول لا ينفذ فى حق الدائنين إذا صدر إضراراً بهم»[2].

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادتين ٨٠/ ١٠٨ و ٢٠٦/ ٢٧٠[3].

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٨٥- وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٧٥ - وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٤٤٣- وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣٤٦[4].

---

(١) بودرى وتيسييه فقرة ٥٢- الأستاذ عبد المنعم البدراوى فى أثر مضى المدة فى الالتزام فقرة ٨٢.

(٢) **تاريخ النص**: ورد هذا النص فى المادة ٥٢٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٤٠١ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٨٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٣٤٤ - ص٣٤٦).

(٣) **التقنين المدنى السابق** م١٠٨/٨٠: لا يجوز ترك الحق فى التملك بمضى المدة الطويلة قبل حصوله، وإنما يجوز ذلك بعد حصوله لكل شخص متصف بأهلية التصرف فى حقوقه.

(وهذا النص الوارد فى التقادم المكسب كان ينطبق أيضاً فى التقادم المسقط).

م٢٧٠/٢٠٦: إذا كان لمدين واحد عدة دائنين، وانقضت المدة المقررة لتخلصه من دين أحدهم، فلباقى الدائنين أن يتمسكوا بمضى تلك المدة ولو لم يتمسك بها المدين المذكور تدليساً منه وإضراراً بحقوقهم (وهذا النص الوارد فى الدعوى غير المباشرة كان يطبق أيضاً فى الدعوى البوليصية).

(وأحكام التقنين المدنى السابق تتفق مع أحكام التقنين المدنى الجديد).

(٤) **التقنينات المدنية العربية الأخرى**:

التقنين المدنى السورى ٣٨٥ (مطابقة للمادة ٣٨٨ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى الليبى م٣٧٥ (مطابقة للمادة ٣٨٨ من التقنين المدنى المصرى). =

ويخلص من النص المتقدم الذكر قاعدتان أساسيتان: (القاعدة الأولى) عدم جواز النزول عن التقادم مقدماً قبل ثبوت الحق فيه، ويلحق بهذه القاعدة عدم جواز الاتفاق على مدة للتقادم تختلف عن المدة التى عينها القانون. (القاعدة الثانية) جواز النزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه؛ ويلحق بهذه القاعدة جواز النزول عن المدة التى انقضت أثناء سريان التقادم ولو لم تكتمل مدة التقادم كلها.

١ - عدم جواز النزول عن التقادم مقدماً قبل ثبوت الحق فيه

٦٥٦- الأسباب التى تدعو إلى عدم جواز النزول مقدما عن التقادم: ينص القانون صراحة على عدم جواز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه. فلا يجوز إذن أن يتفق الدائن والمدين على عدم إمكان تقادم الدين بعد اكتمال مدة التقادم التى عينها القانون. وليس ذلك راجعاً إلى أن التقادم يعتبر من النظام العام، وإلا لما جاز أيضاً النزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه. وإنما يرجع ذلك إلى أنه لو أجيز للدائن أن يشترط على المدين عدم إمكان تقادم الدين، لاستطاع الدائنون أن يفرضوا هذا الشرط على المدينين(1)، الدائم هو

= **التقنين المدنى العراقى** م٤٤٣: ١- لا يجوز التنازل عن الدفع بعدم سماع الدعوى لمرور الزمان قبل ثبوت الحق فى هذا الدفع، كما لا يجوز الاتفاق على عدم جواز سماع الدعوى بعد مدة تختلف عن المدة التى حددها القانون. ٢- وإنما يجوز لكل شخص يملك التصرف فى حقوقه أن يتنازل، ولو دلالة، عن الدفع بعد ثبوت الحق فيه، على أن هذا التنازل لا ينفذ فى حق الدائنين إذا صدر إضراراً بهم.

(وأحكام التقنين العراقى تتفق مع أحكام التقنين المصرى: انظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٣٩٥، ويذهب إلى جواز الاتفاق على تقصير مدة التقادم على خلاف النص الصريح).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٣٤٦: لا يجوز للدائن (صحته المدين) أن يعدل مقدما حكم مرور الزمن ولا أن يطيل أو يقصر مدته، وإنما يجوز له أن يعدل عنه بعد الحصول عليه. ويكون عدوله صريحاً أو ضمنياً. وإذا كان لعدوله صفة الاحتيال، جاز لدائنيه أن يحصلوا على إبطال ذاك العدول بإقامة الدعوى البوليانية.

(وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى).

(1) مؤدى نص المادة ٣٨٨ من القانون المدنى - وعلى ما هو مقرر فى قضاء هذه المحكمة - أنه لا يجوز قانوناً النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه، ولا يثبت هذا الحق إلا بإكتمال مدة التقادم، والنزول عن التقادم هو عمل قانونى يتم بإرادة المتنازل وحدها بعد ثبوت الحق فيه ولا يخضع لأى شرط شكلى فكما يقع صراحة يجوز أن يكون ضمنياً يستخلص من دلالة واقعية نافية لمشيئة التمسك به. ومتى صدر هذا التنازل كان باتا لا يجوز الرجوع فيه ومن وقت صدوره يبدأ تقادم جديد تكون مدته مماثلة لمدة التقادم الأصلى. =

الذى يملى على المدين شروط الدين، ولأصبح هذا الشرط شرطاً مألوفاً فى التعامل (clause de style)، ولترتب على ذلك أن ينهدم نظام التقادم من أساسه[1].

أما إذا اكتملت مدة التقادم، وصار المدين هو سيد الموقف يستطيع أن يدفع بسقوط الدين لتقادمه، ثم أراد بالرغم من ذلك أن ينزل بطوعه من التمسك بالتقادم بعد ثبوت حقه فيه، فليس فى هذا النزول إهدار للحماية التى أرادها القانون للأوضاع المستقرة. بل إن ترك المدين لضميره يملى عليه واجبه هو خير ما يفعله القانون، للتوفيق بين استقرار الأوضاع ونزاهة التعامل.

٦٥٧- عدم جواز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه يسرى على جميع أنواع التقادم: وحظر النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه ينطبق على جميع أنواع التقادم، أياً كانت مدته. فالتقادم العادى بخمس عشرة سنة لا يجوز النزول عنه مقدماً للاعتبارات التى قدمناها. ولا يجوز كذلك النزول عن تقادم الحقوق الدورية المتجددة بخمس سنوات، فان الغرض من التقادم فى هذه الحالة هو عدم تراكم الديون على المدين كما قدمنا، وهذا سبب يكفى وحده لتبرير تحريم النزول مقدماً عن هذا التقادم. وهذا السبب نفسه هو الذى يبرر تحريم النزول مقدماً عن تقادم حقوق أصحاب المهن الحرة بخمس سنوات. أما تقادم حقوق التجار والصناع وأصحاب الفنادق والمطاعم والعمال والخدم والأجراء بسنة واحدة فيقوم على قرينة الوفاء، ومن ثم كان النزول عنه مقدماً مصادرة لقرينة معقولة قبل أن تتحقق. وتصدق الاعتبارات المتعلقة باستقرار التعامل فى تبرير تحريم النزول مقدماً عن تقادم الثلاث السنوات فى دعاوى الإبطال ودعاوى العمل غير المشروع ودعاوى الإثراء بلا سبب.

٦٥٨- عدم جواز الاتفاق على اطالة مدة التقادم أو على تقصيرها- احالة: وقد رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٣٨٨ مدنى تقول أيضاً إنه «لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم فى مدة تختلف عن المدة التى عينها القانون». فلا يجوز الاتفاق إذن على إطالة مدة

= (الطعن ٦٧١ لسنة ٤٨ق جلسة ٨١/٦/٢٤ س٣٢ ص١٩٣٥)
(الطعن ١٤ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٧٩/١/٩ س٣٠ ع١ ص١٣٧)
(جلسة ١٩٦٩/١/٣٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ ص٢١٠)

(١) هذا إلى أنه يصعب على المدين، وقت التعاقد على الدين، أن يرفض شرط الدائن من أن الدين لا يتقادم. فهو لا يستطيع أن يقول للدائن إنه يأبى إلا أن الدين يسقط بالتقادم، ولو لم يوف به. وإذا كان القانون قد أظل المدين بحمايته، فهو لم يفعل ذلك لمصلحة المدين، ولا للأضرار بالدائن، ولكن تثبيتا للأوضاع المستقرة. فلا يملك الطرفان أن يهدرا هذه الاعتبارات، ولو باتفاق يتم بينهما على ذلك.

التقادم ولا على تقصيرها[1].

وقد سبق أن بينا[1] أن مدد التقادم من النظام العام، ولا يجوز أن يترك تحديدها لمشيئة الأفراد[2]. ولو أنا أبحنا إطالة مدة التقادم، أياً كانت هذه المدة لجاز اتخاذ هذه الإباحة وسيلة إلى النزول عن التقادم قبل أن يتم. وما على الطرفين إلا أن يطيلا مدة التقادم إلى أجل أو إلى آجال بعيدة، في اتفاق واحد أو في اتفاقات متعاقبة، ويؤدى هذا عملا إلى نزول المدين مقدماً عن التقادم قبل ثبوت حقه فيه، وهذا ما لا يجوز. كذلك لا يجوز الاتفاق على تقصير مدة التقادم، لأن إقرار صحة هذا الاتفاق لا يؤمن معه الاعتساف، وبخاصة في عقود النقل وفي عقود التأمين. وقد قدمنا أن الاتفاق على تقصير مدة التقادم كان جائزاً في عهد التقنين المدني السابق، وفقاً لما جرى عليه القضاء الفرنسي. ونكتفي هنا بالإحالة إلى ما قدمناه هناك[3].

٦٥٩- كيف تطول مدة التقادم بطرق أخرى: على أن ما قررناه من عدم جواز الاتفاق على إطالة مدة التقادم لا يمنع من أن مدة التقادم قد تطول فعلا بطرق أخرى. فإذا وقف سريان التقادم، طالت مدته بمقدار المدة التي وقف فيها عن السريان. وإذا انقطعت مدة التقادم، طال التقادم بمقدار المدة التي انقطع في آخرها وهي المدة التي أصبحت لا يعتد بها، وبمقدار المدة التي يبقى فيها سبب الانقطاع نافذ الأثر.

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٦١٢.

(٢) ومع ذلك قد يجيز القانون في بعض الحالات الاستثنائية الاتفاق على إطالة مدة التقادم أو على تقصيرها. من ذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٤٥٢ مدني من أنه «تسقط بالتقادم دعوى الضمان إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع ولو لم يكشف المشترى العيب إلا بعد ذلك، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول». ومن ذلك ما راعاه المشرع من حماية المؤمن له والمستفيد في عقد التأمين، فأجاز في المادة ٧٥٣ مدني الاتفاق على ما يخالف النصوص السابقة على هذا النص إذا كان ذلك لمصلحة المؤمن له أو لمصلحة المستفيد. ومن هذه النصوص التي تجوز مخالفتها بالاتفاق نص المادة ١/٧٥٢ ويقضي بأن «تسقط بالتقادم الدعاوى الناشئة عن عقد التأمين بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حدوث الواقعة التي تولدت عنها هذه الدعاوى». ومن ثم يجوز الاتفاق على إطالة هذه المدة أو على تقصيرها، إن كان ذلك في مصلحة المؤمن له أو في مصلحة المستفيد. انظر الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٣٠٨.

(٣) انظر آنفاً فقرة ٦١٢.

(1) إذ تنص المادة ١/٣٨٨ من القانون المدني بأنه لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون فأنه لا يجوز أن يترك تحديد مدة التقادم لمشيئة الأفراد ويحظر كل تعديل اتفاقي في مدة التقادم المقررة بالقانون.

(جلسة ١٩٧٠/٢/٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ ص٢٢٧)

وقد قدمنا أنه يجوز للدائن والمدين أن يتفقا على تأخير مبدأ سريان التقادم عن طريق اعتبار سلسلة من الصفقات مرتبطة بعضها ببعض، فكأنها صفقة واحدة لا تتجزأ. وعند ذلك لا يسرى التقادم إلا بعد أن تتم حلقات هذه السلسلة، فيتأخر مبدأ سريان التقادم إلى أن تتم آخر حلقة من هذه الصفقات[1]. فإذا ما تأخر مبدأ سريان التقادم على النحو المتقدم الذكر، فقد طالت مدته بقدر ما تأخر مبدأ سريانه[2].

٢ - جواز النزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه

٦٦٠ - النزول الصريح والنزول الضمنى: قدمنا أنه إذا اكتملت مدة التقادم، وثبت حق المدين فى التمسك به، فان نزوله عنه بعد ثبوت حقه فيه جائز. فهو لا يخشى عندئذ من ضغط الدائن ما كان يخشاه قبل أن يبدأ التقادم أو قبل أن يكتمل، فان هو اختار مع ذلك أن ينزل عن التقادم وأن يوفى الدين، فهو لم يفعل ذلك بضغط من الدائن بل استجابة لداع من الضمير.

وقد يكون نزول المدين عن التقادم بعد ثبوت حقه فيه صريحاً. ولا يشترط فى النزول الصريح شكل معين أو عبارات خاصة، فكل تعبير عن الإرادة يفيد معنى النزول يعتد به. وقد يكون النزول الصريح مكتوباً، كأن يحرر المدين على نفسه سنداً بالدين بعد تقادمه ويكتب فى السند أنه نزل عن التمسك بالتقادم فيه. كما يكون النزول الصريح شفوياً باللفظ، ولكن يجب فى إثبات هذا النزول - وهو تصرف قانونى - اتباع القواعد العامة فى الإثبات، فيجب الإثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها إذا زادت قيمة الدين المتقادم على خمسمائة جنيه.

وقد يكون النزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه ضمنياً. وأكثر ما يكون ذلك فى دعوى الدين يرفعها الدائن على المدين، فيتعمد المدين إغفال الدفع بالتقادم، بحيث يفهم

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٦١٨.

(٢) ويجيز القضاء الفرنسى أن يتفق الطرفان على وقف سريان التقادم لمدة معينة لأسباب تستوجب ذلك، كما إذا اتفقا على وقف التقادم خلال مدة تحقيق جنائى أو تحقيق إدارى أو خلال المدة التى تدور فيها مفاوضات للصلح. ومن ثم تطول مدة التقادم بقدر ما وقف من سريانه. ويقول الأستاذان بودرى وتيسييه أنه ليس فى هذا الاتفاق ما ينشئ أسباباً جديدة لوقف التقادم، وإنما هو تطبيق لحرية التعاقد فيما لا يصطدم مع النظام العام. وليس فى النظام العام ما يمنع من الاتفاق على تأخير رفع الدعوى أو على وقف سريان التقادم لتحقيق مصلحة أو لقيام ضرورة، فقد أجاز القانون إضافة أجل للدين فمكن الطرفين بذلك من وقف التقادم إلى حلول هذا الأجل (بودرى وتيسييه فقرة ٦٣ - فقرة ٦٦).

من موقفه، أنه لا يريد الالتجاء إلى هذا الدفع[1]. ولكن ليس من الضرورى أن يستخلص من تأخير المدين الدفع بالتقادم أنه قد نزل عنه، فقد قدمنا أن للمدين أن يدفع بالتقادم فى أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف لأول مرة، ما لم يستخلص من ظروف تأخيره للدفع أنه قد نزل عنه. وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كان يستخلص من موقف المدين ما يستفاد منه حتما أنه قد نزل عن الدفع بالتقادم(1)، ولا يفترض ذلك عند الشك فان النزول عن الحق لا يفترض[2]. وقد يستخلص النزول الضمنى من طلب

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٣٤٥.

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن المنازعة فى وجود الدين لا تمنع من التمسك بالتقادم، فهو دفع يجوز التمسك به احتياطياً كما يجوز التمسك به أصلا، ولا يفهم من المنازعة فى وجود الدين أنها تتضمن نزولا عن التمسك بالتقادم (٢٥ ديسمبر سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٧ رقم ٣٥).

(1) آ- لئن كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة - أن النص فى المادة ٣٨٨ من القانون المدنى على أنه لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه... وإنما يجوز لكل شخص يملك التصرف فى حقوقهم أن ينزل ولو ضمنا عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه يدل على أن النزول عن التقادم بسائر أنواعه عمل قانونى من جانب واحد يتم بمجرد إرادة المتنازل وحدها بعد ثبوت الحق فيه، وأن النزول عن التقادم لا يخضع لأى شرط شكلى فكما يقع صراحة بأى تعبير عن الارادة يفيد معناه، فان يجوز أن يكون ضمنا يستخلص من واقع الدعوى ومن كافة الظروف والملابسات المحيطة التى تظهر منها هذه الارادة بوضوح لا غموض فيه إلا أن الارادة الضمنية لا تستخلص إلا بعد واقع لا يدل الا عليها ولا يحتمل إلا انصراف النية إلى التعبير عنها ضمنا أما إذا كان هذا الواقع يدل على أكثر من احتمال فلا يمكنه استخلاص الارادة الضمنية منه لأنه ترجيح لأحد الاحتمالات على الآخر بغير مرجح، ولما كان رفع الدعوى بطلب الملكية بسبب الميراث باعتباره الأيسر سبيلا فى كيفية اثباتها لا يمكن اعتباره بذاته دالاً على توافر الارادة الضمنية على التنازل عن التمسك بأى سبب آخر لكسبها ومنها اكتسابها بوضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية.

(الطعن ١١٧ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٥/٥/٢٢)

(الطعن ١٤٧٧ لسنة ٥١ق جلسة ٨٤/١٢/٣٠ س٣٥ ص٢٣١٥)

(الطعن ٣٦١ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٨/١/١٠ س٢٩ ص١٣٨)

ب- مؤدى نص المادة ٣٨٨ من القانون المدنى أن النزول عن التقادم بسائر أنواعه عمل قانونى من جانب واحد يتم بمجرد ارادة المتنازل وحدها بعد ثبوت الحق فيه. ولما كان النزول عن التقادم لا يخضع لأى شرط شكلى فكما يقع صراحة بأى تعبير عن الارادة يفيد معناه، فانه يجوز أن يكون ضمنا يستخلص من واقع الدعوى ومن كافة الظروف والملابسات المحيطة التى تظهر منها هذه الارادة بوضوح لا غموض فيه، ومن المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن قاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كان يستقى من موقف المدين ما يستفاد منه حتما نزوله عن الدفع بالتقادم بما لا معقب عليه ما دام استخلاصه سائغا.

(الطعن ٩٦ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٧٨/١٢/٢٠ س٢٩ ص١٩٧٧)

(الطعن ٣٤٩ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٥/٢/١٨ السنة ٢٦ ص٤٢٩)

(الطعن ١٩٨ لسنة ٣٧ق جلسة ١٩٧٢/٣/٣٠ السنة ٢٣ ص٥٧٧)

المدين مهلة من الدائن لدفع الدين بعد تقادمه، أو من تقديمه للدائن كفالة بالدين أو رهناً بعد اكتمال التقادم، أو من دفعه قسطاً من الدين أو دفعه جزءاً من فوائده أو نحو ذلك من الأعمال التى تعتبر إقراراً بالدين، وتكون أثناء سريان التقادم سبباً لقطعه، ويعد اكتماله نزولاً ضمنياً عنه(١).

٦٦١- الاهلية الواجبة للنزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه: وتقول الفقرة الثانية من المادة ٣٨٨ مدنى: «وإنما يجوز لكل شخص يملك التصرف فى حقوقه أن ينزل...». فالأهلية الواجبة إذن للنزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه هى أهليه التصرف(1). فلا تكفى أهلية الإدارة، ولا تلزم أهلية التبرع(٢).

---

(١) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٧٦ ص٥٧٢- ص٥٧٤- بلانيول وريبير وردوان٧ فقرة ١٣٨٩- وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن رضاء المدين بالحجز على ماله وبيعه يعتبر نزولا ضمنيا عن التمسك بالتقادم (١٦ ديسمبر سنة ١٩٤١ م٥٤ ص٢٥). وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الاتفاق الحاصل أمام المحكمة بين المدعى والمدعى عليه على أن الأخير يقدم حسابا عن المبلغ المطلوب، والإقرار بعد ذلك منه أنه قدم الحساب فعلا، يقطع المدة الطويلة إذا حصل أثناء سريانها، ويمنع حكمها إذا تم بعد انتهائها (٨ يونيه سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ١ ص٩٩). والنزول عن التقادم يجب أن يكون واضحاً لا غموض فيه (استئناف مختلط ٢٩ يناير سنة ١٩٢٤ م٣٦ ص١٧٩). فسكوت المدين عن التمسك بالتقادم بالنسبة إلى الفوائد فى محكمة أول درجة لا يعتبر نزولا ضمنيا عن التقادم، إذا كان قد أنكر أصل الدين ذاته (استئناف مختلط ٣٠ مارس سنة ١٩٢٧ م٣٩ ص٣٥٢).

وإذا كان للمدين دائنون متعددون بدين واحد قابل للانقسام، وكان الدائنون غير متضامنين، فنزول المدين عن التقادم بالنسبة إلى أحدهم لا يعتد به بالنسبة إلى الباقين (استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٢٥ م٣٧ ص٣٣٤).

(٢) وبالرغم من أن النص صريح فى أن الأهلية الواجبة هى أهلية التصرف لا أهلية التبرع، فقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتى: «ويعتبر التنازل بمنزلة التبرع، وإن لم تنطو فيه حقيقة الافتقار. ويتفرع على ذلك وجوب توافر أهلية التبرع فيمن يصدر منه التنازل» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٣٤٥). وإذا تعارض النص الصريح مع المذكرة الإيضاحية، وجب الأخذ بالنص الصريح.

(1) إذ كان مقتضى نص المادة ٢/٣٨٨ من القانون المدنى أنه لا يجوز التنازل ولو ضمنا عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه إلا من شخص يملك التصرف فى حقوقه، وكان الحكم المطعون فيه لم يواجه دفاع الطاعنين بمذكرتهم المقدمة لمحكمة الاستئناف مع أن الطاعنة الأولى بصفتها وصية على القصر منهم لا تستطيع النزول عن حقوقهم فى التمسك بالتقادم إلا باذن من محكمة الأحوال الشخصية وهو دفاع جوهرى قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى، إذ كان ما سلف فان الحكم يكون معيبا بالقصور.

(جلسة ١٩٧٨/١/١٠ الطعن ٢٦١ لسنة ٤٤ق)

أما أن أهلية التبرع لا تلزم، فذلك لأن الدين لا يسقط بمجرد اكتمال مدة التقادم، بل لابد من أن يتمسك المدين بالتقادم كما قدمنا. وهو لم يتمسك به، بل نزل عن حقه فيه، فدينه إذن باق لم يسقط. ولو كان دينه قد سقط بمجرد اكتمال مدة التقادم، ثم لما نزل عن التمسك بالتقادم نشأ دين جديد فى ذمته، لكان متبرعاً بانشاء هذا الدين الجديد، ولوجب توافر أهلية التبرع فيه. ولكنه، كما قدمنا، لا ينشئ ديناً جديداً فى ذمته، بل يستبقى ديناً قديماً، وهذا الدين القديم وجب فى ذمته من قبل فهو لا يتبرع بانشائه من جديد.

وأما أن أهلية الإدارة لا تكفى، فذلك لأن المدين، باستبقائه فى ذمته ديناً قديماً كان يستطيع إسقاطه لو أنه لم ينزل عن حقه فى التمسك بالتقادم، لا يقوم بعمل مألوف من أعمال الإدارة، بل هو يقوم بعمل أكبر خطراً من ذلك. فهو فى موقف من يلتزم، إذ يبقى التزاماً كان فى استطاعته أن يتخلص منه، فلا تكفى إذن أهلية الإدارة، بل تجب أهلية التصرف.

ويترتب على ذلك أن الصغير والمحجور لا يستطيع أى منهما أن ينزل عن حقه فى التمسك بالتقادم. كذلك لا يستطيع الوصى أو القيم أن ينزل عن حق الصغير أو المحجور فى التمسك بالتقادم، من غير إذن المحكمة. ولا يستطيع الوكيل النزول عن التمسك بالتقادم، إلا إذا أعطى توكيلاً خاصاً فى ذلك.

٦٦٢- أثر النزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه: وإذا نزل المدين عن التقادم صراحة أو ضمناً على النحو الذى قدمناه، كان نزوله هذا تصرفاً قانونياً صادراً من جانب واحد، لا حاجة فيه إلى قبول الدائن، وكان ملزماً له لا يستطيع الرجوع فيه[1].

وينبنى على ذلك أن الدين الذى اكتملت مدة التقادم فيه يبقى فى ذمة المدين على نحو بات، بعد أن كان مهدداً بالسقوط عن طريق الدفع بالتقادم، ويجب على المدين الوفاء به للدائن[1].

---

(١) استئناف مختلط ١٢ يونيه سنة ١٩٢٢ م٣٥ ص٥٠٣.

(1) الالتزام لا ينقضى بمجرد اكتمال مدة التقادم بل يظل التزاما مدنيا واجب الوفاء إلى أن يدفع بتقادمه فإذا انقضى الالتزام المدني بالتقادم تخلف عنه التزام طبيعى فى ذمة الدين، ولما كان الثابت أن الطاعنين نزلوا عن التقادم بعد أن اكتملت مدته وقبل أن يرفعوا دعواهم التى تمسكوا فيها باقتضاء الدين بالتقادم، فان مؤدى ذلك أن يبقى الالتزام مدنيا ويلزم الطاعنين بأداء الدين ولا يتخلف التزام طبيعى.

(جلسة ١٩٧٥/٢/١٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص٤٢٩)

ومن وقت النزول عن التقادم يبدأ تقادم جديد، كما هو الأمر فى انقطاع التقادم. والأصل أن تكون مدة التقادم الجديد هى نفس مدة التقادم القديم الذى نزل عنه المدين، ولكن قد تختلف المدتان. لو كانت مدة التقادم الذى نزل عنه المدين خمس عشرة سنة، فان مدة التقادم الجديد تكون دون شك خمس عشرة سنة أخرى تبدأ من وقت نزول المدين عن التقادم الأول. فلو أن المدين نزل عن الدين بعد أن انقضى على تكامله سنتان، فان مدة الخمس عشرة سنة الأخرى تبدأ من وقت انقضاء سنتين على تكامل التقادم الأول، أى بعد سبع عشرة سنة من مبدأ سريان هذا التقادم، ومن ثم تطول مدة تقادم الدين إلى اثنتين وثلاثين سنة من أول وقت استحق فيه. ولو كانت مدة التقادم خمس سنوات، فى حقوق دورية متجددة، ونزل المدين عن التقادم بعد تكامله، كانت مدة التقادم الجديد خمس سنوات أيضاً، حتى تتحقق الحكمة من هذا النوع من التقادم وهى عدم تراكم الديون فى ذمة المدين. ولو كانت مدة التقادم خمس سنوات، فى حقوق أصحاب المهن الحرة، ونزل المدين عن التقادم بعد تكامله، كانت مدة التقادم الجديد خمس سنوات أيضاً، ما لم يكن نزول المدين عن التقادم جاء عن طريق تحرير سند بالدين، ففى هذه الحالة تكون مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة، قياسا على حالة ما إذا حرر المدين سنداً بالدين فى أثناء سريان التقادم، وتطبيقاً للفقرة الثانية من المادة ٣٧٩ مدنى. ولو كانت مدة التقادم سنة واحدة، فى حقوق التجار والصناع وأصحاب الفنادق والمطاعم والعمال والخدم والأجراء، ونزل المدين عن التقادم بعد تكامله، فان فى نزوله هذا دحضاً لقرينة الوفاء التى قام عليها التقادم فى هذه الحقوق، فتكون مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة. ويستوى فى ذلك أن يكون النزول عن التقادم بعد تكامله جاء عن طريق تحرير سند بالدين أو جاء عن أى طريق آخر، وتقاس هذه الحالة على حالة التقادم الذى يسرى ضد الحكم النهائى الصادر بهذه الحقوق، فان مدة التقادم حينئذ تكون خمس عشرة سنة كما سبق القول.

وتقول العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٣٨٨ مدنى: «على أن هذا النزول لا ينفذ فى حق الدائنين إذا صدر إضرار بهم». وفى هذا تطبيق لقواعد الدعوى البوليصية على تصرف قانونى صدر من المدين، هو نزوله عن التقادم بعد ثبوت حقه فيه. وقد رأينا من قبل تطبيق قواعد الدعوى غير المباشرة فى نص الفقرة الأولى من المادة ٣٨٧ مدنى، وهو نص قاطع للشك فى جواز استعمال الدائنين لحق مدينهم فى التمسك بالتقادم. وإذا كان هذا النص الأخير ضرورياً، إذ يزيل الشبهة فى جواز استعمال الدائنين لحق متصل بشخص مدينهم بل لرخصة لم ترق إلى مرتبة الحق[1]، فأن نص الفقرة الثانية من المادة ٣٨٨ مدنى هو أيضاً نص ضرورى، إذ يزيل الشبهة فى جواز الطعن بالدعوى البوليصية فى

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٥٠، وانظر الوسيط جزء٢ فقرة ٥٤٢.

تصرف للمدين لا ينقص من حقوقه ولا يزيد فى التزاماته، بل يقتصر به المدين على الامتناع عن إنقاص التزاماته، فكان الواجب لولا النص ألا يقع تحت طائلة الدعوى البوليصية[1]. وفى هذه المسألة وحدها يخرج القانون على قواعد الدعوى البوليصية، أما فى المسائل الأخرى فتبقى هذه القواعد سارية. ومن ثم يشترط أن يكون نزول المدين عن التمسك بالتقادم، حتى يجوز الطعن فيه بالدعوى البوليصية، سبباً فى إعسار المدين أو فى زيادة إعساره (م٢٣٧ مدنى). فإذا كان المدين موسراً حتى بعد النزول عن التقادم، فلا شأن لدائنيه فى هذا النزول ما دامت حقوقهم مكفولة. ولما كان نزول المدين عن التمسك بالتقادم لا يعتبر تبرعاً كما قدمنا، فانه يشترط، لعدم نفاذ هذا النزول فى حق الدائنين، أن يكون منطوياً على غش من المدين وأن يكون الدائن الذى صدر النزول لمصلحته على علم بهذا الغش. ويكفى فى ذلك، كما تقول الفقرة الأولى من المادة ٢٣٨مدنى، أن يكون النزول قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر وأن يكون الدائن الذى صدر النزول لمصلحته على علم بهذا الإعسار[2]. وهذه المسائل مختلف عليها كل الاختلاف فى فرنسا[3]، أما

---

(١) انظر الوسيط جزء ٢ فقرة ٥٧٩.

(٢) ولما كان نزول المدين عن التمسك بالتقادم اعتبر فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تبرعا، على خلاف النص الصريح كما قدمنا، فقد اقتضى ذلك من المذكرة الإيضاحية ألا تشترط، لجواز الطعن بالدعوى البوليصية فى هذا النزول، لا غش الدائن ولا غش المدين، فقالت فى هذا الصدد: «ويعتبر التنازل بمنزلة التبرع وإن لم تنطو فيه حقيقة الافتقار. ويتفرع على ذلك... جواز طعن الدائنين على هذا التنازل بطريق الدعوى البوليصية، دون أن يكون ثمة محل لإقامة الدليل على غش الدائن الذى وقع التنازل لمصلحته فضلا عن غش المدين» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٣٤٥).

انظر فى المعنى الذى نقول به الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢١٦ ص٣٩٤- وانظر: استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٤١ م٥٤ ص٢٥- وقارن الأستاذ عبد المنعم البدراوى فى أثر مضى المدة فى الالتزام فقرة ١٨١، واستئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٩٤٨ م٦٠ ص١٠٨.

(٣) ذلك أن التقنين المدنى الفرنسى لم يشتمل إلا على نص واحد فى الموضوع، هو نص المادة ٢٢٢٥. وهذا النص يقضى بجواز أن يتمسك الدائنون بالتقادم، حتى لو نزل المدين عن التمسك به. وقد تشعبت المذاهب الفقهية فى تفسير هذا النص، ويعد بودرى وتيسييه من هذه المذاهب أربعة: ١- فمن الفقهاء من ذهب إلى قصر هذا النص على الدعوى غير المباشرة دون الدعوى البوليصية، فيجوز للدائنين التمسك بالتقادم إذا لم يتمسك به المدين، وهذا هو معنى نزول المدين عن التمسك بالتقادم الوارد فى النص كما يفسرونه. ولكن إذا نزل المدين عن التقادم فهذه مسألة ترجع إلى ضميره، وهو بعد أن اتخذ هذا الموقف الإيجابى ونزل عن التقادم لا جعل للدائنين سبيلا إلى الطعن فى هذا النزول، لا سيما أنه لا يجوز الطعن بالدعوى البوليصية فى تصرف لا يعد افتقاراً بل هو امتناع عن الإثراء. ٢- ومن الفقهاء من ذهب إلى أن النص يشمل الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية معاً، ولكن يشترطون لجواز الطعن بالدعوى البوليصية إثبات غش المدين فى نزوله عن التمسك بالتقادم (ترولونج=

عندنا فالنصوص صريحة لا تسمح بترديد صدى هذا الاختلاف[1].

وقد قدمنا أن الدائنين إذا نجحوا فى الطعن فى نزول المدين عن التمسك بالتقادم تطبيقاً لأحكام الثانية من المادة ٣٨٨ مدنى، فان عليهم بعد ذلك أن يتمسكوا بالتقادم نيابة عن مدينهم تطبيقاً لأحكام الفقرة الأولى من المادة ٣٨٧ مدنى[2].

٦٦٣- جواز النزول عن المدة التى انقضت فى تقادم لم تكتمل: وقد يقع أن المدين ينزل عن التقادم، لا قبل سريانه فيكون نزولا عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه ومن ثم يكون باطلا، ولا بعد تكامله فيكون نزولا عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه ومن ثم يكون صحيحاً،

=فقرة ١٠١ وما بعدها- ماركاديه م٢٢٢٥ فقرة٢- جيللوار فقرة ٣٤٢). ٣- ومن الفقهاء من ذهب إلى جواز الطعن بالدعوى البوليصية حتى لو لم يثبت غش فى جانب المدين، ويكفى أن يكون نزوله عن التقادم قد سبب إعساره أو زاد فى هذا الإعسار. ويقول بودرى وتيسييه إن هذا الرأى هو الذى رجح فى الفقه وفى القضاء (ديرانتون ٢١ فقرة ١٥٠- ديمولومب ١٩ فقرة ٢١٩- فقرة ٢٢٣- أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٣ هامش رقم ١٨- كولميه دى سانتير ٨ فقرة ٣٣٢ مكررة خامسا). ٤- ومن الفقهاء أخيراً من ذهب إلى جواز الطعن بالدعوى البوليصية، حتى لو لم يثبت غش فى جانب المدين، وحتى لو لم يثبت أن نزوله عن التقادم قد سبب إعساره أو زاد فى الإعسار (لوران ٣٢ فقرة ٢٠٩- فقرة ٢١٠ وفقرة ٢٢٠- هيك ١٤ فقرة ٣٣٣- فقرة ٣٣٤). ويقول بودرى وتيسييه أنه يصعب الدفاع عن هذا الرأى فهو يتعارض مع أحكام الدعوى البوليصية ومع أحكام التقادم. انظر فى هذه الآراء المختلفة بودرى وتيسييه فقرة ١١٣- فقرة ١١٩.

وقد قدمنا أن التقنين المدنى المصرى وضع نصاً للدعوى غير المباشرة (م١/٣٨٧) ونصاً آخر للدعوى البوليصية (م٢/٣٨٨)، ففصل بين الدعويين، حيث جمعهما التقنين المدنى الفرنسى فى نص واحد فأورث الحكم كل هذا الغموض.

(١) وإذا نزل المدين عن التمسك بالتقادم فى الدعوى المرفوعة عليه من الدائن فقضى عليه بالدين، وفات دائنيه أن يتدخلوا فى الدعوى ليطعنوا فى نزول المدين بالدعوى البوليصية، فإن لهم أن يطعنوا فى الحكم بطريق اعتراض الخارج عن الخصومة، بشرط أن يثبتوا غش مدينهم وتواطؤه مع الدائن الذى نزل له عن التمسك بالتقادم (انظر المادة ٤٥٠ من تقنين المرافعات - بودرى وتيسييه فقرة ١٢٠).

(٢) وإذا كان الحق يتقادم بسنة واحدة ويقوم التقادم فيه على قرينة الوفاء وتوجه فيه اليمين إلى المتمسك بالتقادم، وجب التمييز بين حالتين: (أ) حالة ما إذا اقتصر المدين على عدم التمسك بالتقادم، فتمسك به الدائنون نيابة عن مدينهم عن طريق الدعوى غير المباشرة، ففى هذه الحالة يوجه القاضى اليمين إلى المدين لا إلى الدائنين (أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ prescription civile فقرة ٤٨٤ - وقارن الأستاذ عبد المنعم البدراوى فى أثر مضى المدة فى الالتزام فقرة ١٨٢). (ب) وحالة ما إذا لم يقتصر المدين على عدم التمسك بالتقادم، بل نزل عنه نزولاً إيجابياً، ففى هذه الحالة لا يجوز للدائنين الطعن فى هذا النزول بالدعوى البوليصية، لأن التقادم هنا مبنى على قرينة الوفاء، وقد انتفت هذه القرينة بنزول المدين عن التقادم (الأستاذ عبد المنعم البدراوى فى أثر مضى المدة فى الالتزام فقرة ١٨٢).

ولكن أثناء السريان. وهذا النزول يكون صحيحاً فيما يتعلق بالمدة التى انقضت لأنه نزول عن حق فى مدة قد انقضت فعلا، وباطلا فيما يتعلق بالمدة الكافية لاكتمال التقادم لأنه نزول عن مدة مستقبلة لم يثبت للمدين حق فيها. ومن ثم تزول المدة التى انقضت بالنزول عنها، ولا يعتد بها فى حساب التقادم. ويبدأ تقادم جديد يسرى من وقت النزول عن المدة التى انقضت، لا من وقت اكتمال التقادم السابق.

والتكييف الصحيح لهذا النوع من النزول إنما هو قطع التقادم عن طريق إقرار المدين بحق الدائن. ذلك أن المدين، إذا نزل عن المدة التى انقضت فى تقادم لم يكتمل، إنما يقر بحق الدائن، فيقطع الإقرار التقادم، ولا يعتد بالمدة التى انقضت، كما سبق القول عند الكلام فى انقطاع التقادم بالإقرار(١)(1).

ويترتب على هذا التكييف أمران: (١) أن التقادم الجديد الذى يعقب التقادم السابق يكون مدته هى مدة التقادم السابق أو تختلف عنها، وفقاً للأحكام التى قدمناها عند الكلام فى انقطاع التقادم. فتكون المدة خمس عشرة سنة بدلا من خمس فى حقوق أصحاب المهن الحرة إذا كان نزول المدين عن طريق تحرير سند بالدين، وبدلا من سنة واحدة فى حقوق التجار والصناع والعمال ومن إليهم بمجرد الإقرار بحق الدائن عن طريق النزول عن المدة التى انقضت، سواء كان الإقرار عن طريق تحرير سند بالدين أو عن أى طريق آخر. (٢) وما دام النزول عن المدة التى انقضت فى تقادم لم يكتمل إنما هو قطع للتقادم، فالأهلية الواجبة فيه ليست هى أهلية التصرف كما فى النزول عن التقادم المكتمل(٢)، بل هى أهلية الإدارة وهى الأهلية الواجبة فى قطع التقادم كما سبق القول(٣).

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٣٣.

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٦١.

(٣) انظر آنفاً فقرة ٦٣٣. وانظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٨٩ مكررة.

(1) لا يجوز قانونا النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق، ولا يثبت هذا الحق إلا باكتمال مدة التقادم وإنما يجوز النزول عن المدة التى انقضت فى تقادم لم يكتمل هذا النوع من النزول انما يقطع التقادم على أساس اعتباره اقرارا من المدين بحق الدائن.

(جلسة ١٩٦٩/١/٣٠ مجموعة احكام النقض السنة ٢٠ ص٢١٠)

(جلسة ١٩٧٩/١/٩ الطعن رقم ١٤ لسنة ٤٦ق)

المبحث الثانى

الآثار التى تترتب على التقادم

٦٦٤- النصوص القانونية: تنص المادة ٣٨٦ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«١- يترتب على التقادم انقضاء الالتزام. ومع ذلك يتخلف فى ذمة المدين التزام طبيعى».

«٢- وإذا سقط الحق بالتقادم سقطت معه الفوائد وغيرها من الملحقات، ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات[1]».

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٢٠٤/٢٦٨[2].

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٨٣- وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٧٣- وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٤٤٠- ٤٤١- وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادتين ٣٦٠-٣٦١[3].

---

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ٥٢٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٦٩ فى المشروع النهائى. ثم وافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٨٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٣٤٠- ص٣٤١).

(٢) **التقنين المدنى السابق** م٢٠٤/٢٦٨: مضى المدة المقررة بالقانون يترتب عليه سقوط التعهد واعتبار براءة المتعهد منه إذا تمسك بذلك. (وتتفق أحكام التقنين المدنى السابق مع أحكام التقنين المدنى الجديد).

(٣) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى م٣٨٣ (مطابقة للمادة ٣٨٦ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى الليبى م٣٧٣ (مطابقة للمادة ٣٨٦ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى العراقى م٤٤٠: لا يسقط الحق بمرور الزمان، فإذا أقر المدعى عليه بالحق أمام المحكمة بإقراره، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك.

م٤٤١: إذا لم تسمع الدعوى بالحق لمرور الزمان، فلا تسمع الدعوى بالفوائد وغيرها من الملحقات، حتى لو لم تكمل المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بهذه الملحقات.

(ويختلف التقنين العراقى عن التقنين المصرى فى أن المدين، فى التقنين العراقى، إذا أقر بالحق أمام المحكمة بعد تكامل مدة التقادم - سواء تمسك بالتقادم أو لم يتمسك به - أخذ بإقراره، وذلك فى غير الحقوق التى يقوم التقادم فيها على غير قرينة الوفاء كالحقوق الدورية المتجددة، فهذه لا يجوز سماع الدعوى فيها حتى لو أقر المدين: انظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى التقنين المدنى العراقى فقرة ٣٩٩. أما فى مصر، إذا أقر المدين بالحق بعد اكتمال مدة التقادم، فإن كان =

ويخلص من هذا النص أن الالتزام ينقضى بالتقادم. ويجب فى هذا الصدد أن نميز. عند اكتمال مدة التقادم، بين حالتين: (١) قبل التمسك بالتقادم (٢) بعد التمسك به.

٦٦٥- التزام اكتملت مدة تقادمه قبل التمسك بالتقادم: فإذا كان الالتزام قد اكتملت مدة تقادمه، ولكن المدين لم يتمسك بعد بالتقادم، فهو فى هذه الفترة التزام مدنى قائم كما كان أثناء سريان مدة التقادم. ولا تتغير طبيعة الالتزام بمجرد تكامل هذه المدة، لأن التقادم لا يقضى الالتزام إلا إذا تمسك به المدين(١)(1).

=ذلك قبل التمسك بالتقادم، جاز اعتبار الإقرار نزولا عن التمسك به. وإن كان بعد التمسك بالتقادم، فى غير تقادم السنة، فالتقادم يسقط الحق رغم هذا الإقرار).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٣٦٠: إن حكم مرور الزمن يعد بمثابة برهان على إبراء ذمة المديون، وقرينة الإبراء الناشئة عنه لا ترد ولا تقبل برهاناً على العكس.

م٣٦١: إن حكم مرور الزمن لا يقتصر على إسقاط حق الدائن فى إقامة الدعوى، بل يسقط أيضاً الموجب نفسه، فلا يمكن بعد ذلك الاستفادة منه بوجه من الوجوه، لا بإقامة دعوى ولا بتقديم دفع. على أن المديون الذى أبرأه مرور الزمن من الوجهة المدنية يظل مقيداً بموجب طبيعى يمكن اتخاذه سبباً للإيفاء.

(وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى. وقد جعل التقنين اللبنانى التقادم قرينة على براءة ذمة المدين، وكان الأولى ترك الأساس الذى يقوم عليه التقادم للفقه، فيتطور فى مرونة لا يعوقها نص تشريعى. ونص التقنين اللبنانى صراحة على عدم صلاحية الحق المتقادم لأن يكون دفعاً، فخرج بذلك على قاعدة أبدية الدفوع. ولم يعرض التقنين المصرى لهذه المسألة بل تركها للفقه، والرأى الغالب فى الفقه هو الأخذ بقاعدة أبدية الدفوع).

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «ولا ينقضى الالتزام قبل التمسك بالتقادم بمجرد انقضاء المدة المسقطة، بل يظل التزاماً مدنياً إلى أن يدفع بتقادمه» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٣٤١).

(1) أنه وان كان الدين - على ما ورد بالمذكرة الإيضاحية للقانون المدنى فى خصوص المادة ٣٨٦ منه - لا ينقضى قبل التمسك بالتقادم بمجرد انقضاء المدة المسقطة وانما يظل دينا أو التزاما مدنيا إلى أن يدفع بتقادمه ما مؤداه اعتبار هذا الدين رغم اكتمال مدة تقادمه مستحق الاداء ما دام أن المدين لم يتمسك بالتقادم ويجعل الوفاء به من جانب هذا المدين بدين مدنى مستحق الأداء مما يخرجه من نطاق تطبيق المادة ١٨٠ مدنى بشأن قاعدة دفع غير المستحق فيحول بينه وبين استرداده على خلاف ما ذهب إليه الحكم المطعون فيه، إلا أن مناط الاعتداد بهذا الوفاء وعدم أحقية المدين الموفى فى طلب استرداده أن يكون الوفاء صادرا من الدين عن رضا واختيار ولا ارادة عليه فيه وإلا جاز له المطالبة برده ويعتبر الوفاء نتيجة اكراه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - إذا حصل تحت تأثير الحجز الذى توقع على أموال المدين الموفى.

(جلسة ١٩٧٨/١١/١٨ الطعن رقم ٢٠٤ لسنة ٤٧ق)

ويخلص مما تقدم أن الالتزام يكون فى هذه الفترة التزاماً مدنياً واجب الوفاء. ويترتب على ذلك نتائج هامة نذكر منها ما يأتى:

(١) إذا وفى المدين بالالتزام فى هذه الفترة، فانه يوفى بالتزام مدنى مستحق الأداء. فهو لا يستطيع بعد أن وفى به للدائن أن يسترده منه، بدعوى أنه دفع ديناً انقضى بالتقادم، وهذا حتى لو كان الوفاء صدر عن غلط، وكان المدين وقت أن وفى بالدين لا يعلم باكتمال مدة التقادم، وظن أن المدة لا تزال سارية دون أن تكتمل(١).

(٢) إذا قدم المدين كفيلا للدين الذى اكتملت مدة تقادمه دون أن يتمسك بالتقادم، سواء علم باكتمال المدة أو لم يعلم، صحت الكفالة، إذ الكفيل يضمن التزاماً مدنياً قائماً. فإذا كان المدين يعلم، عندما قدم الكفيل، بأن المدة قد اكتملت، اعتبر تقديمه للكفيل نزولا منه عن حقه فى التمسك بالتقادم. أما إذا كان لا يعلم باكتمال المدة، جاز له أن يتمسك بعد ذلك بالتقادم فيسقط الدين، وجاز لكفيله فى هذه الحالة أن يدفع هو أيضاً بسقوط الدين للتقادم(٢).

(٣) إذا ترتب فى ذمة الدائن للمدين دين توافرت فيه شروط المقاصة بالدين الذى له فى ذمة المدين، فان المقاصة تقع بين الدينين إذا تمسك الدائن بالمقاصة قبل أن يتمسك المدين بالتقادم. ذلك أن تمسك الدائن بالمقاصة يجعل الدينين ينقضيان بمجرد تلاقيهما، وقد تلاقيا فى وقت كان فيه الدين الذى اكتملت مدة تقادمه لا يزال ديناً مدنياً، إذا لم يكن المدين قد تمسك بالتقادم عندما تمسك الدائن بالمقاصة، فتوافرت شروط المقاصة وانقضى الدينان، فإذا جاء المدين بعد ذلك وتمسك بالتقادم، فانه يكون قد فعل ذلك

---

(١) وهذا هو ما قضت به محكمة النقض الفرنسية وما نص عليه صراحة التقنين المدنى الألمانى. فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن المدين لا يسترد ما وفاه وهو جاهل باكتمال التقادم، ما دام الوفاء كان تلقائياً كان باختياره دون ضغط من الدائن أو تهديد منه باتخاذ إجراءات قضائية نقض فرنسى ١٧ يناير سنة ١٩٣٨ داللوز ١٩٤٠-١-٥٧- ٤ ديسمبر سنة ١٩٤٤ داللوز ١٩٤٥- ١٣٥- ٢١ فبراير سنة ١٩٤٩ داللوز ١٩٤٩ - ٢٠٨- وانظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٩٣). وقضت محكمة الموسكى بأن المدين إذا طولب بدين ظن أنه ملزم به مدنياً فدفعه، فى حين أن هذا الدين كان قد سقط الحق فيه بمضى المدة، لم تقبل منه دعوى استرداد هذا المبلغ لأنه دفعه بإرادته (١٨ مارس سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية٧ رقم ٦٨ ص١٤٢). وتنص المادة ٢٢٢ من التقنين المدنى الألمانى على أنه «إذا اكتملت مدة التقادم، كان للملتزم الحق فى رفض الوفاء بالدين. ولكن ما دفعه وفاء لمطالبة تقادمت لا يجوز له استرداده، حتى لو كان الوفاء قد تم وهو جاهل بالتقادم. ويسرى هذا الحكم أيضاً فى حالة ما إذا صدر من الملتزم إقرار تعاقدى بالدين، أو تقدم بضمان لكفالته». انظر التعليقات على التقنين المدنى الألمانى ١ م٢٢٢ فقرة ١- فقرة ٢.

(٢) قارن المادة ٢٢٢ من التقنين المدنى الألمانى والتعليقات على التقنين المدنى الألمانى ١ م٢٢٢ فقرة٢.

متأخراً، إذ وقت أن تمسك بالتقادم كان الدين قد انقضى بالمقاصة[1]. وحكم المقاصة هنا هو حكم الوفاء بالدين المتقادم قبل التمسك بتقادمه، لأن المقاصة ضرب من الوفاء.

٦٦٦- التزام اكتملت مدة تقادمه بعد التمسك بالتقادم: ويتغير الحكم إذا اكتملت المدة وتمسك المدين بالتقادم، فانه بمجرد أن يتمسك المدين بالتقادم على النحو الذى فصلناه يسقط الدين وتوابعه. وهناك رأى يذهب إلى أن التقادم يلحق الدعوى دون الحق، ولكن الظاهر هو أن التقادم يسقط الحق نفسه هو ودعواه جميعاً. وأياً كان الرأى فى سقوط الدعوى دون الحق أو فى سقوط الدعوى والحق معاً، فانه يتخلف عن الالتزام المدنى التزام طبيعى، فان سقطت الدعوى دون الحق فقد أصبح الحق مجرداً من الدعوى وانحدر الالتزام المدنى إلى التزام طبيعى، وإن سقط الحق والدعوى معاً بقى فى ذمة المدين واجب أدبى ارتقى إلى مرتبة الالتزام الطبيعى.

فهناك إذن ثلاث مسائل نبحثها على التعاقب: (١) سقوط الدين وتوابعه عند التمسك بالتقادم. (٢) تأصيل هذا السقوط وهل يلحق الدعوى دون الحق أو يلحق الدعوى والحق جميعاً (٣) تخلف التزام طبيعى عن الالتزام المدنى الذى سقط بالتقادم.

المطلب الأول

سقوط الدين وتوابعه عند التمسك بالتقادم

٦٦٧- سقوط الدين وتوابعه: إذا تمسك المدين بالتقادم على النحو الذى بسطناه، فان الدين يسقط، ولا يستطيع الدائن أن يجبر المدين على أدائه[2].

---

(١) والمفروض هنا أن الدينين وقت أن تلاقيا كان أحدهما قد اكتملت مدة تقادمه دون أن يتمسك المدين بالتقادم، ولذلك وجب أن يكون تمسك الدائن بالمقاصة سابقاً على تمسك المدين بالتقادم. أما إذا كان الدين لم تكتمل مدة تقادمه وقت أن تلاقى بالدين المقابل، فإنه يسقط بالمقاصة حتى لو كان التمسك بها لاحقاً لتمسك المدين بالتقادم. وقد رأينا أن المادة ٣٦٦ مدنى تنص على هذا الحكم صراحة إذ تقول: «إذا كان الدين قد مضت عليه مدة التقادم وقت التمسك بالمقاصة، فلا يمنع ذلك من وقوع المقاصة به رغم التمسك بالتقادم، ما دامت هذه المدة لم تكن قد تمت فى الوقت الذى أصبحت فيه المقاصة ممكنة». انظر آنفاً فقرة ٥٥١.

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٣٤٠- ص٣٤١.

ويسقط مع الدين توابعه من كفالة ورهن رسمي وحق امتياز وحق اختصاص وما إلى ذلك، فتبرأ ذمة الكفيل وينقضي الرهن والامتياز والاختصاص بانقضاء الدين الأصلي بالتقادم[1]، فان التابع يزول بزوال الأصل[2].

كذلك يسقط مع الدين ما استحق من فوائده وملحقاته باعتبارها توابع للدين، حتى لو لم تكن هذه الفوائد والملحقات قد سقطت هي ذاتها استقلالا بالتقادم. ذلك أنه يمكن أن نتصور سقوط الفوائد والملحقات بالتقادم استقلالا دون سقوط الدين الأصلي، فإذا مضى على استحقاق الفوائد مثلا خمس سنوات سقطت، وقد لا يسقط الدين الأصلي إلا بخمس عشرة سنة: فتسقط الفوائد دون أن يسقط الدين. أما إذا سقط الدين بالتقادم، فان الفوائد والملحقات تسقط حتما معه، حتى لو لم يمض عليها مدة التقادم الخاص بها. فإذا تقادم الدين وسقط، سقط معه، ليس فحسب الفوائد التي مضى على استحقاقها خمس سنوات فهذه تسقط بالتقادم استقلالا عن الدين، بل تسقط أيضاً الفوائد التي لم يمض على استحقاقها خمس سنوات. وهذه تسقط تبعا لسقوط الدين الأصلي، وقد سقط هذا بأثر رجعي كما سنرى، فتسقط تلك بسقوطه سقوطاً يستند إلى الماضي. وقد رأينا الفقرة الثانية من المادة ٣٨٦ مدني تنص على هذا الحكم صراحة إذ تقول: «وإذا سقط الحق بالتقادم، سقطت معه الفوائد وغيرها من الملحقات ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات[3](1)».

---

(١) استئناف وطني ٢ أبريل سنة ١٨٩٦ القضاء ٣ ص٣٤٢.

(٢) ويبقى التابع ما بقي الأصل، فإذا كان الدين باقياً، بقيت ضماناته ولو اكتملت بالنسبة إليها مدة التقادم، ما دام الدين الأصلي – بسبب انقطاع التقادم مثلا – لم يتقادم (بودرى وتيسييه فقرة ٦١٢).

وتقضي المادة ٢٢٣ من التقنين المدني الألماني بأن تقادم الدين لا ينهي رهن الحيازة ولا الرهن الرسمي، بل يبقى الرهنان منتجين لأثرهما بالرغم من تقادم الدين (سالي م٢٢٣ ص٣٢٩). وهذا الحكم يمكن التسليم به في القوانين اللاتينية، في رهن الحيازة دون الرهن الرسمي، فإن رهن الحيازة، كما قدمنا، يمنع من تقادم الدين، فيبقى الدين قائماً ما دام الشئ المرهون في حيازة الدائن. أما في القانون الألماني فيمكن تعليل بقاء كل من رهن الحيازة والرهن الرسمي بالرغم من تقادم الدين بأن التقادم، في الفقه الجرماني، إذا أسقط عنصر المسئولية في الالتزام، فإنه يبقى عنصر المديونية، وإلى هذا العنصر يستند رهن الحيازة والرهن الرسمي (انظر ما يلي فقرة ٦٧٢ في الهامش).

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٣٤١.

(1) إذا كان مقتضى الفقرة الثانية من المادة ٣٨٦ من القانون المدني أنه إذا سقط الحق بالتقادم سقطت معه الفوائد وغيرها من الملحقات ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات وكانت المبالغ الاضافية من فوائد وغرامات موضوع الطعن تعتبر من ملحقات الحق الأصلي وهو دفع =

٦٦٨- سقوط الدين بأثر رجعي: وإذا سقط الدين بالتقادم، سقط بأثر رجعي، واستند سقوطه إلى الوقت الذى بدأ فيه سريان التقادم، لا إلى الوقت الذى اكتملت فيه مدة التقادم[١]. يدل على ذلك فى وضوح سقوط الحق فى الفوائد والملحقات ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بها. فلو كان الدين الأصلى الذى انقضى بالتقادم سقط من وقت اكتمال مدة التقادم لا من وقت مبدأ سريانه، لبقيت آثار هذا الدين إلى وقت اكتمال المدة قائمة، ومن ثم كانت تبقى الفوائد والملحقات التى أنتجها الدين، ولا تسقط إلا إذا تقادمت هى مستقلة عن الدين. ولكن لما كان الدين ينقضى بأثر رجعى من وقت مبدأ سريان التقادم، فانه يعتبر غير موجود خلال مدة سريان التقادم، وتعتبر الفوائد التى أنتجها خلال هذه المدة ولم تدفع غير موجودة، وهكذا تسقط بسقوط الدين[٢].

على أنه لا يستخلص من سقوط الدين بأثر رجعى أن المدين إذا كان قد دفع منه للدائن أقساطاً أو فوائد مستحقة قبل أن تتكامل مدة التقادم يستطيع أن يستردها[٣]، بدعوى أن الدين يعتبر غير موجود من وقت مبدأ سريان التقادم فلم توجد الأقساط ولم تستحق الفوائد. ذلك أن المدين وقت أن دفع هذه الأقساط والفوائد، كان الدين لم يتكامل تقادمه. فكان ديناً مستحقاً فى ذمته بأقساطه وفوائده، فيكون وقت الدفع قد دفع المستحق فى ذمته، فلا يستطيع أن يسترده بدعوى دفع غير المستحق. وإذا كان الدائن لا يستطيع أن يتمسك بوجوده بعد تقادمه عن طريق الدفع. وهذا ما ننتقل الآن إليه.

=الاشتراكات الذى يسقط بالتقادم الخمسى فان تلك المبالغ الأضافية تسقط هى الأخرى مع هذا الحق.

(جلسة ١٩٧٦/١١/١٤ مجموعة احكام النقض السنة ٢٧ ص١٥٧٩)

(جلسة ١٩٧٧/١٢/١٤ الطعن رقم ٤٧٥ لسنة ٤٤ق)

(جلسة ١٩٧٩/٦/١٦ الطعن رقم ٢٤٢ لسنة ٤٠ق)

(١) ويقول بودرى وتيسييه إن استناد التقادم بأثر رجعى إلى وقت مبدأ سريانه تقضى به طبيعة نظام التقادم والهدف الذى يرمى هذا النظام إلى تحقيقه. فالأوضاع المستقرة التى يقصد بنظام التقادم إلى احترامها وحمايتها قد استقرت منذ مبدأ سريان التقادم، فإلى هذا الوقت يجب الرجوع فى تحديد أثر التقادم (بودرى وتيسييه فقرة ١٠٣ مكررة).

(٢) وقد كان هذا الحكم معمولا به دون نص فى عهد التقنين المدنى السابق (الموجز للمؤلف فقرة ٦١٣ - الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٨٥٥).

(٣) ويذهب بلانيول وريبير وردوان إلى أن عدم استطاعة المدين أن يسترد ما دفع قبل تقادم الدين من أقساط وفوائد دليل على أن التقادم ليس له أثر رجعى (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٩٣ ص٨٠٩. وانظر أيضاً كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦١٥). ولكن لا يمكن أن نفسر بدون الأثر الرجعى سقوط الفوائد التى لم تمض عليها مدة التقادم بسقوط الدين الأصلى. أما عدم استطاعة المدين أن =

٦٦٩- سقوط الدين بالتقادم عن طريق الدعوى لا يمنع من التمسك بوجوده عن طريق الدفع: رأينا أن المدين إذا تمسك بتقادم الدين، فان الدين يسقط، ولا يستطيع الدائن أن يطالب به المدين. ولكن إذا كان الدائن لا يستطيع أن يتمسك بوجود الدين المتقادم عن طريق الدعوى (action)، فانه يستطيع أن يتمسك بوجوده عن طريق الدفع (exception). وقد كانت القاعدة فى القانون الفرنسى القديم أن الدعوى إذا كانت تنقضى بالتقادم، فان الدفع دائم لا يتقادم (quae temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum) وقد انتقلت هذه القاعدة إلى القانون الفرنسى الحديث، وقال بها الفقه والقضاء فى فرنسا[1]، ولا مانع من الأخذ بها فى مصر، فهى تتمشى مع طبيعة الدفع.

ويقال عادة فى تبرير هذه القاعدة إن التقادم إنما يرد على الدعوى ولا يرد على الدفع. فالدعوى هى التى كان صاحبها يستطيع أن يرفعها خلال مدة التقادم، فإذا لم يرفعها حتى انقضت هذه المدة، سقط الحق. أما الدفع فهو بطبيعته موضوع لمعارضة طلب يوجه ضد صاحب الدفع. وما دام هذا الطلب لم يوجه، فكيف يتسنى لصاحب الدفع أن يتمسك به؟ وجب إذن، مطاوعة لطبائع الأشياء، أن يبقى الدفع ما بقى الطلب، حتى لو انقضت على الدفع مدة التقادم. وهذا هو تفسير ما يقال من أن الدفع لا يتقادم.

ونأتى ببعض تطبيقات لهذه القاعدة:

(١) دعوى البطلان تتقادم بخمس عشرة سنة من وقت العقد (م٢/١٤١ مدنى)، ولكن الدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم مهما طالت المدة. فإذا باع شخص أرضاً، وكان البيع باطلاً، وسلم البائع الأرض للمشترى، استطاع البائع أن يرفع دعوى البطلان فى خمس عشرة سنة من وقت صدور البيع. وهو إذا لم يرفع دعوى البطلان فى خلال هذه المدة، سقط حقه، بعد أن قصر فى رفع الدعوى طوال هذا الوقت. أما إذا لم يسلم البائع الأرض للمشترى، فهو ليس فى حاجة إلى رفع دعوى البطلان ما دامت الأرض فى يده. ولا يمكن أن يعتبر مقصراً إذا هو اطمأن إلى أن البيع باطل وإلى أن الأرض لم تخرج من

=يسترد ما دفع قبل تقادم الدين من أقساط وفوائد فيمكن تفسيره، كما سنرى، بأن الدين المتقادم إذا كان لا يمكن التمسك بوجوده عن طريق الدعوى، فإن هذا لا يمنع من جواز التمسك بوجوده عن طريق الدفع.

(١) توليه ٧ فقرة ٦٠٠ وما بعدها - ترولونج فقرة ٨٢٧ وما بعدها - ديمولومب ٢٩ فقرة ١٣٦ - جيللوار ١ فقرة ٥٣- فقرة ٥٤- لاروميير م١٣٠٤ فقرة ٣٤ وما بعدها - أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٧١ ص٥٢٩ - ص٥٣١- وقارن: كوليه دى سانتير ٥ م١٣٠٤ فقرة ٢٦٥ مكررة سادساً وسابعاً - لوران ١٩ فقرة ٥٧ وما بعدها و٣٢ فقرة ٣٧٢ - بودرى وتيسييه فقرة ٦١٢.

حيازته. فإذا ما طالب المشترى بتسليم الأرض، أمكنه أن يدفع هذا الطلب ببطلان البيع. ولكن متى يستطيع التمسك بهذا الدفع؟ لا يمكنه بطبيعة الحال أن يتمسك به إلا عندما يرفع المشترى عليه دعوى المطالبة بالتسليم. فإذا فرض أن المشترى أمكنه أن يرفع دعوى التسليم بعد انقضاء خمس عشرة سنة، بأن قطع تقادم هذه الدعوى مثلا، فانه يجب أن يتمكن البائع من الدفع ببطلان البيع ولو بعد انقضاء خمس عشرة سنة وهى مدة التقادم، لأنه ما كان يستطيع أن يتمسك بهذا الدفع إلا بعد رفع دعوى التسليم. ونرى من ذلك أنه إذا كانت دعوى البطلان تسقط بالتقادم، فان الدفع بالبطلان لا يتقادم(١).

(٢) فى بيع باطل أجل فيه دفع الثمن، إذا لم يسلم البائع المبيع إلى المشترى وسكت المشترى عن المطالبة بالمبيع وعن دفع الثمن اعتماداً على بطلان البيع، فلا يمكن اعتباره مقصراً إذا هو لم يرفع دعوى بطلان البيع فى خلال خمس عشرة سنة. فإذا رفع البائع بعد انقضاء هذه المدة دعوى الثمن على المشترى، وكانت هذه الدعوى لم تتقادم بسبب تأجيل الثمن، كان من حق المشترى أن يدفع ببطلان البيع، ولو أن هذا الدفع قد مضى عليه أكثر من خمس عشرة سنة، لأنه ما كان يستطيع أن يتمسك بهذا الدفع قبل رفع دعوى الثمن(٢).

---

(١) انظر الوسيط جزء أول فقرة ٣٢٠– وإذا كان الدفع ببطلان العقد لا يتقادم، فان الدفع بإبطال العقد يتقادم، كدعوى الإبطال نفسها، بثلاث سنوات (الوسيط جزء أول فقرة ٣٢١). وقد جاء فى الجزء الأول من الوسيط فى تبرير هذه التفرقة ما يأتى: «ويلاحظ أن الدفع بالإبطال فى العقد القابل للإبطال يختلف عن الدفع بالبطلان فى العقد الباطل فى أن الدفع فى الحالة الأولى هو فى حقيقته دعوى وكذلك هو فى صورته، إذ سيتخذ من ناحية الإجراءات صورة دعوى فرعية يقيمها المدعى عليه ويطلب فيها إبطال العقد. أما الدفع فى الحالة الثانية فهو دفع محض، من ناحية الموضوع ومن ناحية الإجراءات. ومن ثم فالدفع بالإبطال يتقادم، لأنه دعوى والدعاوى يرد عليها التقادم. أما الدفع بالبطلان فلا يتقادم، لأنه دفع والدفوع لا تتقادم» (الوسيط جزء أول فقرة ٣٢١ ص٥٢٣ هامش رقم١).

وقاعدة أبدية الدفع أو عدم تقادمه لا تنطبق فى الأحوال الآتية: ١– فى الدعاوى العارضة ودعاوى المدعى عليه، كما رأينا. فهذه ليست بدفوع وإنما هى دعاوى، والدعاوى تتقادم (بودرى وتيسييه فقرة ٦١١). ٢– فيما إذا كان الدفع رداً على دفع سبقه، فدفع الدفع إنما هو دعوى لا دفع. ذلك أن من يدفع الدفع لا يزال فى موقفه مهاجماً لصاحب الدفع الذى التزم موقف الدفاع، فدفع الدفع ملحق بالدعوى وبهذا الاعتبار يتقادم (بودرى وتيسييه فقرة ٦١٠ ص٤٥٩). ٣– فى المواعيد المسقطة (délais de déchéance) فهذه متى انقضت، سقط الحق لعدم استعماله فى الميعاد، فلا يصلح لا طلباً ولا دفعاً (انظر آنفاً فقرة ٥٩٤).

(٢) قارن بودرى وتيسييه فقرة ٦٠٩ ص٤٥٦ – الأستاذ عبد المنعم البدراوى فى أثر مضى المدة فى الالتزام فقرة ٢٧٦ ص٢٥٨.

(٣) إذا تقادم الدين فسقط من وقت مبدأ سريان التقادم، وكان المدين قد دفع أثناء سريان التقادم بعض أقساط الدين، فانه لا يستطيع بعد سقوط الدين بالتقادم أن يسترد من الدائن ما دفعه. فهو إذا رفع دعوى استرداد غير المستحق، استطاع الدائن أن يدفع هذه الدعوى بوجود الدين رغم تقادمه، فتكون الأقساط المدفوعة مستحقة لا يجوز استردادها[١]. ونرى من ذلك أن الدائن إذا كان لا يستطيع التمسك بوجود دين متقادم عن طريق الدعوى، فانه يستطيع التمسك بوجود هذا الدين عن طريق الدفع. وإذا كانت الدعوى تسقط بالتقادم، فان الدفع لا يتقادم.

٦٧٠- تقادم الدين قد يفيد غير المدين: وإذا انقضى الدين بالتقادم، فان المدين هو الذى يفيد من هذا الانقضاء إذ تبرأ ذمته من الدين. وقد يفيد من انقضاء الدين غير المدين.

فالكفيل له أن يتمسك بتقادم دين المدين الأصلى كما قدمنا. فيفيد من انقضاء هذا الدين وإن كان دينه هو لم ينقض بالتقادم. ذلك أن التزام الكفيل تابع لالتزام المدين، فمتى سقط الالتزام الأصلى بالتقادم سقط معه الالتزام التابع.

والمدين المتضامن يفيد أيضاً من تقادم الدين بالنسبة إلى مدين متضامن آخر، بقدر حصة هذا المدين[٢]. وقد قدمنا أن الفقرة الأولى من المادة ٢٩٢ مدنى تنص على أنه «إذا انقضى الدين بالتقادم بالنسبة إلى أحد المدينين، فلا يستفيد من ذلك باقى المدينين إلا بقدر حصة هذا المدين».

وكذلك الدائن المتضامن يحتج عليه المدين بتقادم الدين بالنسبة إلى دائن متضامن آخر، بقدر حصة هذا الدائن، وقد تقدم بيان ذلك[٣].

وإذا تقادم الدين غير المتجزئ بالنسبة إلى أحد المدينين المتعددين، أفاد من التقادم المدينون الآخرون فى كل الدين لأنه غير متجزئ، ولو لم تكتمل مدة التقادم بالنسبة إلى هؤلاء المدينين[٤].

كذلك إذا تقادم الدين غير المتجزئ بالنسبة إلى أحد الدائنين المتعددين، فان طبيعته غير القابلة للتجزئة تجعله متقادماً بالنسبة إلى باقى الدائنين ولو لم تكتمل مدة التقادم

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٦٨.

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٩٤.

(٣) انظر آنفاً فقرة ١٤٢.

(٤) انظر آنفاً فقرة ٢١٧.

بالنسبة إليهم، ويستطيع المدين أن يحتج على أى دائن بالتقادم الذى اكتمل بالنسبة إلى دائن آخر[1].

٦٧١- انتقال الدين المتقادم إلى خزانة الدولة فى حالات ينص عليها القانون: والأصل أن الدين إذا سقط بالتقادم، برئت منه ذمة المدين. ولكن قد يقضى القانون فى بعض حالات استثنائية بأن الدين المتقادم يضيع على الدائن، ولكن لا تبرأ منه ذمة المدين. بل ينتقل الدين إلى الدولة، فيدفعه المدين للخزانة العامة. وقد رأينا أن المادة ١٧٧ من القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ تقضى بأن تؤول إلى الدولة جميع المبالغ التى أصابها التقادم، متى كانت هذه المبالغ تمثل أرباح وفوائد الأسهم والسندات التى لم يطالب بها أصحابها، وكذلك قيمة الأسهم والسندات نفسها والودائع والسندات المودعة لدى البنوك والمبالغ المعطاة على سبيل الضمان. وقدمنا[2] أن هذا الحكم مبنى على اعتبارات ترجع إلى مصلحة خزانة الدولة، فبدلا من أن تؤول هذه المبالغ إلى الشركات والبنوك عن طريق التقادم، رأى المشرع أن تؤول إلى خزانة الدولة، تصرفها فيما يعود بالنفع على المصلحة العامة. فعمد، بنص تشريعى، إلى نقل ملكية هذه المبالغ بمجرد تقادمها إلى الخزانة العامة.

والتشريع المصرى مأخوذ من تشريع فرنسى هو المادة ١١١ من قانون ٢٥ يونيه سنة ١٩٢٠، ويقضى هذا التشريع فى فرنسا بأن تؤول إلى خزانة الدولة الديون الآتية: ١- ما يصيبه التقادم الخمسى أو التقادم الاتفاقى من الكوبونات والفوائد والأرباح الناتجة من الأسهم وحصص المؤسسين والسندات المتداولة التى أصدرتها شركات تجارية أو مدنية أو أية هيئات أخرى عامة أو خاصة. ٢- ما يصيبه التقادم الثلاثينى أو التقادم الاتفاقى من الأسهم وحصص المؤسسين والسندات وجميع الأوراق المالية الأخرى كأوراق النصيب وسندات الخزانة ذات الأجل القصير وبوالص التأمين التى أصدرتها الشركات والهيئات المتقدمة الذكر. ٣- جميع الودائع والمبالغ المودعة فى البنوك أو مؤسسات الائتمان أو غيرها من المؤسسات التى تتسلم نقوداً كودائع أو كحسابات جارية، إذا أصابها التقادم. ٤- جميع السندات والأوراق المالية المودعة فى البنوك أو غيرها من المؤسسات التى تتسلم أوراقاً مالية على سبيل الوديعة أو لأى سبب آخر، إذا أصابها التقادم.

وينتقد الفقه الفرنسى هذا التشريع، ويعتبر أنه ينطوى على مصادرة لأموال الأفراد فى

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٢٥ - وانظر أيضاً كيف يفيد الحائز للعقار المرهون من تقادم الدين المضمون بالرهن آنفاً فقرة ٦٤٩.

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٤٥.

غير الأحوال التى تجوز فيها المصادرة[1]. وقد أصاب التشريع المصرى، كالتشريع الفرنسى، حظه من الانتقاد[2].

---

(١) ويقول الفقه الفرنسى إن هذا التشريع الغريب يستند إلى أن المبالغ التى نقل ملكيتها إلى خزانة الدولة قد أصبحت بتقادمها مالا مباحاً لا مالك له (biens vacants et sans maître). وهذا غير صحيح، لا من ناحية قواعد المال المباح ولا من ناحية قواعد التقادم، للأسباب الآتية: ١- إن المال المباح إذا كان منقولا لا يكون ملك الدولة، بل يكون لمن يستولى عليه. ٢- على أن هذه المبالغ ليست مالا مباحاً أصلا، فهى ديون لها أصحابها، وقد تقادمت، والتقادم لا يقضى الدين إلا إذا تمسك به المدين. فإذا لم تتمسك المصارف والشركات بالتقادم، بقيت هذه الديون لأصحابها وهم الدائنون. ٣- وحتى لو تمسكت المصارف والشركات بالتقادم، فإن القاعدة هى أن الديون تسقط بالتقادم تبرأ منها ذمة المدين. أما هنا فقد نقلها المشرع من دائن إلى دائن آخر لا شأن له بها إطلاقاً، ولم يبرئ منها ذمة المدين.

ويقول الفقه الفرنسى إن المشرع بتشريعه هذا لم ينقل ملكية مال بسبب سائغ من أسباب نقل الملكية، بل هو عمد إلى مصادرة أموال الأفراد فى غير الأحوال التى تجوز فيها المصادرة. ثم إنه ألقى الاضطراب والبلبلة فى قواعد التقادم، إذ أخضع طائفة من الأموال إلى نظام خاص يشذ عن نظام التقادم، فأثار كثيراً من الصعوبات والمسائل الشائكة. فهل يجوز مثلا للمدين فى الحالات التى عرض لها التشريع، أن يقر بالدين فيقطع التقادم؟ وهل يقف سريان التقادم إذا قام سبب يستوجب وقف السريان؟ وهل إذا دفع الدائن الدين بعد تقادمه إلى المدين، يجوز له استرداده؟ وهل يتخلف عن الدين بعد تقادمه التزام طبيعى؟ وهل يجوز للقاضى أن يحكم بالتقادم من تلقاء نفسه إذا لم يتمسك به المدين؟ كل هذه صعوبات أثارها هذا التشريع الشاذ، فدل بذلك على مبلغ الفوضى والاضطراب التى يلقيها المشرع فى المعاملات بين الناس عندما يشرع وهو مشغول باعتبارات مالية تتعلق بالخزانة!

انظر فى كل ذلك: بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٤٠١- جوسران٢ فقرة ١٠٠٠ ص٥٢٧.

(٢) وقد كتبنا عن التشريع المصرى، فى مقال لنا عن مخالفة التشريع للدستور والانحراف فى استعمال السلطة التشريعية، ما يأتى: «وقبل أن نترك قوانين الضرائب نشير إلى نص ورد فى القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ الخاص بضرائب الدخل. وهو نص لا يخلو من غرابة، وقد أقحمه المشرع فى المكان الذى وضعه فيه دون مبرر، ويغلب أن يكون منطوياً على انحراف فى استعمال السلطة التشريعية. فقد نصت المادة ٢٨ من القانون المشار إليه بأن الأرباح والفوائد على الأسهم والسندات والودائع النقدية وودائع الأوراق المالية وغيرها من الديون التى تكون مستحقة للأفراد فى ذمة الشركات والمصارف ونحوها تؤول إلى الحكومة إذا لحقها التقادم. وقد قيل فى تعليل هذا النص، الذى يخرج على أصول القانون المدنى، إن التقادم مبنى على قرينة الوفاء، وهذه القرينة منتفية إذا كان المدين شركات أو مصارف لها من انتظام حساباتها ما يقطع فيما إذا كان الدائن قد استوفى حقه منها أو لم يستوفه، فإن كان لم يستوفه فعلا فلا محل لقيام قرينة على الوفاء. ولكن هذا التعليل لا يستلم-أن تحل الحكومة محل الدائن بانقضاء مدة التقادم. وما دمنا قد أبقينا الحق ولم نسقطه بانقضاء هذه المدة، ليقيننا من أن الدائن لم يستوفه، فإن الوضع السليم هو أن يبقى الحق لصاحبه، لا أن تستولى الحكومة عليه دون مقابل، فتكون قد نزعت ملكية لغير المنفعة العامة وبدون تعويض» (مجلة مجلس الدولة السنة الثالثة يناير سنة ١٩٥٢ ص٨٢- ص٨٣).

المطلب الثانى

تأصيل سقوط الدين بالتقادم

٦٧٢ – الرأى الأول – التمييز بين المديونية والمسئولية (المذهب الجرمانى): يذهب الفقه الجرمانى إلى التمييز بين عنصرين فى الالتزام: ١ – عنصر المديونية (Schuld, Debitum) ٢ – وعنصر المسئولية (Haftung, Obligatio). فالمديونية هى الواجب القانونى الذى يفرض على المدين، وينقضى بالوفاء. فإذا لم يقم المدين بالوفاء، ظهر العنصر الآخر وهو المسئولية، وبموجبه يجبر المدين على الوفاء[١].

ويجتمع العنصران عادة فى الالتزام. ولكن يحدث أحياناً أن توجد المسئولية دون المديونية، كما فى الالتزام الكفيل، فهو مسئول عن الدين المكفول دون أن يكون هذا الدين فى ذمته ويحدث أحياناً أن توجد المديونية دون المسئولية، كما فى الالتزام الطبيعى، فالمدين بهذا الالتزام لا يجبر على الوفاء به.

ومن ثم يجئ سقوط الالتزام بالتقادم عن طريق انفصال عنصر المسئولية عن عنصر المديونية فى الالتزام، واختفاء العنصر الأول بالتقادم مع بقاء العنصر الثانى. فلا يبقى إذن، فى الالتزام المتقادم، عنصر المسئولية ومن ثم لا يجبر المدين على الوفاء به. ولكن يبقى عنصر المديونية، ومن ثم إذا وفى المدين مختاراً الالتزام الذى سقط بالتقادم فانه يوفى ديناً مترتباً فى ذمته، ولا يكون متبرعاً، فلا يستطيع استرداد ما وفى به[٢].

---

(١) ويذهب فقهاء الألمان فى تحليل هذين العنصرين إلى مدى بعيد. فعندهم أن المديونية هى علاقة قانونية تتضمن واجباً قانونياً (rechtliches Sollen)، ويميزون فى هذه العلاقة بين واجب المدين فى الوفاء وواجب الدائن فى قبول الوفاء. ولا يظهر عنصر الجبر فى أى من هذين الواجبين، وهو لا يظهر إلا بوجود علاقة المسئولية. وهذه العلاقة هى التى تجعل للدائن سلطاناً، يمارسه عادة عن طريق الدعوى والتنفيذ الجبرى. فمن الناحية الإيجابية تتمثل المسئولية سلطاناً للدائن، ومن الناحية السلبية تتمثل خضوعاً من المدين. ثم يميز الفقه الألمانى بين المسئولية الشخصية والمسئولية المالية والمسئولية العينية. ففى المسئولية الشخصية يخضع شخص المسئول لسلطان الدائن، وكانت هذه المسئولية تقع فى القديم على جسم المدين، ثم أصبحت الآن تقع على ذمته المالية. وفى المسئولية المالية لا يكون المدين مسئولا مسئولية شخصية فى مجموع ذمته، بل يكون مسئولا مسئولية مالية فى ذمة محددة تحديداً مادياً، وذلك كمسئولية الوارث عن ديون المورث فالتركة وحدها هى المسئولة، وكمسئولية المرأة المتزوجة فى أموالها الخاصة عن الديون التى لا تكون الأموال المشتركة مسئولة عنها. وفى المسئولية العينية تخضع عين معينة من أموال المدين لسلطان الدائن، وذلك كما فى الرهن والتكاليف العينية والدين العقارى والإيراد العقارى.

انظر الأستاذ عبد المنعم البدراوى فى أثر مضى المدة فى الالتزام فقرة ٢٢٤ – فقرة ٢٣٢.

(٢) ويؤيد ذلك أن المادة ٢٢٢ من التقنين المدنى الألمانى تنص، كما رأينا (انظر آنفاً فقرة ٦٦٥ فى =

وهذه النظرية الجرمانية، التى تفسر بعض النظم القانونية الموجودة فى التقنين المدنى الألمانى كالدين العقارى والإيراد العقارى والرهن، لم يقبلها إلا قليل من الفقهاء فى فرنسا(١)، ولم تسد فى الفقه الفرنسى ولا فى الفقه اللاتينى بوجه عام(٢).

٦٧٣- الرأى الثانى - التقادم يسقط الدعوى دون الحق - لا تميز النظرية التقليدية كثيراً بين الحق والدعوى، فالفرق بينهما ليس إلا الفرق بين السكون والحركة فى الجسم الواحد، والدعوى ليست إلا الحق متحركاً أمام القضاء، أو هى جزاء الحق. ولا يوجد حق بدون دعوى، كما لا توجد دعوى بدون حق. ومحل الدعوى هو نفسه محل الحق.

=الهامش)، على ما يأتى: «إذا اكتملت مدة التقادم، كان للملتزم الحق فى رفض الوفاء بالدين. ولكن ما دفعه وفاء لمطالبة تقادمت لا يجوز له استرداده، حتى لو كان الوفاء قد تم وهو جاهل بالتقادم. ويسرى هذا الحكم أيضاً فى حالة ما إذا صدر من الملتزم إقرار تعاقدى بالدين، أو تقدم بضمان لكفالته». وتقضى المادة ٢٢٣ من التقنين المدنى الألمانى بأن تقادم الدين لا ينهى رهن الحيازة ولا الرهن الرسمى، بل يبقى الرهنان منتجين لأثرهما بالرغم من تقادم الدين. فبقاؤهما يستند إذن إلى عنصر المديونية الذى بقى بعد زوال عنصر المسئولية (انظر آنفاً فقرة ٦٦٧ فى الهامش). كذلك يجوز أن يعود عنصر المسئولية إذا صدر من المدين بالاتفاق مع الدائن إقرار بالدين بعد تقادمه، أو إذا قدم المدين تأميناً لضمان الدين.

على أن التقنين المدنى الألمانى يميز بين الحق وحق الادعاء والدعوى. والفرق بين حق الادعاء والدعوى أن حق الادعاء (prétention, Anspruch) ينشأ بنشوء الحق وقبل الإخلال به، أما الدعوى فلا تنشأ إلا عند الإخلال بالحق، فالدعوى هى الجزاء على حق الادعاء. والتقادم يقضى حق الادعاء دون الحق نفسه، وإذا انقضى حق الادعاء فإن الدعوى لا يمكن أن تنشأ (انظر التعليقات على التقنين المدنى الألمانى١ م١٩٤ فقرة ١ وم١٩٨ فقرة ١). وتنص المادة ١/١٩٤ من التقنين المدنى الألمانى على أن «الحق فى اقتضاء عمل أو امتناع عن عمل من شخص آخر (حق الادعاء) يخضع للتقادم». ثم تنص المادة ١٩٨ من نفس التقنين على أنه «يبدأ سريان التقادم من اليوم الذى ينشأ فيه حق الإدعاء. فإذا كان محل هذا الحق امتناعاً عن عمل، بدأ سريان التقادم من الوقت الذى يخل فيه المدين بهذا الحق».

(١) ويؤيد بوبا (Popa) فى رسالته فى المديونية والمسئولية فى القانون المدنى الفرنسى الحديث (باريس سنة ١٩٣٥) الأخذ بالتمييز بين عنصرى المديونية والمسئولية فى الفقه الفرنسى والفقه اللاتينى بوجه عام، فيميز فى الفقه الفرنسى بين العنصرين، بحيث يصح أن يوجد أحدهما دون الآخر. فتوجد المديونية دون المسئولية فى الالتزامات الطبيعية، ومنها ما ينحدر عن التزام مدنى منحل كالتزام المفلس بعد الصلح والتزام ناقص الأهلية بعد إبطال العقد والالتزام الذى سقط بالتقادم، ومنها ما ينشأ التزاماً طبيعياً منذ البداية كالتزام الوارث بتنفيذ الوصية الباطلة شكلا والالتزام بالنفقة على الأقارب فى غير الأحوال التى نص عليها القانون. وقد توجد المسئولية دون المديونية، كما هى الحال فى مركز الحائز للعقار المرهون وفى مركز الكفيل العينى.

(٢) انظر فى انتقاد إدخال هذا التمييز فى الفقه اللاتينى الأستاذ عبد المنعم البدراوى فى أثر مضى المدة فى الالتزام فقرة ٢٤٤- فقرة ٢٤٥.

وتشارك الدعوى الحق فى مميزاته وخصائصه، فتكون مثله عينيه أو شخصية، عقارية أو منقولة.

ولكن النظرية الحديثة أخذت تميز تمييزاً دقيقاً بين الحق والدعوى(١). فتتميز الدعوى عن الحق فى السبب، وسبب الحق هو الواقعة القانونية أو التصرف القانونى الذى أنشأ الحق، أما الدعوى فسببها النزاع بين المدعى والمدعى عليه حول وجود الحق. وتتميز عن الحق كذلك فى المحل، فقد يكون محل الدعوى، ليس فحسب القيام بعمل أو الامتناع عن عمل كما فى الحق، بل أيضاً الاعتراف بحالة واقعة أو اتخاذ إجراء وقتى أو إجراء تحفظى. وتتميز الدعوى عن الحق أخيراً فى الأثر، فالدعوى تضيف إلى الحق عنصراً جديداً يحد حق الدائن، كما هى الحال فى الحق الناشئ عن العمل غير المشروع حيث يحدد الحكم طبيعة التعويض ومقداره.

فالتقادم يسقط الدعوى، دون أن يسقط الحق، ويبقى الحق بعد التقادم دون دعوى تحميه(1)، ولكنه مع ذلك يبقى. ولما كان التقادم يلحق الدعوى دون الحق، فلابد إذن للمدين من أن يتمسك به، وله أن ينزل عنه، ولا يسرى التقادم من وقت نشوء الحق بل من وقت نشوء الإعلان(٢).

---

(١) انظر موريل (Morel) موجز المرافعات سنة ١٩٤٩ ص٢٦ وما بعدها – جلاسون وتيسييه فى شرح المرافعات ١ فقرة ٨٣١– جابيو (Japiot) فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩١٤ ص٦٧٩ وسنة ١٩١٥ ص٤١٩.

(٢) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٧٥ ص٥٦٤– ص٥٦٥ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٢٥ ص٧٣٤ – وفقرة ١٣٩٣ – جوسران ٢ فقرة ٩٩٥ ص٥٢٤– الأستاذ عبد المنعم البدراوى فى أثر مضى المدة فى الالتزام فقرة ٢٦٨ – فقرة ٢٧٥ – الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص٣١٩ وص٣٥١– ص٣٥٢.

(1) يجب التفريق بين سقوط الحق موضوع الدعوى وسقوط الحق فى استئناف الحكم الصادر فيها، فحق الاستئناف حق مستقل بذاته لا يجوز ربطه بسقوط الحق الأصلى، والحكم لا يتقادم إلا بمضى خمس عشرة سنة من تاريخ صدوره. وإذ كان يترتب على اعلان صحيفة الدعوى بطلب الفوائد انقطاع التقادم بالنسبة إليها فان أثر هذا الانقطاع يمتد إلى أن يصدر الحكم النهائى فى الدعوى. وينبنى على ذلك أن مضى المدة من تاريخ صدور الحكم الابتدائى حتى تاريخ استئنافه – مهما طال ما دام باب الاستئناف ما زال مفتوحا – لا يترتب عليه سقوط الحق فى استئنافه، كما أن الحق فى الفوائد يبقى محفوظاً بحكم انقطاع المدة بعريضة الدعوى الابتدائية. وإذن فالحكم الذى يقضى برفض الدفع بسقوط حق الاستئناف بالنسبة إلى الفوائد التى لم يقض بها الحكم الابتدائى استنادا إلى أنه ما دام باب الاستئناف ما زال مفتوحا فتعتبر الدعوى المستأنف حكمها بجميع طلباتها قائمة. وما دامت الدعوى قائمة فلا تسرى أثناءها المدة المقررة لسقوط الحق المطالب به بخمس سنوات، إذ القاعدة العامة أن طلب الحضور أمام القضاء يحفظ حقوق المدعى بأن يقطع سريان مدة التقادم فتستبدل =

وهذا المذهب يقرب كثير من المذهب الذى اختاره الفقه الإسلامى، فالتقادم فى الفقه الإسلامى لا يسقط الحق ذاته، ولكنه يقتصر على أن يمنع سماع الدعوى.

٦٧٤- الرأى الثالث - التقادم يسقط الدعوى والحق معا: والرأى الذى يتفق مع نصوص التقنين المصرى هو أن التقادم لا يقتصر على إسقاط الدعوى، بل يسقط الدعوى والحق جميعاً[١]. فالنصوص صريحة فى أن التقادم يقضى الحق نفسه، وليس سقوط الدعوى بالتقادم إلا نتيجة لسقوط الحق. ومما يقطع فى أن الحق ذاته هو الذى يسقط، بعد تمسك المدين بالتقادم، أن المدين - فى غير الديون التي يقوم فيها التقادم على محض قرينة الوفاء - لو أقر أمام القضاء بعد أن تمسك بالتقادم أن الدين باق فى ذمته، فأن إقراره هذا لا يلزمه بالدين، إذ الدين يكون قد سقط[٢]. أما فى الفقه الإسلامى حيث لا يسقط الدين، فان المنع من سماع الدعوى لا يكون إلا عند الإنكار، فإذا أقر المدين بالدين سمعت عليه الدعوى وألزم بالوفاء.

بل إن من الفقهاء من ذهب إلى أن التقادم يقضى الدعوى والحق معاً كما تقضيهما الأسباب الأخرى لانقضاء الالتزام، فلا يتخلف عن الدين المتقادم التزام طبيعى[٣]. ولكن هذا الرأى لم يسد. والرأى الصحيح هو أنه يتخلف عن الالتزام المدنى الذى سقط بالتقادم التزام طبيعى. وقد نص على هذا الحكم صراحة التقنين المدنى المصرى فى الفقرة الأولى من المادة ٣٨٦، فقد رأيناها تقول: «يترتب على التقادم انقضاء الالتزام، ومع ذلك يتخلف فى ذمة المدين التزام طبيعى». والنص صريح فى أمرين: (أولا) فى أن التقادم يقضى الالتزام ذاته، ولا يقتصر على أن يقضى الدعوى. (وثانياً) فى أن الالتزام الذى ينقضى بالتقادم يتخلف عنه فى ذمة المدين التزام طبيعى.

ومهما يكن من أمر تأصيل التقادم، وهل هو زوال عنصر المسئولية مع بقاء عنصر المديونية، أو هو يلحق الدعوى دون الحق، أو هو يلحق الدعوى والحق معاً، فانه يبدو لنا أن هذه الآراء لها أهميتها الفقهية، ولكن النتيجة العملية واحدة فيها جميعاً. فان قلنا إن

=بالمدة التى كانت سارية من قبل المدة الطويلة المقررة لسقوط جميع الحقوق - هذا الحكم صحيح فى القانون ولا غبار عليه.

(جلسة ١٩٥١/١١/١٥ طعن رقم ١٢٩ سنة ١٩ق)

(جلسة ١٩٤٤/١١/٢٣ طعن رقم ٤٠ لسنة ١٤)

(١) انظر فى هذا المعنى بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٨٨ - استئناف مصر أول يناير سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ١٩٣ ص٣٩٦.

(٢) بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠-١١ - وقارن الموجز للمؤلف ص٦٢٤ هامش رقم ١.

(٣) ترولونج١ فقرة ٢٩- لوران٣٢ فقرة ٢٠٥ - هيك ١٤ فقرة ٨٣٨.

التقادم يسقط عنصر المسئولية ويستبقى عنصر المديونية، فهذا معناه أن الحق يبقى مقصوراً على عنصر المديونية وحده، وهذا هو الالتزام الطبيعى. وإن قلنا إن التقادم يسقط الدعوى دون الحق، فهذا معناه أن الحق يصبح بعد التقادم مجرداً من دعوى تحميه، وهذا هو أيضاً الالتزام الطبيعى. وإن قلنا إن التقادم يسقط الدعوى والحق معاً، فلاشك فى أنه يتخلف هنا أيضاً عن سقوط الدعوى والحق التزام طبيعى يحل محل الالتزام المدنى الذى سقط بالتقادم. ففى جميع هذه المذاهب يتخلف عن تقادم الحق التزام طبيعى، وهو التزام قد انحدر من مرتبة الالتزام المدنى فى المذهبين الأولين، وارتفع عن مرتبة الواجب الأدبى فى المذهب الثالث.

فننظر الآن فى الآثار التى تترتب على هذا الالتزام الطبيعى.

المطلب الثالث

تخلف التزام طبيعى عن الالتزام المدنى الذى سقط بالتقادم

٦٧٥ – الآثار التى تترتب على الالتزام الطبيعى المتخلف عن الالتزام المتقادم: رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٣٨٦ مدنى تنص صراحة على تخلف التزام طبيعى عن الالتزام المدنى المتقادم. والآثار التى تترتب على الالتزام الطبيعى هى نفس الآثار التى تترتب على أى التزام طبيعى.

وقد رأينا[١] أن آثار الالتزام الطبيعى ينظر إليها من نواح خمس: (١) من ناحية إمكان الوفاء به (٢) ومن ناحية صلاحيته ليكون سبباً لإنشاء التزام مدنى (٣) ومن ناحية المقاصة (٤) ومن ناحية الكفالة (٥) ومن ناحية الحق فى الحبس.

٦٧٦ – الوفاء – يجوز الوفاء بالالتزام الطبيعى المتخلف عن التزام مدنى متقادم بنفس الشروط التى يجوز فيها الوفاء بأى التزام طبيعى آخر. فيشترط إذن أن يكون الوفاء عن بينة واختيار. والوفاء يكون عن بينة إذا لم يشبه غلط أو تدليس، وعن اختيار إذا لم يشبه إكراه. فإذا كان المدين، بعد التمسك بالتقادم وإسقاط الالتزام المدنى، قد استجاب لداعى ضميره فوفى عن بينة واختيار الالتزام الطبيعى الذى تخلف عن الالتزام المدنى، كان هذا التنفيذ وفاء لا تبرعاً. فلا يشترط فى الوفاء شكل خاص، ولا تشترط أهلية التبرع، ولا يجوز للمدين أن يسترد ما وفاه[٢].

---

(١) انظر الوسيط الجزء الثانى فقرة ٣٩٩ وما بعدها.

(٢) انظر فى هذه النتائج وفى غيرها الوسيط الجزء الثانى فقرة ٤٠٠.

وغنى عن البيان أن الالتزام الطبيعى لا يتخلف عن الالتزام المدنى الذى سقط بالتقادم، إلا إذا كان المدين لم يوف بالدين الذى عليه، واعتمد فى التخلص من مطالبة الدائن على التمسك بالتقادم. فيكون ضميره الرقيب عليه فى هذه الحالة، وإذا كان قد أغفل الوفاء بدينه المدنى، فقد يحرص على الوفاء بالتزامه الطبيعى. أما إذا كان قد وفى الدين فعلا للدائن، ثم تمسك بعد ذلك بالتقادم تخففاً من عبء إثبات الوفاء، فلا محل للقول بتخلف التزام طبيعى، بل ينقضى الدين بالتقادم دون أن يتخلف عنه شئ. فالأمر إذن موكول إلى ضمير المدين، يهديه إلى ما يجب عليه أن يفعله.

وقد قدمنا أن الدين قبل التمسك بالتقادم يبقى التزاماً مدنياً بالرغم من اكتمال المدة، فان وفاه المدين حتى عن غلط لم يجز له استرداده. أما بعد التمسك بالتقادم فانه يتحول إلى التزام طبيعى، إن وفاه المدين عن غلط – بأن وفاه الوارث مثلا وهو يجهل أن المورث قد تمسك بالتقادم – جاز له أن يسترده(1).

٦٧٧– انشاء التزام مدنى: ويجوز كذلك اتخاذ الالتزام الطبيعى المتخلف عن التزام مدنى متقادم سبباً صحيحاً لإنشاء التزام مدنى جديد غير الالتزام المدنى الذى سقط بالتقادم(2). فإذا كان المدين – بدلا من أن يفى بهذا الالتزام الطبيعى – يتعهد بأن يفى به، فانه ينشئ بهذا التعهد التزاماً مدنياً فى ذمته يجبر على الوفاء به. ويجب أن يكون قد قصد أن يلتزم بالوفاء التزاماً مدنياً، فلا يكفى مجرد الاعتراف بوجود التزام طبيعى فى ذمته(1).

والالتزام المدنى الجديد، الذى أنشئ على أساس سبب صحيح هو الالتزام الطبيعى،

---

(١) انظر الوسيط الجزء الثانى فقرة ٤٠١.

(1) الالتزام لا ينقضى بمجرد اكتمال مدة التقادم بل يظل التزاما مدنيا واجب الوفاء إلى أن يدفع بتقادمه، فإذا انقضى الالتزام المدنى بالتقادم تخلف عنه التزام طبيعى فى ذمة المدين، ولما كان الثابت أن الطاعنين نزلوا عن التقادم بعد أن اكتملت مدته وقبل أن يرفعوا دعواهم التى تمسكوا فيها بانقضاء الدين بالتقادم، فإن مؤدى ذلك أن يبقى الالتزام مدنيا ويلزم الطاعنين باداء الدين ولا يتخلف عنه التزام طبيعى.

(جلسة ١٩٧٥/٢/١٨ مجموعة احكام النقض السنة ٢٦ ص٤٢٩)

(جلسة ١٩٧٨/١١/١٨ الطعن رقم ٢٠٤ لسنة ٤٧ق)

(2) يشترط لاعتبار الدين بعد سقوطه التزاما طبيعيا أن لا يكون مخالفا للنظام العام ولما كان التقادم فى المسائل الجنائية يعتبر من النظام العام فإنه إذا تكاملت مدته لا يتخلف عنه أى التزام طبيعى واذن فمتى كان الحكم قد قرر أن دفع الغرامة من المحكوم عليه بعد سقوطها بالتقادم يعتبر بمثابة وفاء لدين طبيعى لا يصح استرداده فان هذا الحكم يكون قد خالف القانون.

(جلسة ١٩٥٥/٣/٢٤ طعن رقم ٦ سنة ٢٢ق)

يتميز عن الالتزام المدنى القديم الذى سقط بالتقادم. فهو التزام مدنى جديد مصدره الوعد الذى صدر من المدين بوفاء الالتزام الطبيعى(١)، ويسرى فى حقه تقادم جديد(٢) يبدأ من وقت استحقاقه.

٦٧٨- المقاصة: ولا تجوز المقاصة القانونية فى الالتزام الطبيعى المتخلف عن التزام مدنى متقادم، فان المقاصة القانونية تنطوى على وفاء إجبارى للدين، وهذا لا يجوز فى الالتزام الطبيعى(٣).

وغنى عن البيان أن المقاصة القانونية جائزة فى الالتزام قبل التمسك بتقادمه، إذ يكون الالتزام فى هذه الحالة لا يزال مدنياً لم يسقط بالتقادم. فإذا كانت مدة تقادمه قد اكتملت جازت المقاصة فيه إذا تمسك الدائن بالمقاصة قبل أن يتمسك المدين بالتقادم(٤). أما إذا كانت مدة التقادم لم تكتمل، وقعت المقاصة، حتى لو لم يتمسك بها الدائن إلا بعد اكتمال المدة وتمسك بها بعد تمسك المدين بالتقادم. وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ٣٦٦ مدنى، وقد سبق بيان ذلك(٤).

ويلاحظ أنه إذا كان الذى يتمسك بالمقاصة هو المدين فى دين عليه بدأ فيه سريان التقادم، فإن تمسكه بالمقاصة يعتبر إقراراً منه بالدين. ويكون هذا الإقرار إذا صدر أثناء سريان التقادم قاطعاً له، وإذا صدر بعد اكتمال المدة نزولا عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه.

٦٧٩- الكفالة: ولا تجوز كفالة الالتزام الطبيعى المتخلف عن التزام مدنى متقادم، إذا قصد بالكفالة أن يترتب فى ذمة الكفيل التزام مدنى يضمن الإلتزام الطبيعى(٥).

ولكن إذا كفل الكفيل هذا الالتزام الطبيعى وهو يعتقد أنه التزام مدنى، فان التزامه يكون التزاماً طبيعياً مثل الالتزام الأصلى، إذ لا يصح أن يكون التزام الكفيل أشد من التزام المدين(٦).

وإذا كفل الكفيل الالتزام قبل التمسك بالتقادم ولكن بعد اكتمال مدته، فان كان

---

(١) والوعد هنا عقد يتم بإيجاب وقبول من المدين والدائن.

(٢) ومدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة، حتى لو كانت مدة التقادم السابق أقل من ذلك.

(٣) الوسيط الجزء الثانى فقرة ٤٠٢.

(٤) انظر آنفاً فقرة ٦٦٥.

(٥) انظر آنفاً فقرة ٥٥١ وفقرة ٦٦٥.

(٦) انظر الوسيط الجزء الثانى فقرة ٤٠٣.

(٧) قارب المادة ٧٨٠ مدنى، وانظر الوسيط الجزء الثانى فقرة ٤٠٣.

المدين هو الذى اتفق مع الكفيل على أن يكفله، عد ذلك منه نزولا عن حقه فى التقادم بعد ثبوته، فيبقى التزامه مدنياً تصح كفالته، ويكون التزام الكفيل التزاماً مدنياً صحيحاً[١]. وإن كان الكفيل هو الذى تقدم للكفالة بدون أمر المدين، فلا يعتبر المدين قد نزل عن حقه فى التقادم، فله أن يتمسك به فيسقط التزامه، ويسقط التزام الكفيل تبعاً لذلك ويتخلف عن كل منهما التزام طبيعى، بل وللكفيل أن يتمسك بالتقادم ولو لم يتمسك به المدين فيسقط التزامه ويتخلف عنه التزام طبيعى[٢].

٦٨٠- **الحبس** - القاعدة العامة أنه لا يجوز للدائن فى التزام طبيعى أن يحبس فى يده عيناً للمدين حتى يستوفى حقه، لأن الالتزام الطبيعى لا يجوز الحبس من أجله، وإلا كان فى هذا جبر على تنفيذه، وهذا لا يجوز[٣].

ولكن هذه القاعدة يرد عليها استثناء إذا اقترنت بالقاعدة التى تقضى بأن الدفوع أبدية لا تتقادم، وهى القاعدة التى سبق ذكرها[٤]. ونفرض، لبيان ذلك، أن شخصاً باع عقاراً لآخر، واتفقا على دفع الثمن فى الحال وعلى أن يكون تسليم المبيع بعد سنة، ولم ينفذ العقد أى من الطرفين. ففى هذه الحالة، يسقط بالتقادم حق البائع فى استيفاء الثمن قبل سقوط حق المشترى فى تسلم العقار المبيع. فإذا رفع المشترى دعوى يطالب البائع بتسليم العقار المبيع، وذلك بعد سقوط حق البائع فى استيفاء الثمن، فان البائع يستطيع استبقاء العقار المبيع محبوساً فى الثمن عن طريق الدفع، وإن كان حقه فى الثمن قد تقادم عن طريق الدعوى[٥]. فيكون الحق فى الحبس فى هذه الحالة ضامناً لحق سقط بالتقادم، إذ حبس الدائن فى التزام طبيعى عيناً للمدين فى يده، على خلاف القاعدة التى تقدم ذكرها.

أما إذا كان الدين المحبوس من أجله هو عبارة عن مصروفات أنفقت على عين فى يد المدين، فان حق المدين فى اقتضاء هذه المصروفات لا يتقادم ما دام حابساً العين فى يده[٦]. ذلك أن الحبس هنا، كحبس العين المرهونة رهناً حيازياً، يعتبر قاطعاً للتقادم على وجه مستمر، والتقادم لا يكتمل ما دام منقطعاً. ولابد من أن يقبل المدين رد العين إلى صاحبها حتى يزول الانقطاع، فيسرى التقادم من جديد، ويتهيأ له بذلك أن يكتمل.

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٦٥.

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٦٥.

(٣) انظر الوسيط الجزء الثانى فقرة ٦٤٢ ص١١٤٣.

(٤) انظر آنفاً فقرة ٦٦٩.

(٥) انظر فى هذا المعنى الأستاذ عبد المنعم البدراوى فى أثر مضى المدة فى الالتزام فقرة ٣٣٩.

(٦) انظر آنفاً فقرة ٦٣٤- وقارن: استئناف مختلط ١٥ يناير ١٩١٤ م٢٦ ص١٥٤.

فهرس
لمشتملات الكتاب

صفحة

القسم الأول

أوصاف الالتزام

ترتيب البحث ٣

الباب الأول
الشرط والأجل

الفرق بين الشرط والأجل ٥

الفصل الأول
الشرط

قيام الشرط والآثار التى تترتب عليه ٧
الفرع الأول – قيام الشرط ٨
المبحث الأول – مقومات الشرط ٨
١– أمر مستقبل ١١
يجب أن يكون الشرط أمراً مستقبلا ١١
لا يجوز أن يكون الشرط أمراً ماضياً أو حاضراً ١١
قد يكون الأمر المستقبل أمرا إيجابياً أو أمراً سلبياً ١٢
٢– غير محقق الوقوع ١٣
يجب أن يكون الشرط أمراً غير محقق الوقوع ١٣
لا يكون شرطا الأمر محقق الوقوع ١٤
لا يكون شرطاً الأمر مستحيل الوقوع ١٥
الشرط الإرادى ١٥
٣– غير مخالف للنظام العام أو الآداب ١٩
الشرط المخالف للنظام العام ١٩
الشرط المخالف للآداب ٢٠
٤– أمر عارض ٢٠

الشرط أمر عارض ٢١
التمييز بين الحق المشروط والحق الاحتمالى ٢١
المبحث الثانى – نوعا الشرط: الشرط الواقف والشرط الفاسخ ٢٣
١– الشرط الواقف ٢٣
ما هو الشرط الواقف ٢٣
الشرط الواقف المستحيل والشرط الواقف المخالف للنظام العام أو الآداب ٢٥
الشرط الفاسخ الإرادى المحض – إحالة ٢٥
المبحث الثالث– مصدر الشرط وأى الحقوق يلحقها وصف الشرط ٣١
١– مصدر الشرط ٣١
مصدر الشرط هو الإرادة أو التصرف القانونى ٣١
هل يكون الشرط مصدره القانون؟ ٣٢
٢– الحقوق التى يلحقها وصف الشرط ٣٣
يلحق الشرط الحقوق الشخصية والحقوق العينية على السواء ٣٣
الحقوق التى لا يلحقها وصف الشرط ٣٣
الفرع الثانى – ما يترتب على الشرط من الآثار ٣٤
التمييز بين مرحلتين ٣٤
المبحث الأول – أثر الشرط فى مرحلة التعلق ٣٤
١– الشرط الواقف ٣٤
مراتب الحق من حيث الوجود والنفاذ ٣٥
الحق المعلق على شرط واقف حق موجود ٣٦
الحق المعلق على شرط واقف وجوده غير كامل ٣٨
٢– الشرط الفاسخ ٤٠
الحق المعلق على شرط فاسخ حق موجود نافذ ٤٠
ولكن الحق المعلق على شرط فاسخ موجود على خطر الزوال ٤٢
المبحث الثانى – أثر الشرط بعد انتهاء مرحلة التعليق ٤٢
١– كيف يتحقق الشرط أو يتخلف ٤٣
العبرة بإرادة طرفى الالتزام فى تحقق الشرط أو تخلفه ٤٣
الشرط الذى حدد لتحققه أو لتخلفه وقت معين ٤٤
تحقق الشرط أو تخلفه بطريق الغش ٤٦
٢– أثر تحقق الشرط أو تخلفه ٤٩

الشرط الواقف ٤٩
الشرط الفاسخ ٥١
أعمال الإرادة فى حالة تحقق الشرط الفاسخ ٥٣
٣- الأثر الرجعى لتحقق الشرط ٥٤
الأساس الذى يقوم عليه مبدأ الأثر الرجعى - تقدير هذا المبدأ ٥٦
ما يترتب من النتائج على الأثر الرجعى لتحقق الشرط ٦١
الاستثناءات من مبدأ الأثر الرجعى لتحقق الشرط ٦٤

الفصل الثانى
الأجل
قيام الأجل والآثار التى تترتب عليه

الفرع الأول - قيام الأجل ٦٧
المبحث الأول - مقومات الأجل ٦٨
١- أمر مستقبل ٦٩
يجب أن يكون الأجل أمراً مستقبلا ٦٩
لا يجوز أن يكون الأجل أمراً ماضياً أو حاضراً ٧٠
٢- أمر محقق الوقوع ٧٠
يجب أن يكون الأجل محقق الوقوع ٧٠
يصح أن يكون ميعاد حلول الأجل مجهولا ٧١
٣- أمر عارض ٧٣
الأجل عنصر عارض فى الالتزام لا عنصر جوهرى ٧٣
الأجل فى العقود الزمنية ٧٤
المبحث الثانى- نوعا الأجل: الأجل الواقف والأجل الفاسخ ٧٦
١- الأجل الواقف ٧٦
ما هو الأجل الواقف ٧٦
التزام المدين بالوفاء عند الميسرة أو عند المقدرة التزام مقترن بأجل واقف ٧٧
٢- الأجل الفاسخ ٧٩
ما هو الأجل الفاسخ ٧٩
هل يوجد أجل فاسخ؟ ٧٩
المبحث الثالث - مصادر الأجل وأى الحقوق يلحقها وصف الأجل ٨٢

١ – مصادر الأجل ٨٢
مصادر الأجل الاتفاق والقانون والقضاء ٨٢
الاتفاق مصدر للأجل ٨٢
القانون مصدر للأجل ٨٣
القضاء مصدر للأجل ٨٥
٢ – الحقوق التى يلحقها وصف الأجل ٨٦
الحقوق الشخصية والحقوق العينية عدا حق الملكية ٨٦
الحقوق التى لا يلحقها وصف الأجل ٨٦
الفرع الثانى – ما يترتب على الأجل من الآثار ٨٦
قبل حلول الأجل وعند حلول الأجل ٨٨
المبحث الأول– الآثار قبل حلول الأجل ٨٨
١ – الأجل الواقف ٨٨
الحق المقترن بأجل واقف حق موجود وهو كامل الوجود ٨٨
ولكنه حق غير نافذ ٩٠
٢ – الأجل الفاسخ ٩٣
الحق المقترن بأجل فاسخ موجود ونافذ ٩٣
ولكن الحق المقترن بأجل فاسخ مؤكد الزوال ٩٤
المبحث الثانى – الآثار عند حلول الأجل ٩٤
١ – كيف يحل الأجل ٩٤
حلول الأجل بانقضائه ٩٥
حلول الأجل بسقوطه: ٩٧
سقوط الأجل لشهر إفلاس المدين أو إعساره ٩٩
سقوط الأجل لإضعاف التأمينات ١٠٠
سقوط الأجل لعدم تقديم المدين لتأمين وعد به ١٠٥
سقوط الأجل لأسباب أخرى ١٠٦
حلول الأجل بالنزول عنه ممن له مصلحة فيه ١٠٨
٢ – ما يترتب من الأثر على حلول الأجل ١١٢
الأجل الواقف ١١٢
الأجل الفاسخ ١١٣
مقارنة بين الشرط والأجل ١١٤

الباب الثانى
تعدد محل الالتزام

الالتزام متعدد المحل والالتزام التخييرى والالتزام البدلى ١١٦

الفصل الأول
الالتزام التخييرى

قيام وصف التخيير وأحكامه ١٢١
الفرع الأول – قيام وصف التخيير ١٢١
١ – متى يقوم وصف التخيير ١٢٣
(أ) تحديد منطقة الالتزام التخييرى: ١٢٣
تعدد محل الالتزام ١٢٣
توافر الشروط فى كل من الأداءات المتعددة ١٢٥
محل واحد من المحال المتعددة هو الواجب الأداء ١٢٦
(ب) تمييز الالتزام التخييرى عن حالات أخرى تشتبه به: ١٢٧
التمييز بين الالتزام التخييرى والشرط الجزائى ١٢٨
التمييز بين الالتزام التخييرى والالتزام المعلق على شرط واقف ١٢٨
التمييز بين الالتزام التخييرى والالتزام بشئ غير معين بالذات ١٢٩
٢ – من له خيار التعيين ومصدر هذا الخيار ١٣٠
من له خيار التعيين ١٣٠
مصدر الخيار ١٣١
الفرع الثانى – أحكام الالتزام التخييرى ١٣٣
١ – تعيين المحل الواجب الأداء ١٣٣
التعيين إذا كان الخيار للمدين ١٣٥
التعيين إذا كان الخيار للدائن ١٣٩
استناد تعيين المحل إلى الماضى ١٤١
٢ – أحكام الهلاك ١٤٣
هلاك الشيئين معاً بسبب أجنبى ١٤٦
هلاك الشيئين أو أحدهما والخيار للمدين ١٤٩
هلاك الشيئين أو أحدهما والخيار للدائن ١٥٠

الفصل الثانى
الالتزام البدلى

قيام وصف البدل وأحكامه ١٥٢
الفرع الأول – قيام وصف البدل ١٥٣
١– متى يقوم وصف البدل ١٥٤
تحديد منطقة الالتزام البدلى ١٥٤
تمييز الالتزام البدلى عن حالات أخرى تشتبه به: ١٥٤
التمييز بين الالتزام البدلى والالتزام التخييرى ١٥٥
التمييز بين الالتزام البدلى والشرط الجزائى ١٥٦
الالتزام البدلى والعربون ١٥٦
٢– ثبوت خيار البدل للمدين ومصدر هذا الخيار ١٥٧
ثبوت خيار البدل للمدين ١٥٧
مصدر خيار البدل ١٥٧
الفرع الثانى– أحكام الالتزام البدلى ١٦٠
١– تعيين محل الأداء ١٦٠
ما الذى يطالب به الدائن ١٦٠
ما الذى يدفعه المدين ١٦٠
٢– أحكام الهلاك ١٦١
هلاك المحل الأصلى ١٦١
هلاك البديل ١٦٢

الباب الثالث
تعدد طرفى الالتزام

صور التعدد: الالتزام متعدد الأطراف والالتزام التضامنى والالتزام غير القابل للانقسام ١٦٣

الفصل الأول
الالتزام متعدد الأطراف

وحدة المصدر وتعدد الأثر ١٦٥
١– مصدر التعدد فى الالتزام متعدد الأطراف ١٦٥
القانون مصدر التعدد ١٦٥

الإرادة مصدر التعدد ١٦٧
٢- الأثر الذى يترتب على التعدد فى الالتزام متعدد الأطراف ١٦٧
انقسام الالتزام على أطرافه ١٦٧
النتائج التى تترتب على انقسام الالتزام ١٦٨

الفصل الثانى
الالتزام التضامنى

التضامن بين الدائنين والتضامن بين المدينين ١٧٠
الفرع الأول - التضامن بين الدائنين ١٧١
المبحث الأول - مصدر التضامن بين الدائنين ١٧٢
التضامن بين الدائنين مصدره الاتفاق أو الإرادة بوجه عام ١٧٣
التضامن بين الدائنين لا يفترض ١٧٥
وحدة المحل وتعدد الروابط ١٧٦
المبحث الثانى- الآثار التى تترتب على تضامن الدائنين ١٧٧
المطلب الأول- العلاقة ما بين الدائنين المتضامنين والمدين ١٧٧
١- انقضاء الدين بالوفاء ١٨١
للمدين أن يوفى أى دائن كل الدين ١٨١
ما لم يمانع أحد الدائنين ١٨٢
لا يحول التضامن دون انقسام الدين بين ورثة الدائن المتضامن ١٨٤
ولأى دائن مطالبة المدين بكل الدين ١٨٦
أوجه الدفع التى يحتج بها على الدائن المطالب ١٨٧
٢- انقضاء الدين بأسباب أخرى غير الوفاء ١٨٨
التجديد ١٨٩
المقاصة ١٩٠
اتحاد الذمة ١٩٠
الإبراء ١٩١
التقادم ١٩١
٣- أعمال الدائن التى من شأنها نفع سائر الدائنين أو الإضرار بهم ١٩٢
الأعمال النافعة ١٩٢
الأعمال الضارة ١٩٤
المطلب الثانى- علاقة الدائنين المتضامنين بعضهم ببعض ١٩٥

انقسام الدين فى علاقة الدائنين بعضهم ببعض ١٩٥
الأساس القانونى لرجوع كل دائن بحصته ١٩٧
كيف تتعين حصة كل دائن متضامن ١٩٧
المبحث الثالث- صورة خاصة من التضامن بين الدائنين (الدين المشترك) ١٩٩
الدين المشترك صورة خاصة من التضامن بين الدائنين يعرفها الفقه الإسلامى والتقنين المدنى العراقى دون التقنين المصرى وسائر التقنينات المدنية العربية ١٩٩
المطلب الأول- مصدر الدين المشترك ٢٠٠
سبق الاشتراك فى المال الذى نشأ عنه الدين ٢٠١
وحدة الصفقة ٢٠٢
مقارنة بين الاشتراك فى الدين والتضامن بين الدائنين من حيث المصدر ٢٠٣
المطلب الثانى- الآثار التى تترتب على الاشتراك فى الدين ٢٠٣
جواز الاتفاق على استبعاد الاشتراك فى الدين ٢٠٦
١- العلاقة ما بين الدائنين والمدين فى الدين المشترك ٢٠٨
الوفاء ٢٠٨
انقضاء الدين بأسباب أخرى غير الوفاء ٢١٠
عدم قيام النيابة التبادلية بين الدائنين ٢١١
٢- علاقة الدائنين بعضهم ببعض فى الدين المشترك ٢١١
مشاركة الدائنين الآخرين للدائن فى حصته ٢١٢
رجوع الدائنين الآخرين على الدائن بنصيبه فى اعسار المدين ٢١٨
الفرع الثانى- التضامن بين المدينين ٢١٩
المبحث الأول - مصدر التضامن بين المدينين ٢٢٠
المطلب الأول - الاتفاق كمصدر للتضامن بين المدينين ٢٢٢
الاتفاق على تضامن المدينين لا يفترض ٢٢٢
إثبات الاتفاق مصدر التضامن ٢٢٥
التضامن بين المدينين فى المسائل التجارية ٢٢٦
المطلب الثانى- نص القانون كمصدر للتضامن بين المدينين ٢٣٠
التزامات مدنية مصدرها العقد ٢٣١
التزامات مدنية مصدرها العمل غير المشروع ٢٣٣
التزامات مدنية مصدرها الإثراء بلا سبب ٢٣٨

التزامات مدنية مصدرها القانون ٢٣٩
التزامات تجارية وبحرية ٢٤٠
المطلب الثالث– وحدة المحل وتعدد الروابط – الالتزام التضامنى ٢٤٣
وحدة المحل وتعدد الروابط ٢٤٣
الالتزام التضامنى (obligation in solidum) ٢٤٤
أمثلة للالتزام التضامنى فى القانون المصرى ٢٤٧
المبحث الثاني– الآثار التى تترتب على تضامن المدينين ٢٥١
المطلب الأول– العلاقة بين الدائن والمدينين ٢٥٢
١– انقضاء الدين بالوفاء ٢٥٣
لأى مدين متضامن أن يوفى الدائن كل الدين ٢٥٥
وللدائن أن يستوفى الدين كله من أى مدين متضامن ٢٥٦
مراعاة ما يلحق رابطة كل مدين من وصف ٢٥٧
إدخال المدينين المتضامنين الآخرين فى الدعوى ودخولهم فيها ٢٥٨
مطالبة مدين بعد آخر ٢٥٩
مطالبة المدينين المتضامنين مجتمعين ٢٦١
هل ينقسم الدين بين ورثة المدين بالتضامن؟ ٢٦٣
أوجه الدفع التى يحتج بها المدين المتضامن ٢٦٤
٢– انقضاء الدين بأسباب أخرى غير الوفاء ٢٦٦
التجديد ٢٦٨
المقاصة ٢٧١
اتحاد الذمة ٢٧٤
الإبراء ٢٧٥
التقادم ٢٨٢
٣– الآثار الثانوية للتضامن بين المدينين ٢٨٤
المبدأ العام ٢٨٤
انقطاع التقادم أو وقفه بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين ٢٨٦
خطأ أحد المدينين المتضامنين فى تنفيذ التزامه ٢٩٠
الإعذار والمطالبة القضائية ٢٩٣
الصلح مع أحد المدينين المتضامنين ٢٩٦
إقرار أحد المدينين المتضامنين أو إقرار الدائن ٢٩٧
حلف اليمين أو النكول عنها ٢٩٨

صدور حكم على أحد المدينين المتضامنين أو لصالحه ٣٠٠
المطلب الثانى– علاقة المدينين المتضامنين بعضهم بعض ٣٠٥
متى يكون للمدين المتضامن حق الرجوع على المدينين المتضامنين الآخرين ٣٠٧
الأساس القانونى لرجوع المدين – الدعوى الشخصية ودعوى الحلول ٣١١
انقسام الدين على المدينين المتضامنين وتعيين حصة كل منهم ٣١٤
تحمل الموسرين من المدينين المتضامنين لحصص المعسرين منهم ٣١٦
تحمل أصحاب المصلحة فى الدين وحدهم بكل الدين ٣١٧

الفصل الثالث

الالتزام غير القابل للانقسام

الفرع الأول– أسباب عدم قابلية الالتزام للانقسام ٣٢٣
عدم القابلية للانقسام يرجع إلى طبيعة المحل ٣٢٤
عدم القابلية للانقسام يرجع إلى الاتفاق ٣٢٨
الفرع الثانى – الآثار التى تترتب على عدم قابلية الالتزام للانقسام ٣٣١
المبحث الأول– تعدد المدينين فى الالتزام غير القابل للانقسام ٣٣٢
المطلب الأول– علاقة الدائن بالمدينين ٣٣٤
المبادئ الأساسية ٣٣٤
انقضاء الالتزام غير القابل للانقسام بالوفاء – إمكان الدائن مطالبة أى مدين بالالتزام كله ٣٣٦
انقضاء الالتزام غير القابل للانقسام بغير الوفاء ٣٣٨
عدم قيام نيابة تبادلية بين المدينين فى الالتزام غير القابل للانقسام ٣٣٩
المطلب الثانى– علاقة المدينين بعضهم ببعض ٣٤٣
انقسام الدين على المدينين ٣٤٣
تعيين حصة كل مدين ٣٤٤
إعسار أحد المدينين ٣٤٤
المبحث الثانى– تعدد الدائنين فى الالتزام غير القابل للانقسام ٣٤٥
المطلب الأول– علاقة الدائنين بالمدين ٣٤٦
المبادئ الأساسية ٣٤٦

انقضاء الالتزام غير القابل للانقسام بالوفاء – إمكان أى دائن مطالبة المدين بالالتزام كله ٣٤٦
انقضاء الالتزام غير القابل للانقسام بغير الوفاء ٣٤٨
عدم قيام نيابة تبادلية بين الدائنين فى الالتزام غير القابل للانقسام ٣٤٩
المطلب الثانى– علاقة الدائنين بعضهم ببعض ٣٥٢
انقسام الدين على الدائنين ٣٥٢
تعيين حصة كل دائن ٣٥٢
إعسار أحد الدائنين أو إعسار المدين ٣٥٢
مقابلة ما بين التضامن وعدم القابلية للانقسام ٣٥٣
وجوه الموافقات ٣٥٣
وجوه المفارقات ٣٥٣
مقابلة ما بين الدين المشترك وعدم القابلية للانقسام عند تعدد الدائنين ٣٥٤
من حيث المصدر ٣٥٤
من حيث الآثار فى علاقة الدائنين بالمدين ٣٥٥
من حيث الآثار فى علاقة الدائنين بعضهم ببعض ٣٥٥

القسم الثانى

انتقال الالتزام ٣٥٧

تمهيد ٣٥٩
١– لمحة فى التطور التاريخى لانتقال الالتزام ٣٥٩
معنى انتقال الالتزام ٣٥٩
كيف يتصور انتقال الالتزام ٣٥٩
انتقال الالتزام بسبب الموت ٣٦٠
انتقال الالتزام ما بين الأحياء ٣٦١
انتقال الالتزام فى الفقه الإسلامى ٣٦٤
حوالة الدين فى المذهب الحنفى ٣٦٦
حوالة الدين فى المذاهب الأخرى ٣٦٦

حوالة الحق فى المذهب المالكى ٣٧٦
حوالة الحق فى المذاهب الأخرى ٣٧٧
٢- مقارنة الحوالة بالنظم القانونية التى تقرب منها ٣٧٩
الحوالة والتجديد ٣٧٩
حوالة الدين والإنابة فى الوفاء ٣٨١
حوالة الحق والوفاء مع الحلول ٣٨١

الباب الأول
حوالة الحق

أطراف حوالة الحق ٣٨٣
الأغراض المختلفة لحوالة الحق ٣٨٣

الفصل الأول
أركان حوالة الحق

أركان حوالة الحق هى أركان الاتفاق بوجه عام ٣٨٧
الفرع الأول- محل حوالة الحق ٣٨٨
١- الأصل العام: الحق الشخصى قابل للحوالة ٣٨٩
كل حق شخصى قابل فى الأصل للحوالة ٣٨٩
الحقوق المستقبلة ٣٩٢
حوالة الحقوق الناشئة من عقود ملزمة للجانبين ٣٩٤
حوالة الحقوق المتنازع فيها ٣٩٦
الحقوق العينية لا تكون محلا لحوالة الحق ٣٩٧
٢- الاستثناءات - الحالات التى يكون فيها الحق الشخصى غير قابل للحوالة ٣٩٨
متى يكون الحق الشخصى غير قابل للحوالة ٣٩٨
عدم القابلية للحوالة بسبب طبيعة الحق ٣٩٩
عدم قابلية الحق للحوالة بنص فى القانون أو لعدم قابليته للحجز ٣٩٩
عدم قابلية الحق للحوالة باتفاق المتعاقدين ٤٠١
الفرع الثانى- التراضى فى حوالة الحق ٤٠٢
١- انعقاد الحوالة ٤٠٥
تراضى المحيل والمحال له كاف فى انعقاد الحوالة - لا حاجة إلى رضاء المدين ٤٠٥

الحوالة اتفاق رضائى لا يشترط فيه شكل خاص إلا فى الهبة ٤٠٨
وجوب مراعاة قواعد الإثبات ٤٠٩
تكييف الاتفاق الذى تتم به الحوالة ٤١٠
٢- نفاذ الحوالة فى حق المدين وفى حق الغير ٤١١
معنى صيرورة الحوالة نافذة فى حق المدين وفى حق الغير ٤١١
إعلان المدين بالحوالة أو قبوله لها ضرورى لنفاذ الحوالة فى حقه وفى حق الغير ٤١٢
إعلان المدين بالحوالة ٤١٥
قبول المدين للحوالة ٤١٩
هل يقوم علم المدين بصدور الحوالة مقام الإعلان أو القبول؟ ٤٢٢
إجراءات خاصة لجعل حوالة بعض الحقوق نافذة فى حق المدين والغير ٤٢٦

الفصل الثانى
الآثار التى تترتب على حوالة الحق

علاقات متنوعة ٤٢٩
الفرع الأول- علاقة المحال له بالمحيل ٤٢٩
المبحث الأول - انتقال الحق المحال به من المحيل إلى المحال له ٤٣٣
المطلب الأول - انتقال الحق بصفاته ودفوعه ٤٣٣
انتقال نفس الحق بمجرد انعقاد الحوالة ٤٣٣
تسليم سند الحق ووسائل إثباته ٤٣٥
المطلب الثانى- انتقال توابع الحق المحال به ٤٣٦
انتقال ضمانات الحق ٤٣٦
انتقال ما حل من فوائد واقساط ٤٣٧
انتقال الدعاوى التى تؤكد الحق المحال به دون الدعاوى التى تنافيه ٤٣٧
المبحث الثانى- التزام المحيل بضمان الحق المحال به للمحال له ٤٣٩
المطلب الأول- ما يضمنه المحيل للمحال له ٤٤٠
ضمان المحيل لأفعاله الشخصية ٤٤٠
الضمان فى الحوالة بعوض بحكم القانون ٤٤٢
الضمان فى الحوالة بعوض بحكم الاتفاق ٤٤٦

الضمان فى الحوالة بغير عوض بحكم القانون ٤٥١
الضمان فى الحوالة بغير عوض بحكم الاتفاق ٤٥٣
المطلب الثانى– ما يرجع به المحال له على المحيل عند تحقق الضمان
المبدأ العام ٤٥٣
حالة إعسار المدين إعساراً جزئياً ٤٥٧
حالة وقوع حوالة تالية بعوض يقل أو يزيد ٤٥٨
حالة الحوالة بغير عوض – إحالة ٤٥٨
الفرع الثانى– علاقة المحال له بالمحال عليه ٤٥٩
المبحث الأول– علاقة المحال له بالمحال عليه قبل إعلان الحوالة أو قبولها ٤٦٠
دائنية المحال له للمحال عليه دائنية محدودة ٤٦٠
الإجراءات التحفظية التى يتخذها المحال له ٤٦٠
امتناع المحال عليه من الإضرار بحقوق المحال له ٤٦٢
المبحث الثانى– علاقة المحال له بالمحال عليه بعد إعلان الحوالة أو قبولها ٤٦٣
نفاذ الحوالة فى حق المحال عليه ٤٦٣
حلول المحال له محل المحيل فى نفس الحق المحال به ٤٦٤
الدفوع التى للمحال عليه أن يتمسك بها قبل المحال له ٤٦٩
الفرع الثالث– علاقة المحيل بالمحال عليه ٤٧٤
التمييز بين مرحلتين ٤٧٤
المرحلة التى تسبق إعلان الحوالة أو قبولها ٤٧٤
المرحلة التى تلى إعلان الحوالة أو قبولها ٤٧٥
الفرع الرابع– علاقة المحال له بالغير ٤٧٦
المبحث الأول– التزاحم بين المحال له وبين دائن المحيل المفلس أو المعسر أو محال له آخر ٤٧٨
التزاحم بين المحال له وبين دائن المحيل المفلس أو المعسر ٤٧٨
التزاحم بين محال له ومحال له آخر ٤٨٠
المبحث الثانى– التزاحم بين المحال له والدائنين الحاجزين ٤٨٢
التزاحم بين المحال له والدائن الحاجز ٤٨٣
التزاحم بين الدائن الحاجز والمحال له ٤٨٣
التزاحم بين الدائن الحاجز الأول والمحال له والدائن الحاجز الثانى (حوالة بين حجزين) ٤٨٤

الباب الثانى
حوالة الدين

أطراف حوالة الدين ٤٨٨
الأغراض المختلفة التى تفى بها حوالة الدين ٤٨٩
حوالة الدين نظام استحدثه التقنين المدنى الجديد– النظم الأخرى التى كانت تقوم مقامه: ٤٩١
التجديد بتغيير الدين – الإنابة فى الوفاء – الاشتراط لمصلحة الغير ٤٩١

الفصل الأول
أركان حوالة الدين

أركان حوالة الدين هى أركان الاتفاق بوجه عام ٤٩٦
الفرع الأول– اتفاق المدين الأصلى والمحال عليه ٤٩٧
المبحث الأول– انعقاد حوالة الدين ٤٩٧
انعقاد الحوالة بالاتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه ٤٩٩
لابد من تدخل الدائن على كل حال ٥٠٠
مركز المدين الأصلى من كل من الدائن والمحال عليه ٥٠١
المبحث الثانى– نفاذ الحوالة فى حق الدائن ٥٠٢
متى يصدر إقرار الدائن ٥٠٤
حالة بيع العقار المرهون ٥٠٥
كيف يكون إقرار الدائن ٥٠٧
الدائن حر فى إقرار الحوالة أو رفضها ٥٠٨
الأثر المترتب على إقرار الدائن للحوالة أو على رفضها ٥١٠
الفرع الثانى– اتفاق الدائن والمحال عليه ٥١١
كيف يتم الاتفاق بين الدائن والمحال عليه ٥١٢
أثر الاتفاق بالنسبة إلى الدائن الأصلى ٥١٣

الفصل الثانى
الآثار التى تترتب على حوالة الدين

علاقات متنوعة ٥١٥
الفرع الأول– علاقة الدائن بالمحال عليه ٥١٥
المبحث الأول– حلول المحال عليه محل المدين الأصلى فى الدين ٥١٦

ما يترتب على هذا الحلول: ٥١٦
براءة ذمة المدين الأصلى قبل الدائن ٥١٦
انتقال الدين نفسه إلى المحال عليه ٥١٨
المبحث الثانى– انتقال الدين إلى المحال عليه بضماناته ٥٢٠
الضمانات العينية التى تأتى من جهة المدين الأصلى ٥٢١
الضمانات الشخصية أو العينية التى يقدمها كفيل المدين للدائن ٥٢٤
المبحث الثالث– انتقال الدين إلى المحال عليه بدفوعه ٥٢٦
الدفوع التى كان للمدين الأصلى أن يتمسك بها ٥٢٧
الدفوع المستمدة من عقد الحوالة ٨٣٠
الدفوع المستمدة من العلاقة ما بين المدين الأصلى والمحال عليه ٥٣١
الفرع الثانى– علاقة الدائن بالمدين الأصلى ٥٣٣
براءة ذمة المدين الأصلى نحو الدائن ٥٣٥
ضمان المدين الأصلى ليسار المحال عليه ٥٣٥
الفرع الثالث– علاقة المدين الأصلى بالمحال عليه ٥٣٨
المبحث الأول– الحوالة لم تنفذ فى حق الدائن ٥٣٨
الاتفاق على الحوالة يلزم المحال عليه نحو المدين الأصلى ٥٤٠
الفرق بين الاتفاق على الحوالة والاشتراط لمصلحة الغير ٥٤٢
الاتفاق على الحوالة كل لا يقبل التجزئة – عدم الوفاء بالتزام يستتبع عدم الوفاء بالالتزام المقابل ٥٤٤
الاتفاق على الحوالة قابل للتعديل فيه والعدول عنه باتفاق آخر ٥٤٥
المبحث الثانى– الحوالة نافذة فى حق الدائن ٥٤٦
يعتبر المحال عليه قد أدى للمدين الأصلى التزاماً بقيمة الحوالة ٥٤٦
الحوالة المقيدة ٥٤٨
حالة إبطال الحوالة ٥٥٠

القسم الثالث

انقضاء الالتزام ٥٥١

تمهيد

تحديد أسباب انقضاء الالتزام وتقسيم هذه الأسباب ٥٥٣

مصير الالتزام حتما إلى الانقضاء ٥٥٣

تحديد أسباب انقضاء الالتزام ٥٥٤

طريقان لتقسيم أسباب الالتزام: ٥٥٥

التقسيم العملي: التصرف القانوني والواقعة القانونية ٥٥٥

التقسيم العملي: انقضاء الالتزام بتنفيذه عيناً أو بتنفيذه بمقابل أو دون تنفيذ ٥٥٦

الباب الأول
انقضاء الالتزام بتنفيذه عيناً
الوفاء

مقدمة – التكييف القانوني للوفاء وما يترتب على هذا التكييف ٥٥٩

التكييف القانوني للوفاء ٥٥٩

ما يترتب على هذا التكييف: ٥٦٠

١ – الوفاء اتفاق ٥٦٠

ما يترتب على أن الوفاء اتفاق ٥٦٠

إثبات الوفاء ٥٦٢

٢ – الوفاء اتفاق على قضاء الدين ٥٦٦

الوفاء اتفاق له مقومات خاصة ٥٦٦

الوفاء اتفاق مفروض على كل من المدين والدائن ٥٦٧

الوفاء اتفاق محله هو نفس محل الدين الواجب الوفاء ٥٦٧

الفصل الأول
طرفا الوفاء

الفرع الأول – الموفي ٥٦٩

يشترط لصحة الوفاء من الموفي الملكية وأهلية التصرف: ٥٦٩

ملكية الموفى للشئ الذى وفى به ٥٧١
أهلية الموفى للتصرف فى الشئ الموفى به ٥٧٣
الموفى قد يكون المدين وقد يكون غير المدين ٥٧٥
المبحث الأول- من يقوم بالوفاء ٥٧٥
الموفى هو المدين أو نائبه ٥٧٧
الموفى هو شخص له مصلحة فى الوفاء ٥٧٨
الموفى هو أجنبى لا مصلحة له فى الوفاء ٥٨١
المبحث الثانى- رجوع الموفى على المدين ٥٨١
الدعوى الشخصية ٥٨١
دعوى الحلول ٥٨٤
المطلب الأول- مصدر الحلول: ٥٨٥
١- الحلول القانونى ٥٨٥
الموفى ملزم بالدين مع المدين أو ملزم عنه ٥٨٧
الموفى دائن وفى دائناً مقدماً عليه ٥٨٩
الموفى اشترى عقاراً ودفع ثمنه لدائنين خصص العقار لضمان حقوقهم ٥٩٣
وجود نص خاص يقرر للموفى حق الحلول ٥٩٥
٢- الحلول الاتفاقى ٥٩٧
(أ) الحلول باتفاق الموفى مع الدائن ٥٩٧
اتفاق بين الموفى والدائن ٥٩٧
عدم تأخر الاتفاق عن وقت الوفاء ٥٩٩
إثبات الاتفاق على الحلول ٦٠٠
(ب) الحلول باتفاق الموفى مع المدين ٦٠١
الحلول باتفاق مع المدين تبرره أغراض عملية ٦٠٢
شروط الحلول بالاتفاق مع المدين ٦٠٣
ما لا يشترط فى الحلول بالاتفاق مع المدين ٦٠٥
المطلب الثاني- أحكام الرجوع بدعوى الحلول ٦٠٦
١- الآثار التى تترتب على الحلول ٦٠٦
حلول الموفى محل الدائن وما يرد على هذا الحلول من القيود ٦٠٦
(أ) حلول الموفى محل الدائن ٦٠٧

يكون للموفى حق الدائن بماله من خصائص ٦٠٨
يكون للموفى حق الدائن بما يلحقه من توابع ٦١٠
يكون للموفى حق الدائن بما يكفله من تأمينات ٦١٠
يكون للموفى حق الدائن بما يرد عليه من دفوع ٦١١
(ب) ما يرد على حلول الموفى محل الدائن من قيود ٦١٢
رجوع الموفى على المدين بمقدار ما أداه ماله لا بمقدار الدين ٦١٣
الموفى مدين متضامن ٦١٤
الموفى حائز للعقار المرهون ويرجع على حائز لعقار مرهون آخر ٦١٤
الموفى حائز للعقار المرهون ولا يرجع على الكفيل ٦١٥
الموفى لم يوف إلا جزءاً من الدين ٦١٦
٢- التكييف القانونى للحلول ٦١٩
صعوبة هذا التكييف وسبب ذلك ٦١٩
(أ) النظريات الثلاث المختلفة فى التكييف القانونى للوفاء مع الحلول ٦١٩
بقاء التأمينات وحدها دون الحق ٦١٩
بقاء الحق نفسه وانتقاله إلى الموفى ٦٢٠
الوفاء مع الحلول وفاء للحق بالنسبة إلى الدائن وانتقال للحق بالنسبة إلى المدين ٦٢١
(ب) الفروق ما بين الوفاء مع الحلول وحوالة الحق ٦٢٣
اختلاف الأغراض العملية ٦٢٣
الفروق من حيث شروط الانعقاد والنفاذ ٦٢٥
الفروق من حيث الآثار - الدعوى الشخصية ٦٢٦
الفروق من حيث الآثار - دعوى الحلول ٦٢٧
الفرع الثانى- الموفى له ٦٢٩
المبحث الأول- الوفاء باتفاق بين الموفى والموفى له ٦٢٩
المطلب الأول - الموفى له هو الدائن أو نائبه ٦٢٩
١- الوفاء للدائن ٦٣١
الوفاء لمن يكون دائناً وقت استيفاء الدين ٦٣١
أهلية الدائن لاستيفاء الدين ٦٣١

٢- الوفاء لنائب الدائن ٦٣٣
الوفاء للولى أو الوصى أو القيم أو الوكيل عن الغائب ٦٣٣
الوفاء لأمين التفليسة وللحارس القضائى ٦٣٣
الوفاء لدائن الدائن عند استعمال الدعوى غير المباشرة ٦٣٣
الوفاء للمحضر ٦٣٣
الوفاء لحساب جار باسم الدائن فى مصرف ٦٣٤
الوفاء لوكيل الدائن ٦٣٤
المطلب الثانى- الموفى له غير الدائن ٦٣٥
إقرار الدائن للوفاء ٦٣٦
منفعة تعود على الدائن من الوفاء ٦٣٧
الوفاء للدائن الظاهر ٦٣٨
الوفاء لدائن الدائن الحاجز تحت يد المدين ٦٤٢
المبحث الثانى- الوفاء بإرادة الموفى وحده (العرض الحقيقى والإيداع)..... ٦٤٥
متى يجوز للمدين العرض الحقيقى والإيداع: ٦٤٥
رفض الدائن قبول الوفاء ٦٤٦
تعذر الوفاء للدائن ٦٤٧
المطلب الأول- إجراءات العرض الحقيقى والإيداع ٦٤٩
وجوب التنسيق بين نصوص التقنين المدنى ونصوص تقنين المرافعات.... ٦٤٩
مراحل ثلاث:
(أ) مراحل إعذار الدائن: ٦٥٠
ما يترتب على إعذار الدائن من النتائج ٦٥١
(ب) مرحلة العرض الحقيقى ٦٥٣
(جـ) مرحلة الإيداع ٦٥٥
المطلب الثانى- ما يترتب على العرض والإيداع من الآثار ٦٥٨
١- أثر العرض والإيداع بعد قبول الدائن أو بعد صدور حكم بصحة العرض ٦٥٩
قبول الدائن للعرض ٦٥٩
الحكم بصحة العرض والإيداع ٦٦٠
ما يترتب من الأثر على قبول الدائن أو صدور حكم نهائى بصحة العرض والإيداع ٦٦٢
٢- أثر العرض والإيداع قبل قبول الدائن وقبل صدور حكم بصحة العرض ٦٦٥

متى يجوز للمدين الرجوع فى العرض ٦٦٦
الأثر الذى يترتب على رجوع المدين فى العرض ٦٦٧

الفصل الثانى
محل الوفاء

الفرع الأول– على أى شئ يقع الوفاء وما يتبع هذا الشئ من ملحقات ٦٦٨
المبحث الأول– على أى شئ يقع الوفاء ٦٦٨
المطلب الأول– الوفاء بنفس المستحق ٦٦٨
الشئ المستحق شئ معين بالذات ٦٧٠
الشئ المستحق غير معين إلا بنوعه ٣٧١
الشئ المستحق نقود ٦٧١
الشئ المستحق عمل أو امتناع عن عمل – إحالة ٦٧٥
المطلب الثانى– الوفاء بكل الشئ المستحق– عدم جواز تجزئة الوفاء. ٦٧٥
القاعدة– عدم جواز تجزئة الوفاء ٦٧٦
الاستثناءات – جواز تجزئة الوفاء ٦٧٧
المطلب الثالث– تعيين جهة الدفع عند تعدد الديون ٦٧٩
تعيين الدين المدفوع بواسطة المدين ٦٨٢
تعيين الدين المدفوع بواسطة القانون ٦٨٣
تعيين الدين المدفوع بواسطة الدائن ٦٨٦
المبحث الثانى– ما يتبع الشئ الموفى به من ملحقات ٦٨٨
الفوائد والمصروفات ٦٨٩
نفقات الوفاء ٦٩٠
الفرع الثانى– الزمان والمكان اللذان يتم فيهما الوفاء ٦٩١
المبحث الأول– الزمان الذى يتم فيه الوفاء ٦٩١
الأصل فى الالتزام أن يؤدى فوراً ٦٩٣
متى يتراخى الوفاء بالالتزام – اتفاق أو نص فى القانون ٦٩٣
تحديد القاضى وقت الوفاء – نظرة الميسرة: ٦٩٤
شروط منح القاضى لنظرة الميسرة ٦٩٥
الآثار التى تترتب على نظرة الميسرة ٦٩٨
سقوط الأجل فى نظرة الميسرة ٧٠٠
المبحث الثانى– المكان الذى يتم فيه الوفاء ٧٠١

اتفاق الطرفين على مكان الوفاء ٧٠٢
مكان الوفاء فى العين المعينة بالذات هو مكان وجودها وقت نشوء الالتزام ٧٠٤
مكان الوفاء فى غير العين المعينة بالذات هو موطن المدين أو مركز أعماله ٧٠٥
نصوص خاصة بتعيين مكان الوفاء فى بعض العقود المسماة ٧٠٦

الباب الثانى
انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

أسباب انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء ٧٠٩

الفصل الأول
الوفاء بمقابل

الفرع الأول– أركان الوفاء بمقابل وتكييفه القانونى ٧١٠
المبحث الأول– الأركان التى يقوم عليها الوفاء بمقابل ٧١٠
اتفاق على الاستعاضة عن محل الوفاء الأصلى بتقل ملكية شئ آخر ٧١١
تنفيذ الاتفاق بنقل الملكية فعلا إلى الدائن ٧١٣
المبحث الثانى– التكييف القانونى للوفاء بمقابل ٧١٤
الوفاء بمقابل بيع تليه مقاصة ٧١٥
الوفاء بمقابل ضرب من الوفاء تغير فيه المحل الأصلى ٧١٦
الوفاء بمقابل عمل مركب من تجديد ووفاء عن طريق نقل الملكية ٧١٧
الفرع الثانى– الآثار التى تترتب على الوفاء بمقابل ٧١٩
الوفاء بمقابل باعتباره ناقلا للملكية ٧٢٠
الوفاء بمقابل باعتباره وفاء ٧٢٢

الفصل الثانى
التجديد والإنابة فى الوفاء

الفرع الأول– التجديد ٧٢٤

المبحث الأول– شروط التجديد ٧٢٦
المطلب الأول– تعاقب التزامين قديم حل محل جديد ٧٢٦
وجود التزام قديم ٧٢٧
إنشاء التزام جديد ٧٢٩
المطلب الثانى– اختلاف ما بين الالتزامين فى أحد العناصر ٧٣١
لابد من مخالفة الالتزام الجديد للالتزام القديم فى عنصر هام ٧٣٢
التجديد بتغيير الدين فى محله أو مصدره ٧٣٤
التجديد بتغيير الدائن ٧٣٥
التجديد بتغيير المدين ٧٣٦
المطلب الثالث– نية التجديد ٧٣٩
التجديد عقد ٧٤١
الأهلية فى التجديد ٧٤٢
وضوح نية التجديد ٧٤٢
تقييد الالتزام فى حساب جار ٧٤٨
المبحث الثانى– الآثار التى تترتب على التجديد ٧٥٠
المطلب الأول– انقضاء الالتزام الأصلى ونشوء التزام جديد ٧٥٠
الالتزام الجديد غير الالتزام الأصلى ٧٥١
مقابلة بين التجديد من جهة والحوالة والحلول والوفاء بمقابل من جهة أخرى ٧٥٢
المطلب الثانى– انتقال التأمينات من الالتزام الأصلى إلى الالتزام الجديد ٧٥٣
١– التأمينات العينية التى قدمها المدين ٧٥٦
انتقال التأمينات إلى الالتزام الجديد فيه خروج على القواعد العامة – مبرراته ٧٥٦
حماية الغير ٧٥٧
ما المقصود بالتأمينات العينية التى قدمها المدين ٧٥٨
كيف يتم انتقال التأمينات من الالتزام الأصلى إلى الالتزام الجديد ٧٥٨
٢– التأمينات الشخصية والعينية التى قدمها الغير ٧٥٩
وجوب رضاء الغير بنقل هذه التأمينات ٧٥٩
جواز نقل هذه التأمينات بعد إجراء التجديد ٧٦١

الفرع الثانى– الإنابة فى الوفاء ٧٦١
علاقة الإنابة فى الوفاء بالتجديد ٧٦١
المبحث الأول– كيف تتم الإنابة فى الوفاء ٧٦٢
الإنابة تفترض أشخاصاً ثلاثة ٧٦٢
ما يمكن أن يقوم من مديونية ما بين هؤلاء الأشخاص الثلاثة ٧٦٣
قد تتضمن الإنابة تجديداً وقد لا تتضمن –الإنابة الكاملة والإنابة القاصرة ٧٦٤
الإنابة القاصرة والاشتراط لمصلحة الغير ٧٦٦
المبحث الثانى– الاثار التى تترتب على الإنابة فى الوفاء ٧٦٧
المطلب الأول– الإنابة الكاملة أو التجديد بتغيير المدين ٧٦٧
العلاقة ما بين المنيب والمناب لديه ٧٦٩
العلاقة ما بين المنيب والمناب ٧٧٠
العلاقة ما بين المناب لديه والمناب ٧٧٠
المطلب الثانى– الإنابة القاصرة ٧٧٢
العلاقة ما بين المنيب والمناب لديه ٧٧٣
العلاقة ما بين المنيب والمناب ٧٧٣
العلاقة ما بين المناب لديه والمناب ٧٧٣

الفصل الثالث
المقاصة

المقاصة أداء وفاء وأداة ضمان ٧٧٧
المقاصة والدفع بعدم التنفيذ والحق فى الحبس ٧٧٩
منشأ المقاصة فى القانون الرومانى وفى القانون الفرنسى القديم ٧٧٩
المقاصة فى التقنينات اللاتينية وفى التقنينات الجرمانية ٧٨١
المقاصة القانونية والمقاصة القضائية والمقاصة الاختيارية ٧٨٦
الفرع الأول– المقاصة القانونية ٧٨٦
المبحث الأول– شروط المقاصة ٧٨٧
المطلب الأول– ما يدخل فى الشروط وما لا يدخل ٧٨٧
١– ما يدخل فى الشروط: ٧٨٧

الشرط الأول- التقابل ما بين الدينين ٧٨٩
الشرط الثانى- التماثل فى المحل ما بين الدينين ٧٩٢
الشرط الثالث- صلاحية كل من الدينين للمطالبة به قضاء ٧٩٣
الشرط الرابع- خلو الدينين من النزاع ٧٩٤
الشرط الخامس- استحقاق الدينين للأداء ٧٩٩
الشرط السادس- قابلية كل من الدينين للحجز ٨٠١
٢- ما لا يدخل فى الشروط: ٨٠١
وحدة المصدر بين الدينين ليست بشرط ٨٠١
وحدة مكان الوفاء بين الدينين ليست بشرط ٨٠٢
المطلب الثانى- الديون التى تقع فيها المقاصة ٨٠٤
أحد الدينين شئ نزع دون حق من يد مالكه ٨٠٦
أحد الدينين شئ مودع أو معار عارية استعمال ٨٠٧
المبحث الثانى- كيف يكون إعمال المقاصة وما هى الآثار التى تترتب عليها ٨٠٩
المطلب الأول- كيف يكون إعمال المقاصة ٨٠٩
وجوب التمسك بالمقاصة ٨١٠
جواز النزول عن المقاصة بعد ثبوت الحق فيها ٨١٣
حالة من حالات النزول الضمنى عن المقاصة بعد ثبوتها ٨١٥
المطلب الثانى- الآثار التى تترتب على المقاصة ٨١٧
١- أثر المقاصة فيما بين الطرفين ٨١٨
المقاصة تقضى الدينين بقدر الأقل منهما ٨٢٠
انقضاء الدينين منذ الوقت الذى يصبحان فيه صالحين للمقاصة ٨٢٢
تعيين جهة الدفع فى المقاصة ٨٢٤
٢- أثر المقاصة بالنسبة إلى الغير ٨٢٥
توقيع الحجز التحفظى على أحد الدينين المتقابلين ٨٢٧
حوالة أحد الدينين المتقابلين وقبول المدين الحوالة دون تحفظ ٨٢٨
الفرع الثانى- المقاصة الاختيارية والمقاصة القضائية ٨٣٠

المبحث الأول– المقاصة الاختيارية ٨٣٠
الأحوال التى تجرى فيها المقاصة الاختيارية ٨٣٠
الآثار التى تترتب على المقاصة الاختيارية ٨٣٣
المبحث الثانى– المقاصة القضائية ٨٣٤
الأحوال التى تجرى فيها المقاصة القضائية ٨٣٤
كيف تجرى المقاصة القضائية وما يترتب عليها من الآثار ٨٣٦

الفصل الرابع
اتحاد الذمة

مقارنة بين اتحاد الذمة والمقاصة ٨٤١
الأهمية المحدودة لاتحاد الذمة ٨٤٢
الفرع الأول– كيف يتحقق اتحاد الذمة ٨٤٣
عن طريق الميراث ٨٤٣
عن طريق الوصية ٨٤٤
عن طريق التصرف القانونى ما بين الأحياء ٨٤٥
كل الديون قابلة للانقضاء باتحاد الذمة ٨٤٦
الفرع الثانى– الآثار التى تترتب على اتحاد الذمة ٨٤٦
المبحث الأول– الآثار التى تترتب على اتحاد الذمة ما بقى السبب الذى أدى إليه قائماً ٨٤٨
كيف ينقضى الدين باتحاد الذمة ٨٤٨
نواح يبقى فيها الدين المنقضى باتحاد الذمة معتداً به–
حساب الدين فى نصاب الوصية ٨٥٠
الاعتداد بالدين عند اتحاد ذمة الكفيل والدائن ٨٥١
الاعتداد بالدين عند اتحاد ذمة الكفيل والمدين الأصلى ٨٥١
الاعتداد بالدين عند اتحاد ذمة أحد المدينين المتضامنين والدائن ٨٥٢
المبحث الثانى– ما يترتب من أثر على زوال السبب الذى أدى إلى اتحاد الذمة بأثر رجعى ٨٥٣
عودة الدين إلى الظهور ٨٥٣
زوال السبب الذى أدى إلى اتحاد الذمة بأثر غير رجعى ٨٥٥

الباب الثالث
انقضاء الالتزام دون الوفاء به

أسباب انقضاء الالتزام دون الوفاء به ٨٥٧

الفصل الأول
الإبراء

كيف يتم الإبراء وما يترتب عليه من الآثار ٨٥٨
الفرع الأول– كيف يتم الإبراء ٨٥٨
المبحث الأول– مميزات الإبراء ٨٦٠
الإبراء يتم بإرادة واحدة من جانب الدائن ٨٦٠
الإبراء تصرف تبرعى ٨٦٣
المبحث الثانى– الشروط الواجب توافرها فى الإبراء ٨٦٤
ليست هناك شروط من ناحية الشكل ٨٦٤
الشروط الموضوعية الواجب توافرها فى الإبراء ٨٦٦
الفرع الثانى– الآثار التى تترتب على الإبراء ٨٦٩
الإبراء يقضى الدين ٨٦٩
وتنقضى مع الدين تأميناته ٨٧١
إبراء الدين لأحد المدينين المتضامنين – إحالة ٨٧٣

الفصل الثانى
استحالة التنفيذ

الفرع الأول – متى تتحقق استحالة التنفيذ ٨٧٥
الشرط الأول– تنفيذ الالتزام يصبح مستحيلا ٨٧٦
الشرط الثانى– استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبى ٨٨١
الفرع الثانى– الآثار التى تترتب على استحالة التنفيذ ٨٨٤
انقضاء الالتزام وتوابعه ٨٨٤
تحمل التبعة فى العقد وفى الملك ٨٨٦

الفصل الثالث
التقادم المسقط

تمهيد: ٨٨٩

التقادم المسقط والتقادم المكسب- وجوب الفصل بينهما ٨٨٩
الأساس الذى يرتكز عليه التقادم المسقط ٨٩١
لمحة تاريخية ٨٩٣
التمييز بين التقادم المسقط والسقوط ٨٩٤
الفرع الأول- المدد الواجب انقضاؤها حتى يتحقق التقادم ٩٠٠
المبحث الأول- مدد التقادم المختلفة ٩٠٠
القاعدة العامة والاستثناءات ٩٠٠
القاعدة العامة - مدة التقادم خمس عشرة سنة ٩٠٢
الحالات التى ورد فيها نص خاص - إحالة ٩٠٦
الاستثناءات التى أوردها القانون -١- الحقوق الدورية المتجددة: ٩١٨
الضابط هو الدورية والتجدد ٩٢٠
الأساس الذى يقوم عليه تقادم الحقوق الدورية المتجددة ٩٢٦
الديون التى لم تستوف شرطى الدورية والتجدد تتقادم بخمس عشرة سنة ٩٢٩
الريع المستحق فى ذمة الحائز سيئ النية والريع الواجب على ناظر الوقف أداؤه للمستحقين ٩٣٠
٢- حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء وأمناء التفليسة والسماسرة والأساتذة والمعلمين: ٩٣٤
الديون المستحقة لطائفة من أصحاب المهن الحرة تتقادم بخمس سنوات ٩٣٦
سريان التقنين المدنى الجديد ٩٤٠
٣- حقوق التجار والصناع وأصحاب الفنادق والمطاعم والعمال والخدم والأجراء: ٩٤١
التقادم فى هذه الحقوق يقوم على قرينة الوفاء ٩٤٤
تفصيل الحقوق التى تتقادم بسنة واحدة ٩٤٦
سريان التقنين المدنى الجديد ٩٤٨
٤- الضرائب والرسوم المستحقة للدولة ٩٤٩
لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم فى مدة تختلف عن المدة التى عينها القانون ٩٥٦
المبحث الثانى- كيفية حساب مدة التقادم ٩٥٩

حساب مدة التقادم ٩٦١
مبدأ سريان التقادم ٩٦٣
مبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى دين معلق على شرط بالنسبة إلى ضمان الاستحقاق ٩٦٧
مبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى دين مؤجل ٩٦٩
مبدأ سريان التقادم إذا كان ميعاد الاستحقاق متوقفاً على إرادة المدين ٩٧١
مبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الديون الاحتمالية ٩٧٣
المبحث الثالث– وقت التقادم ٩٧٤
التمييز بين وقف سريان التقادم وتأخر سريان التقادم ٩٧٤
أسباب وقف التقادم فى التقنين المدنى الفرنسى ٩٧٧
أسباب وقف التقادم فى التقنين المدنى المصرى: ٩٨٠
أسباب وقف التقادم التى تتعلق بالشخص ٩٨٤
أسباب وقف التقادم التى ترجع إلى ظروف مادية اضطرارية... ٩٩٠
الأثر الذى يترتب على وقف التقادم ٩٩٤
المبحث الرابع– انقطاع التقادم ٩٩٦
أسباب انقطاع التقادم وما يترتب عليه من الأثر ٩٩٦
المطلب الأول– أسباب انقطاع التقادم ٩٩٦
١– الأسباب الصادرة من الدائن: ٩٩٨
المطالبة القضائية ٩٩٨
التنبيه ١٠١٢
الحجز ١٠١٤
الطلب الذى يتقدم به الدائن لقبول حقه فى تفليس أو فى توزيع وأى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير فى إحدى الدعاوى ١٠١٦
٢– الأسباب الصادرة من المدين – إقراره بحق الدائن ١٠٢٠
تكييف الإقرار الصادر من المدين بحق الدائن ١٠٢٠
الإقرار الصريح والإقرار الضمنى ١٠٢١
إثبات الإقرار ١٠٢٤
المطلب الثانى– الأثر الذى يترتب على انقطاع التقادم ١٠٢٥
مبدأ سريان التقادم الجديد الذى يحل محل التقادم المنقطع... ١٠٢٧

متى يختلف التقادم الجديد عن التقادم القديم ١٠٣٠
متى يمتد أثر الانقطاع إلى غير الدائن الذى قطع التقادم ١٠٣٤
متى يتناول أثر الانقطاع غير الحق الذى قطع فيه التقادم ١٠٣٥
الفرع الثانى- كيف يجب إعمال التقادم وما هى الآثار التى تترتب عليه ١٠٣٧
المبحث الأول- كيف يجب إعمال التقادم ١٠٣٧
وجوب التمسك بالتقادم وجواز النزول عنه بعد اكتماله ١٠٣٧
المطلب الأول- وجوب التمسك بالتقادم (الدفع بالتقادم) ١٠٣٨
١- لا تقضى المحكمة بالتقادم من تلقاء نفسها بل لابد من التمسك به ١٠٣٩
الأسباب التى تدعو إلى وجوب التمسك بالتقادم ١٠٤٢
هل هناك استثناءات للقاعدة العامة؟ ١٠٤٣
التمسك بتقادم الدعوى المدنية إذا ارتبطت بالدعوى الجنائية ١٠٤٥
لا يغنى التمسك بنوع من التقادم عن التمسك بنوع آخر.. ١٠٤٦
٢- يتمسك بالتقادم المدين وكل ذى مصلحة ١٠٤٦
تمسك المدين بالتقادم ١٠٤٦
التمسك بالتقادم من كل ذى مصلحة ١٠٤٧
التمسك بالتقادم من دائنى المدين ١٠٤٨
٣- يجوز التمسك بالتقادم فى أية حالة كانت عليها الدعوى ١٠٥٠
التمسك بالتقادم أمام المحكمة الابتدائية ١٠٥٠
التمسك بالتقادم أمام محكمة الاستئناف ١٠٥١
التمسك بالتقادم أمام محكمة النقض ١٠٥٢
التمسك بالتقادم أمام محكمة الإحالة ١٠٥٢
المطلب الثانى- النزول عن التقادم ١٠٥٣
١- عدم جواز النزول عن التقادم مقدما قبل ثبوت الحق فيه ١٠٥٤
الأسباب التى تدعو إلى عدم جواز النزول مقدما عن التقادم ١٠٥٤
عدم جواز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه يسرى على جميع أنواع التقادم ١٠٥٥
عدم جواز الاتفاق على إطالة مدة التقادم أو على تقصيرها - إحالة ١٠٥٥

كيف تطول مدة التقادم بطرق أخرى ١٠٥٦
٢- جواز النزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه ١٠٥٧
النزول الصريح والنزول الضمنى ١٠٥٧
الأهلية الواجبة للنزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه ١٠٥٩
أثر النزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه ١٠٦٠
جواز النزول عن المدة التى انقضت فى تقادم لم يكتمل ١٠٦٣
المبحث الثانى- الآثار التى تترتب على التقادم ١٠٦٥
التزام اكتملت مدة تقادمه قبل التمسك بالتقادم ١٠٦٦
التزام اكتملت مدة تقادمه بعد التمسك بالتقادم ١٠٦٨
المطلب الأول- سقوط الدين وتوابعه عند التمسك بالتقادم ١٠٦٨
سقوط الدين وتوابعه ١٠٦٨
سقوط الدين بأثر رجعى ١٠٧٠
سقوط الدين بالتقادم عن طريق الدعوى لا يمنع من التمسك بوجوده عن طريق الدفع ١٠٧١
تقادم الدين قد يفيد غير المدين ١٠٧٣
انتقال الدين المتقادم إلى خزانة الدولة فى حالات ينص عليها القانون ١٠٧٤
المطلب الثانى- تأصيل سقوط الدين بالتقادم ١٠٧٦
الرأى الأول - التمييز بين المديونية والمسئولية (المذهب الجرمانى) ١٠٧٦
الرأى الثانى - التقادم يسقط الدعوى دون الحق ١٠٧٧
الرأى الثالث- التقادم يسقط الدعوى والحق معاً ١٠٧٩
المطلب الثالث- تخلف التزام طبيعى عن الالتزام المدنى الذى سقط بالتقادم ١٠٨٠
الآثار التى تترتب على الالتزام الطبيعى المتخلف عن الالتزام المتقادم ١٠٨٠
الوفاء ١٠٨٠
إنشاء التزام مدنى ١٠٨١
المقاصة ١٠٨٢
الكفالة ١٠٨٢
الحبس ١٠٨٣

$$\frac{٦٩٤٨}{٤٠٦}$$