

جامعة الأزهر
كلية الشريعة والقانون بطنطا

النظرية العامة للالتزامات
القسم الثاني
(أحكام الالتزام والإثبات)

الأستاذ الدكتور
حمدي أحمد سعد خطيري
أستاذ القانون المدني
وعميد كلية الشريعة والقانون بطنطا

٢٠٢٥/٢٠٢٦م

المقدمة

بعد معرفة مصادر الالتزام وكيفية نشأته كرابطة بين شخصين يلتزم بمقتضاها أحدهما تجاه الآخر بعمل أو امتناع عن عمل أو إعطاء شيء على النحو الذي تمت دراسته في مصادر الالتزام، تبرز أهمية معرفة الأحكام المتعلقة بهذه الرابطة من حيث القواعد المنظمة لها بصرف النظر عن مصدرها إذ أنه متى نشأ هذا الالتزام صحيحاً، فإنه يولد آثاراً معينة سواء كان التزاماً بسيطاً أم موصوفاً، كما أنه قد ينتقل من ذمة شخص إلى ذمة آخر في جانبه الإيجابي أو السلبي، بالإضافة إلى أن أي التزام لا يدوم إلى الأبد وإنما يجب أن ينتهي أو ينقضي في وقت ما وهو ما يتطلب معرفة كيفية انقضائه، وأخيراً فإن هذا الالتزام قد يثير النزاع بشأنه بما يستوجب إثباته.

ولذلك فإنه يمكن إجمال أحكام الالتزام والإثبات في خمسة أمور رئيسية هي: آثاره وأوصافه وانتقاله وانقضائه وإثباته، ولقد تناول المشرع الأربعة الأمور الأولى بالمواد من ١٩٩ إلى ٣٨٨ من القانون المدني وخصص للأمر الخامس قانون قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨.

ولذا نقسم دراستنا لأحكام الالتزام والإثبات للأبواب الخمسة الآتية:

الباب الأول: آثار الالتزام.

الباب الثاني: أوصاف الالتزام.

الباب الثالث: انتقال الالتزام.

الباب الرابع: انقضاء الالتزام.

الباب الخامس: إثبات الالتزام

الباب الأول

آثار الالتزام^(١)

تمهيد وتقسيم:

يتمثل أثر الالتزام في وجوب تنفيذه؛ فيحصل الدائن على حقه ويتخلص المدين من عبئه.

وتنفيذ الالتزام قد يكون اختياريًا يقوم به المدين بإرادته، وقد يكون جبريًا ينفذ رغمًا عن المدين، كما قد يكون التنفيذ عينيًا يحصل بموجبه الدائن على عين حقه، وقد يكون بمقابل يحصل فيه الدائن على ما يعادل هذا الحق.^(٢)

والأصل أن يتم تنفيذ الالتزام عينيًا؛ أي يؤدي المدين عين ما التزم به واختياريًا أي بمحض اختياره وإرادته، وفي حالة تعذر ذلك يتم اللجوء إلى التنفيذ العيني الجبري، فإن تعذر التنفيذ العيني للالتزام، فلا مناص من اللجوء للتنفيذ بمقابل أو بطريق التعويض، والذي يتم في الغالب رغمًا عن المدين.

(١) من المراجع العامة في هذا الموضوع على سبيل المثال: د/ عبد الحي حجازي: النظرية العامة للالتزام الجزء الثالث أحكام الالتزام ١٩٥٣ مطبعة نهضة مصر، د/ السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام - آثار الالتزام، تنقيح المستشار مصطفى محمد الفقي، ١٩٨٢ دار النهضة العربية، د/ عبد المعطي خيال: محاضرات في نظرية الالتزام في ذاته، أحكام الالتزام، ط: ١٩٩٦، د/ عبد المنعم البراوي: النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري الجزء الثاني أحكام الالتزام ١٩٩٢، د/ توفيق حسن فرج: النظرية العامة للالتزام في أحكام الالتزام، د/ عبد الفتاح عبد الباقي: دروس أحكام الالتزام ١٩٨٩ مطبعة جامعة القاهرة، د/ جلال محمد إبراهيم: النظرية العامة للالتزام، القسم الثاني أحكام الالتزام ١٩٩٨، د/ محسن عبد الحميد إبراهيم البية: النظرية العامة للالتزامات، الجزء الثاني أحكام الالتزام ١٩٩٧ مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة.

(٢) د/ عبد المنعم الباروي: مرجع سابق، فقرة ١ ص ٧ وما بعدها.

والالتزام الذي يتبع فيه ذلك هو الالتزام المدني المتضمن لعنصري المديونية والمسئولية والذي يجبر المدين على القيام به، إلا أن هناك الالتزام الطبيعي الذي يقتصر على عنصر المديونية دون المسئولية ومن ثم لا يجبر المدين على تنفيذه.

ولذا مهد المشرع المصري للحديث عن التنفيذ العيني للالتزام ببعض أحكام الالتزام الطبيعي.

واتباعاً لهذا المنهج نقسم هذا الباب لأربعة فصول نمهد لهم بمبحث تمهيدي نتناول فيه الالتزام الطبيعي وأحكامه وذلك على النحو التالي:

مبحث تمهيدي: الالتزام الطبيعي.

الفصل الأول: الوفاء (التنفيذ العيني الاختياري للالتزام)

الفصل الثاني: التنفيذ العيني الجبري للالتزام.

الفصل الثالث: التنفيذ بطريق التعويض.

الفصل الرابع: وسائل حماية الضمان العام للدائنين.

مبحث تمهيدي

الالتزام الطبيعي

لقد عالج المشرع المصري في القانون المدني الحالي أحكام الالتزام الطبيعي بالمواد من ١٩٩ إلى ٢٠٢، ومن خلال هذه النصوص نتعرض لماهية الالتزام الطبيعي وحالاته وآثاره في مطالب ثلاثة:

المطلب الأول

ماهية الالتزام الطبيعي وأساسه

وفقا لنص المادة ١٩٩ من القانون المدني فإن الالتزام المدني هو الذي يجبر المدين على تنفيذه، لاشتماله على عنصري: المديونية؛ أي اشتغال ذمة المدين به، والمسئولية؛ أي مسئوليته عنه وإمكان إجباره على الوفاء به. أما الالتزام الطبيعي فهو الالتزام الذي لا يجبر المدين على تنفيذه لاشتماله على عنصر المديونية فقط، وافتقاده لعنصر المسؤولية، ومن ثم إذا لم يقيم المدين بتنفيذه اختياراً فلا يستطيع الدائن إجباره عليه.^(١)

عناصر الالتزام الطبيعي:

يستخلص من المفهوم السابق للالتزام الطبيعي أن له ثلاثة عناصر:

أولاً: الالتزام الطبيعي واجب أخلاقي محدد:

أن الالتزام الطبيعي واجب أدبي أو أخلاقي محدد يمكن تنفيذه، فلا يكون غامضاً أو مبهماً كسائر الواجبات الأدبية بل يجب أن يكون واضحاً ومميزاً كالتزامات المدنية، وهذا الواجب الأدبي أو الأخلاقي إما أن يكون واجباً أدبياً منذ البداية وأصبح التزاماً طبيعياً لاشتماله على عناصر هذا الالتزام، أو أنه كان في الأصل التزاماً مدنياً تحول إلى التزام طبيعي لقيام سبب قانوني أدى إلى هذا التحول وسلب منه عنصر المسؤولية، ويعتبر هذا عنصراً مادياً في الالتزام الطبيعي.^(٢)

(١) د/ عبد الخالق حسن: دروس في أحكام الالتزام وقانون الإثبات، ط: ١٩٨٧، ص ٦.

(٢) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٩٥٩، ود/ سعيد جبر: أحكام الالتزام، ط: ١٩٩٧، ص ٧.

ثانيًا: الشعور الفردي والعام بقيام الالتزام الطبيعي:

يجب أن يرقى الواجب الأدبي في الوعي الخلقى العام للجماعة إلى مرتبة الالتزام الطبيعي، فيشعر المدين أن في ذمته التزامًا طبيعيًا؛ إذ ليس كل واجب أدبي يمكن أن يكون التزامًا طبيعيًا، بل يجب أن يكون لهذا الواجب نظرة خاصة في ضمير الجماعة ووعيهم بما يرقى به إلى مرتبة الالتزام الطبيعي. وبناء على ذلك فإن هذا العنصر ينظر إليه بمعيار موضوعي يراعى فيه الأخلاقيات العامة والعادية لدى الجماعة، وليس معيارًا ذاتيًا أو شخصيًا يقتصر على شعور الفرد وإحساسه.^(١)

ثالثًا: عدم تعارض الالتزام الطبيعي مع النظام العام:

يجب لقيام الالتزام الطبيعي ألا يتعارض مع النظام العام وهو ما نصت عليه صراحة المادة ٢٠٠ من القانون المدني بقولها "... وفي كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعي يخالف النظام العام"، ومن ثم لا يتخلف عن الالتزام الباطل لمخالفته للنظام العام التزام طبيعي؛ ولذا لا يصح قيام التزام طبيعي في الحالات الآتية:

- ١ - اتفاق الطرفان على دفع فائدة تزيد عن القدر المحدد قانونًا وهو ٧% باعتباره التزامًا طبيعيًا؛ لأن ذلك مخالف للنظام العام.
- ٢ - اتفاق الطرفان على الوفاء بدين ناتج عن مقاومة أو رهان باعتباره دينًا واجبًا في الذمة وأنه التزام طبيعي؛ لأن هذا الدين أمر مخالف للنظام العام، ولمن دفع ذلك الحق في استرداد ما دفع (المادة ٧٣٩ مدني).
- ٣ - أي اتفاق يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين بأمر مخالف للنظام العام، كالاتفاق بين الراشي والمرتشي، أو الاتفاق بين القاتل والمحرض على القتل؛ لأن هذه الاتفاقات في الأصل مخالفة للنظام العام فلا يصح أن يتخلف وراءها التزام طبيعي.^(٢)

(١) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٩٦٠، ود/ عبد الفتاح عبد الباقي: مرجع سابق، ص ١٠.

(٢) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٩٦١، ٩٦٢، ود/ البدرأوي: مرجع سابق ص ١٤.

المطلب الثاني

حالات الالتزام الطبيعي

وفقا لمفهوم المادة ٢٠٠ مدني فإن المشرع المصري ترك تحديد مدى وجود التزام طبيعي من عدمه للسلطة التقديرية للقاضي، ولا يحد من هذه السلطة إلا قيد النظام العام، وذلك في غير الحالات التي اعتبرها المشرع نفسه التزامات طبيعية، ومن ثم فإنه يمكن القول بأن هناك التزامات طبيعية تشريعية؛ أي بموجب نصوص قانونية، وأخرى قضائية؛ أي يقرها القضاء:

أولاً: الالتزامات الطبيعية التشريعية:

تضمن القانون المدني حالتين للالتزام الطبيعي هما:

١ - **الالتزام المنقضي بالتقادم:** تقضي المادة ٣٨٦ من القانون المدني بأن الالتزام المدني الذي ينقضي بالتقادم يخلف وراءه التزاماً طبيعياً، فإذا قام المدين بالوفاء به لا يمكنه استرداد ما وفى.

وتحول الالتزام المدني المنقضي بالتقادم إلى التزام طبيعي يتطلب تمسك المدين بمرور المدة القانونية المحددة لتقادم هذا الالتزام، أما إذا لم يتمسك المدين بذلك فيظل الالتزام مدنياً كما هو، ويكون الوفاء به صحيحاً ولا يجوز للموفي استرداد ما وفى إذا كان وفاؤه به عن بينة واختيار.^(١)

٢ - **الهبة الباطلة لعيب في الشكل:** يذهب بعض الشراح استناداً للمادة ٤٨٩ من القانون المدني إلى أن الهبة الباطلة لعيب في الشكل يتخلف عنها التزام طبيعي باعتبار أن عدم الاسترداد فيما يتم الوفاء به اختياراً يكون في الالتزام الطبيعي.^(٢)

بينما يذهب جانب آخر إلى أن هذه الحالة لا تعتبر التزاماً طبيعياً لأن في القول باعتبارها كذلك تحايل على القواعد القانونية وخاصة قاعدة الشكل في الهبة.^(٣)

(١) د/ محسن البيه: مرجع سابق ص ٣٧، د/ عبد الحي حجازي: مرجع سابق، ص ٣٤٤.

(٢) د/ محسن البيه: مرجع سابق، ص ٣٨، ومجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤، ص ٢٥٢.

(٣) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٩٦٤.

ثانيًا: الالتزامات الطبيعية القضائية:

إضافة إلى الحالتين السابقتين اللتين قرر فيهما المشرع المصري وجود التزام طبيعي هناك حالات أخرى ترك الأمر فيها للسلطة التقديرية للقاضي ليقرر ما إذا كان هناك التزام طبيعي من عدمه مستهدياً في ذلك بالعناصر السابق ذكرها للالتزام الطبيعي.

ويمكن إجمال الحالات التي يوجد فيها التزام طبيعي بالرغم من عدم وجود نص قانوني على ذلك فيما يلي:

١ - التزامات طبيعية بتعويض الأضرار التي تلحق بالغير:

الأصل أن يلتزم الشخص بتعويض الغير عما يلحقه من أضرار وفقاً لشروط معينة، بيد أن هناك حالات قد لا تتوافر فيها هذه الشروط فيعفى من المسؤولية ولا يحكم عليه بأي تعويض، إلا أن ذلك لا يمنع من قيام هذا الشخص بتعويض المضرور من تلقاء نفسه وبوحي من ضميره متى شعر بمسئوليته عما لحقه من أضرار، كالتزام شخص بتعويض امرأة عن إغوائها متى كان هذا الإغواء غير مصحوب بغش، أما إذ كان الإغواء مصحوباً بغش فإن الالتزام بتعويضها يكون مدنياً وليس طبيعياً.^(١)

٢ - التزامات طبيعية للاعتراف بالجميل أو المجازاة عن الخدمة:

قد يسدي شخص لآخر خدمة معينة ويشعر المخدم بأهمية هذه الخدمة، فيترتب في ذمته التزام طبيعي بالتعويض عنها، ومن قبيل ذلك إخلاص الوكيل في أداء العمل الموكل به فيجازيه الموكل عن ذلك، أو إنقاذ طبيب لحياة مريض فيعترف المريض بجميله ويريد أن يثيبه عنه، فيترتب في ذمة كل من الموكل والمريض التزام طبيعي تجاه كل من الوكيل والطبيب بالتعويض بالرغم من أن ذلك يبدأ واجباً أدبياً.^(٢)

٣ - التزامات طبيعية تقوم على أساس المساعدة:

مساعدة شخص لآخر واجب أدبي عادي لا يرقى إلى مرتبة الالتزام

(١) د/ البدرأوي: مرجع سابق، ص ١٥، ود/ عبد الفتاح عبد الباقي: مرجع سابق، ص ١٤.

(٢) د/ البدرأوي: مرجع سابق، ص ١٦، ود/ محسن اليه: مرجع سابق، ص ٤١.

الطبيعي، بيد أنه إذ كانت هذه المساعدة لأقارب لا تجب نفقتهم على هذا الشخص قانوناً، فإن هذه المساعدة قد ترقى إلى مرتبة الالتزام الطبيعي، وكذلك مساعدة الأب لأبنائه ببعض الأموال، أو تجهيزه لأبنائه ومساعدته لهم في الزواج، فإن التزامه بذلك التزام طبيعي.^(١)

٤ - التزامات طبيعية تستند إلى عدم الإثراء على حساب الغير:

من المعروف أن الإثراء بلا سبب قانوني على حساب الغير أحد مصادر التزام المثرى بتعويض المفقتر، بيد أنه إذا وجد سبب لهذا الإثراء لا يمكن إلزام المثرى بالتعويض، ولا يستطيع المفقتر المطالبة بذلك.

بيد أنه يجوز للمثرى تعويض المفقتر من تلقاء نفسه كالتزام طبيعي يقع على عاتقه متى شعر بذلك، ويضرب الفقه على ذلك مثلاً أنه إذا كان هناك غبن في عقد من عقود المعاوضات ولم تتوافر الشروط القانونية اللازمة للطعن بالغبن في هذا العقد، فلا يجوز للمغبون الرجوع على الطرف الآخر، ولكن إذا قام هذا الطرف برفع الغبن من تلقاء نفسه اعتبر ذلك وفاءً منه بالتزام طبيعي.^(٢)

٥ - التزامات طبيعية تستند إلى الوفاء بالعهد:

هناك حالات أخرى تنقضي فيها الالتزامات المدنية دون وفاء بأسباب قانونية أيضاً، كإبطال عقد ناقص الأهلية ورفض دعوى الدائن لعجزه عن إثبات الدين أو لصدور حكم حاز قوة الشيء المحكوم فيه، أو التصالح بين المدين المفلس ودائنيه، ففي هذه الحالات تنقضي الالتزامات المدنية دون وفاء أيضاً، بيد أن الفقه القانوني يقرر أنه بالرغم من انقضاء هذه الالتزامات مدنياً، إلا أنها تخلف وراءها التزامات طبيعية استناداً إلى ما استقر في ضمير الجماعة من وجوب الوفاء بالعهود.^(٣)

(١) د/ البدرأوي: مرجع سابق، ص ١٧، ود/ عبد الرشيد مأمون: مرجع سابق، ص ١٨.

(٢) د/ البدرأوي: مرجع سابق، ص ١٦، ود/ عبد الرشيد مأمون: مرجع سابق، ص ١٨.

(٣) د/ البدرأوي: مرجع سابق، ص ١٦، ود/ عبد الفتاح عبد الباقي: مرجع سابق، ص ١٤.

المطلب الثالث

آثار الالتزام الطبيعي

يترتب على الالتزام الطبيعي النتائج الآتية:

أولاً: جواز الوفاء الاختياري بالالتزام الطبيعي:

سلفت الإشارة إلى أن الالتزام الطبيعي يخلو من عنصر المسؤولية ومن ثم لا يجوز إجبار المدين به على تنفيذه إلا أنه يجوز لهذا المدين أن يقوم باختياره وبمحض إرادته بهذا التنفيذ، ويكون ذلك وفاءً منه بهذا الالتزام وليس تبرعاً، ولذا لا يجوز له استرداد ما وفاه، كما أن الدائن يتلق ما هو مستحق له، فلا يلتزم برد ما حصل عليه، وإذا طوّل بذلك كان له دفع هذه المطالبة بأن ما حصل عليه كان وفاء لالتزام طبيعي.^(١)

ويشترط لصحة الوفاء الاختياري بالالتزام الطبيعي شرطان:

أولهما: أن يكون هذا الوفاء عن بينة واختيار: أي أن يكون المدين أهلاً لهذا الوفاء، بأن تكون إرادته سليمة وغير مشوبة بأي عيب من العيوب كالغلط أو التدليس أو الإكراه، وإلا كان الوفاء قابلاً للإبطال.

وثانيهما: أن يقصد المدين الوفاء بالالتزام الطبيعي: أي أن يقصد المدين هذا الوفاء، بأن يعلم أنه لا إجبار على تنفيذه، فإذا كان يلزم لقيام هذا الالتزام أن يرقى في وعي الجماعة إلى مرتبة الالتزام الطبيعي، فإنه يجب لتنفيذه أن يرقى في ضمير ووعي المدين بالذات إلى هذه المرتبة.

ثانياً: صلاحية الالتزام الطبيعي لأن يكون التزاماً مدنياً:

قد لا يتمكن المدين بالالتزام الطبيعي من الوفاء به في الحال، ولكنه يتعهد بالوفاء به مستقبلاً وحينئذ يعتبر هذا الوعد ملزماً له، ويكون هذا سبباً لالتزام مدني يجبر على الوفاء به، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٢٠٢ مدني بقولها: "الالتزام الطبيعي يصلح سبباً لالتزام مدني".

وبناء على ذلك فإن اعتراف المدين بالالتزام الطبيعي الذي في ذمته

(١) د/ سليمان مرقس: الوافي - أحكام الالتزام، تنقيح د/ حبيب الخليلي، القاهرة ١٩٩٢، ص ٣١.

ووعده بالوفاء به مستقبلاً يؤدي إلى نشأة التزام مدني في ذمته؛ وذلك لاتجاه الرغبة إلى تعزيز الدين الطبيعي وإزالة ما به من وهن.

ثالثاً: لا تجوز المقاصة بين الالتزام الطبيعي والالتزام المدني:

نظراً لانحصار الوفاء بالالتزام الطبيعي على الوفاء الاختياري، أو الوعد بهذا الوفاء مستقبلاً، وهو ما يعتبر وفاءً اختياريًا أيضاً، ونظراً لأنه لا يجوز إجبار المدين بالالتزام الطبيعي على الوفاء به، فإنه لا يجوز وقوع المقاصة القانونية بين هذا الالتزام والتزام مدني آخر للمدين به في ذمة الدائن، لما تتضمنه هذه المقاصة من إجبار على الوفاء بالدين.^(١)

إلا أنه تجوز المقاصة الاختيارية التي تتم باتفاق الطرفين بين الدين المدني والدين الطبيعي، كما تجوز المقاصة القانونية التي تتم بناء على طلب المدين ذاته ومن تلقاء نفسه؛ حيث لا يوجد إجبار عليه في ذلك؛ ولذا فإن كان الدائن بحق مدني مدينًا لمدينه بدين طبيعي وأراد أن يتمسك بالمقاصة بين الدينين فلا مانع من ذلك.^(٢)

رابعاً: لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعي:

نظراً لعدم إجبار المدين بالالتزام الطبيعي على الوفاء أيضاً، فإنه لا تجوز كفالة هذا الالتزام لما يؤدي إليه ذلك من إجبار المدين على الوفاء به، لأنه في حالة الكفالة يجوز للدائن إجبار الكفيل على الوفاء، ثم يرجع الكفيل على المدين ويأخذ ما دفعه للدائن فيكون هذا المدين قد أجبر في النهاية على الوفاء بالالتزام الطبيعي وهو ما يتناقض مع أحكامه.^(٣)

ولكن تجوز كفالة الالتزام الطبيعي بصفة تبعية وليست أصلية بمعنى أن تكون الكفالة طبيعية أيضاً كالالتزام المكفول؛ حيث لا يجوز أن تكون الكفالة بشروط أشد من شروط الدين المكفول (م ٧٨٠ مدني).

(١) د/ السنهاوري: مرجع سابق، ص ٩٨٢، ود/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٣٥.

(٢) د/ السنهاوري: مرجع سابق، ص ٩٨٣، د/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٣٥.

(٣) د/ محسن البيه: مرجع سابق، ص ٥٥، د/ البدرأوي: مرجع سابق، ص ٢١.

الفصل الأول

الوفاء (التنفيذ العيني الاختياري للالتزام)

تمهيد وتقسيم:

يعرف بعض الفقه الوفاء بأنه: قيام المدين بالأداء الذى تعهد به، على وجه يمكن الدائن من استيفاء حقه.^(١) أو هو تنفيذ المدين لعين ما التزم به.^(٢) بيد أن هذا المفهوم للوفاء يقتضى أن يكون الموفى هو المدين فقط، مع أن الوفاء قد يتم من المدين أو من شخص له مصلحة فى القيام به، أو من شخص ليس له مصلحة فى ذلك وقام به تبرعاً. ولذا أميل إلى ما عرفه به البعض من أنه: أداء نفس موضوع الالتزام، أو تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً.^(٣) وبمعنى آخر هو: حصول الدائن على عين ما التزم به المدين سواء قام به المدين نفسه أو شخص آخر يصح الوفاء منه. وسوف نتناول الوفاء بالدراسة من خلال أربعة مباحث:

المبحث الأول

طرفا الوفاء

طرفا الوفاء هما: الموفى وهو الذى يقوم بالوفاء، والموفى له، وهو الذى يتلقى الوفاء، ونتناول كل منهما فى مطلب مستقل على النحو التالى:

المطلب الأول

الموفى Solvens

قد يكون الموفى هو المدين أو شخص آخر له مصلحة فى هذا الوفاء، أو ليست له مصلحة فيه، بيد أنه يشترط فىمن يقوم بالوفاء أن يكون مالكاً للشئ الموفى به، وأن يكون أهلاً للتصرف فيه. ومن ثم نتناول من يقوم بالوفاء، وشروط صحة الوفاء الصادر منه بالتفصيل التالى:

(١) د/ عبد الحى حجازى: مرجع سابق، ص ٨.

(٢) د/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٦٧١، ود/ البدرأوى: مرجع سابق، ص ٣١٩.

(٣) د/ عبد الفتاح عبد الباقي: مرجع سابق، ص ٢٢٠.

أولاً: من يقوم بالوفاء:

وفقاً لنص المادة ٣٢٣ مدنى يصح الوفاء من الأشخاص الآتية:

١- الموفى هو المدين أو نائبه:

يقع الوفاء بصورة أساسية على عاتق المدين؛ لأنه صاحب المصلحة الأولى فيه، وهو الذى يجبر على القيام به، ومن ثم فهو الذى يجب عليه أدائه، بل قد لا يقبل الدائن الوفاء من غيره متى كانت شخصيته محل اعتبار لديه. وقد يقوم بالوفاء نائب المدين أو وكيله إذا لم تكن شخصية المدين محل اعتبار لدى الدائن، وقد يقوم به أيضاً الولى أو الوصى أو القيم عن هم تحت ولايته أو وصايته أو قوامته؛^(١) حيث لا يجوز لناقص الأهلية بصفة عامة أن يقوم بالوفاء لنقص أهلية الأداء لديه، وقد يعهد الموفى لمصلحة البريد، أو لبنك له حسابه فيه ليقوم بالوفاء نيابة عنه خصماً من حسابه.^(٢)

٢- الموفى شخص له مصلحة فى الوفاء:

وقد يكون الموفى شخص آخر غير المدين ونائبه ولكنه له مصلحة فى الوفاء بالتزام المدين متى لم يقتضى هذا الالتزام أن يقوم به المدين شخصياً، وذلك كالمدين المتضامن، أو المدين مع غيره فى دين لا يقبل الانقسام، أو الكفيل الشخصى أو العينى؛ حيث إن لكل من هؤلاء مصلحة فى تحقيق الوفاء ومن ثم لا يجوز لأى منهم القيام به.^(٣)

بل ولا يجوز للدائن أن يمتنع عن قبول الوفاء الصادر من أحد هؤلاء الأشخاص حتى ولو اعترض المدين على هذا الوفاء، بل ولا يجوز للدائن والمدين الاتفاق على عدم قبول الوفاء من أحدهم؛ لأن مثل هذا الاعتراض أو الاتفاق لا ينتج أثره إلا إذا كان الوفاء صادراً من شخص أجنبى ليست له مصلحة فيه.^(٤)

(١) د/ عبد الحى حجازى: مرجع سابق، ص ١٤، ود/ عبد الرشيد مأمون: مرجع سابق، ص ٢٨٦.

(٢) د/ السنهورى: مرجع سابق، ص ٦٥٤-٦٥٥.

(٣) المرجع السابق: ص ٦٥٥، ود/ البدرأوى: مرجع سابق، ص ٣٢١.

(٤) د/ السنهورى: مرجع سابق، ص ٦٥٦، ود/ جلال محمد: مرجع سابق، ص ١٨.

٣- الموفى شخص ليس له مصلحة فى الوفاء:

وقد يصدر الوفاء أيضاً من شخص أجنبى ليست له مصلحة فيه، بيد أنه أقدم عليه إما لكونه قريباً أو صديقاً أو شريكاً للمدين أو فضولياً أراد أن يجنب المدين إجراءات التنفيذ القهرى على أمواله وما قد يلحقه من خسائر.^(١) ويصح الوفاء من الشخص الأجنبى ويكون مبرئاً لزمة المدين متى لم تكن شخصية المدين محل اعتبار لدى الدائن ولو رغم إرادة المدين بل ولو نهاه فلم ينته، إذا قبل الدائن هذا الوفاء، ولا يجوز للدائن الامتناع عن قبول الوفاء من الأجنبى إلا فى حالتين:

تتمثل الأولى: فى كون شخصية المدين محل اعتبار لديه ولا يرغب فى الاستيفاء من غيره (م/٢٠٨).
وتتمثل الثانية: فى اعتراض المدين على هذا الوفاء وإبلاغ الدائن بهذا الاعتراض (م/٣٢٣).

ثانياً : شروط صحة الوفاء:

وفقاً لنص المادة ٣٢٥ من القانون المدنى المصرى يشترط لصحة الوفاء سواء كان صادراً من المدين أم غيره الشرطين التاليين:

الشرط الأول: ملكية الموفى للشئ الموفى به:

يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفى مالِكاً للشئ الموفى به، حتى يتمكن من نقل ملكيته إلى الدائن ويحصل الدائن على حقه ويبرئ ذمة المدين، أما إذا لم يكن الموفى مالِكاً لهذا الشئ فلا يتم الوفاء؛ لأن فاقد الشئ لا يعطيه.^(٢)

ويرى البعض أن الوفاء فى هذه الحالة يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً لاستحالة محله لأن الموفى غير المالك يستحيل عليه نقل ملكية الشئ الموفى به.^(٣) فى حين يذهب رأى الغالب إلى أن الوفاء بالشئ الغير مملوك للموفى

(١) د/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٦٩١، ود/ جلال محمد: مرجع سابق ص ١٨.

(٢) د/ عبد الحى حجازى: مرجع سابق، ص ١٤، ود/ عبد الفتاح عبد الباقي: ص ٢٢٢.

(٣) د/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٦٨٧.

يكون باطلاً بطلاناً نسبياً قياساً على بيع ملك الغير.^(١)

الشرط الثاني: أهلية الموفى للتصرف فى الشئ الموفى:

يشترط لصحة الوفاء كذلك أن يكون الموفى أهلاً للتصرف فى الشئ الموفى به؛ أى أن يكون بالغاً لسن الرشد وغير محجور عليه، أما إذا كان ناقص الأهلية أو محجوراً عليه، فإن الوفاء يكون قابلاً للإبطال لمصلحته؛ أى يجوز له التمسك بإبطال الوفاء أو عدم التمسك به، فإن تمسك به جاز له استرداد ما دفع.^(٢)

ويكون للموفى المدين مصلحة فى التمسك بالإبطال لنقص الأهلية، تفوق مصلحته فى الوفاء بالدين؛ وذلك كأن يكون الدين مؤجلاً ولم يحل وقت أدائه، أو يكون قد أدى شيئاً من صنف جيد فى حين أنه كان مطالباً بشئ من صنف متوسط.^(٣)

المطلب الثانى

الموفى له accipiens

الموفى له قد يكون الدائن أو نائبه، وقد يكون شخصاً من الغير، بيد أن هذا الدائن أو نائبه قد يرفض الوفاء المعروف عليه:
أولاً: الموفى له الدائن أو نائبه:

تقضى المادة ٣٣٢ من القانون المدنى أن الوفاء يكون صحيحاً ومبرراً لزمة المدين متى تم للدائن أو لنائبه نيابة قانونية أو اتفاقية، واتخذ المقتن من تقديم شخص مخالصة للمدين صادرة من الدائن قرينة على نيابته عنه ما لم يوجد اتفاق على وجوب الوفاء للدائن شخصياً.^(٤)

وبناء على ذلك فإن الموفى له فى الأصل هو الدائن، ويقصد بالدائن هنا ليس من كان دائناً وقت نشوء الحق ولكن الدائن وقت الوفاء؛ حيث قد

(١) د/ السنهورى: مرجع سابق، ص ٦٤٧، ود/ البدراوى: مرجع سابق، ص ٣٣٤.

(٢) د/ السنهورى: مرجع سابق، ص ٦٥٠، ود/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٦٨٥.

(٣) د/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٦٨٦.

(٤) د/ البدراوى: مرجع سابق، ص ٣٢٥، ود/ عبد الفتاح عبد الباقي: مرجع سابق ص ٢٢٣.

يكون الدائن الأصلي حول حقه إلى شخص آخر، فإن المحال له يكون هو الدائن الذى يتعين الوفاء له، وكذلك قد ينتقل الحق إلى شخص آخر بالميراث، فيكون الدائن هو الوارث.^(١)

ويشترط لصحة الوفاء للدائن أن يكون أهلاً لاستيفاء الدين أى أن تتوفر لديه أهلية التصرف فى الدين؛ لأن قبول الوفاء يقضى الدين، أما إن كان ناقص الأهلية أو محجوراً عليه وجب الوفاء لوليه أو وصية، وإلا جاز لهذا الولي طلب ابطال الوفاء.

وإذا تم الوفاء لناقص الأهلية ثم اكتملت أهليته بأن بلغ سن الرشد أو لمحجور عليه ثم رفع عنه الحجر، فإنه يصبح أهلاً للاستيفاء ويقع الوفاء له صحيحاً إذا جاز الوفاء بعد اكتمال الأهلية أو رفع الحجر.^(٢)

ويكون الوفاء لناقص الأهلية صحيحاً ومبرئاً لزمة المدين بقدر ما عاد عليه من منفعة ويتعين على المدين فى هذه الحالة إثبات هذا القدر.^(٣) وكما يصح الوفاء للدائن فإنه يصح أيضاً لنائبه، سواء كان نائباً اتفاقياً كالوكيل بالقبض، أم نائباً قانونياً كالولي، أم قضائياً كالوصى والقيم، والوكيل للغائب والمفقود.

ويعتبر نائباً عن الدائن كذلك ويصح له الوفاء، السنديك والحارس القضائي، ودائن الدائن عند استعمال الدعوى غير المباشرة. ويجوز الوفاء للدائن عن طريق إيداع مبلغ الدين فى حسابه الجارى لدى بنك معين.^(٤)

ثانياً: الموفى له غير الدائن:

تنص المادة ٣٣٣ مدنى على أنه: "إذا كان الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه، فلا تبرأ ذمة المدين إلا اذا أقر الدائن هذا الوفاء، أو عادت عليه

(١) د/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٦٩٣، ود/ السنهورى: مرجع سابق ص ٧١٢، ود/

البدرأوى: مرجع سابق، ص ٣٢٥، ود/ جلال محمد إبراهيم: مرجع سابق، ص ٢٧.

(٢) د/ السنهورى: مرجع سابق، ص ٧١٢.

(٣) د/ عبد الحى حجازى: مرجع سابق، ص ١٢.

(٤) د/ السنهورى: مرجع سابق، ص ٧١٥.

منفعة منه وبقدر هذه المنفعة، أو تم الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين فى حياته".

يتضح من هذا النص أنه كقاعدة عامة لا يصح الوفاء لغير الدائن أو نائبه، ولا تبرأ به ذمة المدين، بيد أنه يرد على هذه القاعدة استثناءات يصح فيها هذا الوفاء تتمثل فيما يلى:

١ - إقرار الدائن للوفاء:

إذا قام بالوفاء لغير الدائن، كأن يوفى لوكيل انتهت وكالته، أو تم عزله ثم أقر الدائن هذا الوفاء، فإن هذا الإقرار يؤدى إلى صحة هذا الوفاء؛ لأن الإقرار اللاحق كالإذن السابق، فتبرأ من ثم ذمة المدين بهذا الوفاء الذى يعتبر صحيحاً من وقت القيام به وليس من وقت الإقرار، ويقع على المدين عبء إثبات إقرار الدائن لهذا الوفاء.^(١)

٢ - إذا عادت على الدائن منفعة من الوفاء للغير:

ويكون الوفاء لغير الدائن أو نائبه صحيحاً كذلك إذا عادت على الدائن منفعة منه، كأن يقبض الدين شخص أراد أن يقدم للدائن خدمة عاجلة، فيكون فضولياً ثم يعطى هذا الدين للدائن.^(٢)

٣ - الوفاء للدائن الظاهر:

ويكون الوفاء صحيحاً كذلك ومبرئاً لذمة المدين بالرغم من عدم تأديته للدائن أو نائبه إذا تم للدائن الظاهر، وهو الشخص الذى يعتبر فى نظر الكافة أنه الدائن مع أنه ليس كذلك فى الواقع، وذلك كالوراث الظاهر، الذى لا يوجد فى الحقيقة من يحجبه؛ حيث يظهر أمام الناس بمظهر الدائن الحقيقى ولكنه فى الواقع غير ذلك.^(٣)

ويشترط لصحة الوفاء للدائن الظاهر إضافة إلى ظهوره بمظهر الدائن الفعلى على خلاف الواقع والحقيقة، أن يكون المدين حسن النية؛ أى يعتقد أن

(١) د/ السنهورى: مرجع سابق، ص ٧١١، ود/ محسن البيه: مرجع سابق، ص ٥٢٨.

(٢) د/ السنهورى: مرجع سابق، ص ٧٢٠.

(٣) د/ البدراوى: مرجع سابق، ص ٣٢٧.

هذا الدائن الظاهر هو صاحب الحق فعلاً، وترجع العلة في صحة الوفاء في هذه الحالة إلى استقرار التعامل بين الناس.^(١)

ثالثاً: رفض الدائن الوفاء أو قيام مانع يحول دونه:

قد يكون المدين مستعداً للوفاء بما عليه من دين، بيد أنه يتعذر عليه القيام به مباشرة للدائن، إما لرفض الدائن لهذا الوفاء دون مبرر، أو قيامه بعمل يدل على الرفض، أو يرفض السعى إلى موطن المدين لاستيفاء هذا الدين على النحو المتفق عليه، أو قد يجهل المدين شخصية الدائن أو موطنه، أو كان الدائن عديم الأهلية أو ناقصها وليس له نائب يقبل الوفاء عنه.^(٢) ففي مثل هذه الحالات يجب على المدين القيام بإجراءات إيجابية لتبرئة ذمته من الدين، وتتمثل هذه الإجراءات فيما يلي:

١ - إذار الدائن:

إذا رفض الدائن الوفاء الذى عرضه عليه المدين فى وقت حلوله وفى المكان المحدد بينهما وكان هذا الوفاء بكامل الدين، وكان كل من الدائن والمدين أهلاً لاستيفاء الدين والوفاء به، فإنه يجوز لهذا المدين أن يسجل هذا الرفض على الدائن بإعلان رسمى على يد محضر ويكون هذا الإعلان بمثابة إذار للدائن برفضه للوفاء.^(٣)

٢ - العرض الحقيقى للدين:

يلى مرحلة إذار الدائن وحتى يبرئ المدين ذمته مما عليه من دين يتعين عليه عرض الدين عرضاً حقيقاً على الدائن باتخاذ عدة إجراءات نص عليها قانون المرافعات فى المادتين ٤٨٧، ٤٨٩ وتتمثل فيما يلى:

(أ) إذا كان محل الالتزام نقوداً أو منقولات يسهل نقلها كان على المدين أن يسلمها للمحضر ليقوم بدوره بتسليمها للدائن بعرضها عليه عرضاً فعلياً.

(ب) إذا كان محل الالتزام مما لا يمكن نقله كالعقارات مثلاً أو المنقولات

(١) د/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٦١٨.

(٢) د/ السنهورى: مرجع سابق ص ٧٢٩.

(٣) المرجع السابق: ص ٧٣٣.

التي لا تتقل إلا بمشقة ومؤونة فيتم عرضها عن طريق تكليف الدائن بتسلمها على يد محضر.

(ج) إذا كان العرض أمام المحكمة وأثناء المرافعة فإنه يجوز للمدين إن كان محل الالتزام نقوداً أن يسلمها لكاتب الجلسة لإيداعها خزانة المحكمة وذلك إذا رفض الدائن تسلمها، أما إذا كان محل الالتزام من غير النقود فإنه يجوز للمدين أن يطلب المحكمة تعيين حارس عليه، كما يجوز للمدين طلب الحكم بصحة العرض.^(١)

ثالثاً: إيداع الدين أو ما يقوم مقامه على ذمة الدائن:

إذا رفض الدائن العرض الذي تقدم به المدين للوفاء بالدين جاز للمدين اتخاذ إجراءات إيداع الشيء محل الوفاء على نفقة الدائن، وتختلف طريقة الإيداع باختلاف محل الالتزام على النحو التالي:

١- إن كان المعروض من النقود قام المحضر بإيداعه خزانة المحكمة في اليوم التالي لتاريخ محضر العرض، ووجب على المحضر إعلام الدائن بصورة من محضر الإيداع خلال ثلاثة أيام من تاريخه.

٢- وإن كان الشيء المعروض من غير النقود جاز للمدين أن يطلب من قاضي الأمور المستعجلة الترخيص في إيداعه بالمكان الذي يحدده القاضي إن كان هذا الشيء يمكن نقله، أما إن كان مما يتعذر نقله جاز للمدين أن يطلب وضعه تحت الحراسة (م ٤٨٨ مرافعات).

٣- وإذا كان الشيء المعروض مما يسرع إليه التلف أو التي يتكلف إيداعها أو حراستها نفقات باهظة جاز للمدين بعد استئذان القضاء بيعها بالمزاد العلني وإيداع الثمن خزانة المحكمة (م ١/٣٣٧ مدني).

وبعد اتخاذ المدين إجراءات العرض والإيداع على النحو السابق، فإن الدائن قد يقبل هذا العرض فيتم الوفاء وتبرأ ذمة المدين، وقد يستمر في رفضه فهنا يجوز للمدين طلب الحكم بصحة العرض والإيداع، ويقضى له بذلك فتبرأ

(١) د/ جلال محمد إبراهيم: مرجع سابق ص ٤٤-٤٥، ود/ البدرأوى: مرجع سابق، ص ٣٣.

من ثم ذمته من هذا الدين ويعتبر العرض والإيداع وفاء صحيحاً من جانبه.^(١)

المبحث الثاني

محل الوفاء

يتمثل محل الوفاء فيما يجب على المدين أدائه للدائن حتى تبرأ ذمته ولا يستطيع الدائن رفضه، وحتى يفي المدين بذلك فيتعين عليه أداء ذات الشيء المستحق عليه، وأن يؤديه كاملاً بما يتبعه من ملحقات، وإن كان مدينًا بأكثر من دين وقام بالوفاء بأحدها فعليه أن يحدد الدين الذي قصد الوفاء به. وبناء على ذلك تقتضي دراسة محل الوفاء بيان النقاط التالية:

أولاً: الوفاء بذات الشيء المستحق:

يتعين على المدين لكي يكون وفاؤه صحيحاً ومبرئاً لزمته أن يؤدي للدائن ذات الشيء المستحق منه، ولا يمكنه إجبار الدائن على قبول شيء بديل ولو كان هذا البديل مساوياً لقيمة الشيء المطلوب منه أو أعلى منه قيمة، إلا إذا قبل الدائن هذا البديل، وننتقل من ثم من الوفاء إلى الوفاء بمقابل. والشيء المستحق قد يكون معيناً بذاته أو بنوعه، وقد يكون نقوداً، وقد يكون عملاً أو امتناعاً عن عمل، وذلك على التفصيل التالي:

١- محل الوفاء شيئاً معيناً بذاته: إذا كل محل الوفاء شيئاً معيناً بذاته، كسيارة معينة، أو كتاب معين، وجب على المدين الوفاء بهذا الشيء ذاته، ولا يستطيع الوفاء بغيره ولو كان من جنسه ونوعه، بل ولو كان مساوياً لقيمة الشيء الأصلي أو أعلى منه قيمة، ولا يجوز للدائن أن يطلب من المدين الوفاء بغير الشيء المستحق ولو كان الشيء المطلوب أقل قيمة من المستحق، بيد أنه يجوز للطرفين مع الاتفاق على أن يكون الوفاء بشيء غير المستحق، وينقضي به الالتزام، ولكنه لا ينقضي بالوفاء الأصلي وإنما بالوفاء بمقابل.^(٢)

٢- محل الوفاء شيئاً معيناً بنوعه: وإن كان محل الوفاء شيئاً معيناً بنوعه فقط، كعشرين طناً من الأرز، تعين على المدين أداء ذات الشيء بالوصف

(١) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٧٤٣ وما بعدها، ود/ البدرابي: مرجع سابق، ص ٣٣٢.

(٢) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٧٥٣، ود/ جلال محمد إبراهيم: مرجع سابق، ص ٤٩.

أو الجودة المتفق عليها مع الدائن، فإن لم يتفقا على وصف أو جودة معينة رجعا إلى العرف أو لظروف التعامل، وإلا وجب عليه تسليم شيء من صنف متوسط. (م ١٣٣/٢ من القانون المدني).

٣- محل الوفاء نقود: إذا كان محل الوفاء نقوداً تعين على المدين الوفاء بالنقود المستحقة عليه، ولا يجوز له إلزام الدائن بأخذ غير النقود كالعروض، ولا يجوز له كذلك الوفاء بشيكات أو كمبيالات أو غيرها من الأوراق التجارية كالأسهم والسندات، أو بحوالة بريدية؛ لأنه بالرغم من سهولة الوفاء بهذه الأمور على المدين، إلا أنها تكلف الدائن مشقة تحصيلها سواء من المدين بها أو من البنك، ولأنها تعتبر ديوناً على الغير وليست نقوداً فلا يجبر الدائن على الاستيفاء بها.^(١)

ويلتزم المدين بمبلغ النقود المدون في مصدر التزامه دون النظر لارتفاع أو انخفاض قيمتها؛ حيث يستفيد الدائن في حالة ارتفاع هذه القيمة ويتحمل آثار انخفاضها (م ١٣٤ مدني).

٤- محل الوفاء القيام بعمل أو امتناع عن عمل: وإذا كان محل الوفاء قيام المدين بعمل معين، فيجب عليه أن يؤدي العمل المطلوب منه على النحو المتفق عليه، وأن يبذل فيه عناية الرجل المعتاد، ولا يجوز له أن يعهد إلى غيره بالقيام بهذا العمل، وخاصة إن كانت شخصيته محل اعتبار في هذا العمل، كفنان أو طبيب متخصص أو مهني محترف.

وإن كان محل الوفاء امتناع المدين عن عمل معين وجب عليه الامتناع عن إتيانه، فإن قام به أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلًا مما لا يجعل أمام الدائن سوى المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر لقيام المدين بالعمل الملتزم بالامتناع عنه وذلك وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية.^(٢)

ثانياً: الوفاء بكل الشيء المستحق:

كقاعدة عامة يجب على المدين أن يفي بكل الدين المستحق عليه، ولا يجبر الدائن على قبول وفاء جزئي لحقه ولو كان الدين يقبل التجزئة، ويجوز

(١) د/ عبد الحى حجازي: مرجع سابق، ص ٢٥، ود/ محسن البيه: مرجع سابق، ص ٥٤١.

(٢) د/ عبد الحى حجازي: مرجع سابق، ص ٢٦، ود/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٧٥٨.

للدائن أن يرفض الوفاء الجزئى المعروض عليه، بل لو عرض المدين أصل الدين دون ملحقاته فللدائن الحق فى رفض الوفاء أيضاً.

بيد أنه يرد على هذه القاعدة استثناءات يجوز فيهما تجزئة الوفاء، وذلك إما بالاتفاق بين الدائن والمدين، أو بناء على نص فى القانون:

١ - جواز تجزئة الوفاء باتفاق الطرفين: قاعدة عدم جواز تجزئة الوفاء

ليست من النظام العام ومن ثم يجوز للطرفين الاتفاق على ما يخالفها، فيجوز للدائن والمدين الاتفاق على أن يكون الوفاء مجزئاً، وذلك كأن يتفق الدائن والمدين على أن يكون الوفاء على أقساط دورية مثلاً.^(١)

٢ - جواز تجزئة الوفاء بنص القانون: ويجوز كذلك تجزئة الوفاء بناء

على نص قانونى، كالمقاصة حيث متى توافرت شروطها سقط الدينان بقدر الأقل منهما، فلو كان دين الدائن أكبر من دين المدين الذى فى ذمته، فإن هذا يعتبر وفاء جزئياً بحكم القانون (م ٣٦٥/٢).

وكذلك يعتبر وفاء جزئياً للدين بحكم القانون متى كان الدين متنازعا فيه، ويقبل الدائن الوفاء بالجزء المعترف به (م ٣٤٢/م ٢/مدنى).

ثالثاً: تعيين محل الوفاء عند تعدد الديون:

عندما يكون فى ذمة المدين أكثر من دين من جنس واحد لدائن واحد، ولا يكفى ما يقوم بالوفاء به للوفاء بهذه الديون جميعاً، فعليه أن يحدد الدين الذى يريد الوفاء به، فإن لم يقم بذلك، فإن المشرع وضع قاعدة مؤداها يكون الوفاء للدين الحال ثم للدين الأشد كلفة، فإن تساوت الديون فى ذلك حدد الدائن الدين الذى يتم الوفاء به. وبناء على ذلك فإن تعيين محل الوفاء عند تعدد الديون قد يكون بواسطة المدين وقد يكون بواسطة القانون أو بواسطة الدائن:

١ - تعيين محل الوفاء عند تعدد الديون بواسطة المدين:

المدين هو الذى يمتلك الحق فى تعيين الدين الذى يريد الوفاء به من بين الديون التى فى ذمته لنفس الدائن، وذلك بناء على حقه فى إجبار الدائن على قبول الاستيفاء، مادام الوفاء الذى يقوم به صحيحاً.

(١) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٧٦٠-٧٦١، ود/ البدراوى: مرجع سابق، ص ٣٣٥.

وحق المدين على هذا النحو مقيد بعدم وجود مانع اتفاقي أو قانوني يفرض على المدين الوفاء بدين معين:

حيث قد يتفق الطرفان على أن يكون الوفاء بدين معين أو أن يضعا ترتيباً معيناً للديون يتحتم على المدين الوفاء بها وفقاً لهذا الترتيب؛ وبالتالي يجب على المدين الوفاء وفقاً لهذا الاتفاق.

وقد يحظر القانون على المدين إجبار الدائن على استيفاء دين معين قبل دين آخر، كأن يريد المدين الوفاء بدين مؤجل وكان الأجل في مصلحة الدائن، فلا يجبر الدائن على قبول الوفاء بهذا الدين.^(١)

٢- تعيين محل الوفاء عند تعدد الديون بواسطة القانون:

وإذا لم يقر المدين بتعيين محل الوفاء بالمبلغ الذي يدفعه للدائن من بين الديون التي في ذمته فإن المادة ٣٤٥ وضعت قاعدة لتعيين الدين الذي يتم الوفاء به في هذه الحالة، ومؤدى هذه القاعدة أن الوفاء يكون للدين الحال، فإن تساوت الديون وكانت كلها حالة، كان الوفاء للدين الأشد كلفة على المدين؛ حيث إن الإرادة الضمنية للطرفين في هذه الحالة تفترض رضاهما بقبول الوفاء للديون الحالة دون المؤجلة، فإذا تعددت الديون الحالة، فإن الهدف من الوفاء تحقيق مصلحة المدين، وهذه المصلحة تقتضي أن يتم الوفاء بالدين الأكثر كلفة بالنسبة له.

ويعتبر الدين أكثر كلفة إذا كان منتجاً لفوائد تزيد على عاتق المدين قدر الدين المطلوب منه، أو كان مزوداً بتأمين، كأن يكون مضموناً برهن أو كفالة، فإن من مصلحة المدين الوفاء بهذا الدين دون الدين غير المضمون بذلك؛ لأنه في هذه الحالة لا يبرئ ذمته فقط بل ويبرئ ذمة الكفيل كذلك، أو يفك الرهن الذي قام به ضماناً لهذا الدين، والدين الذي يتقدم بمدة طويلة أشد كلفة من الدين الذي يتقدم بمدة قصيرة.

(١) في هذا المعنى: د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٧٦٦، ود/ عبد الحى حجازي: مرجع سابق،

ص ٢٨، ود/ البدرأوى: مرجع سابق، ص ٣٣٧.

وعلى كل حال فإن تقدير أي الديون أشد كلفة يرجع إلى ظروف المدين الخاصة، ويترك فيه الأمر لقاضى الموضوع ليقدر كل حالة على حدة.^(١)

٣- تعيين محل الوفاء عند تعدد الديون بواسطة الدائن: إذا لم يستعمل المدين حقه فى تعيين محل الوفاء مما عليه من ديون، وكانت هذه الديون حالة، وتساوت كذلك فى كلفتها عليه، فإن المادة ٣٤٥ جعلت تعيين محل الوفاء فى هذه الحالة من حق الدائن، ويقوم الدائن بهذا التعيين بعد حدوث الوفاء؛ لأن المدين هو الذى يتعين عليه تحديد الدين الذى يريد الوفاء به وقت الوفاء، وإلا انتقلنا إلى تحديده عن طريق القانون على النحو السابق، فإن لم يتم بهذا ولا ذاك انتقل التحديد إلى الدائن^(٢) ويقوم الدائن بذلك دون النظر لقدم الدين أو حدائته ودون النظر لميعاد حلوله.^(٣)

المبحث الثالث

زمان الوفاء ومكانه

نتعرض لزمان الوفاء ومكانه من خلال مطلبين على النحو التالى:

المطلب الأول

زمان الوفاء

الأصل أن يتم الوفاء فوراً متى أصبح الالتزام باتاً ونهائياً فى ذمة المدين، ويكون الالتزام باتاً على هذا النحو متى كان غير معلق على شرط واقف؛ حيث يجب انتظار تحقق هذا الشرط حتى يصبح الالتزام نافذاً.

بيد أن هذا الأصل يحد منه وجود اتفاق بين الطرفين يجيز تراخى تنفيذ الالتزام إلى وقت معين سواء صراحة أم ضمناً، كاتفاق شخص مع صانع ليصنع له شيئاً، فهذا الاتفاق يدل ضمناً على أن الوفاء سيكون بعد فراغ المدين من صناعة هذا الشئ، ويحد منه كذلك وجود نص قانونى يؤجل تنفيذ الالتزام فوراً، كما هو الشأن فى دفع أجرة الحكر مثلاً.

(١) د/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٧٢١، ود/ البدرأوى: مرجع سابق، ص ٣٣٩.

(٢) د/ السنهورى: مرجع سابق، ص ٧٧١، ود/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٧٢٢.

(٣) د/ السنهورى: مرجع سابق، ص ٧٧٢.

وإضافة الى تحديد الطرفين والقانون لزمان الوفاء فإن القانون منح القاضى فى حالات استثنائية الحق فى تحديد زمان الوفاء وذلك بما يعرف بنظرة الميسرة التى يمكنه منحها للمدين فى أحوال وبشروط معينة:

أولاً: المقصود بنظرة الميسرة:

يقصد بنظرة الميسرة: منح القاضى للمدين أجلاً أو آجلاً يفى فيها بما عليه من دين.^(١)

ثانياً: شروط منح القاضى للمدين نظرة الميسرة:

ولكى يمنح القاضى المدين نظرة الميسرة يجب توافر عدة شروط:

الشرط الأول: أن تكون حالة المدين تستدعى منحه نظرة الميسرة:

بأن يكون حسن النية فى تأخره فى الوفاء بما عليه من ديون، وألا يرجع هذا التأخير إلى تعمد أو تقصير منه، وألا يكون معسراً حتى تكون لنظرة الميسرة فائدة، بل يجب أن يكون لديه من المال ما يكفى للوفاء بديونه، بيد أنه لا يمكنه التصرف فى هذا المال بالبيع أو غيره للقيام بهذا الوفاء فى الوقت الحاضر، فيمنحه القاضى مهلة يتدبر فيها أمره وبيع أمواله أو عقاراته مثلاً بالسعر المناسب ويقى بديونه.

الشرط الثانى: ألا يترتب على منح المدين نظرة الميسرة إلحاق ضرر

جسيم بالدائن: كأن يكون هو الآخر مدينًا ويطالبه دائنه بدينه، أو تاجرًا وسيؤدى عدم حصوله على دينه فوات صفقة كبيرة عليه، فلا يجوز منح المدين نظرة الميسرة فى هذه الحالة؛ لأنه لا يجوز استفادة المدين عن طريق الإضرار الجسيم بالدائن.

الشرط الثالث: ألا يوجد مانع قانونى من منح المدين نظرة الميسرة:

ومن قبيل الموانع القانونية ما تقضى به المادة ١٥٦ من القانون التجارى من أنه لا يجوز للقاضى أن يعطى مهلة فى دفع قيمة الكمبيالة، ويسرى حكم هذه المادة كذلك على سائر الأوراق التجارية كالسندات الإذنية والسندات لحاملها.

(١) د/ السنهورى: مرجع سابق، ص ٧٨٠.

الشرط الرابع: أن يكون الأجل الذى يمنحه القاضى للمدين معقولاً:

فلا يكون طويلاً بما يضر بمصلحة الدائن، بل يجب أن يكون بالقدر الضرورى لتدبر المدين لأمره ويتمكن من الوفاء بما عليه من ديون.^(١)

وتوافر الشروط السابقة يجيز للقاضى أن يمنح المدين أجلاً أو آجالاً معقولة للوفاء بما عليه من دين، ويرجع ذلك إلى السلطة التقديرية للقاضى الذى يجوز له أن يمنح المدينة نظرة الميسرة من عدمه، فالأمر ليس حتمياً عليه، بل هو مجرد رخصة جعل القانون زمامها بيد قاضى الموضوع وفقاً لتقديره دون رقابة عليه من محكمة النقض إذا رفض منح المدين نظرة الميسرة.^(٢)

ثالثاً: آثار نظرة الميسرة:

إذا منح القاضى للمدين أجلاً أو آجالاً معقولة للوفاء بديونه ترتب على ذلك الآثار الآتية:

١ - وقف تنفيذ الإجراءات التى يقوم بها الدائن ضد المدين: ومن ثم يظل الحق واجب الأداء ولكن على الدائن أن يوقف إجراءات التنفيذ حتى تنتهى المهلة التى منحها القاضى للمدين، ولا يعنى ذلك أن الدين أصبح مؤجلاً بل هو حال وواجب الأداء، وكل ما فى الأمر هو وقف إجراءات التنفيذ ضد المدين فقط.

٢ - للدائن القيام بالإجراءات التحفظية على حقه: كقطع التقادم، وقيد الرهن وتجديد قيده.

٣ - لنظرة الميسرة أثر نسبي: ومن ثم فالأجل الممنوح للمدين يقتصر على المدين فقط دون غيره من المدينين ولو كانوا متضامين معه. ويقتصر أثر نظرة الميسرة كذلك على الدائن الذى حكم فى مواجهته بها ومن ثم لا يمتد إلى غيره من الدائنين ولو كانوا متضامنين معه، وحتى

(١) د/ عبد الفتاح عبد الباقي: مرجع سابق، ص ٢٣٠، د/ جلال محمد: مرجع سابق، ص ٥٥.

(٢) د/ السنهورى: مرجع سابق، ص ٧٨٣، د/ عبد الفتاح عبد الباقي: مرجع سابق، ص ٢٣١.

يتجنب المدين ذلك عليه أن يدخل سائر الدائنين فى الدعوى حتى يحكم له فى مواجهتهم جميعاً.^(١)

المطلب الثانى

مكان الوفاء

الأصل فى تحديد مكان الوفاء هو اتفاق الطرفين على ذلك؛ حيث يجوز لهما تحديد المكان الذى يتم فيه الوفاء سواء صراحة أم ضمناً، وسواء اتفقا على أن يكون هذا المكان موطن المدين أم موطن الدائن، وسواء تم هذا الاتفاق وقت نشوء الدين أم فى اتفاق لاحق لذلك.^(٢)

فإذا لم يحدد الطرفان مكان الوفاء ولم يكن فى العرف أو فى طبيعة التعامل ما يستخلص منه تحديده،^(٣) فقد تكفل القانون بذلك حيث قرر أن هذا المكان يختلف بحسب ما إذا كان الشئ محل الوفاء معيناً بالذات أو غير معين بذاته على التفصيل التالى:

١ - إذا كان محل الوفاء شيئاً معيناً بالذات:

إذا لم يتفق الطرفان على تحديد مكان الوفاء وكان الشئ محل الوفاء معيناً بالذات، كسيارة أو دابة معينة، فإن مكان الوفاء به هو مكان وجوده وقت نشوء الالتزام، فإذا انتقل هذا الشئ إلى مكان آخر، فالعبرة بالمكان الذى كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام، ولا عبرة بالمكان العارض الذى ينتقل إليه، وخاصة إن كان هذا الشئ سهل الانتقال بطبيعته، كالدابة أو السيارة.^(٤)

٢ - إذا كان محل الوفاء شيئاً غير معين بذاته:

أما فى الالتزامات التى يكون محلها أشياء معينة بنوعها كالنقود، أو كمية من القمح، فإن مكان الوفاء بها هو موطن المدين وقت الوفاء، أو المكان الذى يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان هذا الشئ متعلقاً بهذه الأعمال،

(١) د/ عبد الحى حجازى: مرجع سابق، ص ٢١، ود/ السنهورى: مرجع سابق، ص ٧٨٥.

(٢) د/ السنهورى: مرجع سابق، ص ٧٨١، ٧٩٠، د/ جلال محمد: مرجع سابق، ص ٥٨.

(٣) د/ عبد الحى حجازى: مرجع سابق، ص ١٧.

(٤) د/ السنهورى: مرجع سابق، ص ٧٩١، ود/ عبد الفتاح عبد الباقي: ص ٢٣١.

ومن ثم يتعين على الدائن السعى إلى هذا المكان للحصول على حقه من المدين. وفقاً لقاعدة أن الدين مطلوب لا محمول.^(١)

والعبرة في ذلك بمكان موطن المدين أو مركز أعماله هو وقت الوفاء وليس وقت نشوء الالتزام، فإذا ما قام المدين بتغيير هذا المكان من وقت نشوء الالتزام إلى وقت الوفاء، فالعبرة بالمكان الأخير.

ويجوز للمدين أن يقوم بالوفاء للدائن في موطن الدائن؛ حيث إنه حق مقرر له يجوز له التنازل عنه صراحة أو ضمناً، كأن يكون الدين أقساطاً وقام المدين بالوفاء ببعض هذه الأقساط في موطن الدائن فإن هذا يدل على تنازله عن حقه في وجوب سعى الدائن إليه ويوجب عليه سداد الأقساط في موطن الدائن.^(٢)

المبحث الرابع

رجوع الموفى على المدين (الوفاء مع الحلول)

تمهيد وتقسيم:

رأينا أن الوفاء قد يقوم به المدين أو نائبه، وقد يقوم به شخص من الغير، سواء كانت لهذا الغير مصلحة في هذا الوفاء أم ليست له فيه مصلحة، فإذا قام بالوفاء المدين أو نائبه برئت ذمته مما عليه من دين تجاه دائئه، وبالتالي لا رجوع له على أحد، ولا لأحد رجوع عليه.

أما إذا قام بهذا الوفاء شخص من الغير فإنه إما أن يكون متبرعاً، والتبرع لا يفترض في هذه الحالة بل لابد من نية واضحة تدل عليه، وهنا أيضاً لا رجوع له على المدين، أو غير متبرع ومن ثم يجوز له الرجوع على المدين بما وفاه عنه.

وهذا الرجوع إما أن يكون بدعوى شخصية منحه القانون إياها لاسترداد ما دفعه عن المدين، وتطبق على أحكام رجوع الموفى على المدين بالدعوى

(١) د/ عبد الحى حجازى: مرجع سابق، ص ١٧، ود/ محسن البيه: مرجع سابق، ص ٥٥٢.

(٢) فى هذا المعنى: د/ السنهورى: مرجع سابق، ص ٧٩١.

الشخصية القواعد العامة الواردة فى دعوى الفضالة أو دعوى الإثراء بلا سبب، على النحو الذى تم دراسته فى الجزء الأول من النظرية العامة للالتزامات وخاصة المصادر غير الارادية للالتزام.

وإما بدعوى الحلول محل الدائن؛ إذ يكون للموفى الرجوع على المدين بدعوى الوفاء مع الحلول التى يحل فيها محل الدائن فى نفس الدين الذى أداه له بماله من خصائص ومما يكفله من ضمانات.

ونظرًا لأهمية الوفاء مع الحلول عمليًا فإننا نتناول ماهيته ومصدره وما يترتب عليه من آثار وذلك فى ثلاثة مطالب على النحو التالى:

المطلب الأول

ماهية الوفاء مع الحلول

الوفاء مع الحلول: هو نوع من الوفاء يؤدى إلى استيفاء الدائن حقه، ولكن مع حلول الموفى محله فى رجوعه على المدين.^(١)

ويرى جانب آخر أن الوفاء مع الحلول: عبارة عن دفع الدين وانقضائه بالنسبة للدائن مع اعتباره قائمًا، وما يتبعه فى ذمة المدين لصالح من قام بالوفاء، ومن ثم فهو يعنى أن الدائن يحل مكانه دائن آخر قانونًا أو اتفاقًا مع بقاء الرابطة القانونية الأصلية وتوابعها.^(٢)

ويتضح من هذين التعريفين أن الوفاء مع الحلول يتمثل فى قيام شخص بوفاء دين الدائن الذى فى ذمة المدين وحلوله محل هذا الدائن فى مواجهة المدين قانونًا أو اتفاقًا مع تمتعه بما لهذا الدين من خصائص ومما يكفله من ضمانات.

والحلول بصفة عامة قد يكون عينيًا وفيه تحل عين محل أخرى نظرًا لقيمة العين الأولى، وذلك كأن تكون هناك عين موقوفه تباع ويشترى بثمنها عين أخرى تحل محلها وتصبح موقوفة، حيث نرى فى هذه الحالة أن العين

(١) د/ البدرأوى: مرجع سابق، ص ٣٤٤. ود/ محسن البيه: مرجع سابق، ص ٥٥٨.

(٢) د/ محمود خيال: مرجع سابق، ص ٣٢٥.

الجديدة حلت محل القديمة وأخذت صفتها، وكذلك قد يكون هناك عقارًا مرهونًا يحترق وكان مؤمنًا عليه فيحل مبلغ التأمين محل هذا العقار في استيفاء الدائنين المرتهنين لحقوقهم منه.

وقد يكون الحلول شخصيًا وهو حلول شخص محل شخص آخر نظر لما قام به الأول من وفاء للثاني فيحل محله في مواجهة المدين.^(١) والحلول المقصود بهذه الدراسة هو الحلول الشخصي وليس العيني.

المطلب الثاني

مصدر الحلول

لحلول الموفى محل الدائن في مواجهة المدين مصدران؛ حيث قد يفى الموفى للدائن بحقه استنادًا لنص قانوني فيكون الحلول قانونيًا، وقد يقوم بالوفاء بموجب اتفاق مع الدائن أو المدين فيكون الحلول اتفاقيًا:

الفرع الأول

الحلول القانوني

يحل الموفى محل الدائن في مواجهة المدين حلولًا قانونيًا في الحالات

التالية:

أ- إذا كان الموفى ملزمًا بالوفاء مع المدين أو عنه:

تتناول هذه الحالة فرضين يحل فيهما الموفى محل الدائن في الرجوع على المدين حلولًا قانونيًا:

الفرض الأول: إذا كان الموفى ملزمًا بالوفاء مع المدين: وذلك

كالمدين المتضامن، أو المدين مع المدين في دين لا يقبل الانقسام، فإذا قام أي منهما بالوفاء للدائن فإن له حق الحلول القانوني، ومطالبة المدين أو المدينين معه كل بقدر حصته في الدين.

الفرض الثاني: إذا كان الموفى ملزمًا عن غيره بالدين: وذلك كالكفيل

الشخصي والكفيل العيني، الذي انتقلت إليه ملكية هذا العقار فيصبح ملزمًا

(١) د/ عبد الحى حجازى: مرجع سابق ص ٣٠-٣١، د/ محمود خيال، مرجع سابق، ص ٣٢٥.

بالدين عن المدين، فإذا قام أحد هؤلاء الأشخاص بالوفاء فإنه يحل حلولاً قانونياً محل الدائن في مواجهة المدين.

ويشترط للحلول القانوني في هذه الحالة، أن يكون هناك شخص ملتزم مع غيره أو عن غيره بالوفاء بدين وأن يحصل الوفاء فعلاً.^(١)

ب- إذا كان الموفى دائئاً ووفى دائئاً مقدماً عليه بما له من تأمين:

تتمثل هذه الحالة في قيام دائن بالوفاء لدائن مقدم عليه بما يتمتع به الأخير من تأمين عيني، كحق رهن رسمي أو حيازي أو اختصاص أو امتياز، فيحل محله حلولاً قانونياً للاستفادة من هذه التأمينات أو لتحقيق مصلحة له بهذا الوفاء ويمكن أن تتحقق هذه المصلحة في فرضين:

الفرض الأول: إذا أراد الدائن المتقدم بيع العقار المرهون، ويرى الدائن المتأخر أن وقت هذا البيع غير مناسب لانخفاض قيمة العقارت في الوقت الحالي، وهذا لا يهم الدائن المتقدم لأنه سيحصل على حقه كاملاً في حين تعود الخسارة على الدائن المتأخر الذي ربما لا يحصل على حقه أو لا يحصل عليه كاملاً، فيقوم هذا الدائن المتأخر بوفاء الدائن المتقدم لتجنب هذه الخسارة وليحل محله في التأمين الذي يتمتع به، ويمنع بيع العقار حتى يأتي الوقت المناسب الذي يأمل فيه في الحصول على حقه كاملاً.

الفرض الثاني: قد يكون للدائن المتقدم تأمين عيني على عقار آخر مملوك للمدين أو للكفيل، إضافة إلى حق الرهن الذي على العقار الذي يشاركه فيه الدائن المتأخر وغيره، ويرغب الدائن المتقدم في التنفيذ على العقار المرهون والذي يشاركه فيه الدائن المتأخر، ويرى الدائن المتأخر أن قيمة هذا العقار لا تكفي للوفاء بالدينين معاً المتقدم والمتأخر، فيفي للدائن المتقدم ليحل محله في التأمين الذي على العقار الأول والرهن الذي على العقار الثاني لاعتقاده أن قيمتهما معاً تكفي للوفاء بدينه المتأخر ودين الدائن المتقدم.^(٢)

(١) د/ عبد الحى حجازى: مرجع سابق، ص ٤٢.

(٢) د/ عبد الحى حجازى: مرجع سابق، ص ٤٦، ود/ البدرأوى: مرجع سابق، ص ٣٥٠.

ويشترط لحلول الدائن المتأخر محل الدائن المتقدم في هذه الحالة شرطان:

١- أن يكون الموفى دائئاً؛ أى صاحب حق مستقل عن الحق الذى ينشأ بسبب الوفاء، سواء كان دائئاً عادياً أم له ضمان عيني كرهن.

٢- أن يكون الدائن الذى استوفى حقه (الموفى له) مقدماً على الدائن الموفى بما له من تأمين عيني، ومن ثم إذا كان الموفى والمستوفى فى درجة واحدة، فإنه يتمتع بالحلول، حيث لا مصلحة فى هذا الحل فضلاً عن أن القواعد المتعلقة بهذا الحل لا يجوز التوسع فى تفسيرها.^(١)

ج- إذا كان الموفى قد اشترى عقار ودفع ثمنه وفاء لدائنين خصص العقار لضمان حقوقهم:

فى هذه الحالة يقوم شخص بشراء عقار محمل برهون لعدة دائنين والرهون لا تسقط بالبيع، بل تتبع العقار فى أى يد يكون (ميزة التتبع) ويكون من حق هؤلاء الدائنين بيع هذا العقار لاستيفاء حقوقهم، ويرغب المشتري فى تطهير هذا العقار من هذه الرهون فيدفع ثمنه إلى هؤلاء الدائنين وفقاً لترتيب قيودهم فتبرأ ذمته من الثمن الذى كان عليه للبائع، وتتقضى الرهون التى تم سداد ديونها.

بيد أن هذا قد لا يكفى للوفاء بجميع هذه الديون فيفى المشتري للمرتهن الأول ولا يكفى الثمن للوفاء للمرتهن الثانى، وبوفاء المشتري للمرتهن الأول يحل محله فى حقه وإذا رغب المرتهن الثانى فى استعمال حقه فى بيع العقار منعه المشتري؛ لأنه أصبح فى مرتبة متقدمة عليه بحلوله محل المرتهن الأول، فلا تكون هناك مصلحة للمرتهن الثانى فى بيع العقار وخاصة إن كان المرتهن الأول يعادل القيمة الحقيقية للعقار.^(٢)

ومن ثم يؤدى الحل القانونى للمشتري محل المرتهن الأول إلى وقف أي إجراءات يرغب المرتهنون المتأخرون فى القيام بها.

(١) د. عبد الحى حجازى، مرجع سابق ص ٤٧، د. السنهورى، مرجع سابق ص ٦٦٩.

(٢) د/ عبد الحى حجازى: مرجع سابق، ص ٤٩، ود/ السنهورى مرجع سابق، ص ٦٧٢.

ويشترط لتحقيق الحلول القانوني واستفادة المشتري منه في هذه الحالة:
١- أن يكون هناك عقار مخصص لضمان حقوق الدائنين، سواء برهن، أو امتياز، أو أي تأمين عيني آخر.

٢- يجب أن يدفع المشتري ثمن العقار وفاء للدائنين الذين خصص العقار لضمان حقوقهم .

٣- أن يحصل الوفاء من المشتري أو نائبه.^(١)

د- وجود نص قانوني يخول الموفى حق الحلول:

إضافة إلى الحالات السابقة فثمة حالات أخرى تقررت بنصوص خاصة، تقرر للموفى حق الحلول القانوني محل المستوفى في مواجهة المدين، ومن هذه الحالات ما تضمنته المادة (٧٧١ مدني) من إعطاء المؤمن حق الحلول القانوني بما يدفعه من تعويض عن الحريق للمؤمن له في الدعاوى التي تكون للمؤمن له تجاه من تسبب في حدوث الحريق.

ويلاحظ البعض بحق أن حلول المؤمن وهي شركة التأمين في هذه الحالة ليس حلولاً بالمعنى الحقيقي؛ لأنها لم لم تقم بوفاء دين على المؤمن له، ولم توف عمن تسبب بفعله عن الحريق، بل تدفع ديناً شخصياً عليها، ومن ثم تعتبر هذه الحالة من قبيل حوالة الدعوى، ولذلك تقرر حق المؤمن في الحلول في هذه الحالة بنص خاص.^(٢)

الفرع الثاني

الحلول الاتفاقية

الحلول الاتفاقية: هو الذي يحل فيه الموفى محل الدائن في مواجهة المدين، وذلك بالاتفاق الذي قد يتم بين الدائن والموفى، أو المدين والموفى.

أولاً: الحلول باتفاق الدائن والموفى:

تضمنت المادة ٣٢٧ مدني الصورة العادية للحلول والتي يتفق فيها الموفى مع الدائن على الحلول محله في حقوقه قبل المدين، كأن يشتري شخص

(١) د/ عبد الحى حجازي: مرجع سابق، ص ٥٠.

(٢) د/ عبد الحى حجازي: مرجع سابق، ص ٥١، ود/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٦٧٥.

سيارة من شخص آخر وليس معه ثمنها فيقوم بالوفاء عنه شخص ثالث يتفق مع الدائن (البائع) على أن يحل محله في مواجهة المشتري بحيث يكون له امتياز البائع، ولا يمانع البائع في ذلك لأنه يستوفى حقه كامل، ويسلم للموفى مخالصة يكتب فيها الاتفاق على الحل.^(١)

ويشترط للحلول بالاتفاق بين الموفى والدائن شرطان:

الشرط الأول: وجود اتفاق بين الموفى والدائن:

لكي يحل الموفى محل الدائن فيجب أن يتم الاتفاق بينهما على أن يحل الموفى محل الدائن في مواجهة المدين وفي نفس مركزه القانوني، ومن ثم يجب أن يتوافر في الدائن أهلية تلقي الوفاء، وأهلية الاتفاق على إحلال الموفى محله، وهذا الاتفاق يتم بين الموفى والدائن ومن ثم لا يشترط موافقة المدين، بل قد يتم رغم معارضته؛ حيث أنه يحقق مصلحته حيث انقضى دينه بالنسبة للدائن ويتخلص من مطالبته، وحل محله دائن جديد يغلب أن يكون أكثر مرونة وتساهلاً.

الشرط الثاني: أن يتم الاتفاق بين الدائن والموفى وقت الوفاء:

يشترط كذلك لحلول الموفى محل الدائن إضافة إلى اتفاقهما على ذلك، أن يكون هذا الاتفاق وقت الوفاء، ومن ثم لا يصح أن يكون هذا الاتفاق متأخراً عن هذا الوقت، ولكن يجوز أن يكون هذا الاتفاق سابقاً على الوفاء، كأن يتفق الموفى مع الدائن على الحل محله في مواجهة المدين ثم يفي له بالدين، والغالب أن يتم في وقت واحد.^(٢)

ويرجع السبب في وجوب كون اتفاق الدائن والموفى على الحل وقت

الوفاء وعدم جواز الاتفاق على هذه الحل اللاحق للوفاء لأمرين:

الأول: منع ما قد يتم من تحاليل للإضرار بالدائنين التاليين في المرتبة

لهذا الدائن.^(٣)

(١) د/ عبد الحى حجازى: مرجع سابق، ص ٣٦.

(٢) المرجع السابق: ص ٦٧٩، ود/ عبد الحى حجازى: مرجع سابق، ص ٣٧.

(٣) المرجع السابق: ص ٣٧، ود/ السنهورى: مرجع سابق، ص ٦٧٩.

والثاني: أن الوفاء قد تم دون اتفاق على الحلول، ومن ثم فإن الدين يكون قد انقضى فلا يمكن أن يرد عليه حلول؛ حيث إنه بهذا الانقضاء لا يوجد محل يرد عليه هذا الحلول.^(١)

ثانيًا: الحلول باتفاق الموفى مع المدين:

يحل الموفى محل الدائن في مواجهة المدين بالاتفاق بين المدين والموفى، إذ أنه إذا كان حلول الموفى محل الدائن بالاتفاق مع الدائن يبدو مقبولاً، وخاصة من الناحية النظرية باعتبار أن الدائن هو صاحب الحق وله مطلق التصرف فيه، فإن الحلول بالاتفاق مع المدين لا يبدو ظاهرياً على هذا النحو، بل يبدو متعارضاً مع حرية الدائن إذا تم برغم معارضته.

إلا أن الحلول في هذه الحالة له مبرراته العملية؛ حيث إنه من ناحية أولى: يحقق مصالح كل الأطراف، فهو يؤدي إلى وفاء دين المدين من خلال اقتراضه لمبلغ الدين من المقرض في مقابل أن يحل هذا المقرض محل الدائن وأن يتمتع بنفس ضماناته، فيستفيد المقرض من هذه الضمانات، ويستفيد المدين بسداد دينه والتخفيف من وطأته مؤقتاً، كما يستفيد الدائن بالحصول على حقه كاملاً ولا ضرر يعود عليه من انتقال ما كان معه من ضمانات للمقرض.

ومن ناحية ثانية: لا ضرر يعود على الدائنين الآخرين حيث لم تتغير أوضاعهم من مدينهم حيث يحتلون نفس مراتبهم سواء في ظل وجود الدائن السابق، أو حل محله دائن جديد، ولذلك فإنه يجوز للمدين اقتراض مبلغ الدين من شخص آخر ليفي منه ما عليه من دين في مقابل حلول المقرض محل الدائن ولو برغم معارضة هذا الدائن.^(٢)

شروط الحلول بالاتفاق بين الموفى والمدين:

ويشترط لصحة حلول الموفى محل الدائن بالاتفاق بينه وبين المدين:

- ١- أن يكون هناك قرض أقراضه الموفى للمدين، ويستوى في هذا القرض أن يكون مبلغاً من النقود إذا كان الدين نقوداً أو شيئاً مثلياً آخر إذا

(١) د/ جلال محمد إبراهيم: مرجع سابق، ص ٢٨.

(٢) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٦٨٢، ٦٨٣.

- كان الدين كذلك، ويجب أن يستخدم المدين هذا القرض للوفاء بدينه.^(١)
- ٢- أن يذكر فى عقد القرض أن مبلغ القرض مخصص للوفاء، سواء قام بذلك المقرض أم المقترض فالمهم أن يتم ذلك فى عقد القرض.
- ٣- إن يذكر فى المخالصة أن الوفاء كان من مال القرض.^(٢)

المطلب الثالث

آثار الوفاء مع الحلول

الأثر الجوهري الذى يترتب على الوفاء مع الحلول، سواء كان هذا الحلول قانونياً أم اتفاقياً، هو أن يصبح الموفى دائئاً للمدين بذات حق الدائن بما لهذا الحق من خصائص، وما يلحقه من توابع، وما يكفله من تأمينات، وما يرد عليه من دفع، بيد أن هذه القاعدة ليست مطلقة بل يرد عليها قيود تحد من حلول الموفى الكامل محل الدائن.

ولذلك نتناول القاعدة العامة والقيود الواردة عليها بالتفصيل التالى:

أولاً: القاعدة: حلول الموفى محل الدائن:

يتربط على الوفاء مع الحلول أن يحل الموفى محل الدائن فى ذات الحق الذى كان له فى مواجهة المدين؛ حيث ينتقل هذا الحق إلى الموفى بما له من خصائص، وما يلحقه من توابع، وما يكفله من تأمينات، وما يرد عليه من دفع:

فمن حيث الخصائص: ينتقل الحق الموفى به من الدائن إلى الموفى بما له من خصائص التى كانت فى العلاقة بين الدائن والمدين، فإن كان هذا الحق تجارياً، أو ثابتاً بسند تنفيذى، أو يتقدم بمدة خاصة، فإن الموفى يتلقاه بهذه الخصائص أيضاً.

ومن حيث التوابع: ينتقل الحق إلى الموفى كذلك بتوابعه، كدعوى الفسخ التى كانت مقررة للدائن - البائع - فإنها تنتقل الى الموفى، وكذلك حق الدائن فى الطعن فى تصرف المدين بالدعوى البوليصة، كما ينتقل إلى الموفى ما كان ينتجه هذا الحق من فوائد.

(١) د/ عبد الحى حجازى: مرجع سابق، ص ٣٩.

(٢) المرجع السابق: ص ٤٠، ود/ السنهورى: مرجع سابق، ص ٦٨٣ - ٦٨٤.

ومن حيث التأمينات: فإن الموفى يستفيد كذلك بما كان يكفل حق الدائن من تأمينات سواء كانت هذه التأمينات شخصية، كالمدين المتضامن أو الكفيل المتضامن أو غير المتضامن والمدين فى دين لا يقبل الانقسام، أم عينيه كالرهن الرسمى أو الحيازى أو حق الاختصاص أو الامتياز.

ومن حيث الدفع: فإنه كما ينتقل الحق إلى الموفى بما له من خصائص ومزايا، فينتقل معه كذلك ما يرد عليه من دفع؛ حيث يستطيع المدين التمسك فى مواجهة الموفى بكافة الدفع التي كان يمكنه التمسك بها فى مواجهة الدائن، كأسباب البطلان والانقضاء، إلا ما كان منها متعلقاً بشخص الدائن، كنقص الأهلية فلا يمكنه التمسك بذلك.^(١)

ثانياً: القيود الواردة على حلول الموفى محل الدائن:

ثمة قيود ترد على حلول الموفى محل الدائن حلولاً كاملاً فى حقه قبل المدين وتقتصر هذا الحلول على ما يكون الموفى أداه من ماله بالفعل، وتتمثل هذه القيود فيما يلى:

- ١- رجوع الموفى على المدين لا يكون إلا بقدر ما أداه من ماله لا بمقدار الدين: إذا كان الموفى قد وفى المدين بأقل من قيمته فإن رجوعه على المدين لا يكون إلا بمقدار ما أداه وليس بمقدار الدين، ومن ثم فإنه إذا كان الدائن قد نزل عن جزء من هذا الدين، فإن هذا النزول يكون فى مصلحة المدين وليس الموفى، أما إذ حصل الدائن من الموفى على جزء من الدين، فإنه يرجع على المدين بالجزء الباقي ويتقدم على الموفى فى الحصول عليه.^(٢)
- ٢- رجوع الموفى الملتزم مع غيره بالدين: إذا كان الموفى ملتزماً مع غيره بالدين، كما لو كان مديناً متضامناً، أو مديناً فى دين لا يقبل الانقسام، أو أحد كفلاء متعددين، وقام بالوفاء بالدين فلا يرجع على الملتزمين معه بالدين كاملاً، وإنما يتقيد بقيددين فى هذه الحالة:

(١) د/ عبد الحى حجازى: مرجع سابق، ص ٥٢، ود/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٦٩٠.

(٢) د/ جلال محمد إبراهيم: مرجع سابق، ص ٣٢، ود/ محسن البيه: مرجع سابق، ص ٥٧١.

أولهما: استتزال حصته من هذا الدين أولاً، ولا يرجع عليهم بالدين كاملاً. **وثانيهما:** أنه لا يرجع على أي منهم إلا بقدر حصته في الدين فقط؛ وذلك حتى لا تتكرر سلسلة الرجوع من كل منهم على الباقي.^(١)

٣- رجوع الموفى الحائز لعقار مرهون على حائز لعقار مرهون آخر: بمقتضى نص المادة ٣٣١ مدنى إذا كان الدين مضموناً برهون عديدة على عقارات مختلفة، وتم بيع هذه العقارات فأصبحت في يد حائزين مختلفين، وصار كلا من هؤلاء الحائزين ملتزماً بالدين مع المدين، فإذا أوفى أحدهم بالدين فإنه يحل محل الدائن قانوناً ويكون له الحق في الرجوع بهذا الدين على أي من الحائزين الآخرين، بيد أن هذا النص قصر رجوع الموفى في هذه الحالة على هؤلاء الحائزين كل بقدر حصته في الدين فقط، وذلك حتى لا تتكرر سلسلة الرجوع من كل منهم على الآخرين.^(٢)

٤- الموفى لم يوف إلا بجزء من الدين:

وفقاً لنص المادة ٣٣٠ من القانون المدنى إذا قبل الدائن وفاء جزئياً من غير المدين، فإن الدائن لا يضار من هذا الوفاء، ويكون متقدماً على الموفى فيما بقى له من حقه؛ وذلك لأنه من المفترض أن الدائن لم يقبل الوفاء الجزئى من الموفى إلا بشرط عدم الإضرار به مما يستوجب تقديم الدائن على هذا الموفى حتى لا يضار الأول، وخاصة إذا كان حلول الموفى حلولاً قانونياً؛ حيث لا يوجد اتفاق بين الدائن والموفى، وهذا النص من قبيل القواعد المكملة التى يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها فيجوز أن يتفق الغير مع الدائن على أن يفى له بجزء من الدين بشرط أن يكون متقدماً عليه في الاستيفاء.

(١) د/ السنهورى: مرجع سابق، ص ٦٩٤، ود/ جلال محمد إبراهيم: مرجع سابق، ص ٣٣.

(٢) د/ السنهورى: مرجع سابق، ص ٦٩٥.

الفصل الثاني

التنفيذ العيني الجبري للالتزام

يقصد بالتنفيذ العيني للالتزام: إجبار المدين على أداء عين ما التزم به؛ أي أداء نفس المحل الذي قام عليه الالتزام، فإن كان الالتزام ناشئاً عن عقد بيع مثلاً وكان البائع ملتزماً بتسليم المبيع وجب عليه تسليم المبيع المعقود عليه ذاته دون تغيير أو تبديل.^(١)

ونقتضي دراسة التنفيذ العيني تقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول

شروط التنفيذ العيني

ويتضح من نص المادة ٢٠٣ من القانون المدني المصري أنه يشترط للحكم بالتنفيذ العيني ضرورة توافر الشروط الأربعة الآتية:

الشرط الأول: أن يكون التنفيذ العيني ممكناً:

أما إن كان مستحيلًا امتنع طلبه إذ لا تكليف بمستحيل، سواء كانت الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي أم إلى خطأ المدين؛ حيث يقتصر حق الدائن على المطالبة بالتعويض إن كان سبب الاستحالة خطأ المدين، أما إن كانت راجعة إلى سبب أجنبي انقضى الالتزام وامتنع تنفيذه عينياً أو بطريق التعويض. وقد تكون الاستحالة مادية، كهلاك الشيء المطلوب تسليمه، كاحتراق المنزل المبيع، وقد تكون معنوية إذا كان تنفيذ الالتزام يتطلب تدخل المدين في وقت معين ومر هذا الوقت فلا جدوى من تدخله بعد ذلك، كتخلف فنان عن حضور حفل تعهد بإحيائه.

وإذا كان تنفيذ الالتزام يقتضي تدخل المدين شخصياً ورفض القيام به، فلا يجوز إجباره على هذا التدخل لما في ذلك من مساس بحريته الشخصية، كالطبيب الذي يرفض إجراء عملية جراحية تعهد بالقيام بها.^(٢)

(١) د/ سعيد جبر: مرجع سابق، ص ١٠٨، ود/ عبد الفتاح عبد الباقي: مرجع سابق، ص ٢١.

(٢) د/ إسماعيل غانم: في النظرية العامة للالتزام - أحكام الالتزام، ١٩٦٧، ص ١٤.

وقد لا تتطلب طبيعة الالتزام ذاته التدخل الشخصي للمدين لتنفيذه عينيًا، ويقوم حكم القاضي مقام هذا التدخل، ويعتبر ذلك تنفيذًا عينيًا للالتزام، كحكم القاضي في دعوى صحة التعاقد، والذي يقوم مقام تدخل المدين بإجراءات التسجيل أو بنقل حق عيني (م ٢٠٤).

الشرط الثاني: أن يطلب الدائن التنفيذ العيني أو يتقدم به المدين:

التنفيذ العيني للالتزام هو الأصل ومن ثم لا يصار إلى بدله متى كان ممكنًا إلا بتراضي الطرفين معًا؛ ولذا لا يستطيع الدائن بمفرده اقتضاء التعويض بدلًا عنه دون رضا المدين، ولا يستطيع المدين دفع التعويض بدلًا من التنفيذ العيني دون رضا الدائن؛ لأن التعويض ليس إلا وسيلة احتياطية للتنفيذ العيني ولا يتم اللجوء إليه إلا إذا تعذر التنفيذ العيني.^(١)

وبناء على ذلك فإنه يشترط للحكم بالتنفيذ العيني أن يطلبه الدائن أو يتقدم به المدين، فإذا لم يطلبه الدائن وكان ممكنًا أو طلب التعويض ولم يعترض المدين، فإنه يقضي به ويستعاض به عن التنفيذ العيني ويكون ذلك بمثابة اتفاق ضمني بينهما.^(٢)

أما إذا طلب الدائن التنفيذ العيني وكان ممكنًا فيجب على المدين أدائه وليس في استطاعته عرض التعويض بدلًا عنه، وكذلك إن عرض المدين التنفيذ العيني لما التزم به فليس أمام الدائن إلا قبوله ولا يكون في وسعه رفضه والمطالبة بالتعويض بدلًا عنه، بل وتبرأ ذمة المدين بالتنفيذ العيني ولو رفضه الدائن؛ لأنه ليس للالتزام إلا محل واحد وهو التنفيذ العيني ولا يملك أي من الطرفين بمفرده العدول عنه إلى التعويض.^(٣)

الشرط الثالث: ألا يكون في التنفيذ العيني إرهاب للمدين أو يكون فيه

إرهاب ولكن العدول عنه يلحق ضررًا جسيمًا بالدائن:

إذا كان الأصل هو وجوب التنفيذ العيني للالتزام متى كان ممكنًا إلا أن

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٥١٠.

(٢) في هذا المعنى: د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٩٩٦.

(٣) المرجع السابق: ص ٩٩٧، ود/ جلال محمد إبراهيم: مرجع سابق، ص ٧٠.

المشرع خرج على هذا الأصل ونص في المادة ٢٠٣ على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاب للمدين، جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً.

وهو ما يدل على أنه يجوز للقاضي العدول عن التنفيذ العيني إلى التنفيذ بطريق التعويض بالرغم من إمكانية التنفيذ العيني إذا كان في هذا التنفيذ إرهاب للمدين؛ أي سبب له عنت شديد وليس مجرد عسر وكلفة وضيق، وبمعنى آخر إذا كان التنفيذ العيني يلحق بالمدين خسارة فادحة وجسيمة ويترك للقاضي حرية تقدير ذلك.^(١)

ومن أمثلة التنفيذ العيني للالتزام المرهق للمدين قيام الشخص بالبناء في أرض اشتراها وتجاوز في هذا البناء على المساحة المشتراة تجاوزاً يسيئاً، فلا يكون للدائن التمسك بوجوب التنفيذ العيني والمتمثل في هدم البناء على الجزء الزائد عن القدر المبيع وإنما يقتصر حقه على التعويض.^(٢)

ولإعادة التوازن بين مصلحتي الدائن والمدين قرر المشرع أنه يشترط للعدول عن التنفيذ العيني إلى التنفيذ بطريق التعويض إذا كان في التنفيذ العيني إرهاب للمدين، ألا يترتب على هذا العدول إلحاق ضرر جسيم بالدائن، بمعنى أنه إذا كان عدم التنفيذ العيني سيلحق بالدائن ضرراً جسيماً فإنه يجوز الحكم به ولو كان فيه إرهاب للمدين.

الشرط الرابع: إعدار الدائن للمدين:

تطلبت المادة ٢٠٣ من القانون المدني لإجبار المدين على التنفيذ العيني أن يتم إعداره، أي أن يوضع المدين موضع المتأخر في تنفيذ التزامه إذا تقاعس عن التنفيذ بعد الإعدار، وحقيقة الأمر أن الإعدار المطلوب هنا يقتصر على حالة التنفيذ العيني الذي يتم قهراً على المدين، أما التنفيذ العيني الاختياري من جانب المدين أو الذي يتم بحكم القانون فلا حاجة فيه إلى الإعدار.^(٣)

(١) الطعن رقم ١٢٢٨ لسنة ٦٧ق - جلسة ٢٤/٦/٢٠٠١ مجلة المحاماة ع ٢٤، ٢٠٠٢، ص ٢٥.

(٢) د/ جلال محمد إبراهيم: مرجع سابق، ص ٧٣.

(٣) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١٠٠٢، ود/ جلال محمد إبراهيم: مرجع سابق ص ٦٨.

ولذا فعلة الإعذار هنا هي إثبات تقصير المدين في تنفيذ التزامه.^(١) بينما يرى البعض أن تطلب المشرع المصري للإعذار في هذه الحالة غير مفهوم.^(٢)

المبحث الثاني

كيفية التنفيذ العيني

تختلف كيفية تنفيذ الالتزام بحسب ما إذا كان محله إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل.

أولاً: التنفيذ العيني للالتزام بإعطاء:

قد يكون محل الالتزام بإعطاء هو نقل ملكية شيء أو حق عيني آخر أو إنشائه، وقد يكون معيناً بذاته أو بنوعه وتختلف كيفية التنفيذ العيني في كل منهما عن الآخر.

١ - التنفيذ العيني للالتزام بنقل حق عيني أو إنشائه:

الالتزام بنقل حق عيني أو إنشائه قد يرد على شيء معين بذاته أو معيناً بنوعه:

أ - في الشيء المعين بذاته: بمقتضى نص المادة ٢٠٤ مدني يتم تنفيذ الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر في المنقول المعين بذاته والمملوك للملتزم من تلقاء نفسه وفي لحظة نشوئه بحيث تنتقل الملكية أو ينشأ الحق العيني للدائن بقوة القانون في وقت وجود الالتزام.^(٣)

فإذا باع شخص سيارة أو جهازاً كهربائياً مثلاً، أو رتب عليه حقاً عينياً آخر كالرهن مثلاً، فإن الالتزام بنقل ملكية هذه السيارة إلى المشتري أو ترتيب حق الرهن ينشأ وقت التعاقد وتنتقل الملكية فعلاً إلى المشتري بمجرد نشوء الالتزام، ويترتب كذلك حق الرهن للدائن المرتهن بمجرد الاتفاق على ذلك، ودون حاجة إلى أي إجراء آخر.^(٤)

(١) د/ عبد الفتاح عبد الباقي: مرجع سابق، ص ٦٨.

(٢) د/ عبد المنعم البراوي: مرجع سابق، ص ٢٦.

(٣) د/ محمود زكي: الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، ط: مطبعة جامعة القاهرة، ص ٧٤٢.

(٤) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١٠٠٧، ود/ عبد الفتاح عبد الباقي: مرجع سابق، ص ٢٧.

أما إذا كان محل الالتزام عقارًا فإن الالتزام بتنفيذه لا يتم بمجرد نشوئه ولو كان هذا العقار معينًا بالذات ومملوكًا للملتزم بل يجب مراعاة القواعد المتعلقة بالتسجيل بالنسبة للحقوق العينية الأصلية، كالملكية والارتفاق والانتفاع، أو قواعد القيد بالنسبة للحقوق العينية التبعية، كالرهن الرسمي والاختصاص، ومعنى ذلك أن الالتزام بهذه الحقوق ينشأ بالفعل بمجرد العقد، أما تنفيذه فيتوقف على التسجيل أو القيد.^(١)

ب - في الشيء المعين بنوعه: لا يتم تنفيذ الالتزام بنقل الملكية أو الحقوق العينية في الشيء المعين بنوعه إلا بإفراز هذا الشيء؛ لأن الحق العيني كسلطة مباشر على شيء لا يمكن أن يرد إلا على شيء معين بذاته، وهو ما لا يتحقق في الشيء المعين بنوعه إلا بالإفراز، فيصبح من ثم معينًا بذاته ويمكن أن تنتقل ملكية أو ينشأ عليه أي حق عيني آخر ولو لم يتم تسليمه بعد.^(٢)

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا كان الالتزام المراد تنفيذه واردًا على نقود معينة بالنوع فقط، فإن التنفيذ لا يتم بالإفراز وإنما يلزم فوق ذلك القبض، فلو كان شخص مدينًا لآخر بمائة جنيه مثلاً، فلا يكفي إفرازه لهذا المبلغ لينفذ التزامه، وإنما يجب عليه أن يسلمها بالفعل إلى الدائن.^(٣)

ثانيًا: التنفيذ العيني للالتزام بعمل:

يختلف التنفيذ العيني للالتزام بعمل بحسب ما إذا كان العمل المراد تنفيذه يمكن أن يتم بدون تدخل شخصي من المدين، أو لا يتم بدون هذا التدخل، أو أن طبيعة الالتزام بهذا العمل تسمح بقيام حكم القاضي مقام التنفيذ العيني، وذلك على التفصيل التالي:

١ - التزام بعمل لا يمكن تنفيذه دون تدخل المدين: إذا كان العمل المطلوب تنفيذه يتطلب تدخل المدين شخصيًا، ويكون كذلك إما لطبيعة العمل

(١) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١٠٠٨.

(٢) د/ محمود زكي: مرجع سابق، ص ٧٤٣، ود/ عبد الفتاح عبد الباقي: مرجع سابق ص ٢٨.

(٣) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١١٥، ود/ محسن البيه: مرجع سابق، ص ٧١.

ذاته، كما هو الشأن بالنسبة للطبيب والمهندس والمحامي، أو بموجب الاتفاق بين الطرفين على وجوب قيام المدين شخصياً بالعمل، وفي هذه الحالة يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين (م ٢٠٨ مدني)، بيد أنه إذا امتنع المدين عن تنفيذ التزامه فلا يمكن إجباره على القيام به، ولا يكون أمام الدائن حينئذ سوى اللجوء للتهديد المالي (الغرامة التهديدية) لحمل المدين على تنفيذ التزامه عينياً أو الاكتفاء بالتنفيذ عن طريق التعويض.^(١)

٢- التزام بعمل لا يرتبط بشخص المدين: إن كان العمل المراد تنفيذه لا يتطلب التدخل الشخصي للمدين كالتزام المقاول بإنشاء مبنى، أو شق قناة، أو التزام المؤجر بإجراء ترميمات عاجلة في العين المؤجرة، وفي هذه الحالة يجوز للدائن في حالة عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه أن يطلب من القضاء بموجب دعوى يرفعها الحكم له بالتنفيذ العيني على نفقة المدين، فيتعاقد مع مقاول آخر لبناء المبنى أو شق القناة، الذي كان يجب على المدين الأصلي القيام به، ويرجع على هذا المدين بعد ذلك بما تكبده من نفقات.

كما يجوز للدائن في حالة الاستعجال التنفيذ على نفقة المدين دون الحصول على ترخيص من القضاء، كما هو الشأن في حالة الترميمات العاجلة في العين المؤجرة؛ حيث يجوز للمستأجر الاتفاق مع مقاول القيام بها ويرجع بنفقاتها على المؤجر، ويخضع مدى توافر الاستعجال من عدمه لرقابة القاضي.^(٢)

٣ - التزام بعمل يقوم حكم القاضي مقام تنفيذه من المدين: قد تسمح طبيعة بعض الأعمال بقيام حكم القاضي مقام تنفيذه تنفيذاً عينياً من جانب المدين، وفي هذه الحالة إذا لم يقم المدين بتنفيذ العمل المطلوب منه اختيارياً حل حكم القاضي محل تنفيذ المدين لالتزامه وأغنى عن تدخله. وهذا ما نصت

(١) د/ محمود جمال الدين زكي: مرجع سابق، ص ٧٤٦، ود/ جلال محمد إبراهيم: مرجع سابق

ص ٨٠، ود/ البدرابي: مرجع سابق، ص ٣٥.

(٢) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١٠٣٧، ود/ محمود جمال الدين زكي: مرجع سابق ص ٧٤٥،

ود/ جلال محمد إبراهيم: مرجع سابق، ص ٨٣.

عليه المادة ٢١٠ مدني بقولها: "في الالتزام بعمل يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ، إذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام".

ومن أمثلة هذا النوع من الالتزامات التزام البائع باتخاذ الإجراءات اللازمة لتسجيل عقد البيع، فإن امتنع عن ذلك جاز للمشتري رفع دعوى صحة التعاقد، فإذا سجل المشتري الحكم الصادر في هذه الدعوى انتقلت الملكية من تاريخ التسجيل، وقام حكم القاضي مقام ما كان يجب على البائع القيام به من إجراءات.^(١)

ثالثاً: التنفيذ العيني للالتزام بالامتناع عن عمل:

يتمثل التنفيذ العيني للالتزام بالامتناع عن عمل في استمرار المدين به بعدم إتيان العمل الممنوع منه ويعتبر بذلك منفذاً لالتزامه تنفيذاً عينياً، أما إذا أخل بهذا الالتزام وأتى العمل المحظور عليه، أصبح التنفيذ العيني لهذا الالتزام مستحيلاً في بعض الأحيان، كإفشاء العامل لأسرار العمل، أو إفشاء الطبيب لأسرار مريضه أو المحامي لأسرار موكله، وفي هذه الحالة لا يكون أمام الدائن سوى المطالبة بالتعويض.^(٢)

وفي ضوء ما سبق، فإنه في حالة إخلال المدين بالتزامه عن الامتناع عن عمل ما وإتيانه لهذا العمل، يجوز للدائن المطالبة بإزالة ما وقع مخالفاً لهذا الالتزام متى كان ذلك ممكناً، كما أن له الحق في اللجوء للقضاء للترخيص له بإزالة هذه المخالفة على نفقة المدين ولا يجوز للدائن القيام بالإزالة من تلقاء نفسه في حالة الاستعجال، لما قد يؤدي إليه ذلك من عنف بين أفراد المجتمع. وقد يحكم القاضي بإزالة المخالفة أو يقتصر على الحكم بالتعويض إن كان في الإزالة إرهاقاً للمدين لا يتناسب مع ما يصيب الدائن من ضرر.^(٣)

(١) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١٠٤١، ود/ البدرابي: مرجع سابق، ص ٣٦.

(٢) د/ محمود جمال الدين زكي: مرجع سابق، ص ٧٤٧.

(٣) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١٠٤٥، ود/ البدرابي: مرجع سابق، ص ٣٧.

المبحث الثالث

وسائل إجبار المدين على التنفيذ العيني

تمهيد وتقسيم:

رأينا أن التنفيذ العيني قد يقوم به المدين طواعية وهو ما يسمى بالوفاء، إلا أنه إن تعنت في ذلك فللدائن عدة سبل لإجباره على هذا التنفيذ، فقد يقوم به الدائن نفسه على نفقة المدين، إذا لم يكن تدخله ضروريًا، وقد يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ العيني كما هو الشأن في التصديق على التوقيع، وقد يتم التنفيذ العيني بقوة القانون كما هو الحال في نقل ملكية العين المعينة بالذات بمجرد التعاقد.

وبالرغم من تعدد هذه الوسائل إلا أن هناك وسيلتان أخريتان غير مباشرتين تهدفان إلى حمل المدين على التنفيذ العيني لالتزامه: إحداهما: استثنائية ونادرة الوجود في القوانين الحديثة وهي الإكراه البدني، والثانية: نظمها المشرع في العديد من الدول وهي الغرامة التهديدية:

المطلب الأول

الإكراه البدني

يقصد بالإكراه البدني: حبس المدين الممتنع عن تنفيذ التزامه والضغط على إرادته حتى يمتثل للتنفيذ.^(١)

ولقد كان للإكراه البدني دوره الكبير في الشرائع القديمة وفي القانون الروماني حيث كان الضامن لتنفيذ المدين لالتزامه هو جسمه لا ماله، فإن لم يف بالتزاماته كان من حق الدائن أن يسترقه، وبالتالي يصير له الحق في بيعه أو حبسه، بل كان يجوز له قتله.

ثم تطور الأمر بعد ذلك إلى أن صار الضامن لالتزام المدين هو ماله وليس جسمه وأصبح حق الدائن قاصرًا على حبس المدين لحمله على تنفيذ التزامه، ثم ازداد الأمر تطورًا فأصبح الضمان العام للدائنين على أموال

(١) د/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ١٢٠.

مدينهم الحاضرة والمستقبله دون حاجة إلى حبسه.^(١)

والقانون المدني المصري لم يتضمن نصوصاً تجيز الإكراه البدني لمخالفة ذلك للمبادئ المدنية الحديثة، والتي تقتضي بأن المدين يلتزم في ماله وليس في شخصه، كما أن الإكراه البدني كان سائداً في ظل الاختلاط بين القانون المدني والقانون الجنائي واجتماع معنى العقوبة والتعويض في جزء واحد أما الآن فقد تم التمييز بينهما.^(٢)

وبالرغم من عدم جواز حبس المدين في المواد المدنية والتجارية في القانون المدني المصري، إلا أنه ما زال هناك بعض التطبيقات التشريعية التي تجيز هذا الحبس في إطار بعض المواد الشرعية والجنائية، وهي:

١ - الإكراه البدني للمدين في دين النفقة والحضانة والرضاع والمسكن، وذلك بحبس المحكوم عليه بهذا الدين متى كان قادراً على أدائه مدة لا تزيد عن ثلاثين يوماً.

وتجدر الإشارة إلى أن حبس المدين لا يؤدي إلى سقوط الدين عنه ولا يبرئ ذمته التي تظل مشغولة بهذا الدين حتى يفي به، ويجوز للدائن اللجوء لطرق التنفيذ الجبري حتى يتم هذا الوفاء، ومن ثم فالحبس ليس عوضاً عن الدين وإنما هو وسيلة لحمل المدين على الوفاء به.^(٣)

٢ - الإكراه البدني في المواد الجنائية: تضمن قانون الإجراءات الجنائية نصان يجيزان الإكراه البدني بصدد بعض العقوبات وهما:

المادة ٥١٠ والتي تقضي بجواز الإكراه البدني - الحبس - لتحصيل المبالغ الناشئة عن الجريمة المقضي بها للحكومة ضد مرتكب الجريمة، والمادة ٥١٤ والتي تقضي بجواز الإكراه البدني - الحبس -، وذلك إذا لم يقم المحكوم عليه بتنفيذ الحكم الصادر لغير الحكومة بالتعويضات مع التنبيه عليه بالدفع، جاز الحكم عليه بالإكراه البدني.

(١) المرجع السابق: ص ١٢٠، ود/ جلال إبراهيم: مرجع سابق، ص ٨٨.

(٢) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١٠٤٩.

(٣) د/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ١٢٣، ود/ جلال إبراهيم: مرجع سابق، ص ٩١.

المطلب الثاني

Les astreintes **التهديد المالي**

التهديد المالي أو الغرامة التهديدية كما أطلق عليها المشرع المصري إحدى الوسائل غير المباشرة لحمل المدين على التنفيذ العيني للالتزامه. وقد نظم المشرع أحكامه بالمادتين ٢١٣ ، ٢١٤ من القانون المدني، وسوف نتناول أحكامه من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول

ماهية وأحكام التهديد المالي

أولاً: تعريف التهديد المالي:

يمكن تعريف التهديد المالي أو الغرامة التهديدية بأنها: وسيلة غير مباشرة من وسائل الإكراه تقوم على أساس صدور حكم قضائي على المدين بدفع مبلغ مالي مرتفع لا يتناسب مع ما يصيب الدائن من ضرر عن كل فترة معينة (كيوم أو شهر) يتمتع فيها عن تنفيذ التزامه عيناً بعد صدور الحكم بالالتزام بالتنفيذ حتى يقوم به.^(١)

ثانياً: شروط الحكم بالتهديد المالي:

يشترط للحكم بالتهديد المالي شروط ثلاثة، وهي:

الشرط الأول: أن يكون التنفيذ العيني للالتزام غير ممكن أو غير ملائم **إلا بالتدخل الشخصي للمدين:** يشترط للحكم بالتهديد المالي أن يتطلب التنفيذ العيني للالتزام التدخل الشخصي للمدين بحيث يكون هذا التنفيذ غير ممكن أو غير ملائم بدون هذا التدخل، أما إذا أمكن التنفيذ بدون تدخل المدين فلا حاجة للجوء للتهديد المالي، كما هو الشأن في تنفيذ الالتزام بنقل ملكية عين معينة بالذات، والذي يتم فور التعاقد بقوة القانون، أو تنفيذ الالتزام بدفع مبلغ مالي والذي يمكن تنفيذه عن طريق الحجز على أموال المدين، ومن ثم فلا حاجة إلى التهديد المالي.

(١) د/ عبد الحي حجازي: مرجع سابق، ص ١٨٢، ود/ إسماعيل غانم: مرجع سابق، ص ٢٢.

وأكثر ما يكون التهديد المالي في تنفيذ الالتزام بعمل يراعى فيه شخصية المدين ولا يمكن تنفيذه بدون تدخله، كالالتزام بتقديم مستندات معينة، والالتزام بأداء عمل فني، كالغناء والتمثيل والتصوير، ففي كل هذه الحالات يجوز اللجوء للتهديد المالي لحمل المدين على تنفيذ التزامه.^(١)

ويتصور كذلك اللجوء للتهديد المالي في الالتزام بالامتناع عن عمل، وذلك بأن يفرض عليه مبلغ مالي كلما أتى هذا العمل، كالتزام البائع لمحل تجاري بعدم منافسة المشتري؛ حيث يمكن أن يحكم عليه بمبلغ مالي عن كل يوم يستمر في المنافسة.^(٢)

الشرط الثاني: امتناع المدين عن التنفيذ العيني بالرغم من كونه ممكناً:
ويشترط كذلك للحكم بالتهديد المالي امتناع المدين عن التنفيذ العيني للالتزام الذي لازال ممكناً، وهنا يؤتي الحكم بالتهديد المالي ثماره في إمكان امتثال المدين للتنفيذ، أما إذا كان التنفيذ العيني مستحيلاً فلا جدوى حينئذ من اللجوء للتهديد المالي، سواء كانت الاستحالة بخطأ من المدين أم بدون خطئه.
ومن ثم لا حاجة للحكم بالتهديد المالي على شخص لتسليم شيء قد هلك تحت يده، أو لإجبار شخص على عمل ما وقد أقعده المرض تماماً عن الحركة، ففي مثل هذه الحالات يستحيل تنفيذ الالتزام ذاته مما يجعل التهديد المالي غير ذي جدوى.^(٣)

الشرط الثالث: أن يطلب الدائن الحكم على المدين بالتهديد المالي:
وفقاً للرأي الراجح لدى الفقه يشترط للحكم بالتهديد المالي أن يطلبه الدائن ولا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها،^(٤) والمحكمة ليست مجبرة على إجابة طلب الدائن، فيجوز لها الحكم بالتهديد المالي أو لا؛ حيث يخضع طلب الدائن لسلطتها التقديرية ومدى توافر الشروط المطلوبة للحكم بالتهديد المالي.

(١) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١٠٥٩.

(٢) المرجع السابق: ص ١٠٦١-١٠٦٢.

(٣) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١٠٥٩، ود/ جلال إبراهيم: مرجع سابق، ص ٩٥.

(٤) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١٠٦٣، ود/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ١٣٢.

وللدائن الحق في طلب الحكم بالتهديد المالي في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، ويجوز له أن يطلب ذلك لأول مرة أمام محكمة الاستئناف دون أن يعتبر ذلك طلباً جديداً.^(١)

ثالثاً: خصائص الحكم بالتهديد المالي:

يتسم الحكم بالتهديد المالي بالخصائص التالية:

١- **الحكم بالتهديد المالي حكم وقتي تهديدي:** يتسم الحكم بالتهديد المالي بأنه حكم وقتي تهديدي يهدف إلى تهديد المدين والضغط على إرادته لحمله على التنفيذ ويترتب على ذلك ما يلي:

أ - أنه حكم غير نهائي وغير واجب النفاذ ولو صدر من محكمة آخر درجة أو كان الحكم الأصلي مشمولاً بالنفاذ المعجل؛ حيث يحتفظ الحكم بالتهديد المالي بصفته التهديدية المؤقتة حتى يتحول إلى حكم نهائي

ب - لا يجوز الطعن في الحكم الصادر بالتهديد المالي أمام محكمة النقض لأنه لم يصر نهائياً وكذلك لا يحوز حجية الأمر المقضي.

ج - يظل الحكم بالتهديد المالي معلقاً وغير نهائي حتى يتخذ المدين خطوات جادة نحو تنفيذه ومن ثم لا يجوز أن يطلب من المدين دمج مبلغ الحكم التهديدي في عرض حقيقي للدين الذي في ذمته. ولا يدخل هذا المبلغ في تقدير قيمة الدعوى من حيث النصاب الجائز استئنافه.^(٢)

٢ - **الحكم التهديدي حكم تحكيمي:** يقصد بالصفة التحكيمية للحكم التهديدي أنه لا مقياس له؛ حيث يخضع للسلطة التقديرية للقاضي وفق ما يراه منتجاً في تحقيق غايته المتمثلة في رضوخ المدين وحمله على التنفيذ العيني. ومن ثم لا يشترط في الحكم التهديدي مقارنته للضرر الذي يصيب الدائن بسبب عدم التنفيذ؛ لأنه لا يحمل معنى التعويض؛ ولذا يحكم به القاضي ولو لم يوجد ضرر أصلاً؛ لأن هدفه الضغط على المدين وحمله على التنفيذ العيني.

(١) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١٠٦٣، ود/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ١٣٢.

(٢) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١٠٦٥ - ١٠٦٦، ود/ محسن البيه: مرجع سابق، ص ١١١.

وبناء على ذلك قد ينظر القاضي لموارد المدين المالية وقدرته على الماطلة في تنفيذ الالتزام بما يجعله يحكم بمبلغ من شأنه حمل المدين على التنفيذ قد يفوق بكثير قدر الضرر الذي يصيب الدائن، كما أن للقاضي الحق في زيادة هذا المبلغ كلما ازداد تعنت المدين^(١) (المادة ٢١٣ مدني).

٣ - الحكم بالتهديد المالي حكم بدين غير محدد المقدار: نظرًا للصفة التهديدية الغالبة للحكم بالتهديد المالي، فإن القاضي لا يقدر مبلغًا محددًا دفعة واحدة، وإنما يتم تقدير هذا المبلغ عن كل وحدة زمنية يتأخر فيها المدين عن التنفيذ بما يؤكد معنى التهديد الذي يحمله الحكم وبما يبعث في نفس المدين الشعور بزيادة المبلغ المحكوم به كلما ازداد تأخره في التنفيذ.^(٢)

رابعًا: طبيعة الحكم بالتهديد المالي:

يتضح من مفهوم التهديد المالي السابق وشروطه أنه ليس تعويضًا للدائن مما يلحقه من ضرر بسبب عدم تنفيذ المدين لالتزامه؛ لأن الحكم بالتهديد المالي لا يكون مسببًا بخلاف الحكم بالتعويض فإنه واجب التسبيب، كما أن الحكم بالتعويض يكون بمبلغ محدد مرة واحدة، أما الحكم بالتهديد المالي يزداد المبلغ فيه مرة بعد أخرى.

كما أن التهديد المالي ليس عقوبة خاصة للمدين؛ لأن العقوبة الخاصة تكون نهائية وواجبة النفاذ كما حددها القاضي، أما الحكم بالتهديد المالي فهو حكم تهديدي وقتي ولا ينفذ إلا بعد صدور حكم نهائي بالتعويض، والذي قد يكون أقل من المبلغ المحدد بالتهديد المالي، أو قد يلغيه القاضي أصلًا.^(٣)

(١) د/ السنهاوري: مرجع سابق، ص ١٠٦٤، ود/ محسن البيه: مرجع سابق، ص ١١٠، ود/

البدراوي: مرجع سابق، ص ٤٤، ود/ عبد الفتاح عبد الباقي: مرجع سابق، ص ٣٩.

(٢) د/ السنهاوري: مرجع سابق، ص ١٠٦٤، ود/ محسن البيه: مرجع سابق، ص ١٠٩.

(٣) د/ السنهاوري: مرجع سابق، ص ٤٥٣، ود/ البدراوي: مرجع سابق، ص ٤٥.

الفرع الثاني

آثار التهديد المالي

الحكم بالتهديد المالي كوسيلة للضغط على المدين لحمله على التنفيذ العيني لالتزامه ينتهي بأحد أمرين: فإما أن يمتثل المدين وبذعن لهذا التهديد ويقوم بالتنفيذ، وإما أن يستمر المدين في تعنته وعناده ويصمم على عدم التنفيذ. وفي الحالتين يكون قد اتضح الموقف النهائي للمدين الذي يتطلب عدم جدوى الاستمرار في الحكم بالتهديد المالي، ووجوب وضع حد له، ومن ثم يكون للدائن اللجوء إلى محكمة الموضوع ويطلب وقف الحكم بالتهديد المالي بعد أن اتضح الموقف النهائي للمدين.

وفي حالة رضوخ المدين وقيامه بالتنفيذ العيني فإن الدائن يطلب من هذه المحكمة الحكم له بالتعويض المناسب عما لحقه من أضرار بسبب تأخر المدين في هذا التنفيذ عن الوقت المحدد له، أما إن قام بالتنفيذ في خلال الأجل الذي منحت إياه المحكمة ينتهي الأمر بهذا التنفيذ وقد لا يحكم عليه بتعويض.

أما في حالة استمرار المدين في عناده وإصراره على عدم التنفيذ أو أصبح التنفيذ مستحيلاً وجب على القاضي أن يصفي مبالغ الغرامة التهديدية وأن يحدد مقدراً معيناً كتعويض للدائن يمكنه أن يلزم به المدين.

وإذا كان هناك أمل في قيام المدين بالتنفيذ يجوز للمحكمة أن تقضي بمبلغ قطعي كتعويض عن الفترة المنقضية حتى صدور هذا الحكم، ويجوز للدائن أن ينفذ هذا الحكم الذي يحوز حجية الأمر المقضي، مع استمرار التهديد المالي بالنسبة للمستقبل حتى يمتثل المدين للتنفيذ، بل ويجوز زيادة مبلغ التهديد أملاً في زيادة الضغط على المدين.^(١)

عناصر التعويض:

إذا أصر المدين على عدم التنفيذ أو صار هذا التنفيذ مستحيلاً تعين على القاضي الحكم للدائن بالتعويض المناسب وفقاً لما تضمنته المادة ٢١٤

(١) يراجع في ذلك: د/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ١٣٥-١٣٦.

من أن هذا التعويض يجب أن يراعي فيه الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الصادر من المدين ومن ثم تتمثل عناصر هذا التعويض فيما يلي:

(١) تعويض الأضرار التي أصابت الدائن والمتمثلة فيما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب.

(٢) تعويض الأضرار الناجمة عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه أو امتناعه عن التنفيذ.

(٣) تعويض يعادل ما صدر من المدين من تعنت وإصرار على عدم التنفيذ.^(١)

ومن ثم يجب ألا يقتصر التعويض عما لحق الدائن من أضرار فقط لأن ذلك يؤدي إلى انعدام جدوى الحكم بالتهديد المالي مادام أن المدين يعلم أنه سوف لا يلزم في النهاية إلا بتعويض هذه الأضرار، وإنما يجب أن يضاف إلى تعويض هذه الأضرار مراعاة قدر العنت الذي بدا من المدين، وقد أحسن المشرع المصري صنعا بإضافة هذا العنصر، وأوجب على القاضي مراعاته عند تحديد مبلغ التعويض.

ولا تقتصر مراعاة هذا العنت عند الحكم بالتعويض على حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه فقط، بل يجب مراعاته أيضاً في حالة الحكم بالتعويض لتباطؤ المدين في التنفيذ مادام أن هناك قدر من التعنت؛^(٢) لأن مراعاة هذا العنت يعتبر كما تقول المذكرة الإيضاحية للقانون المدني "لب الغرامات التهديدية ومعقل القوة فيه".^(٣)

وقدر التعويض النهائي يكون في الغالب أقل من قدر المبالغ التي حكم بها كغرامة تهديدية، وقد لا يحكم بتعويض أصلاً إذا لم يصب الدائن بأي أضرار ورضخ المدين للتنفيذ في الوقت المناسب، وأحياناً يكون هذا التعويض متساوياً لقيمة الغرامة التهديدية إذا كان هناك تعنت مبالغ فيه من جانب المدين.

(١) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١٠٧٣، ود/ محسن البيه: مرجع سابق، ص ١١٥.

(٢) د/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ١٣٦.

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية: ج٢، ص ٥٤٠.

الفصل الثالث

التنفيذ بمقابل أو التنفيذ بطريق التعويض

تمهيد وتقسيم:

إذا كان الأصل هو التنفيذ العيني للالتزامات، إلا أن هناك حالات يستحيل فيها هذا التنفيذ أو يتعذر القيام به، ولا مناص حينئذ من اللجوء إلى طريق آخر يحصل بمقتضاه الدائن على ما يعادل عين ما التزم به المدين عن التنفيذ العيني، وهو ما يسمى بالتنفيذ بمقابل أو التنفيذ بطريق التعويض، وتتمثل هذه الحالات فيما يلي:

- (١) إذا استحال التنفيذ العيني للالتزام بفعل المدين.
 - (٢) إذا كان التنفيذ العيني ممكناً ولكن فيه إرهاقاً شديداً للمدين ولا يترتب على العدول عنه إلحاق أضرار جسيمة بالدائن.
 - (٣) إذا لم يطلب الدائن التنفيذ العيني ولم يتقدم به المدين.
 - (٤) إذا كان التنفيذ العيني يتطلب التدخل الشخصي للمدين وتم اللجوء للغرامة التهديدية، ولم تفلح في حمله على التنفيذ العيني فلا سبيل حينئذ أمام الدائن سوى الحصول على التعويض.^(١)
- والأصل في التعويض أن يكون قضائياً؛ أي بلجوء الدائن إلى القضاء للمطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر، بيد إنه قد يتفق الطرفان مسبقاً على مقدار التعويض الذي يلتزم به أي منهما في حالة إخلاله بالتزاماته، وقد يتدخل المشرع ويحدد مسبقاً أيضاً مقدار التعويض الذي يلتزم به المتسبب في الضرر، وأبرز صورة له هو الفوائد التأخيرية.
- لذا سوف نقسم هذا الفصل للمباحث الثلاثة الآتية:

(١) راجع في هذه الحالات: د/ البدرابي: مرجع سابق، ص ٤٩، ود/ جلال محمد إبراهيم: مرجع سابق، ص ١٠٥، ود/ محمود جمال الدين زكي: مرجع سابق ص ٧٥٤.

المبحث الأول

التعويض القضائي

يعتبر التعويض القضائي هو الأصل في التعويضات بصفة عامة لصدوره من جهة قضائية تقضي على كل خلاف بين الطرفين. ولاستحقاق التعويض يجب توافر شروطه العامة والمتمثلة في الخطأ والضرر وعلاقة السببية، سواء كانت المسؤولية عن هذا التعويض عقدية أم تقصيرية على النحو السابق دراسته في مصادر الالتزام. وقد تضمنت المادة ٢١٨ مدني شرطاً آخر لاستحقاق التعويض بصفة عامة والتعويض القضائي بصفة خاصة يتمثل في الإعذار حيث تنص هذه المادة على أنه: "لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين، ما لم ينص على غير ذلك". وفي ضوء ذلك نقسم هذا المبحث لمطلبين: نتناول في الأول: الإعذار. ونخصص الثاني: لأحكام التعويض القضائي.

المطلب الأول

الإعذار La mise en demeure

نظم المشرع المصري الأحكام المتعلقة بالإعذار كشرط ضروري للحصول على التعويض بالمادتين ٢١٩، ٢٢٠ من القانون المدني إضافة إلى المادة ٢١٨ التي تطلبت الإعذار لاستحقاق التعويض. وفي ضوء هاتين المادتين نتناول أحكام الإعذار، وذلك في فروع ثلاثة:

الفرع الأول

مفهوم الإعذار وكيفية

يقصد بالإعذار: وضع المدين قانوناً موضع المتأخر في تنفيذ التزامه.^(١) أو كما يقول بعض الفقهاء: الحالة القانونية التي يعتبر المدين فيها ممتنعاً عن الوفاء بالتزامه أو مقصراً في الوفاء به.^(٢)

(١) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١٠٨٤، ود/ سعيد جبر: مرجع سابق، ص ٥٦.

(٢) د/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٤١.

إذ أن حلول أجل الالتزام لا يكفي بذاته لوضع المدين في هذا الوضع القانوني، وإنما يجب إعداره حتى يصبح كذلك؛ لأن حلول أجل الالتزام مع سكوت الدائن عن مطالبة المدين بالتنفيذ قد يحمل على تسامحه في هذا التنفيذ وعدم تضرره من التأخير في القيام به، وأنه ارتضى ضمناً منح هذا الأجل للمدين، وإذا أراد الدائن أن ينفي هذه القرينة عن نفسه وجب عليه إعدار المدين وفق الطرق القانونية اللازمة لذلك، والذي يصبح المدين بعده ملزماً بالوفاء، وكل تأخير منه في الوفاء يلزمه بالتعويض.^(١)

كيفية الإعدار:

تنص المادة ٢١٩ من القانون المدني على أنه: "يكون إعدار المدين بإذاره أو بما يقوم مقام الإنذار، ويجوز أن يتم الإعلان عن طريق البريد على الوجه المبين في قانون المرافعات، كما يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء آخر". ويتضح من هذا النص أن الإعدار قد يتم بالطرق التي حددها القانون وتتمثل في الإنذار أو ما يقوم مقامه، أو بما يتفق عليه الطرفان:

١) الإعدار القانوني "الإنذار أو ما يقوم مقامه":

يتم الإعدار قانوناً في حالة عدم اتفاق الطرفين على طريقة معينة للإعدار عن طريق الإنذار أو ما يقوم مقامه.

أ - الإنذار: هو ورقة رسمية من أوراق المحضرين تعلن من الدائن إلى المدين، يعلن فيها صراحة عن رغبته في قيام المدين بتنفيذ التزامه،^(٢) ويعتبر الإنذار الطريق الطبيعي والمخصص أصلاً للإعدار.

ب - ما يقوم مقام الإنذار: ويصح الإعدار أيضاً بكل ما يقوم مقام الإنذار ويقصد به كل ورقة رسمية تعلن من الدائن إلى المدين ويطلبه فيها بتنفيذ التزامه^(٣) ومن هذه الأوراق:

(١) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١٠٨٥، ود/ البدرابي: مرجع سابق، ص ٥٣.

(٢) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١٠٨٦، ود/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٨٠.

(٣) نقض مدني ١٩٤٦/٤/٢٨، مجموعة أحكام النقض س ١٧ رقم ١٣١ ص ٩٥٥.

- **إعلان صحيفة الدعوى:** وهي عبارة عن ورقة محررة من المدعى أو من ينوب عنه للمطالبة القضائية، فأعلان هذه الورقة للمدين يؤدي إلى إعداره،^(١) وتقوم مقام الإنذار ولو تم رفعها أمام محكمة غير مختصة، أو كانت باطلة لنقص البيانات، أو لمخالفة المواعيد بشرط أن تكون مشتملة على رغبة الدائن الواضحة في حصول الوفاء وتكليف المدين بذلك.^(٢)

واستجابة المدين للوفاء بمجرد إعلانه لصحيفة الدعوى يؤدي إلى إعفائه من مصروفات الدعوى وتحمل الدائن لها؛ لأنه قام بتنفيذ التزامه فور طلبه.^(٣)

- **التنبيه الرسمي:** ويقصد به المطالبة على يد محضر التي تسبق تنفيذ الأحكام أو السندات التي تحمل الصيغة التنفيذية وتكون هذه المطالبة في الغالب تمهيداً للحجز على أموال المدين.^(٤)

- **محضر الحجز:** وهو محضر الحجز على أموال المدين باعتباره من أعمال التنفيذ، إذ أن الحجز التنفيذي يتم بناء على محضر مجرد في مكان توقيعه (إيقاع الحجز) وإلا كان باطلاً وفقاً للمادة ٣٥٣ مرافعات، فإذا تم الحجز بحضور المدين أو في موطنه وجب تسليمه صورة منه، وإن تم في غيبته أو في غير موطنه وجب إعلانه بالمحضر في اليوم التالي على الأكثر.^(٥)

- **تنبيه نزع الملكية:** كما يعد من الأوراق التي تقوم مقام الإنذار في إعدار المدين تنبيه نزع الملكية باعتباره ورقة رسمية.^(٦)

- **أما الأوراق غير الرسمية:** كالبرقيات والمكاتبات العادية، والخطابات ولو كانت مسجلة أو مصحوبة بعلم الوصول فيرى البعض أنها لا تعد إعداراً في المعاملات المدنية إلا إذا تم الاتفاق بين الطرفين على ذلك، ولكنها تعد

(١) د/ جلال إبراهيم: مرجع سابق، ص ١١٦، ود/ محسن البيه: مرجع سابق، ص ١٢٦.

(٢) المرجع السابق: ص ١٢٦، ود/ جلال إبراهيم: مرجع سابق، ص ١١٦.

(٣) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١٠٨٨.

(٤) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١٠٨٨، ود/ محسن البيه: مرجع سابق، ص ١٢٧.

(٥) د/ محسن البيه: مرجع سابق، ص ١٢٧.

(٦) د/ جلال إبراهيم: مرجع سابق، ص ١١٧.

إعذارًا في المعاملات التجارية؛ لأنه يصح الإعذار في هذه المعاملات ولو شفاة مادام أن العرف التجاري يقضي بذلك ومادام في إمكان الدائن إثباته.^(١)

(٢) الإعذار الاتفاقي:

وبمقتضى الشطر الأخير من المادة ٢١٩ مدني يصح الاتفاق بين الدائن والمدين على جواز الإعذار بما يروونه كافيًا لذلك؛ حيث يجوز لهما الاتفاق مثلاً على أن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل، ودون حاجة لأي إجراء آخر، وهو ما يشير إلى إعفاء الدائن من الأعذار، كما يجوز لهما الاتفاق على جواز الإعذار بالأوراق العرفية والأوراق غير الرسمية، كالخطابات العادية أو المسجلة، كما يجوز لهما الاتفاق على جواز الإعذار بمجرد الإخطار الشفوي.^(٢)

الفرع الثاني

الحالات التي لا ضرورة فيها للإعذار

إذا كان الأصل أن يقوم الدائن بإعذار المدين وتكليفه بالوفاء حتى يمكن مساءلته وإلزامه بالتعويض إذا تأخر في الوفاء بعد ذلك، إلا أن هناك حالات لا ضرورة فيها للإعذار؛ حيث يصبح المدين مكلفاً بالوفاء بمجرد حلول الأجل. وتتمثل الحالات التي لا ضرورة فيها للإعذار في حالات يرجع عدم ضرورة الإعذار فيها لاتفاق الطرفين، وحالات أخرى نص عليها المشرع بالمادة ٢٢٠ من القانون المدني وبعض النصوص المتفرقة الأخرى، ونتناول هذه الحالات بالتفصيل التالي:

١ - الحالات التي لا ضرورة فيها للإعذار لاتفاق الطرفين:

يتضح من نص المادة ٢١٩ من القانون المدني أنه يجوز للطرفين الاتفاق مسبقاً على أن يصبح المدين معذراً ومكلفاً بالوفاء دون حاجة لقيام الدائن بإعذاره بمجرد حلول الأجل المتفق عليه، فإذا انقضى هذا الأجل أصبح ذلك كافياً لوضع المدين موضع المتأخر في تنفيذ التزامه.^(٣)

(١) المرجع السابق: ص ١١٨، ود/ البدرابي: مرجع سابق، ص ٥٥.

(٢) د/ جلال إبراهيم: مرجع سابق، ص ١٢٠، ود/ محسن البيه: مرجع سابق، ص ١٢٩.

(٣) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١٠٩٠، ود/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٨٥.

ويؤيد ذلك أن القواعد المتعلقة بوجوب الإعذار ليست من النظام العام مما أجاز لهما هذا الاتفاق، وأن هذه القواعد مقررة لمصلحة المدين مما يجوز له التنازل عنها.

واتفاق الطرفين على عدم ضرورة الإعذار قد يكون صريحاً أو ضمناً يستخلصه القاضي من الاتفاق، ولا يتطلب لإعماله استخدام عبارات معينة، وإنما يكفي وضوح نية المتعاقدين في إعماله بما لا يدع مجالاً للشك حول اتفاقهما على إعفاء الدائن من الإعذار، وإلا فإن الشك يفسر لمصلحة المدين بما يوجب على الدائن الإعذار.^(١)

٢ - الحالات التي لا ضرورة فيها للإعذار بموجب نصوص قانونية:

نص المشرع المصري على بعض الحالات التي لا ضرورة فيها للإعذار، جاء بعضها بالمادة ٢٢٠ مدني والتي تعتبر الأصل في هذا الصدد وجاء البعض الآخر في بعض نصوص متفرقة:

أ - حالات الإعفاء من الإعذار الواردة بالمادة ٢٢٠ مدني:

وفقاً للمادة ٢٢٠ يعفى الدائن من إعذار المدين في الحالات الآتية:

١ - إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين: فلا حاجة لإعذار المدين إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً، خاصة إن كانت الاستحالة نتيجة لفعل صدر منه؛ حيث يعتبر في هذه الحالة مسئولاً عن نتائج عدم التنفيذ دون حاجة للإعذار؛ لأن الإعذار يتضمن دعوة المدين للتنفيذ، أما وأن هذا التنفيذ قد أصبح مستحيلاً بفعله فلا حاجة إذن لإعذاره،^(٢) كأن يقوم البائع ببيع العقار المبيع مرة أخرى إلى مشتر ثان الذي يبادر بتسجيل عقد بيعه، فيستحيل على البائع حينئذ نقل ملكية هذا العقار إلى المشتري الأول. وكذلك لا ضرورة للإعذار إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير مجد بفعل المدين حتى ولو كان ممكناً، كالالتزام الذي يجب القيام به خلال فترة معينة يتقاعس

(١) د/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٨٥، ود/ إسماعيل غانم: مرجع سابق، ص ٩٩.

(٢) د/ البدرأوي: مرجع سابق، ص ٥٧، ود/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٨٩.

المدين خلالها عن التنفيذ حتى تمر بدون إتمام، كالمقاول الذي يتعهد بإقامة بناء للعرض في معرض، ولم يقم بالبناء حتى تم افتتاح المعرض بالفعل، فلا فائدة حينئذ من إعداره.^(١)

٢- إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع: كذلك لا ضرورة لإعذار المدين إذا كان محل الالتزام المراد تنفيذه تعويضاً ترتب على محل غير مشروع، وعلة إعفاء الدائن من إعذار المدين في هذه الحالة تكمن في أن المشرع رأى أن الشخص الذي تسبب بخطئه في الإضرار بالغير لا يستحق التنبيه عليه بوجوب تعويضهم؛ لأن خطأه في بداية الأمر يكفي لإعفاء الدائن من الإعذار وبذلك يكون المشرع قد رأى كما يرى البعض أن المدين في هذه الحالة لا يستحق الرعاية التي يستحقها المدين العادي، وسوى بينه وبين من يحوز شيئاً مسروقاً وهو يعلم بسرقة ومن تسلم شيئاً دون وجه حق وهو عالم بذلك.^(٢)

٣- إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك: وكذلك لا ضرورة لإعذار المدين إذا كان محل الالتزام المطلوب تنفيذه شيئاً يعلم المدين أنه مسروق أو شيء تسلمه دون وجه حق وهو يعلم ذلك؛ لأن التزامه برد هذه الأشياء يترتب في ذمته منذ تسلمه لها دون حاجة لإعداره بذلك.

والواقع أن القواعد العامة تقضي بعدم الحاجة إلى إعذار المدين في هذه الحالة بالفعل إلا أن المشرع المصري نص عليها صراحة تأكيداً على حرمان المدين سيء النية من ضمانات الإعذار؛ لأن المدين يصبح سيء النية منذ تسلمه لهذه الأشياء وهو يعلم أنها مسروقة أو أنه ليس له أي حق فيها.^(٣)

٤- إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد تنفيذ التزامه: إذا كان الإعذار يهدف إلى تنبيه المدين إلى وجوب تنفيذ التزامه ورغبة الدائن في الحصول

(١) د/ البدرأوي: مرجع سابق، ص ٥٨.

(٢) د/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٩٣، ود/ جلال إبراهيم: مرجع سابق، ص ١٣١.

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية: ج ٢، ص ٥٦١، ود/ جلال إبراهيم: مرجع سابق، ص ١٣١.

على حقه وتضرره من التأخير في التنفيذ، فإن هذا الإعذار يصبح غير ذي جدوى إذا أعلن المدين صراحة عدم قيامه بالتنفيذ؛ لأن تصريحه بذلك يدل على عدم اهتمامه بما يريده الدائن، فلا فائدة إذن من إعلانه برغبة الدائن، وهو يصر على إخلاله بالتزامه.^(١)

ويشترط لإعفاء الدائن من الإعذار في هذه الحالة أن يكون تصريح المدين بعدم التنفيذ كتابة؛ ولذا لا تكفي شهادة الشهود لإثبات هذا التصريح أو صدوره شفاهة؛ لأن الشخص قد يتكلم بكلام عام ولا يدرك حقيقة المقصود منه وآثاره، وقد يدفعه غضبه إلى التصريح بألفاظ أو عبارات لا يدرك معناها ولا تتضمن إصراراً حقيقياً على عدم التنفيذ أو قد يكون كلامه على سبيل تهديد الدائن لا يقصد المدين عدم التنفيذ بالفعل.^(٢)

ب - حالات الإعفاء من الإعذار الواردة في نصوص خاصة:

أورد المشرع عدة حالات أخرى في نصوص متفرقة يتعلق معظمها باستحقاق فوائد التأخير في التنفيذ عن الديون التي يكون محلها مبالغ نقدية ويتعلق البعض الآخر باقتضاء الفسخ،^(٣) ومن هذه النصوص:

ما تقضي به المادة ٤٥٨ من أنه لا حق للبائع في الفوائد القانونية عن الثمن إلا إذا أعذر المشتري أو إذا سلم الشيء المبيع وكان هذا الشيء قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى.

وما تقضي به المادة ٧١٠ من إلزام الموكل بأن يرد للوكيل ما أنفق في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الاتفاق.

وما تقضي به المادة ٤٦١ من أنه إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم البيع يكون المبيع مفسوخاً دون حاجة إلى إعذار إن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك. وهذا خلافاً للقاعدة الواردة بالمادة ١/١٥٧ والتي

(١) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١٠٩٦، ود/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٩٥.

(٢) د/ جمال زكي: مرجع سابق ص ٧٣٥، ود/ جلال محمد إبراهيم: مرجع سابق، ص ١٣٤، ود/

إسماعيل غانم: مرجع سابق، ص ١٠١.

(٣) د/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٩٧.

تقرر أنه لا يجوز طلب الفسخ إلا بعد إعدار المدين.^(١)

الفرع الثالث

الآثار القانونية للإعذار

متى قام الدائن بإعذار المدين على الوجه الصحيح قانوناً، أنتج هذا الإعذار أثره العام المتمثل في اعتبار المدين متأخراً في تنفيذ التزامه، ولا يجوز له التنصل من ذلك بإدعاء عدم تضرر المدين من التأخير في التنفيذ، ويترتب على ذلك النتائج القانونية التالية:

أولاً: مسؤولية المدين عن تعويض الدائن:

وفقاً لما تنص عليه المادة ٢١٨ من القانون المدني فإن الإعذار الصحيح للمدين يؤدي إلى التزامه بتعويض الدائن عما يلحقه من أضرار بسبب التأخر في التنفيذ عن الفترة اللاحقة لهذا الإعذار، أما الفترة السابقة عليه فقد يدل سكوت الدائن عن إعذار المدين خلالها على رضاه بالتأخير في التنفيذ أثناءها وعدم تضرره من ذلك،^(٢) وقد لا يقتصر التعويض الذي يتحمله المدين على التعويض عن التأخير في التنفيذ فقط، وإنما يمتد ليشمل التعويض عن عدم التنفيذ أيضاً.^(٣)

ويرى بعض الفقه أنه لا يكفي في بعض الأحوال الإعذار لاستحقاق التعويض وإنما يجب فيها المطالبة القضائية، كالالتزام الذي يكون محله مبلغاً من النقود؛ حيث يكون التعويض المستحق عن التأخير في تنفيذه تعويض حدده المشرع جزافاً ويطلق عليه "الفوائد التأخيرية" ولا يكفي لاستحقاق هذه الفوائد مجرد الإعذار، وإنما يجب أن يطالب بها الدائن أمام القضاء ولا تسري إلا من وقت إعلان صحيفة الدعوى.^(٤)

(١) راجع في هذه الحالات: د/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٩٧-٩٨، ود/ إسماعيل غانم:

مرجع سابق، ص ١٠١، هامش (٣)، ود/ البدرابي: مرجع سابق، ص ٦٠.

(٢) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١٠٩٨، ود/ جمال زكي: مرجع سابق، ص ٧٣٦.

(٣) د/ جلال إبراهيم: مرجع سابق، ص ١٣٦، ود/ البدرابي: مرجع سابق، ص ٦٢.

(٤) د/ جلال إبراهيم: مرجع سابق، ص ١٣٧.

ثانياً: تحمل المدين لتبعة الهلاك:

تضمنت أحكام هذا الأثر المادة ٢٠٧ مدني والتي تتمثل فيما يلي:

- أن تبعة الهلاك تنتقل بعد الإعذار إلى المدين بعد أن كانت قبله على الدائن، بما يدل على أن الإعذار يؤدي إلى نقل تبعة الهلاك.^(١)
- أن المدين يستطيع التخلص من تبعة الهلاك بالرغم من إعداره متى استطاع إثبات أن الشيء كان سيهلك في يد الدائن لو تم تسليمه إليه.^(٢)
- أن المشرع حرم المدين من إثبات أن الشيء كان سيهلك في يد الدائن لو تم تسليمه إليه، ومن ثم إمكان تخلصه من تبعة هلاك الشيء في حالتين:

الأولى: إذا كان قد ارتضى مسبقاً تحمله هذه التبعة في حالة الحوادث المفاجئة، حيث يكون تحمله لهذه التبعة في هذه الحالة نتيجة لاتفاقه مع الطرف الآخر، وليس نتيجة للإعذار فلا يكون في وسعه درء مسؤوليته بإثبات العكس.

والثانية: إذا هلك المال المسروق تحمل تبعة هلاكه، ولم يجز له التخلص منها بإثبات أن هذا المال كان سيهلك عند مالكه لو تم رده إليه قبل هلاكه.^(٣)

ويرجع ذلك إلى أن المال المسروق وجد في يد السارق بطريقة غير مشروعة منذ البداية مما يجعله غير جدير بأي حماية قانونية.

٣ - المطالبة بالتنفيذ العيني أو الفسخ:

يؤدي الإعذار إلى إمكان مطالبة الدائن للمدين بالتنفيذ العيني جبراً عن المدين، أو إمكان فسخ العقد الملزم للجانبين، لعدم قيام الطرف الآخر بتنفيذ التزامه وهو ما لا يتحقق بدون الإعذار.^(٤)

فبالنسبة لاقتضاء التنفيذ العيني جعلت المادة ١/٢٠٣ الإعذار شرطاً ضرورياً لإجبار المدين على التنفيذ العيني؛ حيث تنص على أنه "يجبر المدين، بعد إعداره ... على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ممكناً".

(١) د/ محسن البيه: مرجع سابق، ص ١٣٦، ود/ جلال إبراهيم: مرجع سابق، ص ١٣٨.

(٢) د/ إسماعيل غانم: مرجع سابق، ص ٩٣، ود/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ١٠٢.

(٣) د/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ١٠٣، ومجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢، ص ٥٢٢.

(٤) في هذا المعنى: د/ جلال إبراهيم: مرجع سابق، ص ١٤٠.

وبالنسبة لإمكان المطالبة بالفسخ فقد تطلبت المادة ١/١٥٧ مدني إعدار المدين حتى يتسنى المطالبة بذلك، وذلك ما لم يتفق الطرفان على استبعاد الإعدار للمطالبة بالفسخ في هذه الإحالة وفقا للمادة ١٥٨ مدني. وإذا قام الدائن بمطالبة المدين قضائياً بالتنفيذ العيني أو بالفسخ على هذا النحو بعد إعداره، فإن هذا الإعدار يؤدي بالطبع إلى تحمل المدين للمصروفات القضائية التي تحملها الدائن بمطالبتة لتنفيذ التزامه حتى ولو عرض قبل صدور الحكم ضده أن ينفذ الالتزام اختياراً؛ لأنه هو الذي دفع الدائن لاتخاذ هذه الإجراءات بتقاعسه عن تنفيذ التزامه رغم الإعدار. أما إذا لم يتم الإعدار ورفع الدائن الدعوى أمام القضاء مباشرة، فإن عرض المدين للتنفيذ العيني اختياراً واستعداده للقيام به يؤدي إلى تحمل الدائن للمصروفات القضائية لتسريه في رفع الدعوى قبل إعدار المدين.^(١)

المطلب الثاني

أحكام التعويض القضائي

التعويض القضائي هو: التعويض الذي يحكم به القاضي لجبر الأضرار التي لحقت بالدائن من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو لتأخره في هذا التنفيذ. ونظم المشرع أحكام هذا التعويض بالمادتين ٢٢١ ، ٢٢٢ وفي ضوء هاتين المادتين نتناول أهم أحكام التعويض القضائي:

أولاً: نوعا التعويض:

التعويض الذي يجب على المدين في حالة عدم تنفيذه لالتزامه تنفيذ عينيّاً نوعان: تعويض عن عدم التنفيذ، وتعويض عن التأخير في التنفيذ.

- **التعويض عن عدم التنفيذ:** يحل محل التنفيذ العيني ولا يجتمع معه إلا إذا كان هناك تنفيذ جزئي فيجتمع التنفيذ العيني الجزئي مع التعويض عن عدم تنفيذ بقية الالتزام.^(٢)

(١) د/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ١٠٠، ود/ عبد الفتاح عبد الباقي: مرجع سابق ص ٥٤.

(٢) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١١٠٠، هامش (٣).

- **التعويض عن التأخير في التنفيذ:** هو تعويض عن الأضرار التي تلحق بالدائن نتيجة لتأخر المدين في تنفيذ التزامه فقط، ومن ثم لا تحل محل التنفيذ العيني، وهذا التعويض قد يجتمع مع التنفيذ العيني في حالة امتثال المدين للمطالبة بالتنفيذ وينفذ التزامه بالفعل، ولكنه يقوم بذلك متأخراً فيحصل الدائن على تعويض عن التأخير في التنفيذ إلى جانب التنفيذ العيني، وقد يجتمع التعويض عن التأخير في التنفيذ مع التعويض عن عدم التنفيذ إذا أصر المدين على عدم تنفيذه لالتزامه عينياً، أو إذا أصبح هذا التنفيذ مستحيلًا بفعله فيجتمع عليه حينئذ تعويض عن تأخره في التنفيذ وتعويض عن عدم التنفيذ. وذلك لأن التعويض عن التأخير في التنفيذ يستحق للدائن لمجرد التأخير في التنفيذ فقط لتعويض ما لحقه من خسارة بسبب هذا التأخير، سواء انتهى هذا التأخير بالتنفيذ العيني أم بالتنفيذ بطريق التعويض، فإذا انتهى بالتنفيذ العيني حصل الدائن بجانبه على التعويض عن التأخير في التنفيذ، وإن انتهى بالتنفيذ بمقابل أو بطريق التعويض حصل الدائن في هذه الحالة أيضاً على التعويض عن عدم التنفيذ إلى جانب التعويض عن التأخير في التنفيذ.^(١)

ثانياً: عناصر التعويض:

تضمنت المادة ١/٢٢١ مدني عناصر التعويض؛ حيث تقضي بأن القاضي هو المنوط به تحديد مقدار التعويض الذي يلتزم به المدين تجاه الدائن لجبر ما لحقه من ضرر بسبب عدم تنفيذ التزاماته، إذا لم يكن الطرفان قد حددا مسبقاً قدر هذا التعويض، ولم يكن القانون قد نص على مقداره. والقاضي في تحديده لهذا التعويض يراعي قدر الضرر الذي لحق بالدائن مستهدياً في ذلك بعنصرين هامين هما: ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، سواء كان هذا التعويض عن عدم التنفيذ، أم عن التأخر في التنفيذ. ويجب على القاضي مراعاة هذين العنصرين معاً عند تحديده لمقدار التعويض، وإذا لم يوجد إلا أحد هذين العنصرين تم تحديد قدر التعويض على

(١) المرجع السابق: ص ١١٠٠، ود/ محسن البيه: مرجع سابق، ص ١٤٠.

أساسه وحده،^(١) ومن ثم إذا لم يلحق الدائن أي خسارة ولم يفته أي كسب بسبب عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو لتأخره فيه فلا محل للتعويض.

ووفقاً للفقرة الأولى من المادة ٢٢١ السابق ذكرها أيضاً يشترط لتحديد التعويض على هذا النحو أن يكون ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب نتيجة طبيعية لعدم تنفيذ الالتزام أو للتأخر في القيام به، وبينت هذه الفقرة أيضاً أن الضرر الذي يصيب الدائن ويستوجب التعويض يكون نتيجة طبيعية لعدم التنفيذ أو للتأخر في القيام به إذا لم يكن في وسعه تقاويه ببذل جهد معقول وفقاً لعناية الرجل المعتاد.^(٢)

وتقدير التعويض من سلطة قاضي الموضوع مادام لم يوجد نص في القانون أو العقد يلزمه بإتباع معايير معينة.^(٣) ولا يشمل التعويض الذي يقدره القاضي سوى الضرر المباشر المتوقع فقط في حالة المسؤولية العقدية، إلا في حالي الغش والخطأ الجسيم فيشمل حينئذ الضرر المتوقع وغير المتوقع معاً (المادة ٢/٢٢١).

ثالثاً: طريقة التعويض:

بينت المادة ٢/١٧١ مدني الطريقة التي يمكن بها تعويض الدائن عما لحقه من أضرار، والتي تقضي بأن الأصل في التعويض هو التعويض النقدي؛ حيث يقدر القاضي التعويض المناسب لجبر الضرر بمبلغ من النقود، وقد يكون التعويض غير نقدي في بعض الحالات التي تتطلب ذلك؛ أي أن يكون تعويضاً عينياً بمعنى أن يكون بطريقة تحقق للمضروب الترضية المناسبة عما أصابه من أضرار، لاسيما إن كانت هذه الترضية من جنس هذه الأضرار، كإزالة البناء الذي شيده المدين مخالفاً بذلك ما اتفق عليه من عدم تشييده، أو غلق المحل المنافس الذي فتحه المدين بالمخالفة لالتزامه بعدم المنافسة.^(٤)

(١) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١١٠٣، ود/ عبد الحي حجازي: مرجع سابق ص ١٦٠.

(٢) في هذا المعنى: د/ عبد الفتاح عبد الباقي: مرجع سابق، ص ٦٢.

(٣) الطعن رقم ٤١٩ لسنة ٦٩ ق مجلة المحاماة ع ١، ٢٠٠١ ص ٧١.

(٤) د/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ١٦٨.

بيد أنه لا يجوز للمحكمة أن تلجأ إلى التعويض العيني إلا بناء على طلب المضرور، فإذا اقتصر طلبه على التعويض النقدي لم يجز لها أن تقضي بتعويض عيني، أما إذا طلب المضرور التعويض العيني ترك الأمر للسلطة التقديرية للقاضي الذي يجوز له أن يستجيب لهذا الطلب فيحكم بالتعويض العيني، كما يجوز له رفضه والحكم بالتعويض النقدي في ضوء ظروف الدعوى وما إذا كان طلب المضرور مناسباً أم لا.^(١)

المبحث الثاني

التعويض الاتفاقي "الشرط الجزائي"

التعويض الاتفاقي أحد الصور التي يحصل بمقتضاها الدائن على التعويض المناسب لجبر ما لحقه من أضرار بسبب عدم تنفيذ المدين لالتزامه تنفيذاً عينياً أو لتأخره في هذا التنفيذ. ولقد نظم المشرع المصري هذا النوع من التعويض بالمواد من ٢٢٣ إلى ٢٢٥ من القانون المدني. وفي ضوء هذه المواد نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول

ماهية الشرط الجزائي وخصائصه

أولاً: تعريف الشرط الجزائي:

الشرط الجزائي هو: "اتفاق سابق على تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو عند التأخر فيه".^(٢) وهذا النوع من التعويض يطلق عليه التعويض الاتفاقي؛ لأنه يتم باتفاق الطرفين على تحديد قدر ونوع التعويض الذي يستحقه عند إخلال الطرف الآخر بالتزاماته، ويطلق عليه الشرط الجزائي؛ لأنه قد يتم في صورة بند في العقد ويندمج ضمن شروطه وهذا هو الغالب.

إلا أنه لا مانع من إبراد الاتفاق على هذا التعويض في اتفاق لاحق على العقد مصدر التزام الطرفين، بشرط أن يتم هذا الاتفاق قبل وقوع الإخلال من

(١) د/ محسن البيه: مرجع سابق، ص ١٥٠.

(٢) د/ البدرواي: مرجع سابق، ص ٨١، ود/ جلال إبراهيم: مرجع سابق، ص ١٤١.

أحد الطرفين أو قبل وقوع الضرر المطلوب التعويض عنه، أما إذا تم هذا الاتفاق بعد وقوع الضرر فلا نكون أمام شرط جزائي، وإنما نكون أمام عقد صلح بين الطرفين والفارق بين الأمرين كبير.

ثانيًا: خصائص الشرط الجزائي:

يتضح من المفهوم السابق للشرط الجزائي أنه يتسم بعدة خصائص:

١ - الصفة التبعية للشرط الجزائي:

لما كان الهدف من الشرط الجزائي تحديد مقدار التعويض الذي يلتزم به أحد الطرفين تجاه الآخر في حالة إخلاله بالالتزام ما، فإن هذا الشرط لا يمكن أن يقوم مستقلاً بذاته، وإنما يجب أن يكون تابعاً للالتزام الأصلي الذي يقع علي عاتق المدين.^(١) ويترتب علي ذلك ما يلي:

(أ) أن بطلان الالتزام الأصلي يؤدي إلي بطلان الشرط الجزائي وليس العكس، ومن ثم إذا كان الالتزام الأصلي باطلاً، أو قابلاً للإبطال وتم إبطاله فعلاً ممن له الحق في ذلك، أدى ذلك إلي بطلان الشرط الجزائي أيضاً، أما لو كان الشرط الجزائي باطلاً والالتزام الأصلي صحيحاً فلا يؤثر بطلان الشرط الجزائي علي صحة الالتزام الأصلي.^(٢)

(ب) سقوط الالتزام الأصلي لاستحالة تنفيذه بقوة قاهرة يؤدي إلي سقوط الشرط الجزائي كذلك.^(٣)

(ج) سقوط الالتزام الأصلي لفسخ العقد بسبب إخلال المدين بأحد التزاماته، وتفضيل الدائن المطالبة بفسخ العقد بدلاً من المطالبة بالشرط الجزائي، يؤدي إلي سقوط الشرط الجزائي أيضاً؛ لأنه تابع للالتزام الأصلي ويقتصر حق الدائن في هذه الحالة علي المطالبة بالتعويض عن الأضرار الناتجة عن عدم التنفيذ وليس بالتعويض المقدر في الشرط الجزائي.^(٤)

(١) د/ البدرأوي: مرجع سابق، ص ٨٥ ، ود/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١١٢٥.

(٢) د/ السنهوري: مرجع سابق ص ١١٢٦، د/ عبد الفتاح عبد الباقي: مرجع سابق ص ٦٥.

(٣) د/ البدرأوي: مرجع سابق، ص ٨٦، ود/ أحمد سلامة: مرجع سابق، ص ٥٥.

(٤) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١١٢٧.

د) جميع الأوصاف التي تلحق بالالتزام الأصلي كالشرط والأجل والتضامن تلحق كذلك الشرط الجزائي.^(١)

٢ - الصفة الاحتياطية للشرط الجزائي:

يتسم الشرط الجزائي بأنه وسيلة احتياطية؛ لأنه يقوم بدور التعويض وينطبق عليه أحكام التنفيذ بطريق التعويض باعتباره وسيلة احتياطية لا يتم اللجوء إليها إلا حيث لا تتوافر شروط التنفيذ العيني، فإذا استحال التنفيذ العيني جاز للدائن أن يطالب بقيمة الشرط الجزائي، واستطاع المدين أن يعرضه إذا استحال تنفيذ الالتزام تنفيذًا عينيًا بخطأ منه.^(٢)

وبناء على ذلك فإن الشرط الجزائي ليس التزامًا بديلًا؛ لأن المدين لا يستطيع أن يعدل عن التنفيذ العيني إن كان ممكنًا إلى تنفيذ الشرط الجزائي كبديل للتنفيذ العيني، كما أنه ليس التزامًا تخييرياً؛ لأن الدائن لا يستطيع أن يختار بين الالتزام الأصلي والشرط الجزائي فيطلب تنفيذ أي منهما، كما أن المدين لا يستطيع هو أيضاً أن يختار بينهما بل لا يملك إلا أن يعرض تنفيذ الالتزام الأصلي المتمثل في التنفيذ العيني ما دام ممكنًا.^(٣)

ويترتب على الصفة الاحتياطية للشرط الجزائي عدم إمكان اجتماعه مع التنفيذ العيني؛ لأنه تعويض عن عدم القيام به إلا إذا كان الشرط الجزائي تعويض عن التأخير في التنفيذ العيني، كما لا يمكن اجتماع الشرط الجزائي مع التعويض؛ لأنه بمثابة التعويض إلا إذا كان هذا الشرط مشروطاً، كتعويض عن التأخير في التنفيذ أيضاً فيمكن حينئذ اجتماع التعويض عن عدم التنفيذ مع قيمة الشرط الجزائي كتعويض عن التأخير في التنفيذ.^(٤)

٣ - الصفة التعويضية للشرط الجزائي:

تعتبر الصفة التعويضية للشرط الجزائي صفة أساسية له؛ لأنه اتفاق

(١) د/ البدرأوي: مرجع سابق، ص ٨٦.

(٢) د/ إسماعيل غانم: مرجع سابق، ص ١٢٠، ود/ جلال إبراهيم: مرجع سابق، ص ١٥٠.

(٣) د/ البدرأوي: مرجع سابق ص ٨٧ ود/ عبد الحي حجازي: مرجع سابق ص ١٦٤.

(٤) د/ البدرأوي: المرجع السابق ص ٨٧، ود/ جلال إبراهيم: مرجع سابق، ص ١٥١.

مسبق علي التعويض بالقدر الذي تم الاتفاق عليه، ويطلق عليه البعض تعويض جزافي.^(١)

بينما يري البعض أن الصفة الجزافية اضمحلت تماماً عن الشرط الجزائي في القانون المصري، ولا تصدق عليه سوي في الفترة السابقة علي تحقق الضرر أما بعد تحققه فيجوز للمدين وفقاً للمادة ٢٢٤ أن يثبت أن الدائن لم يلحقه ضرر فلا يستحق التعويض الاتفاقي، كما يجوز للقاضي بناء علي سلطته التقديرية أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن تقدير هذا التعويض كان مبالغاً فيه إلي درجة كبيرة أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه.^(٢) ومن ثم فالشرط الجزائي ليس هو مصدر التعويض الذي يستحقه الدائن وإنما ينشأ التعويض إما من عدم التنفيذ أو من التأخر فيه.^(٣)

المطلب الثاني

شروط استحقاق التعويض الاتفاقي

أشارت إلي شروط استحقاق التعويض الاتفاقي أو التعويض الجزائي المادة ٢٢٣ مدني، وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

الشرط الأول: الخطأ: يشترط لاستحقاق التعويض الاتفاقي صدور خطأ من المدين بأن يكون استحالة الوفاء عيناً نتيجة لخطأ منه، أما إذا كان سبب هذه الاستحالة السبب الأجنبي الذي لا دخل للمدين فيه، فينتفي خطؤه ولا يجوز مطالبته بالتعويض؛ لأن الاستحالة التي بسبب أجنبي تؤدي إلي سقوط الالتزام الأصلي فيسقط من ثم الشرط الجزائي تبعاً له.^(٤)

ويقع علي الدائن عبء إثبات وجود الخطأ في جانب المدين وفقاً للقواعد العامة.^(٥)

(١) د/البدراوي: مرجع سابق، ص ٨٧.

(٢) د/ محسن البيه: مرجع سابق، ص ١٥٩.

(٣) د/ البدراوي: مرجع سابق، ص ٨٨.

(٤) في هذا المعني: د/ جلال إبراهيم: مرجع سابق، ص ١٥٢.

(٥) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١١١٧، ود/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ١٨٤.

الشرط الثاني: الضرر: كما يجب لاستحقاق التعويض الاتفاقي أن يكون هناك ضرر لحق بالدائن من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو لتأخره فيه، فإن لم يصب الدائن بأي ضرر فلا يستحق الشرط الجزائي؛ لأن الضرر أحد أركان استحقاق التعويض بصفة عامة وما الشرط الجزائي إلا طريقة من طرق التعويض (المادة ١/٢٢٤ مدني).^(١)

ونظرا لأهمية الضرر لاستحقاق التعويض بصفة عامة والتعويض الاتفاقي بصفة خاصة علي هذا النحو فقد جعل المشرع المصري وجوده أمر متعلق بالنظام العام فلا يجوز للطرفين الاتفاق علي استحقاق التعويض بقطع النظر عن وجود ضرر من عدمه،^(٢) وكل شرط من هذه القبيل يقع باطلاً (المادة ٣/٢٢٤ مدني).

الشرط الثالث: رابطة السببية بين الخطأ والضرر: كما يجب استحقاق التعويض الاتفاقي أيضاً توافر رابطة السببية بين خطأ المدين والضرر الذي أصاب الدائن، فإن انتفت هذه الرابطة بإثبات المدين أن سبب الضرر ليس خطأ ولكن سبب أجنبي، أو كانت الأضرار التي لحقت بالدائن غير مباشرة، أو كانت مباشرة ولكنها غير متوقعة في إطار المسؤولية العقدية، فعندئذ تنتفي مسؤوليته عن هذه الأضرار ولا يستحق الدائن التعويض ولا مجال إذن لإعمال الشرط الجزائي.^(٣)

بيد أنه يجوز للطرفين الاتفاق علي تحمل المدين أي أضرار تلحق بالدائن ولو كانت نتيجة لحادث فجائي أو قوة قاهرة ويكون ذلك بمثابة تشديد لمسئولية المدين (المادة ١/٢١٧ من القانون المدني).

الشرط الرابع: الإعذار: ويجب كذلك لاستحقاق التعويض الاتفاقي أن يقوم الدائن بإعذار المدين؛ حيث تطلب المشرع المصري الإعذار لاستحقاق التعويض بصفة عامة بموجب المادة ٢١٨ والتي تقضي بأنه: "لا يستحق

(١) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١١١٨، ود/ البدراوي: مرجع سابق، ص ٨٩.

(٢) في هذا المعني: د/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ١٨٩.

(٣) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١١٢٢، ود/ البدراوي: مرجع سابق، ص ٩٠.

التعويض إلا بعد إعدار المدين ما لم ينص علي غير ذلك؛ وحيث إن الشرط الجزائي طريقة من طرق التعويض وجب علي الدائن إعدار المدين لاستحقاق التعويض المشروط فيه؛ لأن هذا الشرط في ذاته لا يعتبر اتفاقاً صريحاً أو ضمناً علي الإعفاء منه،^(١) ولا يجوز للمدين أن يتمسك لأول مرة أمام محكمة النقض بأن الدائن لا يستحق التعويض الاتفاقي لتخلف شرط الإعدار.^(٢)

المطلب الثاني

آثار الشرط الجزائي

الشرط الجزائي كاتفاق بين طرفين يقتضي أنه متي نشأ صحيحاً وتحققت شروطه ترتبت عليه آثاره كما أرادها طرفاه، وتعين علي القاضي من ثم إعماله والحكم به دون تعديل أو تغيير، فيستحق الدائن المبلغ المشروط دون زيادة أو نقصان، وبغض النظر عما إذا كان قد أصابه ضرر أم لا، وبغض النظر كذلك عن قدر هذا الضرر؛ إذ أن مهمة القاضي تقتصر علي حماية الاتفاقات المشروعة دون التدخل فيها، وهذا ما يتفق مع هدف الطرفين من هذا الشرط؛ إذ أنهما أراد به حسم أي مشاكل قد تنور بينهما دون اللجوء للقضاء.^(٣)

إلا أن المشرع المدني خرج علي ذلك ومنح القاضي سلطة تقديرية كبيرة إزاء الشرط الجزائي، وخوله حق التدخل فيما اتفق عليه الطرفان، بالتخفيض أو الزيادة، بل وحتى بالإلغاء إن كان له مقتضي.

أولاً: سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي:

طبقاً لنص المادة ٢٢٤ من القانون المدني يكون للقاضي سلطة في تخفيض قدر التعويض الوارد بالشرط الجزائي، وذلك في حالتين:

الحالة الأولى: إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه:

أجاز المشرع المصري للقاضي تخفيض قيمة الشرط الجزائي إذا استطاع

(١) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١١٢٣، ود/ البدراوي: مرجع سابق، ص ٩٠.

(٢) نقض مدني ٥ ديسمبر سنة ١٩٦٨ مجموعة النقض، س ١٩، ص ١٤٣٠.

(٣) راجع في هذا المعني: د/ جلال إبراهيم: مرجع سابق، ص ١٥٤.

المدين إثبات أن تقدير هذه القيمة كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، ويبرر بعض الفقه منح القاضي هذه السلطة بما يلي:

(١) أنه إذا كان محل الالتزام الأصلي مبلغاً من النقود فإن المبالغة في قيمة الشرط الجزائي تخفي فوائد ربوية يجب تخفيضها إلى الحد القانوني.

(٢) إذا كان محل الالتزام الأصلي غير النقود فإن المبالغة في قيمة الشرط الجزائي في هذه الحالة قد يكون سببها: إما التهديد المالي بقصد حمل المدين علي التنفيذ العيني، أو قبول المدين لهذه القيمة المبالغ فيها تحت حاجته الشديدة للعقد، أو أن الدائن قد استغل عدم خبرة المدين أوطيشه، وفي كل ذلك تعيب لإرادة المدين مما يتطلب تخفيض قيمة الشرط الجزائي إلى الحد المعقول.^(١) وتقدير ما إذا كان مقدار الشرط الجزائي مبالغاً فيه أم لا، وكذلك تقدير تناسب التعويض مع الضرر الذي لحق بالدائن يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع دون رقابة عليهم من محكمة النقض في ذلك.^(٢)

الحالة الثانية: إذا أثبت المدين أنه قد نفذ جزء من الالتزام:

وكذلك يجوز للقاضي أن يخفض مقدار الشرط الجزائي إذا استطاع المدين إثبات أنه نفذ جزء من الالتزام الذي يقع علي عاتقه ولم يخل به إخلالاً تاماً؛ لأن المتعاقدين وضعوا هذا الشرط لتغطية ما قد ينجم من أضرار بسبب عدم تنفيذ المدين لالتزامه كلية، أما وأنه قد نفذ جزء منه، فمن العدل أن يخفض الشرط الجزائي بقدر ما نفذ من هذا الالتزام، وذلك كالمقابل الذي تعهد ببناء منزل مكون من عدة طوابق، وأنجز بالفعل أكثر هذه الطوابق، ففي مثل هذه الحالة يجب أن يخفض من قيمة الشرط الجزائي بقدر ما نفذه المدين من التزامه، وذلك بشرط أن يكون القدر الذي تم تنفيذه ذا فائدة للدائن وليس تافهاً.^(٣) ويجوز كذلك تخفيض قيمة الشرط الجزائي في حالة التأخير في التنفيذ وذلك بقدر ما عاد علي الدائن من فائدة من الجزء الذي تم تنفيذه في الوقت المحدد.

(١) د/ البدرابي: مرجع سابق، ص ٩٣، ود/ جلال إبراهيم: مرجع سابق، ص ١٦١.

(٢) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١١٣٧.

(٣) د/ إسماعيل غانم: مرجع سابق، ص ١٢٤، ود/ جلال إبراهيم: مرجع سابق، ص ١٦٤.

ثانيًا: سلطة القاضي في زيادة قيمة الشرط الجزائي:

أعطى المشرع المصري للقاضي الحق بالتدخل لزيادة قيمة الشرط الجزائي عن القدر المتفق عليه في حالتين:

الحالة الأولى: زيادة الضرر الذي لحق بالدائن إذا ارتكب المدين غشاً أو خطأً جسيماً:

لقد أجاز المشرع للقاضي التدخل بزيادة قيمة الشرط الجزائي إذا رأى أن التعويض الذي يتضمنه أقل من الضرر الذي لحق بالدائن إذا كان هناك غش أو خطأً جسيم من المدين (المادة ٢٢٥ مدني).

وعليه، إذا تمكن الدائن من إثبات أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأً جسيماً، تعين على القاضي أن يزيد في مقدار التعويض الذي يتضمنه الشرط الجزائي حتي يصبح معادلاً للضرر الذي لحق بالدائن، أما إذا لم يتمكن الدائن من إثبات ارتكاب المدين لغش أو خطأً جسيم، فلا يجوز للقاضي أن يحكم له بأكثر من التعويض المقرر في الشرط الجزائي، حتي ولو كان هذا التعويض أقل من الضرر الذي لحقه.^(١)

الحالة الثانية: زيادة قيمة الشرط الجزائي إذ كان الغرض منه التحايل

للإعفاء من المسؤولية بما يتعارض مع النظام العام:

تقضي المادة ٣/٢١٧ بأنه: "يقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع". وبمقتضى هذا النص لا يجوز للطرفين الاتفاق على إعفاء المدين من المسؤولية التقصيرية، وكل إتفاق من هذا القبيل يكون باطلاً لمخالفته للنظام العام.

ويمدد هذا المنع إلي مجال أعمال الشرط الجزائي، فكما لا يستطيع الطرفان الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية التقصيرية بطريق مباشر، فلا يستطيعان إبرام هذا الاتفاق بطريق غير مباشر عن طريق الشرط الجزائي، بحيث يتفقا على شرط جزائي يكون من النفاذة بحيث يقصد به الطرفان

(١) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١١٤٧، ود/ أحمد سلامة: مرجع سابق، ص ٥٩.

الوصول إلى اشتراط إعفاء المدين من المسؤولية التقصيرية، فإذا فعلا ذلك فإن الشرط الجزائي يقع باطلاً وللقاضي أن يحكم بتعويض أزيد بكثير من التقدير التافة الوارد بالشرط الجزائي.^(١)

وتجدر الإشارة إلى أن للقاضي الحق في إلغاء الشرط الجزائي متى تمكن المدين من إثبات أنه بالرغم من إخلاله بالتزامه، إلا أن الدائن لم يصب بأي ضرر، وذلك كالمحامي الذي يتفق مع موكله علي أن يقيد له رهناً علي عقار ما واتفقا علي شرط جزائي إذا لم يقم المحامي بذلك فعلاً، وأخل المحامي بهذا الالتزام إلا أنه استطاع إثبات أن عدم قيد الرهن لم يضر بالموكل لوجود رهون كثيرة علي العقار تسبق هذا الرهن. (المادة ١/٢٢٤).

المبحث الثالث

التعويض القانوني

يقصد بالتعويض القانوني: مبلغ من المال يقدره المشرع ويوجب علي من تسبب بخطأه في إلحاق ضرر بشخص معين أن يدفعه إلي هذا الأخير.^(٢) وينصب المثال الأبرز لمثل هذا النوع من التعويضات علي الالتزامات التي يكون محلها مبلغاً من المال (النقود) ويسمي بالفوائد وخاصة فوائد التأخير. وعليه سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين علي النحو التالي:

المطلب الأول

المقصود بالفوائد وأنواعها

يقصد بالفوائد بصفة عامة: مبلغ من النقود يلتزم المدين بدفعه بصفة دورية كسنة مثلاً، ويحدد علي أساس نسبة مئوية معينة من رأس المال، في مقابل انتفاع المدين بدين نقدي (رأس المال) إلي أجل مسمي، أو في مقابل تأخره في الوفاء بهذا الدين بعد ميعاد استحقاقه.^(٣)

وتتنوع الفوائد من ناحيتين:

(١) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١١٤٨.

(٢) د/ أحمد سلامة: مرجع سابق، ص ٦٠.

(٣) د/ سعيد جبر: مرجع سابق، ص ٩٨، ود/ جلال إبراهيم: مرجع سابق، ص ١٧٠.

أولاً: من حيث مصدرها إلى فوائد قانونية وفوائد اتفاقية:

فالفوائد القانونية: هي التي يتولي القانون تحديد مقدارها، ولا تكون هذه الفوائد إلا في حالة تأخر الشخص في دفع دينه المتمثل في مبلغ من النقود، حيث يلزمه القانون في هذه الحالة بدفع فائدة معينة عن هذا الدين إلى الدائن، وحددها المشرع بأنها ٤% في المسائل المدنية، و ٥% في المسائل التجارية.

والفوائد الاتفاقية: هي التي يتفق الطرفان علي تحديد مقدارها، ولا يجوز أن تزيد هذه الفوائد عن ٧% بأي حال، والأصل أن يعمل بهذه الفوائد فإن لم يوجد اتفاق بين الطرفين تم العمل بالفوائد القانونية.^(١)

ثانياً: من حيث سبب استحقاقها إلى فوائد تأخيرية وفوائد تعويضية:

فالفوائد التأخيرية: هي التي تستحق في مقابل تأخر المدين في الوفاء بدينه، وهذه الفوائد قد تكون قانونية أو اتفاقية.

أما الفوائد التعويضية أو الاستثمارية: فهي الفوائد التي يستحقها الدائن في مقابل انتفاع المدين بمبلغ نقدي في خلال فترة معينة، وذلك كالفائدة التي يدفعها المقرض للمقرض، أو المشتري بثمن مؤجل للبائع.

وهذه الفوائد لا تكون إلا اتفاقية، أي تتم باتفاق الطرفين وتخضع للحد الأقصى للفائدة المقرر قانوناً وهو ٧% كما تخضع لمبدأ تحريم الربح المركب ومبدأ عدم جواز زيادة مجموع الفوائد علي رأس المال.^(٢)

المطلب الثاني

شروط استحقاق الفوائد التأخيرية

أولاً: شروط استحقاق الفوائد بنوعيتها:

رأينا أن الفوائد كتعويض قانوني لا تستحق إلا إذا كان محل الالتزام الأصلي مبلغاً من النقود، ومن ثم يجب لاستحقاق هذه الفوائد توافر شرطين:

الشرط الأول: أن يكون محل التزام المدين دفع مبلغ نقدي:

يجب لاستحقاق الفوائد بصفة عامة سواء كانت تعويضية، أم تأخيرية،

(١) د/ البدرابي: مرجع سابق، ص ٩٧، ود/ جلال إبراهيم: مرجع سابق، ص ١٧٠.

(٢) د/ عبد الفتاح عبد الباقي: مرجع سابق، ص ٧٤، ود/ البدرابي: مرجع سابق، ص ٩٨.

أن يكون محل الالتزام الأصلي للمدين دفع مبلغ نقدي، أيًا كان مصدر هذا الالتزام، سواء كان العقد، كالقرض مثلاً أو البيع، أو غير العقد، كالعمل غير المشروع، كالتعويض الذي يستحقه المضرور قضاءً أو اتفاقاً، أو الإثراء بلا سبب، كقبض الشخص لمبلغ نقدي دون وجه حق، أو القانون كالاتزام بالنفقة إذا تم تحديد مقدارها بمبلغ نقدي.^(١)

الشرط الثاني: أن يكون المبلغ النقدي معلوم المقدار وقت الطلب:

ولقد أثار هذا الشرط بعض اللبس؛ إذ أن كل التزام بدفع مبلغ نقدي، يكون معلوم المقدار وقت الطلب، حتي ولو كان محلاً للنزاع؛ لأن الدائن يقدر حتماً عند المطالبة المبلغ الذي يطالب به، سواء في ذلك الالتزام برد القرض أو الالتزام بالتعويض عن عمل غير مشروع، ويخضع تقديره في جميع الأحوال لحكم القاضي، ويرى لذلك أنه لم يعد لاشتراط معلومية المقدار عند الطلب أهمية عملية ما دام سيقوم الدائن بتحديد هذا المقدار عند الطلب حتي ولو كان خاضعاً لسلطة القاضي.^(٢)

ثانياً: شروط استحقاق الفوائد التأخيرية:

الأصل أن استحقاق الفوائد التأخيرية كنوع من أنواع التعويض يتطلب توافر الشروط العامة لاستحقاق التعويض والمتمثلة في الخطأ والضرر وعلاقة السببية إلي جانب إذار المدين.

بيد أن هذه الشروط لا يؤخذ بها علي إطلاقها بصدد استحقاق الفوائد التأخيرية، وإنما يجب تحويلها بما يتناسب مع نص المادة ٢٢٦ التي قصرت خطأ المدين عن الوفاء بالدين الذي يقع علي عاتقه عن الميعاد المحدد له، فإنه يكون قد ارتكب خطأ؛ لأنه التزم بتحقيق غاية متمثلة في التزام بنقل ملكية.^(٣) وإذا كانت القواعد العامة تتطلب إثبات الدائن أن ضرراً أصابه نتيجة هذا التأخير، إلا أن المشرع أعفاه من ذلك بالمادة ٢٢٨؛ حيث اعتبر أن مجرد

(١) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١١٥٨، ود/ سعيد جبر: مرجع سابق، ص ١٠١.

(٢) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١١٥٩.

(٣) د/ السنهوري : مرجع سابق، ص ١١٦٥.

تأخير المدين في الوفاء بالمبلغ النقدي الواجب عليه آداؤه في موعده يصيب الدائن حتماً بضرر، إن لم يكن هذا الضرر في صورة خسارة تلحقه فعلى الأقل في صورة كسب يفوته من الاستفادة بهذا المبلغ طيلة وجوده في يد المدين.^(١) وافترض القانون كذلك أن هذا الضرر نتيجة لخطأ بما يعني أن علاقة السببية بين كل من الخطأ والضرر مفروضة كذلك.

وإذا كان المشرع قد افترض إصابة الدائن بضرر نتيجة لخطأ المدين وتأخره في الوفاء بالتزامه، إلا أنه تشدد من ناحية الإعذار؛ حيث تطلب قيام الدائن بمطالبة المدين قضائياً للحصول على الفوائد التأخيرية، ومن ثم تقتصر شروط استحقاق الفوائد التأخيرية على شرطين فقط هما:

الشرط الأول: تأخر المدين في الوفاء بالتزامه:

الفوائد التأخيرية هي تعويض قانوني عن الضرر الذي افترض القانون وقوعه للدائن من جراء تأخر المدين في الوفاء بالتزامه المتمثل في دفع من النقود؛ ولذا يجب لاستحقاق هذه الفوائد أن يتأخر المدين عن الوفاء بالتزامه عن الأجل المحدد قانوناً أو اتفاقاً للوفاء بهذا الالتزام،^(٢) وهو ما يتطلب حلول هذا الأجل وتأخر المدين عن الوفاء، أما قبل حلوله فلا ثمة حديث عن التأخر أو الفوائد.

كما يجب أن يكون هذا التأخر نتيجة الخطأ الذي ارتكبه المدين يستوجب مسؤوليته، أما إذا كان نتيجة لقوة قاهرة أو بسبب أجنبي، فلا يثار الحديث عندئذ عن المسؤولية أو الفوائد أيضاً.^(٣)

الشرط الثاني: مطالبة الدائن بالفوائد مطالبة قضائية:

الأصل يقضي بأن الفوائد التأخيرية كنوع من أنواع التعويض تستحق بمجرد إعذار المدين عن طريق إنذاره أو ما يقوم مقامه، إلا أن المشرع تشدد في ذلك بصدد الفوائد التأخيرية - كما يرى البعض - ؛ لمناهضتها واستنكارها

(١) د/ السنهاوري: مرجع سابق، ص ١١٦٦، ود/ جمال زكي: مرجع سابق، ص ٧٧٠.

(٢) د/ سعيد جبر: مرجع سابق، ص ١٠٣، ود/ جلال إبراهيم: مرجع سابق، ص ١٩٧.

(٣) د/ جلال إبراهيم: مرجع سابق، ص ١٩٧.

وتطلب لاستحقاقها أن يقوم الدائن بمطالبة المدين بمطالبة قضائية؛ أي عن طريق رفع دعوى أمام القضاء لاستحقاقها.^(١)

ولا يكفي أي مطالبة قضائية لاستحقاق الفوائد التأخيرية وإنما يجب أن تكون هذه المطالبة منصبة علي الفوائد ذاتها، ومن ثم إذا طالب الدائن بأصل الدين فلا تستحق الفوائد التأخيرية، وإنما يجب أن يطالب الدائن بالفوائد نفسها.^(٢) إلا أن المشرع لم يشأ أن يستمر في هذا التشدد حتى نهايته فعاد وعدل عنه - بعض الشيء - وجعل هذه القاعدة من القواعد التكميلية وليس من النظام العام، وأجاز الخروج عليها إما بالاتفاق أو العرف أو بنص القانون (المادة ٢٢٦ مدني)، ومن ثم يجوز سريان الفوائد التأخيرية بغير المطالبة القضائية بالاتفاق أو العرف التجاري أو القانون.

ثالثاً: شروط استحقاق الفوائد التعويضية:

سلفت الإشارة إلى أن الفوائد التعويضية هي الفوائد التي يلتزم بها المدين في مقابل انتقاعه بمبلغ من النقود عوضاً عن هذا الانتقاع، ويغلب أن يكون مصدر هذه الفوائد هو العقد، ومثالها المألوف والمعتاد هو عقد القرض؛ حيث ينتفع المقرض بمبلغ القرض المدة المتفق عليها في مقابل فائدة يدفعها للمقرض، وقد توجد الفوائد التعويضية في الودائع المصرفية، كمن يودع في المصرف مبلغاً من النقود، ويشترط تقاضي فائدة معينة علي هذه الوديعة.^(٣) والفوائد التعويضية بهذا المفهوم لا يشترط لاستحقاقها سوى اتفاق الطرفين فقط، ومن ثم لا حاجة فيها لتأخر المدين أو للمطالبة القضائية، وإنما يعمل بها ويجب نفاذها بمجرد الاتفاق عليها (المادة ٥٤٢ مدني).

واتفاق الطرفان هو الذي يحدد أيضاً سعر الفائدة التعويضية بشرط ألا يتجاوز هذا السعر الحد الأقصى المقرر قانوناً ومن ثم فسعر الفوائد التعويضية دائماً اتفاقي.

(١) د/ البدرأوي: مرجع سابق، ص ١٠٣، ود/ جلال إبراهيم: مرجع سابق، ص ١٩٨٠.

(٢) د/ البدرأوي: مرجع سابق، ص ١٠٢-١٠٣، ود/ السنهوري، مرجع سابق، ص ١٦٧١.

(٣) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١١٧٧.

الفصل الرابع

وسائل حماية الضمان العام للدائنين

تمهيد وتقسيم:

يقصد بالضمان العام: أن جميع أموال المدين تكون ضامنة للوفاء بما عليه من ديون، وبمقتضاه يحق لكل دائن الحجز علي أموال المدين كلها أو بعضها، واتخاذ الإجراءات اللازمة لبيعها بالمزاد العلني لاستيفاء حقه من حصيلة بيعها، إذا لم يقم المدين بالوفاء اختياريًا.^(١)

وإذا كان الأصل أن هذا الضمان يرد علي جميع أموال المدين، إلا أن هناك بعض الأموال التي تخرج من نطاق هذا الضمان؛ لعدم جواز الحجز عليها بمقتضي المادة ٣٠٥ وما بعدها من قانون المرافعات، كفراش المدين وثيابه وما يلزمه وأسرته من غذاء لمدة شهر، والمبالغ المقررة للنفقة التي يحكم بها القضاء، والأجور والمرتبات إلا بمقدار الربع... الخ.

خصائص الضمان العام:

يتسم الضمان العام بخاصيتين أساسيتين هما: العمومية، والتساوي:
فمن حيث العمومية: لا يقتصر الضمان العام علي مال معين من أموال المدين، وإنما يقع علي كافة أمواله التي تكون في ذمته وقت التنفيذ ويترتب علي ذلك أمرين:

أولهما: أن الضمان العام لا يقتصر علي الأموال التي تكون في ذمة المدين وقت نشوء الدين، وإنما يشمل أيضًا كل الأموال التي تدخل ذمته بعد ذلك إلي وقت التنفيذ.

ثانيهما: أن الضمان العام لا يتسم بخاصية التتبع بمعنى لا يعطي للدائن الحق في تتبع أموال المدين التي تخرج من ذمته بعد نشوء الدين وحتى وقت التنفيذ؛ لأن الدين لا يغل يد المدين عن التصرف في أمواله، ولا يمنعه من انقاص الجانب الإيجابي لدمته المالية وخروج بعض الأموال من ذمته.

(١) د/ البدراوي: مرجع سابق، ص ٩٢، ص ١١٣، د/ جلال إبراهيم: مرجع سابق، ص ٢٠٢.

ومن حيث التساوي: فإن سائر دائني المدين يتساوون في الضمان العام؛ حيث لا يتقدم فيه أحد الدائنين علي آخر لأسبقية نشوء دينه، وإنما يتساوون في استيفاء حقوقهم، وإذا لم تكف أموال المدين للوفاء بجميع هذه الديون قسمت بينهم قسمة غرماء، فيحصل كل منهم على نسبة من دينه تعادل دينه من بين سائر الديون، كالنصف أو الربع مثلاً، إلا إذا كان متمتعاً بضمان خاص يخوله حق التقدم على غيره من الدائنين، كحق الرهن مثلاً.^(١)

مخاطر الضمان العام ووسائل المحافظة علي حقوق الدائنين:

الضمان العام بمفهومة وخصائصه السابقة لا يكفل للدائنين الحماية الكافية، ويتعرض الدائن فيه لبعض المخاطر وخاصة تصرف المدين في أمواله مما يؤدي إخراجها من نطاق هذا الضمان، إضافة إلي مزاحمة سائر الدائنين مما يهدده بعدم الحصول علي حقه كاملاً.

وإزاء ذلك أعطي المشرع للدائن الحق في اتخاذ بعض الإجراءات التي يحافظ بها علي حقه، وتتمثل هذه الإجراءات في وسائل المحافظة علي أموال المدين ويطلق عليها وسائل تحفظية، وأخري للتنفيذ علي أموال المدين وتسمى وسائل تنفيذية، وثالثة وسطي بينهما:

(١) الوسائل التحفظية: وهي الوسائل التي يحافظ بها الدائن علي أموال المدين من الضياع وتظل في إطار الضمان العام، كتدخله في إجراءات قسمة المال الشائع المملوك للمدين، أو وضعه لأختام علي أموال مدينه المتوفي، أو تدخله في الدعاوي التي ترفع من المدين أو عليه، ومنها أيضاً الوسائل التي يحافظ بها الدائن علي حقه الشخصي، كاتخاذ إجراءات قطع التقادم.

(٢) الوسائل التنفيذية: وهي الوسائل التي يقوم بها الدائن لاقتضاء حقه بالفعل عن طريق التنفيذ علي أموال المدين بواسطة القضاء؛ ولذا يلزم أن يكون حقه محقق الوجود ومعين المقدار وحال الأداء، كما يجب أن يكون معه سند تنفيذي كحكم قضائي أو محرر موثق، كما يجب أن يكون المال المراد التنفيذ

(١) د/ البدرأوي: مرجع سابق، ص ١١٤، ود/ جلال إبراهيم: مرجع سابق، ص ٢٠٣.

عليه سواء كان منقولاً أم عقاراً من الأموال التي يجوز الحجز عليها.^(١)

٣) الوسائل الوسطي: وهي الوسائل التي سنّها المشرع للدائن ليمهد بها سبل التنفيذ علي أموال المدين، وهي وسائل أقوى من وسائل التحفظ؛ لأنها لا تقتصر علي مجرد التحفظ علي أموال المدين، وهي في ذات الوقت أضعف من الوسائل التنفيذية لأنها لا تؤدي مباشرة إلي حصول الدائن علي حقه.

وتتمثل هذه الوسائل في بعض الدعاوى التي أتاح المشرع للدائن حق استعمالها للمحافظة علي الضمان العام، والحيلولة دون إنفاص المدين لهذا الضمان بغش أو تقصير، وهذه الدعاوى هي الدعوى غير المباشرة، والدعوى البوليصية، ودعوى الصورية. وإلي جانب هذه الدعاوي هناك وسيلة أخرى تهدف إلي المحافظة علي حقوق الدائن أيضاً وهي: حق الحبس.^(٢)

وبناء علي ذلك نقسم هذا الفصل للمباحث الأربعة التالية:

المبحث الأول

الدعوى غير المباشرة

تعتبر الدعوى غير المباشرة إحدى الوسائل الهامة التي منحها المشرع للدائنين للمحافظة علي الضمان العام لمدينهم حتي يمكنهم الحصول علي حقوقهم، وذلك من خلال إعطائهم الحق في رفع دعاوي للمطالبة بحقوق مدينهم التي يرون تقصيره البين في المطالبة بها، وذلك وفق ضوابط معينة حددها المشرع بالمادة ٢٣٥ من القانون المدني، كما بين ما يترتب علي استعمال هذه الدعوى من آثار بالمادة ٢٣٦.

وفي ضوء هاتين المادتين وما تضمناه من أحكام تتعلق بهذه الدعوى نقسم هذا المبحث لثلاثة مطالب، وذلك علي النحو التالي:

(١) د/ البداروي: مرجع سابق، ص ١١٦، ود/ محسن البيه: مرجع سابق، ص ٢١٨.

(٢) د/ البداروي: مرجع سابق، ص ١١٨، ود/ جمال زكي: مرجع سابق، ص ٧٧٩.

المطلب الأول

ماهية الدعوى غير المباشرة

أولاً: تعريف الدعوى غير المباشرة:

الدعوى غير المباشرة: هي نظام قانوني يخول للدائن متى توافرت شروط معينة أن يستعمل باسم مدينه حقوق هذا المدين، إن لم يستعملها بنفسه، ليدخل هذا الحق المطالب به في الذمة المالية للمدين، ويبقى ضامناً لحق الدائن.^(١) وبناءً على ذلك فإن نظام الدعوى غير المباشرة يهدف إلى معالجة ما يبدو من المدين من مواقف سلبية تضر بدائنيه، فأعطاهم القانون بموجب هذه الدعوى الحق في التدخل الإيجابي للقضاء على موقف مدينهم السلبي والحصول على حقوقه التي في ذمة الغير لتقوية الضمان العام الذي يستطيعون الحصول على حقوقهم منه.

ثانياً: الأساس القانوني للدعوى غير المباشرة:

تتأسس فكرة الدعوى غير المباشرة على نظام النيابة القانونية كما نصت على ذلك المادة ٢٣٦ بقولها: "يعتبر الدائن في استعمال حقوق مدينة نائباً عن هذا المدين". بيد أن هذه النيابة لها طابعها الخاص الذي يميزها عن النيابة العادية؛ لأن نيابة الدائن عن المدين في استعمال حقوقه بموجب هذه الدعوى مقررة لمصلحة النائب وهو الدائن وليس لمصلحة الأصيل المدين، أما النيابة العادية فهي مقررة لمصلحة الأصيل وليس النائب.^(٢)

ثالثاً: سبب تسمية هذه الدعوى بغير المباشرة:

سميت هذه الدعوى بغير المباشرة لسببين:

أولهما: أن الدائن لا يستعمل حق مدينه باسمه شخصياً، وإنما باسم مدينه؛ أي يرفع الدعوى باسم هذا المدين.

وثانيهما: أن ما تجنيه هذه الدعوى من فائدة لا تعود على الدائن مباشرة، وإنما تدخل في إطار الضمان العام للمدين ليستطيع بعد ذلك التنفيذ بما له من

(١) د/ جلال إبراهيم: مرجع سابق، ص ٢٠٦.

(٢) د/ جلال إبراهيم: مرجع سابق، ص ٢٠٩، ود/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٢٧٤.

حقوق علي هذا الضمان.^(١)

رابعاً: الفرق بين الدعوى غير المباشرة والدعوى المباشرة:

تختلف الدعوى غير المباشرة عن الدعوى المباشرة، في أن الأخيرة يرفعها الدائن باسمه الشخصي ضد مدين مدينه، وتعود فائدتها كاملة علي الدائن مباشرة، ويستقل هذا الدائن بهذه الفائدة ولا يشاركه فيها غيره من دائني المدين. وتتقرر الدعوى المباشرة بنصوص تشريعية خاصة؛ ولذا فهي تشبه حق الامتياز، وتقتصر علي حالات معينة منها:

- (١) حق المؤجر الأصلي في الرجوع مباشرة علي المستأجر من الباطن بما له من حقوق في ذمة المستأجر الأصلي (م ٥٩٦ مدني).
- (٢) حق مقاول من الباطن والعمال الذين استخدمهم المقاول الأصلي في الرجوع مباشرة علي رب العمل بما في ذمته من مبالغ للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى (م ٦٦٢ مدني).
- (٣) حق الموكل في الرجوع مباشرة علي نائب الوكيل وحق نائب الوكيل في الرجوع علي الموكل (م ٧٠٨).
- (٤) حق المضرور في الرجوع مباشرة علي شركة التأمين لاقتضاء التعويض المطلوب من المسئول عما لحقه من ضرر والذي قام بالتأمين لدي هذه الشركة.^(٢)

المطلب الثاني

شروط الدعوى غير المباشرة

تضمنت شروط الدعوى غير المباشرة المادة ٢٣٥ من القانون المدني، والتي تقضي بأنه يلزم لاستعمال الدائن لحقوق مدينه التي في ذمة الغير وفقاً لنظام الدعوى غير المباشرة توافر شروط معينة يتعلق بعضها بالمدين، وبعض آخر بالدائن، وبعض ثالث بالحق الذي يستعمله الدائن باسم مدينه.

(١) في هذا المعنى: د/ محسن البيه: مرجع سابق، ص ٢٢٥.

(٢) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١٢٧٣ وما بعدها، ود/ البدرأوي: مرجع سابق، ص ١٣٢.

أولاً: الشروط التي ترجع إلي المدين:

تتمثل شروط استعمال الدعوي غير المباشرة التي ترجع إلي المدين في ثلاثة شروط، وهي:

الشرط الأول: أن يكون المدين مقصرًا في استعمال حقوقه:

يجب لاستعمال الدائن لحقوق مدينه أن يكون هذا المدين مقصرًا في استعمال هذه الحقوق بنفسه بما يبرر تدخل الدائن لاستعمال هذه الحقوق ونيايته عنه في ذلك.

ويقع علي الدائن عبء إثبات تقصير المدين في استعمال حقوقه، سواء كان هذا التقصير متمثلًا في إهماله، أم كان بتعمد منه بقصد الإضرار بدائنه، ويجوز للمدين أن ينفي تقصيره في ذلك بإثبات وجود متسع من الوقت لاستعمال هذه الحقوق.^(١)

أما إذا كان المدين نشيطًا في استعمال حقوقه ولم يستطيع الدائن أن يثبت وجود تقصير في جانبه، أو نشط هذا المدين في استعمال هذه الحقوق بعد تدخل الدائن واتخاذ بعض إجراءات الدعوي غير المباشرة فلا يجوز استمرار الدائن في هذه الإجراءات ووجب عليه وقف هذه الدعوي، وإذا خشي من تواطؤ المدين مع مدينه جاز له التدخل في الدعوي التي رفعها مدينه، كخضم ثالث لمراقبة دفاع مدينه.^(٢)

ولقضاة الموضوع سلطتهم التقديرية في تقدير مدي وجود تقصير من المدين من عدمه.^(٣)

الشرط الثاني: أن يؤدي تقصير المدين إلي إعساره أو زيادة إعساره:

كما يجب لاستعمال الدعوي غير المباشرة أن يكون من شأن تقصير المدين إعساره أو زيادة إعساره حتي يتسني للدائن التدخل في شؤنه والمطالبة

(١) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١٢٤٣، ود/ محسن البيه: مرجع سابق، ص ٢٢٣.

(٢) د/ البدراوي: مرجع سابق، ص ١٢٥، ود/ جلال إبراهيم: مرجع سابق، ص ٢٢٥، ود/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١٢٤٤.

(٣) د/ جلال إبراهيم: مرجع سابق، ص ٢٢٦.

بحقوقه التي في ذمة الغير، أما لو كان المدين موسراً ولا يؤثر فوات الحق الذي يطالبه به الدائن على حقوق الدائنين، فلا يجوز لأي منهم رفع الدعوي غير المباشرة ولا يقبل منه ذلك لما يؤدي إليه من التدخل في شئون المدين بلا مبرر.

والإعسار المطلوب في هذه الحالة هو الإعسار الفعلي المتمثل في زيادة ديون المدين علي حقوقه، سواء كانت هذه الديون حالة أم مؤجلة، وليس الإعسار القانوني الذي يتطلب حكماً قضائياً بشهره وفقاً للمادة ٢٤٩ من القانوني المدني.^(١)

ويقع علي الدائن عبء إثبات أن عدم استعمال الدائن لحقه يؤدي إلي إعساره أو زيادة إعساره، ويكفي للدائن أن يثبت مقدار الديون التي في ذمة المدين، ويجوز للمدين أن يثبت أن لديه من الأموال ما يكفي للوفاء بهذه الديون جميعاً.^(٢)

الشرط الثالث: إدخال المدين خصماً في الدعوي:

أوجبت الفقرة الثانية من المادة ٢٣٥ مدني لرفع الدعوي غير المباشرة إدخال المدين خصماً فيها، فلا يجوز للدائن رفع هذه الدعوي إلا بعد إدخال المدين، ويرجع ذلك لما تتضمنه هذه الدعوي من تحقيق مصلحة الدائن، وهو النائب وليس المدين، بالرغم من أنه الأصل، ولذا وجب إدخال المدين فيها ليسري الحكم الذي يصدر فيها في حقه.

ثانياً: الشروط التي ترجع إلي الدائن:

يشترط لاستعمال الدائن لحقوق مدينه أن يكون حقه محققاً وخالياً من النزاع، فإذا كان هناك نزاع من المدين حول هذا الحق، أو كان ديناً احتمالياً، وجب حسم هذا النزاع أولاً؛ لأنه يشترط لقبول الدعوي غير المباشرة ثبوت صفة الدائنية للدائن وفي ظل وجود نزاع حول حقه أو كان حقاً محتملاً لم تثبت له هذه الصفة.

(١) د/ أحمد سلامة: مرجع سابق، ص ١٣٠، ود/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١٢٤٢.

(٢) د/ البدرأوي: مرجع سابق، ص ١٢٦، ود/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٢٨٩.

وهذا هو الشرط الوحيد للدائن، ولا يشترط أن يكون حقه مستحق الأداء أو معلوم المقدار، كما لا يشترط أن يكون بيد الدائن سند تنفيذي؛ لأن الدعوي غير المباشرة من الإجراءات المتوسطة بين التحفظية والتنفيذية وليست من إجراءات التنفيذ.^(١)

وبناء على ذلك يجوز للدائن أن يرفع الدعوي غير المباشرة ولو كان حقه غير معلوم المقدار، كمن يحكم له بتعويض عن عمل غير مشروع، فيجوز له استعمال حقوق المسئول عن هذا التعويض قبل أن يتم تقدير التعويض، كما يجوز للدائن رفع هذه الدعوي ولو كان حقه غير مستحق الأداء، كالدين المعلق على شرط أو المقترن بأجل.

بالإضافة إلى أنه لا يشترط أن يكون حق الدائن الذي يرفع الدعوي غير المباشرة من أجله سابقاً على حق مدينه الذي في ذمة الغير؛ لأن هذه الدعوي تهدف إلى تقوية الضمان العام للمدين، والذي يدخل فيه الديون الحالية والمؤجلة.

ثالثاً: شروط الحق الذي يستعمله الدائن باسم المدين:

يشترط في الحق الذي يستعمله الدائن باسم مدينه الشروط الآتية:

(١) أن يكون حقاً للمدين:

يجب أن يكون الحق الذي يستعمله الدائن باسم مدينة حقاً للمدين نفسه، سواء كان حقاً شخصياً أم عينياً، وسواء كان محله نقود أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل.

ولا يقتصر مفهوم الحق الذي للمدين على رفع الدعاوى أمام القضاء، وإنما قد يكون إجراءات من شأنها المحافظة على الضمان العام له، سواء كانت هذه الإجراءات تصرفات قانونية، كقبول الدائن وصية عن المدين، أم تصرفات مادية، كقيد رهن، أو تجديد قيده.

كما يجوز للدائن الطعن باسم مدينه على الأحكام الصادرة ضد هذا المدين ما دام في ذلك حفاظاً على حقوقه، كالطعن بالمعارضة، والاستئناف

(١) د/ البدرأوي: مرجع سابق، ص ١٢٨، ود/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١٢٣٣.

والنقض، والتماس إعادة النظر، كما يجوز له التمسك بالدفع التي تحافظ علي حقوق المدين، أو القيام بإجراءات المرافعة عنه.^(١)

ويجب أن يكون الحق الذي يستعمله الدائن باسم مدينه حقًا شخصيًا لهذا المدين، وليس حقًا يباشره المدين عن غيره، ومن ثم لا يجوز للدائن أن يرفع دعوي غير مباشرة باسم مدينه بالنسبة للدعاوي التي لهذا المدين الحق في رفعها بصفته وليًا عن قاصر، أو قيمًا علي محجوز عليه؛ لأن مباشرة المدين لهذه الدعاوي ليس بصفة شخصية وما نقله من فوائد ترجع علي القاصر، أو المحجوز عليه، وليس عليه.

كما يجب أخيرًا أن يكون الحق الذي يستعمله الدائن باسم المدين حقًا وليس مجرد رخصة؛ لأن السماح للدائن باستعمال ما للمدين من رخص يؤدي إلي تدخل في شئون هذا المدين بما يشبه الوصاية عليه، وهو ما يتنافي مع الحرية الشخصية للمدين.

ولذا لا يجوز للدائن قبول صفقة لا يريد المدين إبرامها ولو كان فيها ربح له وتؤدي إلي زيادة الضمان العام للدائنين، كما لا يجوز للدائن فسخ عقد إيجار أبرمه المدين لأن الأجرة فيه باهظة، أو إبرام عقد إيجار لحسابه لأن أجرته بخسة؛ لأن قبول الإيجاب وفسخ العقود رخص للمدين فقط الحق في استخدامها، وليست حقوقًا يجوز للدائن استعمالها.^(٢)

٢) ألا يكون الحق متصلًا بشخص المدين خاصة:

ويشترط كذلك لقبول الدعوي غير المباشرة ألا يكون الحق الذي يستعمله الدائن باسم مدينه متصلًا بشخص هذا المدين، سواء كان هذا الحق مألًا أم غير مالي؛ لأن الحقوق المالية المتصلة بشخص المدين، كحق الواهب في الرجوع في الهبة، وحق المضرور في التعويض عن الضرر الأدبي، تقوم في الغالب علي اعتبارات أدبية لا يقدرها سوي المدين نفسه، والحقوق غير المالية، كالحقوق المتعلقة بالأحوال الشخصية، كحق الطلاق، لا تحقق الهدف من

(١) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١٢٥١-١٢٥٢، ود/ جمال زكي: مرجع سابق، ص ٧٨٥.

(٢) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١٢٥٣، ود/ جمال زكي: مرجع سابق، ص ٧٨٧.

الدعوي غير المباشرة المتمثل في دخولها في الضمان العام للدائنين وإمكان التنفيذ عليها لاقتضاء حقوقهم منها.^(١)

٣) أن يكون الحق محل الدعوي غير المباشرة قابلاً للحجز عليه:

كما يجب لقبول الدعوي غير المباشرة أن يكون الحق الذي يطالب به الدائن قابلاً للحجز عليه حتي يستطيع هذا الدائن اتخاذ إجراءات التنفيذ وبيعه وحصوله علي حقه من ثمنه، وذلك بعد دخوله في الضمان العام للدائنين، أما إذا كان هذا الحق غير قابل للحجز، فلا ثمة فائدة من مطالبة الدائن، وحتى لو نجح في ذلك فلا يمكنه الحصول علي حقه منه، ومثال الحقوق التي لا يجوز الحجز عليها، ديون النفقة، ومرتببات الموظفين والمعاشات، وحق الاستعمال والسكني.^(٢)

المطلب الثالث

آثار الدعوي غير المباشرة

تتمثل آثار الدعوي غير المباشرة فيما يلي:

أولاً: آثار الدعوي غير المباشرة بالنسبة للدائن الذي قام برفعها:

سلفت الإشارة إلي أن الدعوي غير المباشرة تهدف إلي المحافظة علي الضمان العام للمدين، وأن الدائن يرفعها نيابة عن المدين، ويطالب فيها بحقوق هذه المدين وليس بحق شخصي له، وهو ما يترتب عليه أن لهذا الدائن أن يطالب بحق المدين الذي في ذمة الغير كاملاً ولو كان يزيد عن حقه الذي في ذمة المدين، كما يجوز لذلك الغير أن يتمسك في مواجهة الدائن بكافة الدفوع التي يمكنه التمسك بها في مواجهة المدين.

بالإضافة إلي أن الحق الذي يحصل عليه الدائن بمقتضي هذه الدعوي يدخل في الضمان العام للمدين ويستفيد منه سائر دائني المدين ولا يستأثر به هذا الدائن وحده، وإنما يشترك فيه مجموع الدائنين ويقتسمونه بينهم قسمة غرماء إن كانوا متساويين، وقد يأخذ هذا الدائن حقه أو أقل منه، بل قد لا يحصل

(١) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١٥٧، ود/ جلال إبراهيم: مرجع سابق، ص ٢٣١.

(٢) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١٢٦٠، ود/ البدراوي: مرجع سابق، ص ١٢١.

علي شيء من حقه إن كان هناك دائنين يفضلون عليه؛ لأن ديونهم مضمونة برهن أو امتياز.^(١)

ثانياً: آثار الدعوي غير المباشرة بالنسبة للمدين:

لا يترتب علي الدعوي غير المباشرة غل يد المدين عن الحق الذي يستعمله الدائن باسمه وتغيير في مركزه القانوني؛ حيث يظل محتقظاً بهذا الحق كاملاً وله حق التصرف فيه؛ لأن الدائن ليس إلا نائباً عنه في المطالبة بهذا الحق، والنائب لا يرفع يد الأصل عن الحق المنوب عنه فيه، ولذلك يستطيع المدين التصرف في هذا الحق بكافة أنواع التصرفات ويجوز له أن يستوفيه من المدين، أو يتصالح عليه معه، أو يتنازل له عنه، وتسري هذه التصرفات جميعاً في مواجهة الدائنين الذين لا يكون أمامهم سوي الطعن فيها بالدعوي البوليصية إن توافرت شروطها.^(٢)

لذلك يري بعض الفقه عدم فعالية هذه الدعوى علي هذا النحو؛ ولذا يري ضرورة غل يد المدين عن الحق محل الدعوي غير المباشرة، لأن الدائن لجأ إليها لظروف المدين المعسر وإهماله في المحافظة علي حقوقه، مما يستوجب نيابة الدائن عنه في المطالبة بهذه الحقوق.^(٣)

ثالثاً: آثار الدعوي غير المباشرة بالنسبة للمدعي عليه:

لا تنتج الدعوي غير المباشرة أية آثار استثنائية بالنسبة للمدعي عليه "مدين المدين"، وإنما يخضع علاقته بالدائن "رافع الدعوي" لنفس الأحكام التي تخضع لها علاقته بالمدين والدائن المباشر له.

ولهذا فإن للمدعي الحق في التمسك في مواجهة الدائن "رافع الدعوي" بكافة الدفوع التي كان له حق التمسك بها في مواجهة المدين الأصلي "دائنه المباشر"؛ حيث لا يترتب للدائن في هذه الحالة وهو نائب عن المدين أكثر مما هو مرتب للأصيل، وبناء علي ذلك يستطيع المدعي عليه الدفع في مواجهة

(١) د/ البدرأوي: مرجع سابق، ص ١٣١، د/ جمال زكي: مرجع سابق، ص ٧٨٩.

(٢) د/ جمال زكي: مرجع سابق، ص ٧٨٨، ود/ جلال إبراهيم: مرجع سابق، ص ٢٣٨.

(٣) د/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٢٩٧.

الدائن ببطلان الحق، أو انقضائه أو بتصالحه مع دائنه المباشر، أو بتنازل هذا الدائن له عن هذا الحق.

وتجدر الإشارة إلي أنه لا يجوز للمدعي عليه التمسك في مواجهة الدائن - المدعي - بدفوع مستمدة من علاقة شخصية بينهما، كأن يطلب المقاصة القانونية بين الحق الذي يطالب به الدائن وما يكون للمدعي عليه من حقوق في ذمة المدعي؛ لأن الدائن المدعي في هذه الحالة لا يطالب بحق شخصي له، وإنما بحق لمدينه وبصفته نائباً عنه.^(١)

رابعاً: آثار الدعوي غير المباشرة بالنسبة لسائر الدائنين:

سلفت الإشارة إلي أن الدعوي غير المباشرة تهدف إلي المحافظة علي الضمان العام للمدين ويستعملها الدائن بصفته نائباً عن هذا المدين؛ ولذا فإنه إذا نجح في الحصول علي الحق الذي يطالب به، فإن هذا الحق يدخل في الضمان العام للمدين ولا يستأثر به هذا الدائن وحده، ويستفيد منه سائر الدائنين، ويستطيع أي منهم التنفيذ علي هذا الحق، ولا توجد أفضلية لأحد الدائنين علي الآخرين بموجب هذه الدعوي، ويعد ذلك أحد مثالب الدعوي غير المباشرة، وخاصة بالنسبة للدائن الذي قام برفعها.^(٢)

وإذا خسر الدائن هذه الدعوي وحكم لصالح المدعي عليه فيها، فإن هذا الحكم يسري في مواجهة المدين لوجوب إدخاله في هذه الدعوي من البداية، وفي مواجهة سائر الدائنين أيضاً، ولا يجوز لأي منهم أو للمدين أن يعاود المطالبة بالحق الذي كان محلاً لها؛ لأن المدعي عليه سيدفع حينئذ في مواجهتهم بحجية الأمر المقضي.^(٣)

(١) د/ إسماعيل غانم: مرجع سابق، ص ١٦٤، ود/ جلال إبراهيم: مرجع سابق، ص ٢٤٠.

(٢) د/ البدرأوي: مرجع سابق، ص ١٣١، ود/ جلال إبراهيم: مرجع سابق، ص ٢٤١.

(٣) د/ إسماعيل غانم: مرجع سابق، ص ١٦٦، ود/ جلال إبراهيم: مرجع سابق، ص ٢٤١.

المبحث الثاني

الدعوى البوليصية "دعوى عدم نفاذ التصرفات"

الدعوى البوليصية أو دعوى عدم نفاذ التصرفات إحدى الوسائل التي منحها المشرع للدائنين للمحافظة على الضمان العام لمدينهم، وتهدف إلى الحيلولة دون إبرام المدين لتصرفات تضر بدائنيه. ونظم المشرع المصري هذه الدعوى بالمواد من ٢٣٧ إلى ٢٤٣ وأولاًها اهتماماً كبيراً.

وفي دراستنا لهذه الدعوى نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول

ماهية الدعوى البوليصية

سميت الدعوى البوليصية بهذا الاسم نسبة إلى البريتور الروماني بولس Paulus الذي قيل أنه أول من أدخلها في القانون الروماني، ونفضل تسميتها بدعوى عدم نفاذ تصرفات المدين؛ لأن هذا هو الهدف الأساسي لها؛ حيث يطلب الدائن عدم نفاذ تصرف المدين في مواجهته؛ لكي يحافظ على الضمان العام لمدينه ليقضي حقه منه، وهذا ما أكده القانون المدني الحالي في بيانه لأحكام هذه الدعوى.^(١)

وتتفق هذه الدعوى مع الدعوى غير المباشرة في الهدف النهائي لكل منهما، وهو المحافظة على الضمان العام للمدين، بيد أنهما يختلفان في:

(١) تعالج الدعوى غير المباشرة الموقف السلبي للمدين، سواء بسكوته أو بتعمده عدم المطالبة بما له من حقوق في ذمة الغير، أما الدعوى البوليصية فتعالج موقفاً إيجابياً صدر من المدين تمثل في إبرامه بعض التصرفات الضارة بدائنيه، وهي تصرفات قام بها بالغش أو التواطؤ مع المتصرف إليه لإخراج الشيء محل التصرف من الضمان العام.

(٢) لا يشترط في الدعوى غير المباشرة أن يكون المدين سيء النية في تقاعسه عن المطالبة بحقوقه التي في ذمة الغير، أما في الدعوى البوليصية

(١) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١٢٩٧، ود/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٣٠٦.

فيشترط لإعمالها أن يكون المدين سيء النية، وهو ما يتضح من خلال غشه أو تواطؤه مع المتصرف إليه للإضرار بهؤلاء الدائنين.

٣) تقوم الدعوي غير المباشرة علي أساس نيابه الدائن عن المدين في المطالبة بحقوقه التي في ذمة الغير لتدخل في الضمان العام للمدين، أما الدعوي البوبصية فيرفعها الدائن بصفة شخصية للطعن في تصرفات مدينة الضارة به وبطلب بها عدم نفاذ هذه التصرفات في مواجهته.^(١)

ولاختلاف الدعويين علي هذا النحو يستطيع الدائن أن يرفع إحداهما بعد الأخرى، كأن يطعن في تصرفات مدينة بالدعوي البوليصرية، فإن لم ينجح فيها رفع الدعوي غير المباشرة لاسترداد الشيء محل التصرف، ولا يستطيع الجمع بينهما لاختلافهما.^(٢)

طبيعة الدعوى البوليصرية:

تعددت الأقوال بشأن تحديد طبيعة الدعوي البوليصرية: فذهب البعض إلى أنها دعوي بطلان؛ لأنها تؤدي إلي سقوط التصرف الذي يبرمه المدين وعدم الاعتداد به.

وهذا القول غير صحيح لأن الدائن ليس طرفاً في التصرف الذي أبرمه مدينة فكيف يطالب شخص بإبطال تصرف ليس طرفاً فيه، ثم إن هذه الدعوي لا يطلب فيها الدائن إبطال التصرف الذي يظل قائماً ومنتجاً لكافة أثره بين طرفية، وإنما يطلب فقط عدم نفاذه في مواجهته.

وذهب البعض إلى أنها دعوي تعويض عن فعل خاطيء ناتج عن التصرف الضار الذي قام به المدين وأضر بالدائن الذي يطلب تعويضاً عن هذا الضرر وقد يكون هذا التعويض عينياً يتمثل في عدم نفاذ التصرف.

بيد أن هذا الرأي منتقد أيضاً؛ لأنه لو صح أن الدعوي البوليصرية دعوي تعويض لجاز للقاضي الحكم بتعويض للدائن يدفعه المدين وهو ما لا يجوز في إطار هذه الدعوي.

(١) د/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٣٠٧، ود/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١٢٩٩.

(٢) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١٢٩٩.

ولانتقاد الرأيين السابقين، يذهب الرأي الغالب إلى أن الدعوي البوليصية هي دعوي خاصة؛ أي ذات طوعية مستقلة يقصد بها عدم نفاذ تصرفات المدين في مواجهة الدائن، ولا يقصد بها بطلان التصرف أو الحكم بتعويض للدائن وإنما يطلب فيها فقط عدم سريان هذا التصرف في مواجهة الدائن.^(١)

المطلب الثاني

شروط الدعوي البوليصية

تتنوع شروط الدعوي البوليصية إلى شروط ترجع إلى الدائن، وأخرى ترجع إلى المدين، وثالثة ترجع إلى التصرف المطعون فيه:

أولاً: الشروط التي ترجع إلى الدائن:

لا يشترط في الدائن الذي يرغب في رفع الدعوي البوليصية سوي أن يكون حقه مستحق الأداء فقط، وهو شرط يختلف عن شرط الدائن في الدعوي غير المباشرة التي كان يقتصر فيها الأمر على كون حق الدائن خالياً من النزاع فقط، ويرجع التشدد بالنسبة للدعوي البوليصية إلى ما فيها من تدخل قوي في شئون المدين والطعن في تصرفاته، فضلاً عن أن الدائن يرفع هذه الدعوي باسمه وليس نيابة عن المدين بما يدل على أن هذا الدائن بدأ في اتخاذ إجراءات التنفيذ اللازمة للحصول على حقه مما يتطلب أن يكون هذا الحق مستحق الأداء فعلاً، أما الدعوي غير المباشرة فيقوم الدائن فيها بإجراءات تحفظية وليست تنفيذية.^(٢)

وكون حق الدائن مستحق الأداء يفترض أن يكون هذا الحق موجوداً وخالياً من النزاع كذلك، أما إذا كان حق الدائن محلاً للنزاع، أو معلقاً على شرط واقف أو مقترناً بأجل، فلا يستطيع صاحبه أن يرفع الدعوي البوليصية؛ لأن هذه الحقوق غير مستحقة الأداء، وذلك بخلاف الحق المعلق على شرط فاسخ أو المقترن بأجل فاسخ، فيجوز استعمال الدعوي البوليصية بشأنهما؛ لأنهما لا يمنعان من كون الحق فيهما مستحق الأداء.^(٣)

(١) د/ السنهوري: مرجع سابق ص ١٣٦٦ وما بعدها، د/ البدرابي: مرجع سابق، ص ١٣٥.

(٢) في هذا المعنى: د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١٣٠٨.

(٣) د/ البدرابي: مرجع سابق، ص ١٥١، ود/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٣١٤.

وعليه، فإن أي دائن حقه مستحق الأداء يجوز له رفع الدعوى البوليصية، سواء كان دائئاً عادياً أم دائئاً مرتتهناً أو دائئاً له حق امتياز أو اختصاص، وسواء كان دائئاً بحق نقدي أم بعمل أم بامتناع عن عمل.

ويستطيع الدائن صاحب الحق المستحق الأداء أن يرفع الدعوى البوليصية ولو كان هذا الحق غير معلوم المقدار، كحق المضرور في التعويض عن العمل غير المشروع، فيستطيع صاحبه أن يرفع الدعوى البوليصية قبل أن يتم تقدير التعويض بشكل نهائي حتي يتجنب تهريب المدين لأمواله، فلا يجد ما لا يحصل علي التعويض المقدر له منه.^(١)

ثانياً: الشروط التي ترجع إلي المدين:

يشترط لرفع الدعوى البوليصية أن يتوافر في المدين شرطين:

الشرط الأول: الإعسار:

نظراً لما تؤدي إليه الدعوى البوليصية من تدخل في شئون المدين ومراقبة تصرفاته، فإنه يجب لقبولها أن يؤدي التصرف الذي قام به المدين إلي إعساره أو زيادة هذا الإعسار، أما إذا كان المدين معسراً منذ البداية، ثم قام بتصرف ما، ولم يؤد هذا التصرف إلي زيادة إعسار المدين فلا يجوز الطعن فيه بالدعوى البوليصية.^(٢)

والإعسار المطلوب هنا هو الإعسار الفعلي المتمثل في زيادة ديون المدين عن أمواله، وليس الإعسار القانوني الذي يتطلب حكماً قضائياً بشهره. ولا يشترط أن يكون التصرف المطعون فيه تبرعاً، حتي يؤدي إلي إعسار المدين فقد يكون معاوضة، ولكنه يؤدي إلي إعساره بالفعل، كأن يبيع شيئاً بثمان بخس أو يبدد ثمنه بما يتعذر علي الدائن التنفيذ عليه.^(٣)

ويشترط لقبول الدعوى البوليصية كذلك أن يستمر إعسار المدين إلي وقت رفع الدعوى، أما إذا كان المدين معسراً قبل رفعها ثم أصبح موسراً حين

(١) د/ البدرأوي: مرجع سابق، ص ١٥٠، ود/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١٣١٢.

(٢) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١٣٣٧.

(٣) د/ البدرأوي: مرجع سابق، ص ١٥٣.

رفعها لتلقيه صفقة رابحة تكفي للوفاء بديونه، أو ميراثًا، لم يكن للدائن حقًا في رفع الدعوي البوليصية؛ لانتفاء مصلحته في ذلك وإمكانه التنفيذ علي أي مال آخر من أموال المدين للحصول علي حقه.^(١)

وقاضي الموضوع هو الذي يقدر مدي تسبب تصرف المدين في إعساره أو زيادة إعساره، ومدي استمرار هذا الإعسار إلي وقت رفع الدعوي بعد أن يثبت الدائن لهذين الأمرين.

الشرط الثاني: الغش والتواطؤ:

لا يكفي للطعن بالدعوي البوليصية في أحد تصرفات المدين أن يؤدي هذا التصرف لإعساره أو زيادة إعساره، وإنما يجب أن ينطوي هذا التصرف علي غش من المدين، حيث يعتبر الغش أمرًا جوهرياً لقيام الدعوي البوليصية، أو علي حد قول البعض العمود الفقري لها، والذي يمكن أن يرد إليه شروط هذه الدعوي جميعاً.^(٢)

اشتراط الغش في عقود المعاوضات وتيسير إثباته:

لا يجب توافر الغش في التصرف المطعون فيه إلا في عقود المعاوضات التي يبرمها المدين إضرارًا بدائنيه فقط، كالبيع مثلاً (المادة ٢٣٨)، ونظرًا لصعوبة إثبات الغش لما يتطلبه من ضرورة إثبات الدائن أن المدين قصد الإضرار به، وضع القانون قرينة للدائن تسهل له إثبات الغش تتمثل في إثبات الدائن أن المدين وقت أن صدر منه التصرف المطعون فيه كان يعلم بإعساره، أو أن هذا التصرف سيؤدي لإعساره أو زيادة إعساره، وهي قرينة يستطيع الدائن استخلاصها من بعض القرائن القضائية الموجودة في الدعوي، كأن يتصرف المدين لأحد أبنائه أو لزوجته بالرغم من عدم وجود أي مال مع أحدهم يدفع منه مقابل هذا التصرف.

يبد أن هذه القرينة غير قاطعة ويستطيع المدين إثبات عكسها بنفي وجود نية الإضرار بالدائن، كأن يثبت أنه قام بهذا التصرف لاعتبارات أدبية، أو قام

(١) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١٣٤٢، د/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٣٢٧.

(٢) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١٣٤٤.

به لترويج مبيعاته ليحقق أرباحًا بعد ذلك، وإذا نجح في ذلك لم يجز للدائن الطعن في تصرفاته بالدعوي البوليصية لانعدام الغش.^(١) كما يجب علي الدائن إثبات أن المتصرف إليه يتوافر لديه الغش، وذلك بإثبات علمه بغش المدين، ويتوافر هذا العلم إذا كان يعلم أن هذا المدين معسر.

ثالثًا: الشروط التي ترجع إلي التصرف المطعون فيه:

لقبول الدعوي البوليصية وعدم نفاذ أحد تصرفات المدين في مواجهة الدائن يجب أن يتوافر في هذه التصرف الشروط الآتية:

الشرط الأول: أن يكون تصرفًا قانونيًا: يجب أن يكون التصرف المطعون فيه بالدعوي البوليصية تصرفًا قانونيًا؛ أي اتجهت به إرادة المدين إلي إحداث أثر قانوني، سواء كان هذا التصرف من التصرفات الملزمة للجانبين كعقد البيع، أم ملزمًا لجانب واحد، كالوعد بجائزة، وسواء كان هذا التصرف القانوني معاوضة أم تبرعًا.^(٢)

وبناء علي ذلك لا يصح الطعن بالدعوي البوليصية في التصرفات المادية ولو كان من شأنها إعسار المدين أو زيادة إعساره، فإذا ارتكب المدين عملاً غير مشروع سبب به ضررًا للغير مما أدي إلي إلزامه بتعويض هذا الضرر، فلا يستطيع الدائن الطعن في ذلك بالدعوي البوليصية، لأن الأعمال المادية لا تتم بإرادة المدين، مما يستبعد ارتكاب المدين لها بقصد الإضرار بالدائنين.^(٣) ولا يجوز الطعن بالدعوي البوليصية علي ما يلتزم به المدين نتيجة لدعوي الإثراء بلا سبب علي حساب الغير؛ لأنه لا يلتزم إلا برد أقل القيمتين ما أثري به، أو ما افتقر به الدائن، فلا يؤدي الإثراء بلا سبب إلي إعسار المدين أو زيادة إعساره، فضلًا عن كونه عمل مادي.^(٤)

(١) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١٣٤٦، ود/ البدرابي: مرجع سابق، ص ١٥٦.

(٢) د/ البدرابي: مرجع سابق ص ١٣٩ فقرة ١٢١، د/ محسن البيه: مرجع سابق ٢٥٢.

(٣) د/ البدرابي: مرجع سابق، ص ١٣٩، ود/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١٣١٣.

(٤) المرجع السابق: ص ١٣١٤.

الشرط الثاني: ألا يكون التصرف المطعون فيه متعلقاً بحق متصل بشخص المدين أو بمال غير قابل للحجز أو غير داخل في الضمان العام: ويشترط كذلك لقبول الطعن في تصرفات المدين بالدعوي البوليسية ألا تتعلق هذه التصرفات بحقوق تتصل بشخص المدين، كحقوق الأحوال الشخصية، كالزواج والطلاق والنسب والبنوة، أو الحقوق التي تقوم علي اعتبارات أدبية، كالحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي.

ويشترط ألا تتعلق هذه الحقوق بأموال لا يجوز الحجز عليها، كأموال النفقة والمرتبات والمعاشات لعدم جدوي دخولها في الضمان العام للمدين بالنسبة للدائن حينئذ.^(١)

الشرط الثالث: أن يكون التصرف المطعون فيه بالدعوي البوليسية تصرفاً مفقراً: ويشترط لقبول الدعوي البوليسية كذلك أن يكون التصرف المطعون فيه تصرفاً مفقراً، أي كما عبرت المادة ٢٣٧ من القانون المدني ينقص من حقوق المدين أو يزيد في التزاماته؛ حيث كما يضر المدين بدائنيه عن طريق نقص الحقوق يمكنه كذلك الأضرار بهم عن طريق زيادة التزاماته. ومثال التصرفات التي تنقص من حقوق المدين: هبته عيناً مملوكة له لشخص آخر، أو إبرائه مديناً من حق في ذمته، أو رفضه لوصية تقررت لصالحة؛ حيث ينقص في هذه الحالة لحق كان سيدخل في ذمته المالية؛ لأن الموصي له بملك الشيء الموصي به بموجب الوصية، فإذا رفضها بعد ذلك كان رفضه بمثابة نزوله عن شيء مملوك له، وكذلك من التصرفات المفقرة للمدين بيعه لشيء بثمن بخس.^(٢)

الشرط الرابع: أن يكون التصرف المطعون فيه تالياً في الوجود لحق الدائن: ويشترط أخيراً لقبول الدعوي البوليسية أن يكون التصرف المطعون فيه بالدعوي البوليسية لاحقاً في نشأته علي حق الدائن؛ أي أن يكون حق الدائن سابقاً في الوجود علي هذا التصرف، لأن حق الدائن الذي يطعن فيه

(١) د/ البدرابي: مرجع سابق، ص ١٤١، ود/ محسن البيه: مرجع سابق، ص ٢٥٨.

(٢) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١٣١٨ وما بعدها، ود/ البدرابي: مرجع سابق، ص ١٤١١٤٢.

بالدعوى البوليصية إذا لم يكن سابقاً علي تصرف المدين لم يكن هناك وجه لتظلم الدائن منه؛ حيث لم يكن الحق محل التصرف جزءاً من الضمان العام للمدين الذي يسعى الدائن للمحافظة عليه.

وهذا الشرط يقتضيه اشتراط الغش في جانب المدين للإضرار بالدائنين؛ حيث ليس ثمة غش بهذا المعني في تصرفات سابقة علي حقوق هؤلاء الدائنين ولا يتصور وجود قصد إضرار بهم قبل أن تنشأ حقوقهم.^(١)

والعبرة بأسبقية نشوء حق الدائن وليس بتاريخ استحقاقه؛ فيجوز للدائن رفع الدعوى البوليصية لطعن في تصرف صدر من مدينه بعد نشوء حقه، ولو لم يصبح مستحق الأداء إلا بعد صدور هذا التصرف.^(٢)

المطلب الثالث

آثار الدعوى البوليصية

تنتج الدعوى البوليصية آثاراً بالنسبة للدائنين، وآثاراً أخرى لكل من المدين والمتصرف إليه، وذلك علي النحو التالي.

أولاً: آثار الدعوى البوليصية بالنسبة للدائن:

يمضي الدائن في الدعوى البوليصية قدماً حتي يحصل علي حكم بعدم نفاذ تصرف المدين في مواجهته، يحصل علي حقه من خلال التنفيذ علي الحق محل هذا التصرف بعد دخوله في الضمان العام للمدين، أما إذا حصل علي حقه فإنه يتوقف عن المضي في هذه الدعوى.

كما يستفيد من الحكم الصادر في هذه الدعوى سائر دائني المدين ولا يقتصر أثرها علي الدائن رافع الدعوى، وفي ضوء ذلك تتحدد آثار الدعوى البوليصية بالنسبة للدائن في بيان النقاط الآتية:

أ) توقف الدائن عن المضي في الدعوى بحصوله علي حقه: إذا كان الدائن رافع الدعوى البوليصية يتحمل مشقة إجراءاته من أجل إدخال أحد أموال المدين في ذمته وإمكانه التنفيذ علي هذا المال ليحصل منه علي حقه، فإنه

(١) د/ البدراوي: مرجع سابق، ص ١٤٠.

(٢) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١٣٣١، ود/ البدراوي: مرجع سابق، ص ١٤٦.

من باب أولي إذا تيسر له الحصول علي هذا الحق بدون هذه الدعوى يتعين عليه التوقف عن المضي فيها، ولذا إن استوفي هذا الدائن حقه فلا يمكنه الاستمرار في الدعوى البوليصية لانعدام مصلحته.

وقد يتم الوفاء للدائن من المدين نفسه ليوقف الدعوى البوليصية أو التنفيذ علي أمواله، وليتوقى رجوع المتصرف عليه بعد ذلك إن لم يتمكن من الحصول علي الشيء محل التصرف الذي تم بينهما.

ولكن نظرا لإعسار المدين الذي دفع الدائن لرفع الدعوى البوليصية، فإن هذا الوفاء قد يقوم به المتصرف إليه ليوقف الدعوى البوليصية والتنفيذ علي الحق الذي تلقاه بمقتضي التصرف المطعون فيه ثم يرجع علي المدين بما وفاه عنه كأى شخص آخر وفي بدين غيره.^(١)

ب) عدم نفاذ التصرف في مواجهة الدائن رافع الدعوى البوليصية
وسائر دائني المدين الذين صدر التصرف إضرار بهم: إذا لم يحصل الدائن رافع الدعوى البوليصية علي حقه، كان له الحق في الاستمرار في دعواه حتى يحصل علي مأربه منها بصدر حكم بعدم نفاذ التصرف المطعون فيه في مواجهته، واستمرار بقائه في الضمان العام للمدين، ليقوم بالتنفيذ عليه بعد ذلك استيفاء لحقه وحق غيره من دائني المدين.

ومن ثم فإن التصرف الذي قام به المدين إضرارًا بدائنيه يعتبر بعد صدور حكم في الدعوى البوليصية لصالح الدائن، كأن لم يكن في حق هذا الدائن ومن يماثله من الدائنين، فلا يخرج المال محل هذا التصرف من الضمان العام للمدين وبظل لدائنيه الحق في التنفيذ عليه، ولا يشاركهم في ذلك دائني المتصرف إليه الذي يفقد ملكية هذا المال بصدر الحكم في الدعوى البوليصية، وإذا كان التصرف المطعون فيه من شأنه زيادة التزامات المدين فلا تنفذ في مواجهة الدائنين، فإن كان قرضًا مثلاً فلا يجوز للمقرض مشاركة الدائنين في التنفيذ علي أموال المدين.^(٢)

(١) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١٣٧٢ وما بعدها، د/ إسماعيل غانم: مرجع سابق، ص ١٨٥.

(٢) راجع: د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١٣٧٤، ود/ جلال إبراهيم: مرجع سابق، ص ٢٨٣.

وفقا لنص المادة ٢٤٠ من القانون المدني لا يقتصر أثر الحكم في الدعوى البوليصية علي الدائن رافع هذه الدعوي وحده، وإنما يستفيد منه جميع الدائنين الذين صدر التصرف المطعون فيه إضراراً بهم، وذلك لتحقيق المساواة بين الدائنين في الاستفادة بالضمان العام الذي تهدف الدعوى البوليصية إلي المحافظة عليه.^(١)

ج) حق الدائن في التعويض: قد يلحق الدائن الذي رفع الدعوى البوليصية بعض الأضرار، إما بعدم تمكنه من استرداد المال محل التصرف المطعون فيه، أو لكون المتصرف إليه قد تلقاه بعوض وكان حسن النية، أو كان هذا المال قد انتقل إلي خلف ثان بعوض وكان حسن النية أيضاً؛ حيث لا يستطيع الدائن في هذه الحالة استرداد هذا المال بالرغم من أن المدين قد يكون سيء النية، أو لحق الدائن أضراراً أخرى من جراء التأخير في التنفيذ بسبب التصرف الذي أبرمه المدين وتم الطعن فيه بالدعوى البوليصية، ففي مثل هذه الحالات يستطيع الدائن المطالبة بتعويض ما لحقه من أضرار وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية.

ثانياً: آثار الدعوى البوليصية بالنسبة للمدين والمتصرف إليه:

سبق القول بأن الدعوي البوليصية هي دعوى عدم نفاذ التصرفات الصادرة من المدين في مواجهة الدائنين وليست دعوي إبطال لهذه التصرفات، مما يعني أن التصرف الذي أبرمه المدين مع المتصرف إليه وتم الطعن فيه بالدعوي البوليصية يظل صحيحاً وقائماً ومنتجاً لجميع آثاره فيما بين الطرفين وهو ما يترتب عليه النتائج الآتية:

١- إذا بقي شيء من ثمن بيع المال محل التصرف المطعون فيه بالدعوى البوليصية، فإن هذا الباقي يكون من حق المتصرف إليه وليس من حق المدين، وهو ما يوجب علي المتصرف إليه الاستمرار في تنفيذ التزاماته التي تعهد بها مع المدين، كالالتزام بدفع الثمن مثلاً.

(١) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١٣٨٠، ود/ البدرأوي: مرجع سابق، ص ١٦٥.

٢- للمتصرف إليه الحق في الرجوع علي المدين بالدعوى الناشئة عن العقد المبرم بينهما، كطلب الفسخ أو التعويض، كما له الحق في الرجوع عليه بدعوى الضمان الناشئة عن عقد البيع، كدعوى ضمان الاستحقاق، وإذا كان المتصرف إليه بائعاً ولم يستطع الحصول علي الثمن كان له الحق في طلب فسخ البيع واسترداد المبيع من المدين.

٣- إذا استوفي الدائن حقه من المال الذي كان في يد المتصرف إليه، فإن للأخير الحق في الرجوع علي المدين بدعوى الإثراء بلا سبب.^(١)

تقادم الدعوي البوليصية:

الدعوى البوليصية تتقادم بميعادين تتقضي بأقصرهما:

الميعاد الأول: مضى ثلاث سنوات من تاريخ علم الدائن بالتصرف وبسبب عدم النفاذ؛ أي بعلمه بتوافر شروط الطعن في هذا التصرف ويشمل هذا العلم إعسار المدين، وإذا كان التصرف معاوضة يجب أن يشمل علم الدائن أيضاً غش المدين وغش خلف الأول والثاني إن كان الخلف الأول تصرف لخلف ثان.

وإذا علم الدائن بصدور التصرف ولكنه لم يعلم بسبب عدم نفاذه إلا في وقت لاحق فلا يسري التقادم في حقه إلا من تاريخ العلم اللاحق بسبب عدم النفاذ.

الميعاد الثاني: مضى خمس عشرة سنة من تاريخ إبرام التصرف سواء علم الدائن به وبسبب عدم نفاذه أم لا، وذلك حتي لا يظل التصرف معرضاً لعدم النفاذ مدة قد تطول كثيراً بسبب عدم علم الدائن بالتصرف أو بسبب عدم نفاذه فلا يسري التقادم الثلاثي.^(٢)

(١) د/ البدرأوي: مرجع سابق، ص ١٦٦، ود/ إسماعيل غانم: مرجع سابق، ص ١٨٨.

(٢) راجع في ذلك: د/ سعيد جبر: مرجع سابق، ص ١٦٢، ١٦٣.

المبحث الثالث

دعوى الصورية

تهدف الدعوى الصورية إلى حماية الضمان العام للمدين من التصرفات التي يلبسها هذا المدين مظهرًا قانونيًا، بيد أنها تخفي في طياتها حقيقة مخالفة لهذا المظهر، يرمي المدين من ورائها إلى إبعاد أحد أمواله من متناول دائنيه، بالرغم من أن الواقع والحقيقة غير ذلك ولا يزال هذا المال في ذمته ومملوكًا له، كبيع المدين أحد عقاراته أو ممتلكاته لأحد أبنائه أو لزوجته، ويبرمان عقدًا يتضمن هذا البيع، ويتفقان في ورقة أخرى تسمى ورقة الضد على أن هذا البيع لا وجود له وأن المعقود عليه لا يزال في ذمه البائع.

وقد تضمن القانون المدني المصري الصورية وأحكامها بالمادتين ٢٤٤، ٢٤٥، وفي ضوءهما نتناول أحكام الصورية في مطلبين:

المطلب الأول

ماهية الصورية وأنواعها وشروطها

أولاً: مفهوم الصورية:

الصورية هي: التظاهر بأمر يخالف الواقع من جميع نواحيه أو من بعضها على الأقل.^(١)

وبناء على ذلك فإن الصورية تتمثل في اتفاق بين طرفين يستتران به عقدًا حقيقياً باتخاذ مظهر قانوني معين يتمثل في عقد ظاهرٍ وصوري.

ثانياً: أنواع الصورية: الصورية قد تكون مطلقة وقد تكون نسبية:

١- **الصورية المطلقة:** وهي التي تنصب على وجود العقد ذاته، فلا يكون للتصرف الظاهر وجود حقيقي، ولا يعدو أن يكون مجرد مظهر كاذب لتصرف معدوم في الحقيقة، لا يريد الطرفان أن تترتب عليه أي آثار قانونية، كقيام شخص ببيع أحد ممتلكاته لشخص يتفق معه على أن هذا البيع صوري، وذلك للتخلص من ملكية هذا الشيء مؤقتاً حتى لا ينفذ عليه دائنو البائع،

(١) د/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٣٥٦.

ويكتبان في ذات الوقت ورقة الضد التي يذكران فيها أن البيع لا حقيقة له.^(١)

٢- **الصورية النسبية:** وهي التي تتناول نوع العقد وتسمي الصورية بطريق التستر، أو ركنًا أو شرطًا فيه وتسمي الصورية بطريق المضادة، أو أحد أشخاصه وتسمي الصورية بطريق التسخير:

أ- **الصورية بطريق التستر:** وهي التي تنصب علي نوع العقد؛ حيث يظهر الطرفان عقدًا ويريدان في الحقيقة عقدًا آخر، كإظهارهم عقد الهبة في صورة عقد بيع، فيكون العقد الصوري هو عقد البيع والعقد المستتر هو عقد الهبة، وذلك للتهرب من شرط الرسمية في الهبة.

ب- **الصورية بطريق المضادة:** وهي التي تنصب علي ركن في العقد أو شرط فيه، وذلك كعقد البيع الذي يذكر فيه الطرفان ثمنًا أقل من الثمن الحقيقي لتخفيف الرسوم الواجبة لتسجيله، أو يذكران ثمنًا أكبر من الثمن الحقيقي لتوقي الأخذ بالشفعة.

ج- **الصورية بطريق التسخير:** وهي الصورية التي تتناول أحد طرفي العقد؛ حيث يكون أحد الطرفين ليس هو الطرف الحقيقي في هذا العقد، كعقد البيع الذي يكون المشتري فيه ليس هو المشتري الحقيقي؛ لأن المشتري الحقيقي ممنوع من شراء هذا الشيء مثلاً، لكونه قاضيًا في دعوي هذا الشيء محل النزاع فيها، أو أحد أعضاء النيابة، إذا كان النزاع حول هذا الشيء يدخل في دائرة اختصاص المحكمة التي يعملون فيها.^(٢)

ثالثًا: شروط الصورية: يلزم لوجود الصورية توافر الشروط الآتية:

١- أن يوجد عقدان أو موقفان يتحد فيهما الطرفان والموضوع تتجه فيهما إرادة الطرفين إلي اتخاذ موقف قانوني حقيقي.

٢- أن يختلف العقدان إما كلية وتكون الصورية مطلقة، أو في أحد أركان أو شروط العقد أو في أحد أطرافه وتكون الصورية نسبية.

٣- أن يتم العقدان أو الموقفان في وقت واحد وإن تأخر تدوين أحدهما

(١) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١٣٩٣، ود/ جمال زكي: مرجع سابق، ص ٨٠٩.

(٢) د/ السنهوري، مرجع سابق، ص ١٣١٤ وما بعدها، ود/ جمال زكي: مرجع سابق، ص ٨١٠.

عن الآخر.

٤- أن يكون أحد العقدين أو الموقفين علنيًا وهو السوري والآخر سرّيًا، وهو الحقيقي أو المستتر.^(١)

متي توافرت هذه الشروط تحقق وجود الصورية وتقبل دعوى الدائن، ولا يشترط لقبول هذه الدعوى سوي كون حق الدائن محقق الوجود أو ليس محلاً للنزاع.

المطلب الثاني

أحكام الصورية

الصورية كاتفاق بين شخصين تنقرر له بعض الأحكام سواء فيما بين طرفية أو بالنسبة للغير، كما تعتبر كيفية إثبات الصورية من أهم أحكامها؛ ولذا نتناول في هذا المطلب هذه النقاط الثلاثة:

أولاً: أحكام الصورية فيما بين الطرفين:

تنص المادة ٢٤٥ علي أنه: "إذا ستر المتعاقدان عقدًا حقيقيًا بعقد ظاهر، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي". يتضح من هذا النص أن علاقة الطرفين فيما بينهما يحكمها العقد الحقيقي ولا وجود بينهما للعقد الظاهر؛ لأن العقد الحقيقي هو الذي أراده الطرفان ومن ثم يكون هو وحده الذي له وجود قانوني فيما بينهما وفقًا لمبدأ سلطان الإرادة، أما العقد الظاهر فلم يقصدا من ورائه إلا مظهرًا لعقد لا يريدان ترتيب آثاره القانونية.^(٢) كما أن العقد الحقيقي هو الذي يعتد به بالنسبة للخلف العام لكل من الطرفين، فلو باع شخص أحد ممتلكاته لآخر بيعًا صوريًا، فإن الشيء المبيع لا تنتقل ملكيته إلى المشتري أو ورثته، وتظل ملكًا للبائع وورثته.

ثانيًا: أحكام الصورية بالنسبة للغير:

تنص المادة ٢٤٤ مدني علي أنه: "١- إذا إبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص، متي كانوا حسني النية، أن يتمسكوا بالعقد

(١) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١٣٩٦، ود/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٣٥٧.

(٢) د/ جمال زكي: مرجع سابق، ص ٨١٢، ود/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١٤٠٥.

الصوري، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر بهم. ٢- وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر، وتمسك الآخرون بالعقد المستتر، كانت الأفضلية للأولين".

في ضوء هذا النص نتناول مفهوم الغير بالنسبة لأحكام الصورية، ثم مدي تمسك الغير بالعقد الصوري، والعقد المستتر، وحكم تعارض مصالح الغير في هذه الحالة:

١- تحديد الغير في أحكام الصورية:

الغير في الصورية: كل من لم يكن طرفاً في العقد أو خلفاً عاماً لأحد طرفيه، فيعتبر من الغير دائنو المتعاقدين وخلفهما الخاص - وهذا هو المفهوم الوارد بالنص السابق -، ويضيف إليهم بعض الفقه فريق ثالث هم الأشخاص الذين تتأثر حقوقهم بالتصرف الصوري:

أ) الخلف الخاص: يعتبر من الغير في نطاق الصورية الخلف الخاص وهو كل من انتقل إليه من أحد طرفي العقد الصوري حق خاص علي مال معين بالذات، كمن يشتري المال محل العقد الصوري من أحد الطرفين، أو من يترتب له علي هذا المال حقاً عينياً آخر، كالرهن أو الانتفاع، سواء تم ترتيب هذا الحق قبل إبرام التصرف الصوري أم بعده.^(١)

ب) الدائن العادي لطرفي العقد: ويعتبر من الغير في نطاق الصورية أيضاً الدائن العادي لكل من طرفي العقد سواء كان حقه مستحق الأداء أم لا، وسواء كان حقه سابقاً علي التصرف الصوري المطعون فيه أم لا، ولكن يشترط أن يكون حق هذا الدائن خالياً من النزاع، ومن ثم يستطيع - مثلاً - دائن المشتري وكذلك دائن البائع التمسك بالصورية.^(٢)

ج- الأشخاص الذين تتأثر حقوقهم بالتصرف الصوري: يعتبر من الغير في الصورية أيضاً بالرغم من عدم إشارة النص القانوني السابق إليه، كل من له حق يتأثر بالتصرف الصوري، ولو لم يكن خلفاً خاصاً أو دائناً شخصياً

(١) د/ البدرأوي: مرجع سابق، ص ١٧٩.

(٢) د/ البدرأوي: مرجع سابق، ص ١٨٠، ود/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١٤١٩.

لأحد طرفي هذا التصرف، وذلك كالشفيع بالنسبة للعقد الذي يشفع فيه؛ حيث يستطيع إثبات صورية الثمن المذكور في هذا العقد للوصول إلي الثمن الحقيقي الذي يريد الأخذ به، ويستطيع كذلك إثبات أن العقد الموصوف بأنه هبة هو في حقيقته بيع، وإنما تم وصفه بأنه هبة حتي لا يمكن له الأخذ بالشفعة.

٢- للغير التمسك بالعقد الحقيقي المستتر:

للغير التمسك بالعقد الحقيقي المستتر، باعتباره العقد الذي له وجود قانوني، فيسري علي الغير كما يسري علي الطرفين، ويسري هذا العقد علي الغير حتي ولو كان يجهل وجود هذا العقد ويعتقد في جدية العقد الظاهر؛ فلذا نني البائع - مثلاً - أن يتمسكوا بالعقد المستتر ليتمكنوا من التنفيذ علي الشيء محل البيع الصوري، باعتبار أن هذا البيع لم يخرج هذا الشيء من ملكية البائع، كما لهم أن يتمسكوا بأن هذا البيع هو في حقيقته هبة للطعن في هذا البيع بالدعوي البوليصية.^(١)

٣- للغير التمسك بالعقد الصوري إذا كان حسن النية:

إذا كان للغير الحق في التمسك بالعقد الحقيقي قانوناً، فإن له أيضاً الحق في التمسك بالعقد الظاهر أو الصوري متي كان له مصلحة في ذلك بشرط أن يكون حسن النية، أي لا يعلم بالتصرف المستتر "العقد الحقيقي" وتعامل مع أحد الطرفين بحسن نية بناء علي العقد الظاهر؛ وذلك حماية لهذا الشخص حسن النية وضماناً لاستقرار التعامل.^(٢)

والأصل أن الغير حسن النية ولا يعلم بالعقد المستتر، وعلي من يدعي خلاف ذلك عبء إثباته، ولكن إذا تم شهر العقد المستتر، كالتسجيل بالنسبة للبيع مثلاً، لا يجوز للغير التمسك بالعقد الظاهر.

٤- تعارض مصالح الغير:

إذا كان من حق الغير التمسك بالعقد الحقيقي، ومن حقهم كذلك التمسك بالعقد الظاهر إذا كانوا حسني النية، فإنه قد يحدث تعارض بين مصالحهم في

(١) د/ البدرأوي: مرجع سابق، ص ١٨١، ود/ جمال زكي: مرجع سابق، ص ٨١٣.

(٢) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١٤٢٧، ود/ جمال زكي: مرجع سابق، ص ٨١٤.

هذا الشأن؛ حيث قد يتمسك دائنو البائع بالعقد الحقيقي ليظل الشيء في ملكية مدينهم ويمكنهم التنفيذ عليه، ويتمسك دائنو المشتري بالعقد الظاهر لينتقل الشيء إلى ملكية مدينهم ليتمكنوا من التنفيذ عليه أيضاً.

وحسباً لهذا الخلاف والتعارض جعل المقنن المصري العبرة في هذه الحالة هو بالعقد الصوري؛ أي العقد الظاهر ومنح المتمسك به أفضلية علي من يتمسك بالعقد الحقيقي (المادة ٢٤٤/٢).

وإذا كان هذا النص فيه بعض المحاباة إلى حد ما لدائني المشتري عن دائني البائع، إلا أن دائني البائع في هذه الحالة يمكنهم الطعن في التصرف الصوري ليس باعتباره صورياً، ولكن باعتباره جدياً وذلك بالدعوى البوليصة وليس بالدعوى الصورية.^(١)

ثالثاً: إثبات الصورية:

تختلف طرق إثبات الصورية بحسب ما إذا كان هذا الإثبات مطلوب من أحد الطرفين أو خلفهما العام، أو مطلوب من شخص من الغير:

١ - **إثبات الصورية من أحد المتعاقدين أو الخلف العام:** سلفت الإشارة إلى أن الذي يسري علي علاقة الطرفين فيما بينهما، وكذلك بالنسبة للخلف العام هو العقد الحقيقي المستتر، ومن ثم فالإثبات في هذه الحالة ينصب علي وجود هذا العقد، فإذا إراد أحد الطرفين إثبات وجود عقد صوري غير العقد الحقيقي وجب عليه إثبات ذلك، والقاعدة في هذا الشأن هي أنه لا يجوز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة، حتي ولو كانت قيمة التصرف المراد إثباته تقل علي نصاب الإثبات بالكتابة ألف جنيه (١٠٠٠ جنيه).

ويجوز إثبات صورية العقد بغير الكتابة إذا كان القصد من الصورية التحايل علي القانون والتهرب من تطبيق أحكامه، ومثال ذلك إذا كان سبب الدين الذي في ذمة أحد الطرفين للآخر هو القمار، وذكر أن سبب هذا الدين هو القرض، ففي هذه الحالة يجوز للمدين أن يثبت السبب الحقيقي للدين بكافة طرق الإثبات وهو ما يجوز أيضاً للخلف العام، فإذا أريد بالصورية التحايل

(١) راجع في هذا المعني: د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١٤٣٣، هامش (٢).

علي أحكام القانون جاز للخلف العام إثباتها بكافة طرق الإثبات، ومن قبيل ذلك تحايل بعض الأفراد علي قواعد الميراث والوصية للإضرار بالوارث، فيجوز للوارث في هذه الحالة إثبات حقيقة ما أراد الطرفان بكافة طرق الإثبات.^(١)

٢-إثبات الصورية من الغير: إذا أراد الغير إثبات صورية العقد الظاهر في مواجهة الطرفين جاز له ذلك بكافة طرق الإثبات؛ حيث تعتبر الصورية بالنسبة له واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة الطرق،^(٢) حتي ولو كانت قيمة التصرف الوارد في العقد الظاهر تزيد عن نصاب الإثبات بالشهادة.

المبحث الرابع

الحق في الحبس Droit de retention

الحق في الحبس أحد الوسائل المقررة قانونًا لضمان حصول الدائن علي حقه من أموال مدينه. وتضمن القانون المدني أحكام هذا الحق بالمواد من ٢٤٦ : ٢٤٨، وفي ضوء هذه المواد نقسم هذا المبحث لمطالب ثلاثة:

المطلب الأول

ما هيه الحق في الحبس وشروطه

أولاً: تعريف الحق في الحبس:

الحق في الحبس كما يعرفه بعض الفقه القانوني: نظام قانوني يجيز للدائن الذي يكون في ذات الوقت مدينًا بتسليم شيء لمدينه، أن يمتنع عن تسليم هذا الشيء حتي يستوفي كامل حقوقه المرتبطة بهذا الشيء.^(٣) فالحق في الحبس نظام قانوني لما يضيفه علي امتناع الشخص عن تسليم الشيء الذي يجب عليه تسليمه، من صفة المشروعية متي توافرت شروط معينة، وابتعد هذا الشخص عن التعسف في استعمال الحق.

ثانيًا: طبيعة الحق في الحبس:

اعتبر القانون المدني الحالي الحق في الحبس دفعًا بعدم التنفيذ وليس

(١) د/ البدرأوي: مرجع سابق، ص ١٨٧، ود/ جمال زكي: مرجع سابق، ص ٨١٥.

(٢) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١٤٤٤.

(٣) د/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٤٢٦، ود/ جلال إبراهيم: مرجع سابق، ص ٢٩٢.

حقاً عينياً أو شخصياً، وهجر ما كان عليه الوضع في التقنين المدني السابق من اعتباره حقاً عينياً، كما جعل هذا الحق نظرية عامة تمتد إلي جميع نواحي القانون وليس مجرد حالات محددة علي سبيل الحصر.^(١)

ويرتب الفقه المصري علي اعتبار الحق في الحبس دفعاً بعدم التنفيذ وليس حقاً عينياً أو شخصياً النتائج الآتية:

١- الحق في الحبس غير وارد علي سبيل الحصر، وإنما يمتد إلي أحوال لا تنتهي؛ لأنه ليس حقاً عينياً أو شخصياً وإنما دفع بعدم التنفيذ.

٢- لا يخضع الحق في الحبس لإجراءات الشهر إذا كان وارداً علي عقار؛ لأنه ليس حقاً عينياً وإنما دفع، والدفع لا تخضع لإجراءات الشهر.

٣- لا يترتب علي الحق في الحبس ميزتي التتبع والتقدم الملازمين للحقوق العينية، لأنه يؤدي إلي أفضلية واقعية تتمثل في رفض الحابس تسليم الشيء الذي في يده حتي يحصل علي حقه.^(٢)

ثالثاً: شروط الحق في الحبس:

تنص المادة ٢٤٦ مدني على أنه: "١- لكل من التزم بأداء شيء أن يتمتع عن الوفاء به، ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومربط به، أو ما دام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا. ٢- ويكون هذا بوجه خاص لحائز الشيء أو محرزه، إذا هو انفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة، فإن له أن يتمتع عن رد هذا الشيء حتي يستوفي ما هو مستحق له، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع".

ويتضح من هذا النص أنه يشترط لقيام الحق في الحبس شرطان:

الشرط الأول: وجود دينان متقابلان:

تقوم فكرة الحق في الحبس - كما سلف القول - علي وجود شخصين يكون كل منهما دائناً ومديناً في ذات الوقت، فيكون أحدهما دائناً للآخر ومدين

(١) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١٤٦٦، ومجموعة الأعمال التحضيرية، ج ٢، ص ٦٤٨.

(٢) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١٤٦٧، ود/ البدرابي: مرجع سابق، ص ٢٠٠.

له أيضًا، فيوقف الأول تنفيذ التزامه حتي يحصل علي حقه، وهو ما يتطلب وجود دينان متقابلان هما:

١- وجود التزام علي الحابس بأداء شيء: يجب لقيام الحق في الحبس أن يكون هناك التزام في ذمة المدين الحابس يجب عليه أن يؤديه لصالح الطرف الآخر، ولا يشترط أن يكون محل هذا الالتزام شيئًا؛ لأن معظم الفقه يري أنه يكفي لنشوء الحق في الحبس أن يكون المدين ملتزمًا بأداء أيًا كان محل هذا الأداء، سواء كان عينًا معينة بالذات، كعقار معين تم بيعه، أو غير معينة بأن كانت من المثليات، أو عملاً كالمقاول الذي يتمتع عن تسليم العمل الذي قام به حتي يحصل علي حقوقه، أو بامتناع عن عمل، كمنع صاحب الأرض الذي تعهد ألا يمنع جاره من المرور في أرضه حتي يحصل على المبلغ المتفق عليه.^(١)

ولا يشترط أن يكون هناك تناسب بين مقدار الالتزام المحبوس وحق الحابس في مواجهة المحبوس ضده، فقد يكون أحدهما أكبر أو أقل من الآخر بقليل، بشرط ألا يكون هناك تعسف في استعمال الحق في الحبس.^(٢) ولكن يشترط لقيام الشخص باستعمال حقه في الحبس ألا يكون ملتزمًا بمقتضي العرف أو الاتفاق، بأن ينفذ التزامه أولًا حتي يحصل علي حقه، فإذا كان هناك اتفاق بين المؤجر والمستأجر علي دفع المستأجر للأجرة مسبقًا، فلا يجوز للمستأجر حبس الأجرة حتي يتسلم العين المؤجرة، كما أن العرف يجري علي تقديم صاحب الفندق خدماته لنزلائه قبل استيفائه للأجرة.^(٣)

٢- وجود حق للحابس مستحق الأداء: يشترط لاستعمال الحق في الحبس كذلك أن يكون للحابس حق في ذمة المحبوس ضده، ويهدف الحابس من وراء الحبس إجبار المحبوس ضده علي الوفاء بهذا الحق.

(١) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١٤٧٥-١٤٧٦، ود/ جمال زكي: مرجع سابق، ص ٨١٩.

(٢) د/ إسماعيل غانم: مرجع سابق، ص ٢٣٤، ود/ أحمد سلامة، مرجع سابق، ص ٩٣.

(٣) د/ جلال إبراهيم: مرجع سابق، ص ٢٩٩.

ويشترط في هذا الحق أن يكون مدنيًا وليس حقًا طبيعيًا؛ لأنه لا إيجابار علي تنفيذ الالتزام الطبيعي، كما يشترط أن يكون هذا الحق محقق الوجود وليس محلًا للنزاع؛ لأن الحق الذي يكون محلًا للنزاع لا يصح استعمال الحق في الحبس لاستيفائه.^(١)

كما يجب أن يكون هذا الحق مستحق الأداء؛ أي يجب الوفاء به حالًا، أما إذا كان معلقًا علي شرط أو مضافًا إلي أجل، فلا يصح استعمال الحق في الحبس لاقتضائه،^(٢) ولكن إذا كان الوفاء بهذا الحق مؤجلًا أجلًا قضائيًا نظرة الميسرة، أو أجلًا تبرع به الدائن فيصح استعمال الحق في الحبس لاقتضائه.^(٣)

الشرط الثاني: الارتباط بين الدينين:

ويشترط لقيام الحق في الحبس أيضًا أن يكون هناك ارتباط بين الدينين "الدين الذي في ذمة الحابس والدين الذي في ذمة المحبوس ضده".^(٤) والارتباط بين هذين الدينين نوعان:

١ - الارتباط القانوني أو المعنوي:

وهو الارتباط الذي ينشأ من علاقة قانونية تبادلية ما بين الدينين سواء كانت هذه العلاقة تعاقدية أم غير تعاقدية؛ حيث يوجد ارتباط قانوني من علاقة قانونية تبادلية بين التزام الحابس وحقه؛ أي أن يكونا ناشئين من عقد واحد أو علاقة قانونية واحدة.^(٥)

ومن أمثلة ذلك: حبس المشتري للثمن حتي ينفذ البائع التزامه بتسليم المبيع ، وحبس البائع الشيء المبيع حتي ينفذ المشتري التزامه بدفع الثمن، وكذلك حبس المؤجر للعين المؤجرة حتي يحصل علي الأجرة، وحق المستأجر في حبس الأجرة حتي يتسلم العين المؤجرة.

(١) د/البدرأوي: مرجع سابق، ص ١٨٨، ود/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١٤٨٠.

(٢) نقض مدني في ٢٨ مايو سنة ١٩٨٠ مجموعة أحكام النقض، رقم ١٥٦٦، ص ٢٩٣.

(٣) د/ السنهوري، مرجع سابق: ص ١٤٨١، ود/ إسماعيل غانم: مرجع سابق، ص ٢٣٤.

(٤) نقض مدني في ٢٧ يونيو سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض س ١٤، ص ٩٤٦.

(٥) د/ البدرأوي: مرجع سابق، ص ١٩٠.

وكما ينشأ الارتباط القانوني بين الالتزامين في نشأة العقد أو تنفيذه، فإنه قد ينشأ أيضاً عن فسخ العقد أو إبطاله؛ حيث يجوز لكل من الطرفين حبس ما يجب عليه رده للطرف الآخر بمقتضي فسخ العقد حتي يحصل علي حقه منه.^(١)

٢- الارتباط المادي أو الموضوعي:

وهو الارتباط الذي ينشأ عن واقعة مادية تتمثل في مجرد حيازة أو إحراز شيء مملوك للغير دون وجود علاقة قانونية بين الحائز وبين الغير .
فيكون لمن يحوز شيئاً مملوكاً للغير أو يحرزه أن يحبسه حتي يستوفي ما ينشأ له من حقوق نشأت عما تكبده من مصروفات على هذا الشيء، كأن يكون هذا الشيء عقاراً أو منقولاً تطلب بعض المصاريف لبقائه أو حفظه، أو صيانته وترميماته ثم وجب علي الحائز أن يرده إلي مالكة ويلتزم بالرد بناء علي ذلك، ويكون في ذات الوقت دائئاً بما تكبده من نفقات فينقرر له الحق في حبس هذا الشيء حتي يحصل علي النفقات التي تكبدها بسبب هذا الشيء.

جواز الاجتماع بين الارتباط القانوني والارتباط الموضوعي:

هناك بعض الحالات التي يجتمع فيها الارتباط القانوني والموضوعي، وهي حالات توجد في علاقة تبادلية بين حق الحابس والتزامه بالرد وهذا هو الارتباط القانوني، وينشأ حق الحابس أيضاً بسبب حيازته للشيء من جراء ما أنفقه علي هذا الشيء من نفقات، هذا هو الارتباط المادي أو الموضوعي.
ومن الأمثلة علي ذلك: عقد الوديعة الذي يلتزم بموجبه المودع لديه برد الوديعة لصاحبها، وهذا الالتزام سببه الارتباط القانوني (عقد الوديعة)، في حين يكون حق المودع لديه بالحصول علي ما أنفقه سببه حيازته للشيء المودع الذي يستعمل عليه الحق في الحبس.^(٢)

(١) نقض مدني في ١٨/٤/١٩٧٢، مجموعة أحكام النقض، س٢٣، ص٧٢١، ونقض مدني

١٩٦٨/٦/٢٧، مجموعة أحكام النقض، س١٩، ص١٢٣٤.

(٢) راجع في هذا المعني: د/ البدرابي: مرجع سابق، ص١٩٢.

المطلب الثاني

آثار الحق في الحبس

تتمثل آثار الحق في الحبس فيما يتقرر للحابس من حقوق وما يقع علي عاتقه من واجبات، وذلك علي النحو التالي:

أولاً: حقوق الحابس: تتمثل حقوق الحابس في الأمور الآتية:

١) الامتناع عن تسليم الشيء المحبوس:

يعطي الحق في الحبس للدائن الحابس متي توافرت شروطه، الحق في الإبقاء علي الشيء الذي في حيازته حتي يستوفي حقه؛ إذ أن الحبس ليس إلا مجرد دفع يدفع به الحابس طلب تسليم هذا الشيء، أو امتناع عن تنفيذ الالتزام بالتسليم أو أداء الالتزام المطلوب منه حتي يقتضي الحابس حقه كاملاً.^(١)

ومن ثم فالحق في الحبس امتناع مؤقت عن تنفيذ الالتزام وليس وسيلة لانقضائه وهو ما يميزه عن المقاصة التي هي وسيلة لانقضاء الالتزام بما يترتب عليها من انقضاء الدينين المتقابلين بقدر الأقل منهما.^(٢)

فالمشتري في عقد البيع مثلاً يمكنه حبس الثمن حتي يتسلم المبيع، ولكن تظل ذمته مشغولة بدفع هذا الثمن، ولا ينقضي التزامه بدفع الثمن بالمقاصة إلا إذا أصبح البائع مدينًا له بمبلغ مالي، فيجوز لهما إجراء المقاصة فيما بين الدينين وينقضيان بقدر الأقل منهما.

وللحابس الحق في الامتناع عن القيام بالأداء المطلوب منه حتي يحصل علي حقه كاملاً، وبما يشمل ما تكبد من نفقات وما يغله هذا الحق من فوائد، ولا يجبر علي تنفيذ بعض التزامه مقابل حصوله علي جزء من حقه؛ لأن له الحق في حبس الشيء كاملاً حتي يستوفي حقه كاملاً، وهو ما يسمى "بعدم قابلية الحق في الحبس للتجزئة".

٢) الاحتجاج بالحق في الحبس في مواجهة بعض الأشخاص:

وكما أن للحابس حبس الشيء عن مالكة (المحبوس ضده) فإن له أن

(١) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١٥٢٣، ود/ أحمد سلامة: مرجع سابق، ص ٩٧.

(٢) د/ البدرابي: مرجع سابق، ص ١٩٥، ود/ سعيد جبر: مرجع سابق، ص ٢٠٠.

يحبسه عن بعض الأشخاص الآخرين:

أ- **الخلف العام والدائنين العاديين:** من المتفق عليه أن للدائن الحابس الاحتجاج بالحق في الحبس في مواجهة المدين الذي يطالبه بتسليم الشيء، ودائنيه العاديين، وخلفه العام، بيد أن احتجابه بهذا الحق في مواجهة الدائنين العاديين لا يمنعهم من التنفيذ علي الشيء المحبوس؛ لأن هذا الشيء ما زال مملوكًا لمدينهم ولم يخرج الحبس من ضمانهم العام، ويقتصر حق الحابس في هذه الحالة علي الامتناع عن تسليم هذا الشيء إلي من رسا عليه المزداد بناء علي التنفيذ الذي تم عليه، حتي يقتضي حقه كاملاً.^(١)

ب- **الخلف الخاص:** وهو من تنتقل إليه ملكية الشيء المحبوس أو ترتب له عليه حقًا عينيًا، كالرهن الرسمي أو الحيازي والانتفاع، فمادام أن الحبس لا يخرج الشيء المحبوس من ملك المحبوس ضده ولا يغل يده عنه، فإن له الحق في التصرف في هذا الشيء كيفما يريد، سواء بالبيع أم بتقرير حقًا عينية عليه، بالرغم من وجوده في حيازة الحابس.

٣) **مدي ما يقرره الحق في الحبس للحابس من أفضلية وتتبع:**
الحق في الحبس لا يعطي للحابس حق التتبع أو الأفضلية علي غيره، ويقتصر فقط علي حقه في الامتناع عن تسليم هذا الشيء حتي يقتضي حقه (المادة ١/٢٤٧ مدني)، وبناء علي ذلك:

أ) لا يستطيع الحابس تتبع الشيء إذا انتقلت ملكيته إلي الغير، وينقضي الحق في الحبس بانتقال ملكية هذا الشيء إلي الغير وخروجه من تحت سيطرة الحابس، ولا يستطيع استرداده إلا إذا كان هذا الخروج رغماً عنه أو خفية، وإذا تصرف المحبوس ضده في العين المحبوسة فليس أمام الحابس سوى الامتناع عن تسليمها لمن انتقلت إليه ملكيتها.

ب) لا يعطي الحق في الحبس للحابس حق امتياز علي الشيء المحبوس ومن ثم لا يستطيع الحابس التقدم علي غيره من دائني المحبوس ضده، ولذا

(١) في هذا المعني: د/ البدرابي: مرجع سابق، ص ١٩٧، ود/ جمال زكي: مرجع سابق، ص ٨٢٤.

لا يمكنه التنفيذ علي هذا الشيء لاقتضاء حقه بالأفضلية عن هؤلاء الدائنين، وإذا قام بالتنفيذ عليه قام بذلك بصفته دائناً عادياً وشاركه في حصيلة هذا التنفيذ، سائر الدائنين وقاسموه قسمة غرماء.^(١)

ثانياً: التزامات الحابس: تتمثل التزامات الحابس فيما يلي:

١ - الالتزام بالمحافظة على الشيء المحبوس:

يلتزم الحابس بالمحافظة على الشيء المحبوس وفقاً لأحكام رهن الحيازة (المادة ١١٠٣)، والتي تقضي بأنه يجب علي الدائن المرتهن الذي يتسلم الشيء المرهون أن يبذل في حفظه عناية الرجل المعتاد ويتحمل مسؤولية هلاك الشيء ما لم يثبت أن هذا الهلاك كان بسبب أجنبي لا يد له فيه.

وبناء علي ذلك يجب علي الحابس أن يبذل في محافظته علي الشيء المحبوس التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة.^(٢)

وأضافت المادة ٣/٢٤٧ مدني إلى التزام الحابس بالمحافظة علي الشيء المحبوس التزاماً آخر متفرع عنه، يتمثل في أنه إذا كان الشيء المحبوس مما يخشي عليه التلف أو الهلاك، فيجب علي الحابس أن يحصل علي إذن من القضاء في بيعه، وينتقل الحق في الحبس في هذه الحالة إلي الثمن الذي بيع به الشيء، ويغلب أن يكون الهلاك أو التلف في المنقولات وخاصة الثمار والمنتجات الزراعية.^(٣)

٢ - الالتزام بتقديم حساب عن غلة الشيء المحبوس:

ويجب علي الحابس كذلك إن كان الشيء المحبوس مما ينتج غله أو ثماراً، كأرض تزرع أو عقاراً يسكن أو نقوداً تنتج فوائد، أن يقدم حساباً عن هذه الغلة أو الثمار؛ لأنها حق لمالك الشيء المحبوس وليس للحابس عليها سوي حق حبسها مع الشيء الأصلي ليستوفي حقه من المالك، ويقدم الحابس هذا الحساب عند انقضاء الحق في الحبس وعندئذ يعود للمالك الشيء المحبوس وغلته أو ثماره.

(١) د/ البدراوي: مرجع سابق، ص ١٩٦، ود/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١٥٢٥.

(٢) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١٥٣٢، ود/ البدراوي: مرجع سابق، ص ٢٠١.

(٣) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١٥٣٤، ود/ جمال زكي: مرجع سابق، ص ٨٢٦.

وإذا كانت الغلة أو الثمار مما يتعرض للتلف أو الهلاك فإن علي الحابس أن يستأذن القضاء في بيعها وينتقل الحق في الحبس إلي ثمنها. ويرى البعض في هذا الصدد أنه إن كان الشيء المحبوس مما ينتج ثماراً أو غلة بطبيعته وجب علي الحابس أن يستثمره إعمالاً لمبدأ حسن النية، وباعتبار أن هذا الاستثمار يتطلبه واجب المحافظة علي الشيء.^(١)

٣- الالتزام برد العين المحبوسة:

ويلتزم الحابس أخيراً برد العين المحبوسة عند انقضاء الحق في الحبس إلي مالکها، ويختلف مصدر التزام الحابس بالرد في هذه الحالة بحسب العلاقة القائمة بين الحابس والمحبوس ضده، حيث قد يكون مصدر هذا الالتزام هو العقد، كما في البيع عندما يمتنع البائع عن تسليم المبيع حتي يحصل علي الثمن فيكون مصدر الالتزام بالتسليم في هذه الحالة هو عقد البيع، وقد يكون مصدر هذا الالتزام الإثراء بسبب، كما يحوز أرضاً للغير ويبني عليها ويحبسها حتي يحصل علي ما تكبده من نفقات عليها.

المطلب الثالث

انقضاء الحق في الحبس

عالجت المادة ٢٤٨ مدني حالة واحدة من حالات انقضاء الحق في الحبس وهي حالة خروج الشيء من يد الحائز الحابس، بيد أن هناك حالات أخرى ينقضي فيها هذا الحق، يتمثل بعضها في انقضائه بالتبعية، ويتمثل بعضها الآخر في انقضائه بطريقة أصلية:

أولاً: انقضاء الحق في الحبس بطريق تبعي:

نظراً لأن الحق في الحبس شرع لتأمين حق الحابس الذي في ذمة مالک الشيء المحبوس، فإنه من الطبيعي أن يؤدي انقضاء حق الحابس إلي انقضاء الحق في الحبس تبعاً له، سواء انقضي حق الحابس بالوفاء؛ أي بأداء مالک العين المحبوسة ما في ذمته للحابس، أم بالتجديد، أو المقاصة، أو اتحاد الذمة

(١) د/ البدرأوي: مرجع سابق، ص ٢٠٣.

أو بأي طريق من طرق انقضاء الالتزام.

بيد أنه لا ينقضي حق الحابس بالتقادم ما دام الشيء المحبوس في حيازته، لأن الحبس واقعة مادية مستمرة لا تزول بالتقادم، وهو ما يؤدي إلى عدم تقادم الحق المحبوس من أجله.^(١)

ثانياً: انقضاء الحق في الحبس بطريق أصلي:

هناك بعض الحالات التي ينقضي فيها الحق في الحبس وحده دون الحق المضمون وتتمثل هذه الحالات فيما يلي:

١) تقديم مالك العين المحبوسة تأميناً كافياً للوفاء بحق الحابس:

ينقضي الحق في الحبس إذا قام مالك العين المحبوسة بتقديم تأمين كاف للوفاء بحق الحابس؛ لأن الحق في الحبس تقرر لضمان حصول الحابس علي حقه، أما وأن مالك العين المحبوسة قدم هذا التأمين الذي يضمن له الحصول علي حقه، لم يعد هناك مبرر لاستمرار حبس العين في يده، وسواء كان هذا التأمين، عينياً كالرهن، أم شخصياً كال كفالة.^(٢)

بيد أن هناك حالة لا ينقضي فيها الحق في الحبس ولو قدم مالك العين المحبوسة تأميناً كافياً، وهي حالة حبس البائع للمبيع لاستيفاء الثمن كله أو بعضه، إذا كان مستحقاً الدفع في الحال (المادة ٤٥٩ مدني).

٢) هلاك العين المحبوسة:

وينقضي الحق في الحبس كذلك بهلاك العين المحبوسة حيث لم يعد هناك محل للحبس، سواء كان هذا الهلاك بخطأ الحابس أم بسبب أجنبي؛ حيث لا أثر لذلك إلا علي استحقاق مالك العين للتعويض من عدمه، حيث لا يستحق المالك أي تعويض إن كان الهلاك بسبب أجنبي لعدم وجود خطأ في جانب الحابس، أما إذا كان الهلاك نتيجة لخطأ الحابس أو لخطأ الغير استحق المالك التعويض من الحابس.

(١) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١٥٤١، ود/ جمال زكي: مرجع سابق، ص ٨٢٦.

(٢) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١٥٤٣، د/ أحمد سلامة: مرجع سابق، ص ١٠١.

وإذا استحق المالك تعويضاً عن هلاك العين المحبوسة أو أخذ مبلغاً من شركات التأمين لسبق تأمينه عليها، فإن الرأي الغالب لدي الفقه يري جواز انتقال الحق في الحبس إلي هذا التعويض أو المبلغ الذي استحقه مالك العين المحبوسة.^(١)

٣) إخلال الحابس بالتزامه بالمحافظة علي العين المحبوسة:

كما يؤدي إخلال الحابس بالتزامه بالمحافظة علي العين المحبوسة إلى انقضاء الحق في الحبس؛ حيث يجوز للمالك في هذه الحالة أن يطلب إنهاء حالة الحبس للإخلال بهذا الالتزام، حيث يعتبر الحابس في هذه الحالة متعسفاً في استعمال حقه.^(٢)

٤) نزول الحابس عن حقه في الحبس:

أي "خروج العين المحبوسة من يده طوعية"؛ إذ ينقضي الحق في الحبس أخيراً بنزول الحابس عن حقه في الحبس صراحة أو ضمناً قبل استيفائه لحقه الذي في ذمة المالك، ما دام قد قام بذلك من تلقاء نفسه وعن رضا به. ومن قبيل النزول الضمني عن الحق في الحبس اتخاذ الحابس لإجراءات التنفيذ علي العين المحبوسة وبيعها بالمزاد العلني بصفته دائئاً لمالك هذه العين؛ حيث يقنسم معه سائر دائني هذا المالك حصيلة هذا البيع، ولا يجوز له بعد رسو المزاد الامتناع عن تسليم العين لمن رسا عليه المزاد استناداً للحق في الحبس؛ حيث يعتبر اتخاذه لإجراءات التنفيذ علي هذه العين نزولاً ضمناً عن هذا الحق.^(٣)

(١) د/ أحمد سلامة: مرجع سابق، ص ١٠١، ود/ البدرابي: مرجع سابق، ص ٢٠٤.

(٢) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١٥٤٧، ود/ أحمد سلامة: مرجع سابق، ص ١٠١.

(٣) د/ أحمد سلامة: مرجع سابق، ص ١٠٣، ود/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١٥٤٨.

الباب الثاني

أوصاف الإلتزام

عالج القانون المدني أوصاف الإلتزام بالمواد من ٢٦٥ إلى ٣٠٢. وفي ضوء ذلك يمكن تقسيم دراسة أوصاف الإلتزام إلى ثلاثة فصول:

الفصل الأول

الأوصاف التي ترد علي رابطة الإلتزام

تتمثل الأوصاف التي ترد علي رابطة الإلتزام في أمرين هما: الشرط والأجل؛ حيث يؤدي تعليق الإلتزام علي شرط إلي جعل الإلتزام غير محقق إما في قيامه إن كان هذا الشرط واقفًا، أو في زواله إن كان فاسخًا، ويؤدي إضافة الإلتزام إلي أجل إما إلي تأجيل نفاذه إن كان أجلًا واقفًا، أو إلي تأجيل انقضائه إن كان أجلًا فاسخًا.

وبناء علي ذلك نتناول هذين الأمرين في المبحثين التاليين:

المبحث الأول

الشرط la Condition

الشرط هو أحد الأوصاف المهمة التي قد تلحق بالإلتزام وتؤثر علي قيامه أو انقضائه، بل إن بعض الفقه يري أن كلمة أوصاف الإلتزام تطلق بالمعني الضيق علي الشرط والأجل.^(١) وتناول القانون المدني المصري بيان الشرط وما يتعلق به من أحكام بالمواد من ٢٦٥ إلي ٢٧٠. وفي ضوء هذه المواد نقسم هذا المبحث لمطلبين، نتناول في الأول ماهيه الشرط كوصف للإلتزام ومقوماته، ونخصص الثاني لبيان الآثار المترتبة علي الشرط.

(١) د/ البدراوي: مرجع سابق، ص ٢٠٩.

المطلب الأول

ماهية الشرط ومقوماته

أولاً: المقصود بالشرط:

عرف معظم الفقه الشرط بأنه: "أمر مستقبل غير محقق الوقوع يترتب علي تحقيقه وجود الالتزام أو زواله".^(١)

ثانياً: نوعا الشرط:

يتنوع الشرط كوصف للالتزام إلي نوعين: واقف وفاسخ:

- ١ - الشرط الواقف: هو الذي يتوقف علي تحقيقه وجود الالتزام أو إنتاج الإرادة أثرها، كالأب الذي يعلق مكافأته الكبيرة لابنه على نجاح هذا الابن بتقدير ممتاز مثلاً، فالنجاح في الامتحان شرط يتوقف عليه نفاذ إرادة الأب.^(٢)
- ٢ - الشرط الفاسخ: هو الشرط الذي يؤدي تحقيقه إلي زوال الالتزام؛ حيث في هذا الشرط يكون الالتزام قد وجد وتحقق وانتجت الإرادة أثرها بالفعل، ويؤدي تحقق الشرط الفاسخ إلي زوال هذا الأثر ومن ثم زوال الالتزام كلية، وذلك كمن يعطي لآخر شقة يسكن فيها علي أن يفسخ الإيجار إذا عاد المؤجر للعمل في المكان الذي توجد فيه الشقة، فهنا يبدأ نفاذ الإيجار بالفعل ويستطيع المستأجر الانتفاع بالعين المؤجرة، بيد أن هذا الإيجار يفسخ إذا عاد المؤجر للعمل بمكان وجود العين المؤجرة.

ثالثاً: مقومات الشرط:

لكي يصح أن يكون أمر ما شرطاً يعلق عليه وجود الالتزام أو زواله يجب أن يتوافر فيه المقومات الآتية وهي:

- ١ - أن يكون الشرط أمراً مستقبلاً: يجب أن يكون الشرط أمراً مستقبلاً؛ أي أن تكون الواقعة المتخذة كشرط ستقع في المستقبل، لأن المستقبل وحده هو الذي يمكن أن يتوافر فيه الشرط الثاني من شروط الشرط، وهو أن يكون

(١) د/ عبد الحي حجازي: النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، الالتزام في ذاته، ص ١٥٣، ود/

جمال زكي: مرجع سابق، ص ٨٤٧، ود/ سليمان مرقص: مرجع سابق، ص ٤٩٤.

(٢) في هذا المعني: د/ محسن البيه: مرجع سابق، ص ٣٥٤.

غير محقق الوقوع، أما الماضي والحاضر فإنهما محققان الوقوع والالتزام المعلق وجوده علي أمر تحقق فعلاً يكون منجزاً، ولو كان الطرفان يجهلان تحقق هذا الأمر بالفعل.

فلا يصح أن يعد الوالد ولده بجائزة أو مكافأة إن نجح في الامتحان في وقت تكون النتيجة قد ظهرت فعلاً؛ حيث لا يعتبر النجاح شرطاً في هذه الحالة؛ لأن الولد لو كان ناجحاً أصبح التزام الوالد منجزاً، وإن كان راسباً لم ينشأ التزام الأب منذ البداية.^(١)

٢- أن يكون الشرط أمراً غير محقق الوقوع: كما يجب أن يكون الأمر المستقبل غير محقق الوقوع، أي من المحتمل أن يقع أو لا يقع، لأن الأمر المحقق الوقوع يعتبر أجلاً وليس شرطاً، فالنجاح الذي علق الوالد مكافأته لولده عليه أمر غير محقق الوقوع مثلاً.^(٢)

ولكن إذا كان الأمر المعلق عليه الالتزام سيقع حتماً في المستقبل، فلا يصح أن يكون شرطاً، كالموت مثلاً؛ لأنه أمر محتتم الوقوع مستقبلاً، بيد أن الموت يصح أن يكون شرطاً إن علق الطرفان الالتزام علي تحققه خلال فترة معينة؛ حيث من المحتمل وقوعه أو عدم وقوعه خلال هذه الفترة.^(٣)

ولكي يكون الأمر المستقبل غير محقق الوقوع، يجب ألا يكون وقوعه متروكاً لمحض إرادة المدين، وخاصة إذا كان الشرط واقفاً؛ حيث تقضي المادة ٢٦٧ مدني بأنه: "لا يكون الالتزام قائماً إذا علق علي شرط واقف وجود الالتزام متوقفاً علي محض إرادة الملتزم".

فوفقاً لهذا النص فإن تعلق تحقق الشرط الواقف علي محض إرادة المدين يمنع من قيام الالتزام للتنافي التام بين قيام الالتزام والتعليق علي محض إرادة المدين؛ لأن الشخص بطبيعته لا يميل إلي أن يصبح ملتزماً، كمن يقول لآخر سأعطيك ألف جنيه إن أردت أنا.

(١) د/ جمال زكي: مرجع سابق، ص ٨٤٩، ود/ سليمان مرقص: مرجع سابق، ص ٥٠٢.

(٢) د/ سليمان مرقص: مرجع سابق، ص ٥٠٣، ود/ جمال زكي: مرجع سابق، ص ٨٤٩.

(٣) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٣٦-٤٧، ود/ سليمان مرقص: مرجع سابق، ص ٥٠٤.

٣) أن يكون الشرط أمراً ممكناً: كما يجب أن يكون الشرط أمراً ممكناً، فإن كان مستحيلاً لم يصلح لأن يكون شرطاً؛ لأن الاستحالة تنتافي مع الاحتمال، فإذا تم تعليق الالتزام علي أمر مستحيل انتفي التعليق؛ لأن عدم تحققه مستقبلاً أصبح أمراً مؤكداً، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ١/٢٦٦ بقولها: "لا يكون الالتزام قائماً إذا علق علي شرط غير ممكن". والاستحالة التي تحول دون قيام الشرط قد تكون استحالة مادية أو قانونية:

ومثال الاستحالة المادية: أن يتعهد شخص لأخر بمكافأة مجزية إن عبر المحيط سباحة، أو إن قفز من الطائرة بدون منطاد، إلي غير ذلك من الأمور التي لا يتصور وقوعها عقلاً بالنظر إلي طبيعة الأشياء.

أما مثال الاستحالة القانونية: تعليق الشخص التزامة تجاه آخر علي الزواج من إحدى المحارم، أو تعليق الموكل أجر المحامي علي رفعه للاستئناف بعد فوات الميعاد، فهذه الأمور يستحيل علي الشخص القيام بها قانوناً.^(١)

والاستحالة التي تمنع من قيام الالتزام هي الاستحالة المطلقة؛ أي التي تقوم بالنسبة لجميع الأشخاص وفي كل الأوقات علي مر العصور، أما الاستحالة النسبية التي تقوم بالنسبة لبعض الأشخاص أو في خلال وقت معين فقط فلا تبطل الشرط ولا تمنع من قيام الالتزام.^(٢)

وتقرير كون الأمر مستحيلاً أم ممكناً مسألة موضوعية لا يخضع القاضي في تقديرها لرقابة محكمة النقض، أما تحديده لمفهوم الإمكان وعدمه قبل تطبيقه علي الواقع فهو مسألة قانونية يخضع في تقديرها لرقابة محكمة النقض.^(٣)

٤) **يجب أن يكون الشرط مشروعاً:** يجب أن يكون الشرط أمراً مشروعاً أي لا يخالف النظام العام أو الآداب، فلا يكفي ألا يخالف الشرط أحد نصوص القانون، وإنما يجب ألا يكون متعارضاً مع الأسس التي يقوم عليها النظام في

(١) د/ محسن البيه: مرجع سابق، ص ٣٦٣، ود/ أحمد سلامة: مرجع سابق، ص ١٣٨.

(٢) د/ أحمد سلامة: مرجع سابق، ص ١٣٩، ود/ البدرابي: مرجع سابق، ص ٢٣٤.

(٣) سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٥٠٩.

المجتمع، كالحريات الشخصية وما يتفرع عنها من حرية العقيدة والزواج، كما يجب ألا يكون مخالفاً للآداب العامة في المجتمع.^(١)

والعبرة في تحديد مشروعية الشرط من عدمه لا تكون بذات الواقعة المتخذة كشرط، وإنما بالغرض من اشتراطها، فالغرض من الاشتراط وليس الواقعة المشروطة هي التي يتحدد بناء عليها مشروعية الشرط من عدمه. فإذا كانت الواقعة المشروطة مخالفة للنظام العام أو الآداب، ولكن الغرض منها مشروعاً كان الشرط مشروعاً، ومثال ذلك من يشترط علي شخص فسخ الهبة أو العقد الذي بينهما إن ارتكب جريمة قتل أو إن أقام علاقة غير شرعية مع امرأة ما.

فالواقعة المشروطة "ارتكاب القتل - أو إقامة العلاقة غير الشرعية"، مخالفة للنظام العام أو الآداب، ولكن الغرض منها مشروعاً وهو منع ارتكابها حتي لا تتفسخ الهبة. والعكس صحيح أيضاً؛ إذ أنه إن كانت الواقعة المشروطة غير مخالفة للنظام العام والآداب ولكن الغرض منها غير مشروع، فإن الشرط يكون غير مشروع أيضاً ولا يصح كوصف للالتزام، ومثال ذلك اشتراط الواهب علي الموهوب له فسخ الهبة إن لم يقيم الموهوب له بقتل شخص ما.^(٢)

المطلب الثاني

آثار الشرط

متي نشأ الشرط صحيحاً مستجمعاً مقوماته السابقة ترتبت عليه بعض الآثار القانونية الهامة والتي تختلف بحسب مرحلتين يمر بهما الشرط هما مرحلة أثناء التعليق، ومرحلة ما بعد انتهاء التعليق:

أولاً: آثار الشرط خلال فترة التعليق:

فترة التعليق هي الفترة التي تلي قيام الشرط إلي حين تبين مصيره، وتختلف آثار الشرط في هذه الحالة بحسب ما إذا كان واقعاً أو فاسخاً.

(١) د/ البدرأوي: مرجع سابق، ص ٢٣٧، ود/ جلال إبراهيم: مرجع سابق، ص ٣٠١.

(٢) د/ جلال إبراهيم: مرجع سابق، ص ٣٥٣.

١ - آثار الشرط الواقف خلال فترة التعليق:

الشرط الواقف كما سبق بيانه أمر مستقبل غير محقق الوقوع يتوقف علي وقوعه وجود الالتزام، ومن ثم فإن الالتزام الواقف يظل موقوفاً لحين تحقق الواقعة المتخذة كشرط، وحيث إن هذه الواقعة غير محققة الوقوع، فإن حق الدائن خلال فترة التعليق يكون حقاً احتمالياً، فهو ليس مؤكداً وليس معدوماً، وإنما في منطقة وسطي بين الحق المؤكد ومجرد الأمل، فقد تتحقق الواقعة المتخذة كشرط فيصير هذا الحق مؤكداً، وقد لا تتحقق فيصير هذا الحق معدوماً.^(١)

ويترتب على وجود الحق في خلال هذه المرحلة النتائج الآتية:

(أ) أن حق الدائن له قيمة مالية، ويستطيع الدائن التصرف فيه بأي نوع من أنواع التصرفات أثناء حياته، ويستطيع أن ينقله بالوصية بعد مماته، كما ينتقل إلي خلفه العام بموته أيضاً.

(ب) يجوز للدائن اتخاذ كافة الإجراءات اللازمة للمحافظة علي هذا الحق، كوضع أختام والتدخل في القسمة، ورفع الدعوي الصورية وغير المباشرة، كما يجوز له التدخل في دعاوي التي ترفع من المدين أو عليه.

(ج) لا يجوز للمدين أن يعدل عما تعهد به؛ لأنه أصبح حقاً مكتسباً للدائن وليس مجرد أمل للمدين.^(٢)

ويترتب على كون هذا الحق محتمل النتائج التالية:

(أ) لا يجوز للدائن مطالبة المدين بالوفاء بهذا الحق الذي سيوجد عند تحقق الشرط، وإذا أوفى به المدين كان وفاؤه بدين غير مستحق.

(ب) لا يجوز للدائن اتخاذ الإجراءات التنفيذية الجبرية والاختيارية للحصول علي هذا الحق.

(ج) لا يجوز للدائن المطالبة باستعمال الشيء الذي سيتمكن بتحقيق الشرط أو أخذ ثماره، أو استغلاله لأنه لم يملكه بعد.

(١) د/ جلال إبراهيم: مرجع سابق، ص ٣٦٣، مجموعة الأعمال التحضيرية، ج ٣، ص ١٤.

(٢) د/ أحمد سلامة: مرجع سابق، ص ١٤٣، ود/ إسماعيل غانم: مرجع سابق، ص ٢٩٦.

(د) لا يجوز للدائن رفع الدعوى البوليصية؛ لأن هذه الدعوى تتطلب أن يكون حق الدائن مستحق الأداء، كما لا يجوز له المقاصة بين الحق المعلق علي شرط واقف ودين عليه للمدين.

(هـ) لا يبدأ سريان التقادم لهذا الحق أثناء فترة التعليق؛ لأن سريان التقادم يتطلب أن يكون الحق مستحق الأداء، وحق الدائن في هذه المرحلة احتمالي.^(١)

٢- آثار الشرط الفاسخ في فترة التعليق:

الشرط الفاسخ كما سبق تعريفه أيضاً هو الأمر المستقبل غير المحقق الوقوع والذي يترتب علي وقوعه زوال الالتزام، وبناء علي ذلك فإن التزام المدين خلال فترة التعليق يكون موجوداً وثابتاً وناقذاً أيضاً، ولكنه مهدد بالزوال؛ حيث إنه إن تحققت الواقعة المتخذة كشرط زال التزام المدين، وإن تخلفت تأكد حق الدائن في الاستمرار وزال خطر الزوال.

ويترتب علي كون حق الدائن موجوداً وناقذاً خلال هذه الفترة ما يلي
(أ) للدائن الحق في مطالبة المدين بتنفيذ التزامه والوفاء به، وإن امتنع عن الوفاء كان له الحق في إجباره عليه.

(ب) إذا وفي المدين بالتزامه وقع الوفاء صحيحاً؛ لأنه يوفي بحق مستحق عليه ولا يجوز له المطالبة باسترداده.

(ج) للدائن رفع الدعاوي اللازمة للحفاظ علي هذا الحق وعلي الضمان العام للمدين، كالدعوي غير المباشرة والصورية والبوليصية؛ لأن حقه مستحق الأداء.

(د) يبدأ سريان التقادم لهذا لحق منذ نشوئه؛ لأنه مستحق الأداء.

(هـ) للدائن الحق في القيام بأعمال التصرف والإدارة علي حقه الذي في ذمة المدين بأي نوع من أنواع التصرف، كما يجوز له إن كان حقه مرهوناً تطهيره من الرهن، وأن يشفع به.

(و) يجوز للدائن وفقاً لرأي بعض الفقه^(٢) إجراء المقاصة بين هذا الحق

(١) د/ جمال زكي: مرجع سابق، ص ٨٥٣، ود/ إسماعيل غانم: مرجع سابق، ص ٢٩٦.

(٢) د/ جلال إبراهيم: مرجع سابق، ص ٣٦٧، وانظر في عكس هذا الرأي: ود/ جمال زكي:

وما ينشأ في ذمته لمدينة من ديون حالة الوفاء؛ لأنه بالرغم من أن حقه معلق علي شرط فاسخ، إلا أنه مستحق الأداء.^(١)

ثانيًا: آثار الشرط بعد انتهاء فترة التعليق:

تنتهي فترة التعليق بتحقق الشرط ويتحقق الواقعة المتخذة كشرط بين الطرفين، أو بتأكد عدم تحقيقها، وذلك في خلال المدة التي اتفق عليها الطرفان إذا كان هناك اتفاق بينهما علي ذلك، بحيث إذا تحققت هذه الواقعة خلال هذه المدة وجد الشرط، أما إذا مضت هذه المدة دون تحقق هذه الواقعة، فإن الشرط يعتبر قد تخلف ولو تحققت هذه الواقعة بعد ذلك.

وإذا لم يكن هناك اتفاق بين الطرفين علي مدة معينة، فإن الالتزام يظل معلقًا مهما طالت المدة، إلا إذا تبين من طبيعة الأمور التأكد من عدم تحقق الواقعة المتخذة كشرط، ويعتبر الشرط قد تخلف في هذه الحالة منذ الوقت الذي يتأكد فيه من ذلك، ويقع علي عاتق من يدعي تأكد عدم تحقق هذه الواقعة إثبات ذلك.^(٢)

يتضح مما سبق أن فترة التعليق تنتهي بتحقق الشرط أو تخلفه، وتختلف آثار هذه المرحلة من الشرط الواقف عن الشرط الفاسخ:

١ - آثار تحقق الشرط الواقف أو تخلفه:

تنص المادة ٢٦٨ مدني علي أنه: "إذا كان الالتزام معلقًا علي شرط واقف فلا يكون نافذًا إلا إذا تحقق الشرط".

يتضح من هذا النص أن تحقق الشرط الواقف يؤدي إلي نفاذ الالتزام؛ أي يصير هذا الالتزام مستحق الأداء، ويترتب على ذلك النتائج الآتية:
أ) يجب علي المدين الوفاء بهذا الالتزام اختياريًا، فإن لم يمثل لذلك جاز للدائن إجباره علي هذا الوفاء بالطرق القانونية.

مرجع سابق، ص ٨٥٣، ود/ سليمان مرقص: مرجع سابق، ص ٥١٧.

(١) د/ إسماعيل غانم: مرجع سابق، ص ٢٩٧، ود/ البداروي: مرجع سابق، ص ٢٤٦، ود/ جمال

زكي: مرجع سابق، ص ٨٥٣، ود/ سليمان مرقص: مرجع سابق، ص ٥١٦.

(٢) د/ أحمد سلامة: مرجع سابق، ص ١٤٤، ود/ إسماعيل غانم: مرجع سابق، ص ٢٩٨.

(ب) يجوز للدائن اتخاذ الإجراءات التنفيذية اللازمة للحصول على حقه، كما يمكنه رفع الدعوى البوليصية للمحافظة على الضمان العام لمدينه.

(ج) يجوز وقوع المقاصة بين حق الدائن وما يترتب في ذمته من حقوق للمدين مستحقة الأداء أيضاً.

(د) يبدأ سريان تقادم هذا الحق.

(هـ) إذا كان هذا الحق عينياً انتقلت ملكيته إلى الدائن وزالت في ذات الوقت ملكية هذا الحق عن المدين.

(و) يعتبر حق الدائن في هذه الحالة موجوداً ليس من وقت تحقق الشرط فقط، وإنما من وقت نشوء الحق وفقاً لمبدأ الأثر الرجعي للشرط.

أما إذا تخلف الشرط الواقف: فإن الالتزام الذي كان معلقاً عليه يتخلف أيضاً، ويصبح كأن لم يكن فيزول حق الدائن والالتزام المدين، وكأن لم يكن لهما وجود أصلاً، كما تزول كافة الإجراءات التحفظية التي قام بها الدائن للحفاظ على حقه الذي كان معلقاً على شرط، وتزول أيضاً كافة التصرفات التي باشرها الدائن على هذا الحق، وإذا كان المدين قد وفي بهذا الالتزام أو بجزء منه جاز له استرداد ما أوفى.^(١)

٢- آثار تحقق الشرط الفاسخ أو تخلفه:

يتضح من نص المادة ٢٦٩ مدني^(٢) أن تحقق الشرط الفاسخ يؤدي إلى زوال الحق الذي كان معلقاً عليه منذ نشوء هذا الحق تطبيقاً لمبدأ الأثر الرجعي للشرط، وزوال هذا الحق يتم بقوة القانون وبمجرد تحقق الشرط الفاسخ دون حاجة إلى إنذار أو إعدار، ومن ثم فلا حاجة لطلب زوال هذا الحق أو رفع دعوى قضائية للحكم به، إلا إذا كان هناك نزاع حول تحقق الشرط من عدمه. كما يجوز لكل ذي مصلحة التمسك بتحقيق الشرط الفاسخ وزوال حق

(١) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٥٤-٥٥، ود/ أحمد سلامة: مرجع سابق، ص ١٤٥.

(٢) إذ تنص على أنه: "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- علي أن أعمال الإدارة التي تصدر من الدائن تبقى نافذة رغم تحقق الشرط".

الدائن والتزام المدين، ولا يجوز للطرفين النزول عن هذا الزوال؛ لأن اتفاقهما يفسخ من تلقاء نفسه وبمجرد تحقق الشرط الفاسخ.^(١)

ويترتب علي زوال حق الدائن بأثر رجعي لتحقيق الشرط الفاسخ:
(أ) زوال كافة الإجراءات التنفيذية أو التحفظية التي قام بها الدائن أثناء فترة التعليق.

(ب) زوال كافة التصرفات التي باشرها الدائن علي هذا الحق في فترة التعليق وانعدام آثارها، باستثناء أعمال الإدارة التي باشرها الدائن؛ حيث تظل نافذة رغم تحقق الشرط؛ لأنها أعمال ضرورية ويجب القيام بها في الوقت المناسب، ويدخل في هذه الأعمال عقود الإيجار، وقبض الأجرة وبيع الثمار والمحصولات وقيد الرهن، بشرط أن يكون الدائن حسن النية، وألا يجاوز الحد المألوف في مباشرته لهذه الأعمال.^(٢)

(ج) إذا كان المدين قد أوفي بهذا الحق بعد تحقق الشرط الفاسخ خطأ جاز له استرداد ما أوفي، وإذا استحال علي الدائن رد ما أخذ وجب عليه تعويض المدين عن ذلك، إلا إذا كان سبب الاستحالة أجنبيًا.
(د) ليس ثمة تقادم ومقاصة يمكن أن ترد علي هذا الحق بعد زواله بتحقيق الشرط الفاسخ.^(٣)

أما إذا تخلف الشرط الفاسخ: فإن الالتزام الذي كان معلقًا عليه يصبح بائنًا وغير معرض للزوال، ويتأكد حق الدائن ويصير وكأنه لم يكن مهددًا بالزوال في وقت ما، ويطرأ علي ذلك ما يلي:

(أ) يصبح للدائن الحق في مباشرة كافة التصرفات المنجزة علي هذا الحق، والتي تكون غير معرضة للزوال، كما ينتقل هذا الحق إلي ورثته غير مهدد بالزوال أيضًا.

(ب) يجوز وقوع المقاصة بين هذا الحق وأي حق آخر للمدين في ذمة

(١) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٥٧، ود/ سليمان مرقص: مرجع سابق، ص ٥٢٣.

(٢) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٥٨.

(٣) المرجع السابق: ص ٥٧، ود/ سليمان مرقص: مرجع سابق، ص ٥٢٣-٥٢٤.

الدائن يكون مستحق الأداء.

ج) تأييد كافة التصرفات والإجراءات التنفيذية والحفظية التي أجراها الدائن علي حقه.^(١)

الأثر الرجعي للشرط:

يتضح من نص المادة ٢٧٠ مدني أن المشرع المصري أخذ بمبدأ الأثر الرجعي للشرط وجعله قاعدة عامة.^(٢)

ويقصد بالأثر الرجعي للشرط: أن الآثار التي تترتب علي تحقق الشرط أو تخلفه لا تستند إلي وقت التحقق أو التخلف، وإنما ترتد إلي وقت إبرام التصرف بين الطرفين.

فإذا كنا بصدد شرط واقف مثلاً، تمثل في تعليق انتقال ملكية المبيع علي وفاء المشتري بالثمن، فإن انتقال هذه الملكية بتحقيق الشرط، وهو وفاء المشتري بالثمن يصبح نافذاً ليس من يوم الوفاء بالثمن، وإنما من يوم إبرام عقد البيع، فيعتبر المشتري متملكاً لهذا المبيع منذ هذا اليوم، كما يعتبر البائع قد فقد ملكيته منذ هذا اليوم أيضاً وليس من يوم تحقق الشرط.

وكذلك الأمر بالنسبة للشرط الفاسخ، فإذا كنا بصدد عقد هبة مثلاً اشترط الواهب فيها علي الموهوب أن يسترد الواهب الهبة إن رزق بمولود مثلاً، فإنه في حالة تحقق هذا الشرط ورزق الواهب بمولود تزول ملكية الموهوب له وترجع الملكية إلي الواهب ليس من وقت تحقق الشرط، وإنما من وقت إبرام الهبة فيعتبر الموهوب له كأن لم يملك الهبة قط، ويعتبر الواهب كأن لم يفقد ملكية الشيء الموهوب أبداً.^(٣)

(١) د/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٥٢٤.

(٢) إذ تنص على أنه: "١- إذا تحقق الشرط استند أثره إلي الوقت الذي نشأ فيه الالتزام، إلا إذ تبين من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أن وجود الالتزام أو زواله، إنما يكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط. ٢- ومع ذلك لا يكون للشرط أثر رجعي إذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه".

(٣) د/ عبد الفتاح عبد الباقي: مرجع سابق، ص ١٤٩، ود/ جلال إبراهيم: مرجع سابق، ص ١٧٢.

الاستثناءات الواردة علي فكرة الأثر الرجعي للشرط:

يرد علي مبدأ الأثر الرجعي للشرط بعض الاستثناءات، وهي:

١- إذا كان مبدأ الأثر الرجعي للشرط مستند إلي إرادة المتعاقدين فإن أول الاستثناءات الواردة عليه ما تقرره إرادة الطرفين؛ لأنه إذا كان الأثر الرجعي للشرط يستند لإرادة الطرفين المحتملة، فإنه عند تعارض هذه الإرادة المحتملة مع إرادتهما الحقيقية وجب التعويل علي الإرادة الحقيقية، سواء كان اتفاق الطرفين علي استبعاد الأثر الرجعي للشرط مطلقاً أم قاصراً علي حالة معينة أو علي أمر معين.

٢- يستبعد الأثر الرجعي للشرط أيضاً إذا كانت طبيعة الالتزام تتطلب هذا الاستبعاد، كما في حالة العقود الدورية أو الزمنية المستمرة، كعقد الإيجار مثلاً، أو التوريد، فإذا كان أحد هذه العقود معلقاً علي شرط فاسخ وتحقق هذا الشرط، فلا يمكن استرداد ما مضى من هذه العقود قبل تحققه؛ لأن ما تم تنفيذه لا يمكن الرجوع فيه.

٣- عقود الإدارة التي قام بها الدائن الذي تملك الشيء تحت شرط فاسخ ثم تحقق هذا الشرط، وذلك كعقود الإيجار مثلاً، فإن قام الدائن بتأجير الشيء الذي تحت يديه بشرط فاسخ، ثم تحقق الشرط فإن الشيء يعود إلي المالك محملاً بعقد الإيجار.

٤- حماية الغير حسن النية، إذ أنه إذا تعارض تطبيق مبدأ الأثر الرجعي للشرط مع حماية الغير الذي حصل علي الشيء بحسن نية فلا يطبق مبدأ الأثر الرجعي، فإذا كان هناك مالك لهذا الشيء تحت شرط فاسخ وتصرف فيه إلي مشتر حسن النية أو رتب عليه رهناً حيازياً مثلاً، ثم تحقق الشرط الفاسخ وزالت ملكية المتصرف، فإن دواعي حماية الغير حسن النية تقضي بعدم سقوط حق المتصرف إليه أو المرتهن والذي كان يجهل وجود الشرط الفاسخ، وإعمالاً لقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز.

٥- استبعاد الأثر الرجعي للشرط في حالة هلاك الشيء محل التعاقد بسبب أجنبي، ففي الشرط الواقف يتغير الوضع عما هو معمول به في القانون

المصري بالنسبة لتحمل تبعة الهلاك؛ لأنه يربط ذلك بالتسليم وليس بانتقال الملكية.

المبحث الثاني

الأجل (Le terme)

الأجل هو الوصف الثاني من الأوصاف التي تلحق برابطة الالتزام فتجعله غير منجز. وتناول القانون المدني أحكامه بالمواد من ٢٧١ إلى ٢٧٤، وفي ضوء هذه المواد نتعرض لأحكام الأجل في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول

التعريف بالأجل وشروطه

أولاً: مفهوم الأجل:

الأجل كما يعرفه معظم الفقه: هو أمر مستقبل محقق الوقوع يترتب على وقوعه نفاذ الالتزام أو انقضاؤه.^(١)

ومن ثم فالأجل يتفق مع الشرط في أن كلا منهما أمر مستقبل، إلا أنهما يختلفان من حيث أن الشرط أمر غير محقق الوقوع بينما الأجل محقق الوقوع.^(٢)

ثانياً: شروط الأجل "مقوماته":

يشترط في الواقعة التي تعتبر أجلاً الشرطان الآتيان:

الشرط الأول: أن يكون الأجل أمراً مستقبلاً:

يشترط في الواقعة المتخذة كأجل أن تكون أمراً مستقبلاً؛ أي ميعاد يضرب لنفاذ الالتزام أو لانقضائه، ويكون في الغالب تاريخاً معيناً يحدد نفاذ الالتزام أو زواله، كاللزام المقرض برد القرض في تاريخ معين.

ومن ثم لا يصح أن يكون الأجل أمراً حاضراً أو ماضياً، حتي ولو كان الطرفان يجهلان وقت التعامل أن الأجل الذي يحدده للمستقبل هو أجل قد

(١) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٧٦، ود/ أحمد سلامة: مرجع سابق، ص ١٤٩.

(٢) المرجع السابق: ص ١٤٩.

حل، كقدوم أول قافلة للحجيج، وكانا يجهلان أن أول قافلة قد وصلت بالفعل، حيث يكون الالتزام في هذه الحالة منجرًا منذ البداية.^(١)

الشرط الثاني: أن يكون الأجل أمرًا محقق الوقوع:

وهذا الشرط هو الذي يميز الأجل عن الشرط؛ لأن الأخير أمر مستقبل غير محقق الوقوع، وبناء على ذلك فإن الالتزام المضاف إلي أجل هو التزام موجود وجودًا كاملاً، وإن كان مؤجل النفاذ، أما الالتزام المعلق على شرط فإنه يكون ناقصًا غير مؤكد الوجود.^(٢)

ثالثاً: أنواع الأجل:

يتنوع الأجل إلى أنواع متعددة بحسب الزاوية التي ينظر إليه منها، حيث يتنوع من ناحية وقت حلوله إلى أجل معين وأجل غير معين، ومن ناحية أثره إلى أجل واقف وأجل فاسخ، ومن ناحية مصدره إلى أجل اتفاقي وأجل قانوني وأجل قضائي:

١- من ناحية وقت حلوله: يتنوع إلى أجل معين وأجل غير معين:

(أ) **الأجل المعين:** هو الأجل الذي يكون ميعاد حلوله معلوماً، كأول الشهر أو أول العام القادم، أو يوم كذا من شهر كذا هذا العام، فيكون الأجل في هذه الحالة أكيداً، فضلاً عن كونه محقق الوقوع.

(ب) **الأجل غير المعين:** هو الأجل الذي يكون محقق الوقوع أيضاً، ولكن ميعاد حلوله غير معروف على وجه الدقة، كأجل الوفاة، فبالرغم من أنه سيقع حتماً إلا أن ميعاد وقوعه غير معروف، وكذلك عند انتهاء بناء منزل معين، فبالرغم من أن ذلك سيتم حتماً إلا أن ميعاده يتفاوت وقد لا يكون معلوماً على وجه الدقة.

٢- من ناحية الأثر: ينقسم إلى أجل واقف وأجل فاسخ:

(أ) **الأجل الواقف:** هو الأجل المحقق الوقوع الذي يتوقف على وقوعه نفاذ الالتزام، فيصبح التزام المدين مستحق الأداء وواجب التنفيذ عند حلول هذه

(١) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٢١٣.

(٢) المرجع السابق: ص ٧٨، ود/ عبد الفتاح عبد الباقي: مرجع سابق، ص ١٥١.

الأجل، كالالتزام المقترض برد القرض في تاريخ معين.

ب) الأجل الفاسخ: فهو الأمر المحقق الوقوع الذي يترتب علي وقوعه انقضاء الالتزام، كانعقاد إيجار لفترة معينة بحيث ينتهي بعد مرور سنة مثلاً، فبحلول هذا الميعاد ينفسخ العقد وتنتهي التزامات كل من المؤجر والمستأجر، لذا يسمى الأجل هنا بالأجل المسقط أو المنهي.^(١)

٣- من ناحية المصدر: يتنوع إلي اتفاقي وقانوني وقضائي:

أ) الأجل الاتفاقي: هو الذي يكون مصدره إرادة المتعاقدين - وهو الغالب -، وقد يكون اتفاق الطرفين على الأجل صريحاً، وهو الذي ينص عليه صراحة في الاتفاق، أو ضمناً، وهو الذي يستخلص من ظروف التعاقد أو من تفسير أحد بنود العقد، أو من العادات الاتفاقية التي تجري على الأخذ به، كالالتزام مورد بتوريد أغذية المدارس، فإنه يحمل علي أن التزامه مضاف إلي أجل هو بداية المدارس وهذا أجل واقف، وإلى نهاية الدراسة وهذا أجل فاسخ.^(٢)

وعند الاختلاف حول ميعاد الأجل الضمني فإن القاضي هو الذي يحدده مستهدياً في ذلك بظروف التعاقد والعادات الجارية،^(٣) وبالرغم من تدخل القاضي في هذه الحالة إلا أن الأجل يظل اتفاقياً وليس قضائياً.^(٤)

ب) الأجل القانوني: هو الذي يتولى القانون تحديده، كالوصية فإنها مضافة إلي أجل واقف هو موت الموصي، وحق الانتفاع فإنه مضاف إلي موت المنتفع وهو أجل فاسخ (المادة ١/٩٩٣).

ج) الأجل القضائي: هو الذي يمنحه القاضي للمدين ويسمي أيضاً بالمهلة القضائية أو نظرة الميسرة.

والأجل القضائي أمر جوازي للقاضي ويمنحه إذا توافرت الشروط الواردة في المادة ٢/٣٤٦ مدني والتي تنص على أنه: "يجوز للقاضي في حالات

(١) د/ البدرابي: مرجع سابق، ص ٢١٤، ود/ محسن البيه: مرجع سابق، ص ٣٨٦.

(٢) د/ إسماعيل غانم: مرجع سابق، ص ٢٧٥، د/ البدرابي: مرجع سابق، ص ٢١٥.

(٣) د/ إسماعيل غانم: مرجع سابق، ص ٢٧٥.

(٤) د/ جلال إبراهيم: مرجع سابق، ص ٣٨٧.

استثنائية، إذا لم يمنعه نص في القانون، أن ينظر إلي أجل معقول أو أجل ينفذ فيها التزامه إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم".

المطلب الثاني

آثار الأجل

تختلف الآثار التي تترتب على الأجل بحسب مرحلتين يمر بهما: قبل حلول الأجل وبعد حلول الأجل:

المرحلة الأولى: آثار الأجل قبل حلوله:

تختلف الآثار التي تترتب على الأجل في هذه المرحلة بحسب ما إذا كان واقفاً أم فاسخاً.

أولاً: آثار الأجل الواقف:

يتضح من نص المادة ١/٢٧٤ أن آثار الأجل الواقف تتمثل في أمرين:

١ - أن الأجل الواقف يؤخر تنفيذ الالتزام:

الالتزام المضاف إلي أجل واقف هو التزام غير مستحق الأداء، ومن ثم فهو غير نافذ ويترتب على ذلك ما يلي:

(أ) لا يجوز للدائن إجبار المدين علي الوفاء بالالتزام المؤجل؛ لأن هذا الالتزام لا يقبل التنفيذ الجبري، فإذا رفع الدائن دعوى أمام القضاء لمطالبة المدين بالوفاء، تعين علي المحكمة عدم قبولها، ولو تعهد الدائن بعدم قيامه بتنفيذ الحكم إلا بعد حلول الأجل.

(ب) لا يجوز للمدين إجبار الدائن علي قبول الوفاء بالالتزام المؤجل قبل حلول الأجل إذا كان الأجل مقرراً لمصلحة الطرفين معاً.

(ج) إذا أوفى المدين بالتزامه قبل حلول الأجل جاهلاً تمتعه بالأجل أو يعتقد خطأ حلول الأجل، جاز له استرداد ما أوفى، إلا أنه يجوز للدائن أن يرد ما استفاده فقط من قيام المدين بالوفاء قبل حلول الأجل، كأن يكون الدين نقوداً ووفي بها المدين قبل حلول الأجل، فإنه يجوز للدائن أن يرد فوائد هذه النقود عن المدة المتبقية من الأجل.

(د) لا يجوز إجراء المقاصة القانونية بين دين مؤجل وآخر حال الأداء.
(هـ) لا يمكن للدائن رفع الدعوى البوليصة أو استعمال الحق في الحبس؛
لأن من شروط رفع هذه الدعوى أو استعمال هذا الحق أن يكون حق الدائن مستحق الأداء، ولكن يجوز له رفع الدعوى غير المباشرة.
(و) لا يبدأ سريان التقادم للتزام المؤجل إلا منذ حلول الأجل؛ لأنه غير مستحق الأداء، والتقادم لا يسري إلا بالنسبة للحقوق مستحقة الأداء.^(١)

٢- أن الالتزام المضاف لأجل واقف التزام موجود:

إذا كان الالتزام المضاف إلي أجل هو التزام غير نافذ، إلا أنه التزام موجود، ولكن تنفيذه ينتظر حلول الأجل، ويترتب علي ذلك النتائج التالية:
(أ) يجوز للدائن اتخاذ كافة إجراءات المحافظة علي حقه، كقيد رهن أو تجديد قيده، أو رفع الدعوى الصورية وغير المباشرة، ووضع الأختام.
(ب) يجوز للدائن المطالبة بتأمين إذا خشي إفلاس المدين أو إعساره متي كان لخشيته سبب معقول (م ١/٢٧٤).

(ج) حق الدائن والتزام المدين المضاف كل منهما إلي أجل يمكن أن ينتقلا إلى الخلف العام بالميراث أو الخلف الخاص بالحوالة.
(د) إذا وفي المدين بالتزامه المضاف إلي أجل قبل حلوله اختياريًا، فإنه يفي بالتزام قائم في ذمته ولا يجوز له استرداده؛ لأن ذلك يعتبر نزولاً منه عن الأجل.^(٢)

ثانيًا: آثار الأجل الفاسخ:

الالتزام المضاف إلي أجل فاسخ، يقابله حق موجود ومستحق الأداء للدائن، وهذا الحق يكون نافذًا ولكنه سيزول حتمًا في المستقبل بمجرد حلول الأجل، ونظرًا لأن حق الدائن مستحق الأداء علي هذا النحو، فإن له الحق في اتخاذ كافة الإجراءات التنفيذية للحصول علي هذا الحق، كما له الطعن بالدعوى البوليصة في تصرفات مدينه.

(١) د/ البدرأوي: مرجع سابق، ص ٢١٧-٢١٨، ود/ محسن البيه: مرجع سابق ص ٣٨٩-٣٩٠.

(٢) د/ البدرأوي: مرجع سابق، ص ٣١٨-٣١٩، ود/ أحمد سلامة: مرجع سابق، ص ١٥٥.

ويسري التقادم لهذا الحق منذ نشوئه، وعلي الدائن أن يراعي دائماً أن حقه هذا مضاف إلى أجل فاسخ بما يعني أنه سيزول حتماً في المستقبل، فإذا أراد أن يتصرف فيه إلى خلف خاص، أو إذا انتقل هذا الحق إلى الخلف العام، فإنه ينتقل إلى أي منهما بهذا الصفة أي باعتباره سيزول حتماً في المستقبل؛ لأن الشخص لا يمكنه أن ينقل إلى غيره أكثر مما هو مستحق له.^(١)

المرحلة الثانية: آثار الأجل بعد حلوله:

الآثار السابقة هي الآثار التي تترتب على الأجل الواقف أو الفاسخ قبل حلول الأجل، أما بعد حلول الأجل فهناك بعض الآثار الأخرى التي يجب الإشارة إليها وهي تختلف من الأجل الواقف إلى الأجل الفاسخ:

أولاً: الأجل الواقف:

إن حلول هذا الأجل أو انقضائه بأي سبب من أسباب الانقضاء يؤدي إلى أن التزام المدين أصبح نافذاً، وأن حق الدائن أصبح مستحق الأداء، ويترتب على ذلك إعطاء الدائن صلاحيات أكثر للحصول على حقه؛ حيث يجوز له اتخاذ كافة الإجراءات التنفيذية للحصول على هذا الحق وإجبار المدين على الوفاء به، كما يجوز له الطعن بالدعوى البوليصة في تصرفات مدينة، والتمسك بالمقاصة، واللجوء للحق في الحبس، كما يبدأ سريان التقادم لحقه من تاريخ انقضاء الأجل.

وعلى العكس من الشرط، فإنه ليس لانقضاء الأجل أثراً رجعياً؛ حيث لا يعتبر الالتزام نافذاً إلا من وقت انقضاء الأجل وليس من وقت الاتفاق.^(٢)

ثانياً: الأجل الفاسخ:

فإن انقضاء هذا الأجل يؤدي إلى انقضاء الالتزام، فينقضي التزام المدين وينقضي معه أيضاً حق الدائن، فإذا كنا بصدد عقد إيجار مثلاً ينتهي بعد مرور سنة، فإن مرور هذه السنة يؤدي إلى انقضاء التزام كل من الطرفين، فلا يلتزم المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، ولا يلتزم

(١) د/ محسن البيه: مرجع سابق، ص ٣٩٢، ود/ أحمد سلامة: مرجع سابق ص ١٥٦.

(٢) د/ جلال إبراهيم: مرجع سابق، ص ٤٠٦.

المستأجر بدفع الأجرة، ومن ثم فالأجل الفاسخ هو وضع حد زمني لانقضاء الالتزام، وهو ما جعل بعض الفقه يرى أن الأجل الفاسخ ليس وصفًا للالتزام، وإنما هو بالأحرى سببًا لانقضائه.^(١) وانقضاء الالتزام بحلول الأجل الفاسخ لا يكون إلا بالنسبة للمستقبل فقط، وليس له أثر رجعي.

المطلب الثالث

انقضاء الأجل

ينقضي الأجل بأحد أمور ثلاثة: حلوله، أو النزول عنه، أو سقوطه.

أولاً: انقضاء الأجل بحلوله:

ينقضي الأجل عادة بحلوله أي بانقضاء الميعاد المحدد له كحلول أول يناير من عام ٢٠٢٧ مثلاً، أو ببداية العام الدراسي، كما يحل الأجل أيضاً بحدوث الواقعة المتخذة كأجل والأجل غير المعين، كالوفاة، وإتمام بناء المدرسة أو المستشفى، وبحلول الأجل يصبح الالتزام مستحق الأداء إذا كان واقفاً وزواله إن كان فاسخاً.

ثانياً: انقضاء الأجل بالنزول عنه:

كما ينقضي الأجل بنزول من تقرر لمصلحته عنه، فإذا كان الأجل مقرراً لمصلحة المدين وحده كان له الحق في النزول عنه، كما في القرض بدون فائدة، فيكون له النزول عن الأجل الممنوح له، والوفاء بهذا القرض فوراً، وإن كان الأجل مقرراً لمصلحة الدائن وحده كان له النزول عنه أيضاً، كالوديعة بدون أجر فيجوز للمودع في هذه الحالة النزول عن الأجل ومطالبة المودع لديه برد الوديعة.

أما إن كان الأجل مقرراً لمصلحة الطرفين فلا يجوز النزول عنه إلا باتفاقهما معاً، كما في حالة القرض بفائدة، فلا يستطيع المدين أن يرد الدين قبل حلول الأجل، ولا يستطيع الدائن إجبار المدين علي الوفاء قبل ذلك أيضاً. ويعتبر الأجل مقرراً لمصلحة المدين عند الشك فيه.^(٢)

(١) د/ إسماعيل غانم: مرجع سابق، ص ٢٨٥، ود/ البدرأوي: مرجع سابق، ص ٢١٦.

(٢) د/ البدرأوي: مرجع سابق، ص ٢٢١، ود/ محسن البيه: مرجع سابق، ص ٢٩٤.

ثالثاً: انقضاء الأجل بسقوطه:

وفقاً لنص المادة ٢٧٣ ينقضي الأجل بسقوطه في الحالات الآتية:

١- سقوط الأجل بشهر إفلاس المدين أو إعساره: يؤدي شهر إفلاس "المدين التاجر" أو إعسار "المدين غير التاجر" إلي حلول آجال جميع ديونه المؤجلة. والمقصود بالإفلاس أو الإعسار هنا: الإفلاس أو الإعسار القانوني؛ أي الذي يتم وفقاً لإجراءات قانونية معينة.

وترجع علة سقوط الأجل في هذه الحالة إلي أن الأجل يفترض الثقة في المدين، وإشهار الإفلاس أو الإعسار يضعف هذه الثقة، وحتى يتساوي جميع الدائنين في الحصول علي ديونهم، سواء كانوا أصحاب ديون حالة أم مؤجلة، بحيث لا يحصل أصحاب الديون الحالة علي ديونهم ولا يتبقي لأصحاب الديون المؤجلة شيئاً.^(١)

٢- سقوط الأجل بإضعاف التأمينات الخاصة: يؤدي إضعاف المدين التأمينات الخاصة التي قدمها للدائن إلي سقوط الأجل الممنوح للوفاء بما عليه من دين، ومثال التأمين الخاص الرهن، والامتياز الخاص. ويؤدي إضعاف التأمين الخاص إلي سقوط الأجل سواء كان هذا التأمين قد أعطي عند نشوء الدين أم بعد نشوئه، أي في اتفاق لاحق بين الطرفين، وسواء قد ترتب هذا التأمين باتفاق الطرفين، كالرهن أم بنص القانون كالامتياز، ولكن بشرط أن يكون الإضعاف إلي حد كبير.^(٢)

٣- سقوط الأجل لعدم تقديم المدين ما وعد به من تأمينات: إذا وعد المدين في العقد المنشئ للالتزام بتقديم تأمين خاص لدائنه، سواء كان هذا التأمين عينياً كالرهن، أم شخصياً كالكفالة، ثم تقاعس عن تنفيذ هذا الوعد، فإن القانون اعتبر ذلك سبباً كافياً لإسقاط الأجل، باعتبار أن الدائن لم يقبل الأجل إلا اعتماداً على هذا التأمين.

(١) د/ البدرأوي: مرجع سابق، ص ٢٢٤، ود/ أحمد سلامة: مرجع سابق، ص ٥٩.

(٢) د/ البدرأوي: مرجع سابق، ص ٢٢٤، ود/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١١٥.

الفصل الثاني

تعدد محل الالتزام

يتعدد محل الالتزام في حالتين: الأولى: يرد فيها الالتزام على أكثر من محل، ويكون واحد منها فقط هو واجب الأداء، فيكون الالتزام فيها تخييريًا. والثانية: يرد الالتزام فيها على محل واحد، إلا أنه يمكن للمدين أن يؤدي شيئًا آخر بدلًا منه، فيكون الالتزام فيها بديلًا:

المبحث الأول

الالتزام التخييري

الالتزام التخييري: هو الذي يتضمن محله عدة أشياء تتوافر فيها جميعًا الشروط اللازمة، وتبرأ ذمة المدين بأداء واحدًا منها. ومن ثم فالالتزام التخييري ينشأ على عدة محال وليس محلاً واحدًا، ويتوافر فيها جميعًا الشروط القانونية اللازمة لصحة المحل، ويكون للمدين الخيار في أن يفي بأيهما، أما إذا كان الالتزام وارداً على محلين أو ثلاثة، ولكن أحد المحلين أو اثنين من الثلاثة غير ممكن أو غير مشروع فليس ثمة التزام تخييري، وإنما نكون بصدد التزام بسيط؛ حيث لم تتوافر الشروط المطلوبة في المحل إلا في محل واحد فقط.^(١)

ومثال ذلك: التزام البائع بأن يقدم للمشتري إحدى سيارتين يملكهما، والالتزام الشريك بأن يقدم حصة نقدية، أو عينة، أو عملاً. والالتزام التخييري يختلف عن الالتزام المتعدد الذي يرد على عدة أشياء، بحيث يجب على المدين أداء هذه الأشياء جميعًا، كالالتزام المتقايض الذي يقدم للطرف الآخر شقة ومبلغًا من النقود، فلا تبرأ ذمته إلا بأداء الاثنين معًا.^(٢)

لمن يثبت خيار التعيين؟

يثبت خيار التعيين للمدين، فهو الذي يحدد محل الالتزام التخييري، ولا يثبت هذا الخيار للدائن، إلا إذا نص القانون أو اتفق الطرفان على ذلك.

(١) د/ البدراوي: مرجع سابق، ص ٢٥٨، ود/ عبد الحي حجازي: مرجع سابق، ص ١٦٥.

(٢) د/ جمال زكي: مرجع سابق، ص ٨٦٦، هامش (٢).

ويقوم المدين بتعيين المحل الذي يجب عليه أدائه، إما بإعلان إرادته عن اختياره لمحل معين، أو بالتفويض الفعلي للالتزامه، ولو كان هذا التنفيذ جزئياً، حيث لا يستطيع أن يعدل عنه بعد ذلك.^(١)

وإذا توفى من له حق الاختيار انتقل حقه إلى ورثته، وإذا أشهر إفلاسه أو إعساره، انتقل حق الخيار لجماعة الدائنين.

وتبدو للالتزام التخييري أهميته في حالة هلاك أحد المحلين الوارد عليهما الالتزام؛ حيث يصبح محل الالتزام في هذه الحالة هو الشيء الآخر، ولا ينقضي الالتزام، أما إذا هلك المحلين معاً بسبب أجنبي، انقضى الالتزام برمته.^(٢)

الامتناع عن استعمال الحق في الخيار:

إن كان الخيار للمدين وامتنع عن الاختيار - أو لم يتفق المدينون عند تعددهم على تعيين المحل الذي يجب عليهم الوفاء به -، فإنه يجوز للقاضي أن يمنحه أجلاً لهذا الاختيار بناء على طلب الدائن، فإن لم يتم الاختيار بعد مضي هذا الأجل، فإن القاضي هو الذي يتولى تعيين محل الالتزام.

أما إذا كان الخيار للدائن ولم يتم تعيين محل الالتزام، فإنه يجوز للقاضي أن يمنحه أجلاً أيضاً يختار فيه إذا طلب المدين ذلك، فإن مضى الأجل دون أن يتم تعيين محل الالتزام انتقل الخيار في هذه الحالة للمدين؛ لأن الأصل في الخيار أن يكون له،^(٣) وإذا كان الخيار للأجنبي ولم يتم بتعيين محل الالتزام تولى القاضي بنفسه هذا التعيين.^(٤)

استحالة التنفيذ قبل استعمال الحق في الخيار:

يختلف أثر استحالة التنفيذ بحسب سبب هذه الاستحالة، وما إذا كانت بسبب أجنبي أم بفعل المدين كما يلي:

(أ) فإن كانت هذه الاستحالة بقوة قاهرة أي لا دخل للدائن أو المدين فيها،

(١) المرجع السابق: ص ٨٦٧.

(٢) د/ عبد الحي حجازي: مرجع سابق، ص ١٦٧، ود/ أحمد سلامة: مرجع سابق، ص ١٦٤.

(٣) د/ أحمد سلامة: مرجع سابق، ص ١٦٥.

(٤) د/ البدرأوي: مرجع سابق، ص ٢٥٩.

فإنه إن كان الهلاك على أحد المحليين قبل استعمال الخيار، فإن الالتزام لا ينقضي، بل يتحدد محله في المحل الآخر، أما إذا هلك المحال جميعاً انقضى الالتزام حتى إن كان الهلاك في وقت واحد وبسبب لا يد للمدين فيه، وذلك وفقاً للقواعد العامة.

ب) وإن كان سبب الاستحالة هو فعل المدين ولو فيما يتعلق بواحد من المحال فقط، فإنه يكون ملزماً بأن يدفع قيمة آخر شيء استحال تنفيذه إذا كان الخيار مشروطاً للمدين، أما إن كان الخيار مشروطاً للدائن كان له حق اختيار قيمة أي الأشياء الهالكة.

ج) وإذا كان الخيار للدائن وهلك أحد المحليين مثلاً بخطئه، فهنا تبرأ ذمة المدين إلا إذا فضل الدائن الحصول على الشيء الباقي ويعوض المدين عن الشيء الهالك.

د) وإذا كان الخيار للدائن وهلك أحد المحليين مثلاً بخطأ المدين ففي هذه الحالة يخير الدائن بين المطالبة بالشيء الآخر، أو بقيمة الشيء الهالك.^(١)

المبحث الثاني

الالتزام البدلي Obligation Facultative

الالتزام البدلي: هو الذي يتحدد محله في شيء واحد فقط وعينه الطرفان تمام التعيين، إلا أن بإمكان المدين أن يؤدي شيئاً آخر بدلاً منه، وخيار البدل هنا قاصر على المدين فقط ولا يكون للدائن.

ويفترق الالتزام البدلي عن الالتزام التخييري في أن الأول لا يظهر التعدد فيه إلا عند الوفاء؛ حيث يتضح في هذه الحالة أنه كان للالتزام أكثر من محل وأقدم المدين على الوفاء بالبدل، أما الالتزام التخييري فإن التعدد يظهر فيه منذ البداية إلا أن الوفاء يكون بشيء واحد فقط.

كما يفترقان من ناحية من يستعمل حق الخيار، حيث يكون الخيار في الالتزام البدلي قاصراً على المدين فقط، أما في الالتزام التخييري فقد يكون الخيار للمدين وهو الأصل، وقد يكون للدائن بنص القانون أو بالاتفاق.

(١) د/ عبد الحي حجازي: مرجع سابق، ص ١٦٧-١٦٨.

ويفترقان أخيراً من ناحية تعيين محل الالتزام؛ حيث إن محل الالتزام البدلي يكون معيناً تعييناً تاماً منذ نشأة الاتفاق، أما محل الالتزام التخييري فلا يتم تعيينه إلا عند الوفاء.^(١)

ونظراً لأن الالتزام البدلي يقوم على محل واحد فقط وهو المحل الأصلي، فإنه يجب أن تتوفر في هذا المحل الشروط القانونية اللازمة لصحته، وإلا كان الالتزام باطلاً، ولكن إذا تخلفت هذه الشروط عن المحل البديل، فلا أثر لذلك على الالتزام؛ لأن محله الأصلي قائماً وبصير الالتزام في هذه الحالة بسيطاً وليس موصوفاً.^(٢)

ونظراً لأن الالتزام البدلي يقوم على محل واحد فقط أيضاً، فلا يستطيع الدائن أن يطالب المدين إلا بهذا المحل ولا يمكنه مطالبته بالبديل، إلا أن المدين يمكنه الوفاء بالمحل الأصلي أو بالبديل وتبرأ ذمته بالوفاء بأيهما.^(٣) إذا هلك المحل الأصلي للالتزام البدلي بسبب لا يد للمدين فيه، فإن الالتزام البدلي ينقضي وتبرأ ذمة المدين، ولا يكون للدائن المطالبة بالبديل حتي ولو كان الهلاك بطلاً من المدين، وإنما يقتصر حقه في المطالبة بالتعويض فقط، ويستطيع المدين توقي المطالبة بالتعويض بالوفاء بالبديل.

أما إذا انصب الهلاك على البديل، فلا أثر لهلاكه على الالتزام البدلي، سواء كان الهلاك بقوة قاهرة أم بطلاً المدين، وإنما يتعين الالتزام في هذه الحالة في المحل الأصلي وبصير التزاماً بسيطاً وليس موصوفاً.^(٤)

وتجدر الإشارة إلي أن طبيعة الالتزام البدلي تتحدد بحسب طبيعة المحل الأصلي فإذا كان هذا المحل عقاراً فإن الالتزام يكون عقارياً ولو كان البديل منقولاً، أما الالتزام التخييري فتتحدد طبيعته حسب المحل الذي يتم الوفاء به بعد استعمال حق الخيار.^(٥)

(١) انظر في هذه الفروض: د/ عبد الحي حجازي: مرجع سابق، ص ١٧٠.

(٢) د/ محسن البيه: مرجع سابق، ص ٤٠٦، ود/ جمال زكي: مرجع سابق، ص ٨٧٠.

(٣) د/ عبد الحي حجازي: مرجع سابق، ص ١٧١، ود/ جمال زكي: مرجع سابق، ص ٨٧١.

(٤) د/ عبد الحي حجازي: مرجع سابق، ص ١٧١، ود/ محسن البيه: مرجع سابق، ص ٤٠٨.

(٥) د/ أحمد سلامة: مرجع سابق، ص ١٦٣، ود/ عبد الحي حجازي: مرجع سابق، ص ١٧١.

الفصل الثالث

الأوصاف التي ترد على أطراف الالتزام

تمهيد وتقسيم:

قد يتعدد كل من الدائنين والمدينين معاً، فيوجد أكثر من دائن وأكثر من مدين في علاقة واحدة، كبيع ورثة لعقار إلى عدة أشخاص، فيكون الورثة دائنون متعددون ويكون هؤلاء الأشخاص مدينون متعددون أيضاً.^(١)

ويترتب على التعدد أياً كان مصدره انقسام الالتزام على الدائنين المتعديدين أو المدينين المتعديدين، بالنسبة التي يحددها مصدر التعدد، فتوجد عدة حقوق مستقلة، أو عدة ديون مستقلة، فلا يطالب كل دائن إلا بقدر نصيبه، ولا يتحمل كل مدين إلا بقدر حصته أيضاً.^(٢)

إلا أن تعدد الأطراف على هذا النحو قد يلحقه وصف آخر يغير من الآثار السابقة ويتمثل هذا الوصف في التضامن بين الدائنين أو المدينين.

والتضامن في هاتين الحالتين يكون مصدره القانون أو الاتفاق إذا كان محل الالتزام قابلاً للانقسام، أما إذا كان محل الالتزام غير قابل للانقسام نظراً لطبيعة الالتزام أو الاتفاق بين الطرفين، فإن التضامن يقوم أيضاً ويكون مصدره الاتفاق أو طبيعة محل الالتزام.

وبناء على ذلك نقسم هذا الفصل إلى مبحثين، وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول

التضامن

التضامن كما يعرفه البعض: هو وصف يقوم بالالتزام متعدد الأطراف فيمنع من انقسامه.^(٣)

وهذا التضامن قد يكون بين المدينين، ويسمى بالتضامن السلبي، أو بين الدائنين، ويسمى بالتضامن الإيجابي. ونتناول كل منهما في مطلب:

(١) د/ جلال إبراهيم: مرجع سابق، ص ٣٠٩، ود/ جمال زكي: مرجع سابق، ص ٨٧١ .

(٢) د/ جمال زكي: مرجع سابق، ص ٨٧٢ .

(٣) د/ جلال إبراهيم: مرجع سابق، ص ٤١١ .

المطلب الأول

التضامن السلبي (تضامن المدينين)

نقسم هذا المطلب لفرعين، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول

ماهية التضامن السلبي ومصدره

أولاً: مضمون التضامن السلبي: هو الحالة التي يتعدد فيها المدينون ويكون كل مدين ملتزماً قبل الدائن بكل الدين، بحيث يستطيع الدائن مطالبة أي منهم بكل الدين، ويجوز لكل منهم أيضاً أن يفي للدائن بكل الدين فتبرأ ذمته وضم كل المدينين الآخرين، فإذا استوفى الدائن حق أي مدين منهم، أو قام أي مدين بالوفاء للدائن بكل الدين، جاز له الرجوع على كل المدينين منه كل بقدر نصيبه في الدين.^(١)

والتضامن السلبي بهذا المفهوم يعتبر استثناء من الأصل العام الذي يقضي بانقسام الالتزام على أطرافه المتعديدين، أما التضامن السلبي فيجعل الالتزام غير قابل لهذا الانقسام.^(٢)

ثانياً: أهمية التضامن السلبي:

وللتضامن السلبي أهميته البالغة في الحياة العملية، سواء بالنسبة للمعاملات المدنية أم التجارية، لكل من الدائن والمدين على حد سواء: **فبالنسبة للدائن:** يوفر له التضامن السلبي ضماناً فوق ضمان دون أن يثقل أموال أي من المدينين بحق عيني يفوق تداولها، ويغل يد المدين عنها، ويشل حركتها تجاهها.

وبالنسبة للمدينين: فإن التضامن السلبي يسهل لهم قبوله تحقيق مصالحهم المشتركة التي تتطلب تضامنهم في حمل الدين، وفي الوفاء به.^(٣)

(١) د/ جمال زكي: مرجع سابق، ص ٨٧٨.

(٢) د/ جلال إبراهيم: مرجع سابق، ص ٤١٢.

(٣) د/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٥٧٥، ود/ جمال زكي: مرجع سابق، ص ٨٧٩.

ثالثاً: مصدر التضامن السلبي:

التضامن السلبي لا يفترض ومن ثم لا ينشأ إلا باتفاق الطرفين، أو بنص القانون:

١- نشأة التضامن السلبي باتفاق الطرفين: وينشأ التضامن في هذه الحالة بموجب اشتراط الدائن على مدينه عند تعددهم أن يكونوا متضامنين، ويكون كل منهم مسؤولاً في مواجهته عن كل الدين، ويعتبر التضامن في هذه الحالة إحدى وسائل التأمينات الشخصية الفعالة التي تكفل المحافظة على حق الدائن، ويتم التضامن بالاتفاق سواء كان هذا الاتفاق صريحاً أم ضمنياً، بشرط أن تكون ظروف استخلاصه ضمنياً واضحة الدلالة على وجوده بدون غموض أو شك يكتنفها، فإن وجد شك في ذلك وجب تفسيره بنفي التضامن وليس بإثباته.^(١)

والتضامن السلبي يتم بالاتفاق، سواء أكان هذا الاتفاق في العقد الذي أنشأ الدين أم في اتفاق آخر لاحق له.

٢- نص القانون: كما قد يقوم التضامن السلبي استناداً لبعض النصوص القانونية، ومن بين هذه النصوص:

- المادة ١٦٩ من القانون المدني من تضامن المسؤولين عن العمل غير المشروع الصادر عند تعددهم عن تعويض المضرور.
- المادة ٧١٢ من تضامن الوكلاء عند تعددهم في مواجهة الموكل.
- المادة ٧٩٥ من تضامن الكفلاء في الكفالة القضائية والقانونية.
- بالإضافة إلى بعض حالات التضامن السلبي المقررة أيضاً في القانون التجاري، كتضامن الشركاء في شركة التضامن، وشركة التوصية، وتضامن مديري الشركة المساهمة، وتضامن وكلاء التفليسة.^(٢)

(١) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٢١٦ وما بعدها، ود/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٥٧٦.

(٢) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٢١٧ وما بعدها.

الفرع الثاني

آثار التضامن السلبي

للتضامن السلبي نوعين من الآثار:

أولاً: آثار التضامن السلبي في علاقة الدائن بالمدينين المتعدين:

تنشأ آثار هذه العلاقة من ثلاث قواعد هامة تحكمها وهي:

١ - وحدة الدين:

يقصد بوحدة الدين: أن حق الدائن قبل المدينين المتضامنين هو دين واحد لا يقبل التجزئة، فبالرغم من تعدد المدينين إلا أنه ليس للدائن إلا دين واحد يلتزم بسداده جميع المدينين.^(١)

ويترتب على هذه القاعدة النتائج الآتية:

أ) يجوز للدائن مطالبة المدينين مجتمعين بكل الدين، أو يطالب أيًا منهم بالوفاء بهذا الدين حسب اختياره، ولا يستطيع المدين أن يدفع مطالبة الدائن له بأنه ليس إلا أحد المدينين المتعدين، أو أنه لا يلتزم إلا بنصيبه في الدين فقط، وإذا لم يتمكن الدائن من الحصول على حقه كاملاً من أحد المدينين، يمكنه مطالبة أيًا من المدينين الآخرين بما تبقى من الدين.^(٢)

ب) إذا أوفى أحد المدينين المتضامنين بالدين كاملاً برئت ذمة المدينين جميعاً، فلا يحق للدائن بعد ذلك مطالبة مدين آخر بالوفاء ولو بنصيبه فقط.

ج) لكل مدين من المدينين المتضامنين أن يدفع مطالبة الدائن له بكل الدفع التي تتعلق بالدين، فيكون له - مثلاً - الدفع ببطلان الدين لتخلف أحد أركان المصدر الذي أنشأه، أو بقابلية هذا المصدر للإبطال؛ لوقوع أحد المدينين في غلط، أو تعيبت إرادته بتدليس أو إكراه مثلاً، والدفع بانقضاء الدين بأحد أسباب الانقضاء، كالوفاء والتقادم، والمقاصة، والدفع بأن الدين غير مستحق الأداء لكونه معلقاً على شرط لم يتحقق مثلاً.^(٣)

(١) د/ محسن البيه: مرجع سابق، ص ٤٢٦، ود/ جلال إبراهيم: مرجع سابق، ص ٤١٥.

(٢) د/ أحمد سلامة: مرجع سابق، ص ١٧٠.

(٣) المرجع السابق: ص ١٧٠-١٧١، ود/ محسن البيه: مرجع سابق، ص ٤٢٨.

٢ - تعدد الروابط:

ويقصد بتعدد الروابط أنه بالرغم من وجود التضامن بين المدينين، إلا أن هناك روابط متعددة تربط بين الدائن وبين كل مدين من هؤلاء المدينين، فيرتبط كل مدين بالدائن برابطة مستقلة عن الآخر، وخاصة من حيث صحة هذه الروابط، واستحقاقها، وانقضائها؛ حيث يحق لكل مدين التمسك بأوجه الدفاع الشخصية الخاصة به والمتعلقة بهذه الأمور الثلاثة:^(١)

أ) فمن ناحية أسباب البطلان الخاصة: يمكن أن تكون رابطة أحد المدينين بالدائن صحيحة ورابطة آخر باطلة، لانعدام أهليته لمباشرة التصرف الذي أنشأ الدين في ذمته، أو تكون هذه الرابطة قابلة للإبطال لسبب شاب رضاه كغلط أو تدليس أو إكراه، وعندئذ يكون لهذا المدين فقط حق التمسك بإبطال العقد في علاقته مع الدائن، ولا يجوز لغيره من المدينين التمسك بهذا الدفع.^(٢)

ب) من ناحية الأوصاف المعدلة للالتزام: قد تكون رابطة أحد المدينين بالدائن موصوفة بأحد الأوصاف التي تعدل من آثارها، كالشرط أو الأجل، وعندئذ يجوز له دون غيره التمسك بهذا الوصف عند مطالبة الدائن له، ومن ثم تكون رابطة أحد المدينين منجزة، وأخرى معلقة على شرط، وثالثة مضافة إلى أجل، فيكون لكل منهم التمسك بالوصف الذي يلحق رابطة فقط.^(٣)

ج) من ناحية انقضاء الالتزام بأسباب خاصة بأحد المدينين: يؤدي تعدد الروابط كذلك إلى إمكان انقضاء الدين بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين فقط، مع بقاءه بالنسبة للمدينين الآخرين بعد استئزال نصيب المدين الذي انقضى الدين بالنسبة له من مقدار الدين، وتناول المشرع بعض الأسباب الخاصة بانقضاء الدين لأحد المدينين وهي التجديد والمقاصة واتحاد الذمة والإبراء والتقادم:

(١) المرجع السابق: ص ٤٢٨، ود/ البديراوي: مرجع سابق، ص ٢٧٥.

(٢) د/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٥٨٤، د/ البديراوي: مرجع سابق، ص ٢٧٦.

(٣) د/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٥٨٤، ود/ أحمد سلامة: مرجع سابق، ص ١٧٢.

• **التجديد:** الأصل أن يؤدي تجديد الدين إلى براءة ذمم المدينين المتضامنين جميعاً، إلا أن نص المادة ٢٨٦ أعطى للدائن الحق في التحفظ على ذلك؛ حيث يجوز للدائن الاتفاق مع المدينين الآخرين على بقاء الدين القديم في ذمتهم، أو أن يتفق مع المدين على التجديد ويحتفظ بحقه تجاه باقي المدينين، وفي هذه الحالة يستطيع هذا الدائن الرجوع على هؤلاء المدينين بالدين بعد استئزال نصيب المدين الذي اتفق معه على التجديد.^(١)

• **المقاصة:** تقضي المادة ٢٨٧ بعدم جواز تمسك المدين المتضامن بالمقاصة التي تقع بين الدائن ومدين متضامن آخر إلا بقدر حصة هذا المدين، ومن ثم فإن كان أحد المدينين له الحق في التمسك بالمقاصة تجاه الدائن ولم يفعل لعدم رجوع الدائن عليه مثلاً، فإن من حق المدين الذي يرجع عليه الدائن التمسك بهذه المقاصة في حدود حصة المدين الذي كان له الحق فيها أولاً، أما إذا رجع الدائن على هذا المدين وتمسك في مواجهته بالمقاصة، فإن الدين ينقضي له وللمدينين جميعاً، ثم يرجع المدين على المتضامنين معه كل بقدر نصيبه في الدين.^(٢)

• **اتحاد الذمة:** إذا اتحدت الذمة بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين بأن ورث أحدهما الآخر مثلاً، فلا ينقضي الدين بالنسبة لباقي المدينين إلا بقدر حصة المدين الذي اتحدت ذمته مع الدائن فقط، فإن توفي الدائن وورثة أحد المدينين المتضامنين، ثم طالب أي من المدينين الآخرين بالدين كاملاً جاز لمن يطالبه أن يجبره على قصر المطالبة بما تبقى من الدين.^(٣)

• **الإبراء:** تقضي المادة ٢٨٩ بأنه إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين من الدين اقتصر الإبراء على هذا المدين فقط، أما الباقيون فلا تبرأ ذمتهم إلا بقدر نصيب هذا المدين الذي تم إبرأؤه ما لم يصرح المدين بغير ذلك.

(١) د/ جمال زكي: مرجع سابق، ص ٨٨٦، ود/ محسن البيه : مرجع سابق، ص ٤٣٠.

(٢) د/ جمال زكي: مرجع سابق، ص ٨٨٧، ود/ البدرابي: مرجع سابق، ص ٢٧٧.

(٣) د/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٥٨٥، ود/ البدرابي: مرجع سابق، ص ٢٧٧.

ولكن إذا اشترط الدائن لنفسه الحق في الرجوع على باقي المدينين بالدين كاملاً، في هذه الحالة إذا وفى أحدهم بالدين كاملاً كان له الحق في الرجوع على المدين الذي تم إبرائه بحصته في هذا الدين.

• **التقادم:** إذا سقط دين أحد المدينين بالتقادم أقتصر ذلك على هذا المدين وحده، ولا يكون أمام الدائن حينئذ سوى الرجوع على باقي المدينين بما تبقى من الدين بعد استئصال حصة المدين الذي انقضى الدين بالنسبة له بالتقادم، ويتحمل المدين الذي سقط الدين عنه بالتقادم نصيبه من حصة من يعسر من باقي المدينين. (١)

٣) النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر:

يؤدي التضامن السلبي بين المدينين إلى قيام نيابة تبادلية فيما بينهم في مواجهة الدائن، إلا أن هذه النيابة تقتصر على ما يفيد هؤلاء المدينين وليس فيما يضرهم، وهذه النيابة لم يرد بها نص إلا أنها كما يقول البعض فكرة لجأ إليها الفقه لتفسير بعض النتائج التي تترتب في حق المدينين نتيجة لعمل قام به أحدهم. (٢)

وبموجب هذه النيابة يكون كل مدين نائباً أمام الدائن عن باقي المدينين فيما ينفعهم فقط، أما ما يقوم به المدين من أعمال ليست نافعة أو فيها ضرر محض فلا تنفذ في حق الآخرين.

ومن تطبيقات النيابة التبادلية النافعة:

- ما يقوم به أحد المدينين من إجراء مقاصة بين دين له في ذمة الدائن، والدين الذي يتحمله مع سائر المدينين المتضامنين.
 - الالتزام بالتجديد بدلاً من سائر المدينين.
 - إذا قام أحد المدينين بإبراء ذمة سائر المدينين من الدين كله.
 - قيام أحد المدينين بحلف اليمين على عدم وجوب دين ما.
- فنظراً لما تتضمنه هذه الأعمال من نفع محض لباقي المدينين فإن المدين

(١) د/ البدرأوي: مرجع سابق، ص ٢٧٨-٢٧٩، ود/ محسن البيه: : مرجع سابق، ص ٤٣٦.

(٢) د/ أحمد سلامة: مرجع سابق، ص ١٧٣.

الذي قام بها يعتبر نائباً عنهم، وتسري بالنسبة لهم أيضاً.

ومن تطبيقات الأعمال الضارة:

- إعدار الدائن لأحد المدينين لا يسري بالنسبة للباقي، ويقتصر أثر الإعدار على هذا المدين وحده.

- قطع التقادم أو وقفه بالنسبة لأحدهم لا يؤدي إلى قطعه أو وقفه بالنسبة للباقيين أيضاً.

- الحكم الصادر على أحد المدينين لا يكون له حجية على غيره. فنظراً لما تتضمنه هذه الأعمال من ضرر لباقي المدينين، فإنها لا تسري في مواجهة سائر المدينين.^(١)

ثانياً: آثار التضامن السلبي فيما بين المدينين المتضامنين:

تنشأ آثار التضامن السلبي فيما بين المدينين من قاعدتين أو مبدئين يحكمان علاقة هؤلاء المدينين فيما بينهم، وهذان المبدآن هما:

١) اقتسام الدين فيما بين المدينين:

تنص المادة ٢/٢٩٧ على أنه: "وينقسم الدين الذي وفاه أحد المدينين حصصاً متساوية بين الجميع ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك".

وبموجب هذا النص فإن في علاقة المدينين فيما بينهم ينقسم الدين عليهم بنسبة حصة كل منهم؛ لأن الدين لا يكون وحدة واحدة إلا في علاقة هؤلاء المدينين بالدائن، ومن ثم إذا أوفى أحد المدينين بكل الدين فلا يطالب أي مدين آخر إلا بمقدار حصته فقط، والأصل أن حصص المدينين في الدين متساوية، كما في حالة التضامن في الدين الناشئ عن عمل غير مشروع (التعويض)؛ حيث يقوم التضامن بين المسؤولين المتعديين عن العمل غير المشروع وبمتساوي المسؤولية فيما بينهم، إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض.

وقد تكون حصص المدينين المتضامنين غير متساوية إما بالاتفاق الصريح أو الضمني، كاتفاق ثلاثة أشخاص على شراء قطعة أرض على

(١) د/ البدرابي: مرجع سابق، ص ٢٧٩-٢٨٠، د/ جمال زكي: مرجع سابق، ص ٨٩٢ وما بعدها.

الشيوع، على أن يكون لأحدهم النصف والثاني الثلث والثالث الباقي، فهذا يكون تضامهم في ثمن هذا الشراء كل بقدر حصته ونصيبه.

وقد تكون غير متساوية بنص القانون: مثل ما تنص عليه المادة ١٦٩ من جواز تعيين القاضي لنصيب كل من المسؤولين عن العمل غير المشروع في التعويض.

بيد أنه إذا كان من بين المدينين المتضامنين مدين معسر، فإن حصته يتحملها باقي المدينين كل بقدر حصته في الدين ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك.^(١)

٢- رجوع المدين الموفي على سائر المدينين المتضامنين معه:

نصت على هذا المبدأ المادة ١/٢٩٧ وبمقتضاه يكون لكل مدين من المدينين المتضامنين يقوم بالوفاء بما عليهم من دين حق الرجوع على باقيهم بما وفاه عن كل منهم، ولكنه لا يرجع على أي مدين إلا بقدر حصته في الدين، ولا يرجع عليه بالدين كله حتى لا ندخله في دائرة مفرغة لا مناص للخروج منها، بل ولا يجوز للمدين الرجوع على غيره من المدينين المتضامنين معه بكل الدين، ولو كان له حق الحلول محل الدائن؛ لأن تضامن المدينين في مواجهة الدائن لا يلزم عنه تضامنهم قبل بعضهم.

ولكي يرجع المدين على غيره من المدينين بما وفاه عنه من دين يجب أن يوفى بالدين فعلاً، كما يجب أن يكون الوفاء من ماله الخاص،^(٢) وسواء قام بهذا الوفاء من تلقاء نفسه أم لمطالبة الدائن له.

ولا يشترط أن يكون الوفاء وفاء بمعنى الكلمة، بل يكفي أن يكون الدين قد انقضى بما يقوم مقام الوفاء، كالوفاء بمقابل، أو المقاصة التي دفع بها مطالبة الدائن له، أو التجديد؛ لأن المدين في مثل هذه الحالات يكون قد أبرأ ذمة المدينين الآخرين من الدين التضامني، فيقرر له الحق في الرجوع على كل منهم بقدر حصته.^(٣)

(١) د/ البدرابي: مرجع سابق، ص ٢٨١، ود/ محسن البيه: مرجع سابق، ص ٤٤٦.

(٢) د/ جمال زكي: مرجع سابق، ص ٩٠٠، ود/ محسن البيه: مرجع سابق، ص ٤٤٩.

(٣) د/ جمال زكي: مرجع سابق، ص ٩٠٠، ود/ عبد الفتاح عبد الباقي: مرجع سابق، ص ١٨٦.

أساس رجوع المدين الموفي على بقية المدينين المتضامنين:

والمدين الذي قام بالوفاء يمكنه الرجوع على بقية المدينين المتضامنين معه إما بالدعوى الشخصية، أو بدعوى الحلول محل الدائن:

فالدعوى الشخصية: تقوم على أساس أن المدين قد أوفى بدين غيره من المدينين المتضامنين معه، فيما يزيد عن قدر حصته من هذا الدين، فيقرر له بذلك حق الرجوع الشخصي على هؤلاء المدينين، وقد تتأسس هذه الدعوى على الوكالة بين المدينين المتضامنين إذا كان مصدر التضامن هو الاتفاق؛ حيث يفترض في هذا الاتفاق إعطاء كل منهم للآخر توكيلاً في الوفاء المشترك، وقد يكون أساس الدعوى الشخصية هو الفضالة إذا كان مصدر التضامن بين المدينين هو نص القانون.^(١)

ودعوى الحلول: وهي الدعوى التي يرفعها المدين الموفي حالاً، يحل فيها محل الدائن الذي استوفى حقه؛ حيث إن الدائن كان له الحق في مطالبة المدينين المتضامنين، وبما أن المدين قد أوفى هذا الدائن بحقه فيقرر لهذا المدين الحق في الحلول محل هذا الدائن بما له من دعاوى في مواجهة المدينين.

وللمدين حق الاختيار في الرجوع إما بالدعوى الشخصية، أو بدعوى الحلول، وإن كانت دعوى الحلول تكفل له بعض المزايا إذا كان الدين الذي وفى به مضموناً ببعض التأمينات التي حصل عليها الدائن؛ حيث يحل المدين الموفي في هذه التأمينات أيضاً.

وقد يفضل المدين الرجوع بالدعوى الشخصية؛ لما تحققه له من جواز مطالبة زملائه بفوائد ما دفعه، حيث يجوز لكل من الوكيل والفضولي الحصول على فوائد ما أنفقه في تنفيذ الوكالة أو الفضالة من يوم إنفاقه.^(٢)

(١) د/ البدرأوي: مرجع سابق، ص ٢٨٢، ود/ أحمد سلامة: مرجع سابق، ص ١٨٨.

(٢) المراجع السابقة نفس المواضع تقريباً.

المطلب الثاني

التضامن الإيجابي (تضامن الدائنين)

تقسيم: على غرار دراستنا للتضامن السلبي ندرس التضامن الإيجابي أيضا في فرعين نخصص أولهما في التضامن ومصدره، ونتناول في الثاني أهم آثاره.

الفرع الأول

ماهية التضامن الإيجابي ومصدره

التضامن الإيجابي هو: التضامن الذي يوجد بين الدائنين عند تعددهم، ويكون فيه لكل دائن الحق في استيفاء الدين كاملا من المدين، كما تبرا ذمة المدين إذا أوفى بكل الدين لأي من هؤلاء الدائنين.^(١) وهذا النوع من التضامن نادر الوقوع في الحياة العملية؛ لقلة أهميته، ولإمكان الاستغناء عنه ببعض الأنظمة القانونية الأخرى كالوكالة مثلاً.

مصدر التضامن الإيجابي:

تضامن الدائنين لا يكون إلا بالاتفاق فيما بينهم، فهو لا يفترض، ولا يتقرر بنص القانون، ويكون هذا الاتفاق عن طريق اشتراط صريح أو ضمني بين الدائنين والمدين على تضامن الدائنين، متى كانت ظروف التعاقد تدل بوضوح على قصد الدائنين على التضامن، أما إذا وجد شك في تفسير هذا القصد، وجب استبعاد التضامن.^(٢)

وقد ينشأ التضامن الإيجابي من طبيعة العمل الذي يقوم به الدائنون، كالبيع الذي يقوم به عدة أشخاص، ولم يقم المشتري بدفع الثمن، فيكون البائعون جميعاً متضامنين في المطالبة بالفسخ.^(٣)

(١) د/ محسن البيه: مرجع سابق، ص ٤١٣، ود/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٥٦٨.

(٢) د/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٥٧٠، ود/ جمال زكي: مرجع سابق، ص ٨٧٤.

(٣) د/ البدرأوي: مرجع سابق، ص ٢٦٧.

الفرع الثاني

آثار التضامن الإيجابي

هناك بعض الآثار التي تنشأ من علاقة الدائنين المتضامنين بالمدين، وأخرى تنشأ من علاقة الدائنين المتضامنين فيما بينهم:

أولاً: آثار التضامن الإيجابي الناشئة من علاقة الدائنين بالمدين: تحكم علاقة الدائنين المتضامنين بالمدين ثلاثة مبادئ رئيسية، وهي:

١- وحدة الدين:

ويقصد به أن هناك موضوعاً واحداً بين هؤلاء الدائنين، وهو محل الحق الذي لهم جميعاً، وأن هذا الحق لا يقبل التجزئة في علاقة هؤلاء الدائنين بالمدين. ويترتب على ذلك ما يلي:

أ) يجوز لكل دائن متضامن مطالبة المدين بالوفاء بكل الدين، سواء قام بذلك منفرداً أم مع غيره من الدائنين، وليس ثمة مشكلة في مطالبة الدائنين مجتمعين للمدين بالوفاء بالدين.

ولكن تبدو المشكلة في حالة مطالبة أحد الدائنين أو بعضهم؛ إذ أنه بالرغم من جواز وفاء المدين بالدين كاملاً لمن يطلبه، ولا يجوز له الاعتراض على هذه المطالبة استناداً إلى وجوب مطالبة الدائنين مجتمعين له، إلا أنه قد يعترض أحد الدائنين على هذا الوفاء، ويشترط أن يكون الوفاء للدائنين مجتمعين، وفي هذه الحالة يجب على المدين الاستجابة لهذا الاعتراض، فيفي بالدين للدائنين مجتمعين إن تيسر له ذلك، وإلا قام بإيداع مبلغ الدين في خزانة المحكمة، وإذا لم يستجب الدائن الذي يطالب بالدين لهذا الاعتراض وأوفى له المدين بالدين كاملاً، فلا تبرأ ذمة المدين إلا بقدر نصيب هذا الدائن فقط.^(١)

ب) يترتب على وحدة الدين في الضمان الإيجابي أنه يجب على كل دائن قبول الوفاء بكل الدين متى طلب المدين منه ذلك؛ لأنه إن كان من حقه طلب الدين كله، فيجب عليه أيضاً قبول الدين كله متى عرضه عليه المدين.

(١) د/ أحمد سلامة: مرجع سابق، ص ١٨٤، ود/ البدرابي: مرجع سابق، ص ٢٦٨.

ج) ويترتب على وحدة الدين أيضاً أن المدين يستطيع أن يدفع في مواجهة الدائن الذي يطالبه بالدين بكافة الدفع المشتركة بين الدائنين، كالدفع بعدم مشروعية محل الدين، أو بقابلية العقد مصدر الدين للإبطال لتعرض المدين للإكراه من الدائنين، كما يجوز للمدين التمسك في مواجهة الدائن الذي يطالبه بالدين بكافة أنواع الدفع الخاصة بعلاقته بهذا الدائن، أما الدفع الخاصة بغيره من الدائنين فلا يجوز للمدين التمسك بها.^(١)

٢- تعدد الروابط:

بالرغم من تضامن الدائنين فيما بينهم في مواجهة المدين، إلا أنه يظل لعلاقة كل منهم بالمدين استقلالها وسماتها الخاصة بها، فتتعدد من ثم الروابط التي بين هؤلاء الدائنين والمدين مما ينتج عنه ما يلي:

أ) قد تكون إحدى هذه الروابط صحيحة والأخرى باطلة أو قابلة للإبطال لتعيب إرادة المدين في هذه العلاقة بأحد عيوب الإدارة، كالغلط أو التدليس أو الإكراه، ومن ثم لا يجوز للمدين التمسك بهذا البطلان أو الإبطال في مواجهة أي من الدائنين الآخرين.^(٢)

ب) قد تكون إحدى هذه الروابط موصوفة بأحد أوصاف الالتزام التي تعدل من آثارها، كالشرط والأجل، بينما تكون رابطة أخرى منجزة.^(٣)

ج) كما يترتب على تعدد الروابط أيضاً أن براءة ذمة المدين تجاه أحد الدائنين المتضامنين لا يؤدي إلى براءة ذمته تجاه الدائنين الآخرين متى تحققت هذه البراءة بسبب غير الوفاء بالدين كاملاً، نظراً لتعدد روابط هؤلاء الدائنين بالمدين واستقلال كل منها عن الأخرى.

وبعلل الفقه ذلك بأن الدائن المتضامن لا يعتبر نائباً عن جميع الدائنين إلا في استيفاء الدين، حيث يرجع عليه كل منهم بحصته في هذا الدين، أما أسباب الانقضاء الأخرى فلا يمثل فيها الدائن إلا نفسه فقط، ومن ثم إذا انقضى

(١) د/ محسن البيه: مرجع سابق، ص ٤١٦، ود/ البدراوي: مرجع سابق، ص ٢٦٨.

(٢) المادة ٢٨١ من القانون المدني، ود/ البدراوي: مرجع سابق، ص ٢٦٩.

(٣) د/ أحمد سلامة: مرجع سابق، ص ١٨٦.

دين أحد الدائنين بالمقاصة أو اتحاد الذمة أو الإبراء، فلا ينقضي الدين بالنسبة لسائر الدائنين إلا بقدر حصة هذا الدائن فقط، ويظل المدين ملتزماً تجاه الباقي بما تبقى من الدين.^(١)

٣) النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر:

تنص على هذا المبدأ المادة ٢٨٢ مدني بقولها: "ولا يجوز لأحد الدائنين المتضامنين أن يأتي عملاً من شأنه الإضرار بالدائنين الآخرين". ويتضح من هذا النص أن الأعمال التي يقوم بها أحد الدائنين وتفيدهم جميعاً تسري في حق باقي الدائنين، أما إذا كان من شأن هذه الأعمال الإضرار بهم فلا تسري في حق باقي الدائنين.

ومثال الأعمال النافعة التي تسري في حق الدائنين جميعاً:

قطع أحد الدائنين للتقادم، أو قيامه بتوجيه اليمين الحاسمة إلى المدين، فنكث عنها مما أدى إلى ثبوت الدين في ذمته، فمثل هذه الأعمال يستفيد منها جميع الدائنين المتضامنين، ومن هذه الأعمال أيضاً قيام أحد الدائنين بإعذار المدين، وكذلك قيام أحد الدائنين بالصلح مع المدين بما يفيد اعتراف هذا المدين بالحق.^(٢)

ومثال الأعمال التي تضر بباقي الدائنين ولا تسري في حقهم:

إبراء أحد الدائنين للمدين، فلا يسري هذا الإبراء بالنسبة لباقي الدائنين المتضامنين معه وتظل حقوقهم كما هي ولا تتأثر بهذا الإبراء، وكذلك اتحاد ذمة أحد الدائنين بذمة المدين، فلا يسقط من الدين إلا بقدر حصة هذا الدائن فقط، وإذا تصالح أحد الدائنين مع المدين فلا يسري هذا التصالح على سائر الدائنين إن تضمن إسقاطاً للدين أو بعضه، كما لا يسري في حق الدائنين المتضامنين ما يمنحه أحدهم للمدين من مهلة للوفاء؛ لأن هذه الأعمال جميعها من شأنها الإضرار بحقوق سائر الدائنين.^(٣)

(١) د/ البدرأوي: مرجع سابق، ص ٢٦٩، ود/ محسن البيه: مرجع سابق، ص ٤٢٨.

(٢) د/ البدرأوي: مرجع سابق، ص ٢٧١، ود/ محسن البيه: مرجع سابق، ص ٤١٩.

(٣) د/ البدرأوي: مرجع سابق، ص ٢٧٠، ود/ محسن البيه: مرجع سابق، ص ٤١٨.

ثانياً: آثار التضامن الإيجابي الناشئة عن علاقة الدائنين فيما بينهم:
بالرغم من وحدة الدين في علاقة الدائنين المتضامنين بالمدين إلا أن هذا الدين ينقسم في علاقة الدائنين فيما بينهم، ومن ثم فإن استوفى أحدهم الدين أو أوفى به المدين له صار حقاً لجميع الدائنين المتضامنين، سواء كان ما استوفاه الدين كاملاً أم بعضه؛ حيث يأخذ كل دائن من هذا البعض حينئذ بقدر نصيبه، أو يأخذ نصيبه كاملاً إن حصل أحدهم على الدين كله، إلا إذا اتفق الدائن والمدين على استيفاء الدائن الذي تم له الوفاء حقه كاملاً، وعندئذ لا تبرأ ذمة المدين إلا بقدر حصة هذا الدائن.^(١)

وإذا كان أحد الدائنين هو صاحب المصلحة في الدين وحده وكان من معه من الدائنين مجرد وكلاء، فإن هذا الدائن هو الذي يستقل بالدين كاملاً إن حصل الوفاء له، كما له الحق في الرجوع على من يستوفيه من باقي الدائنين.^(٢) ويتم تحديد حصة كل دائن من الدائنين المتضامنين عن طريق الاتفاق الصريح أو الضمني، فإذا كانوا بائعين لعقار على الشيوخ مثلاً فإن حصة كل منهم في الثمن تكون بنسبة ما يملكه من العقار، وإذا لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني على تحديد حصة كل منهم، فإن الدين ينقسم بينهم بالتساوي.^(٣)

وإذا أعسر الدائن الذي استوفى الدين إعساراً جزئياً، لا يستطيع معه إلا الوفاء بنصف ديونه، تحمل الدائنين المتضامنين معه أثر هذا الإعسار كل بقدر نصيبه، فلا يحصل كل منهم إلا على نصف حصته، ولا يحق لهم الرجوع على المدين في هذه الحالة، ولا يشاركونهم في تبعة هذا الإعسار.

وإذا أعسر المدين نفسه ولم يستطع الدائن الذي يطالبه بالدين الحصول إلا على نصف الدين مثلاً تحمل سائر الدائنين المتضامنين تبعة هذا الإعسار، فلا يحصل كل منهم أيضاً إلا على نصف حصته من هذا الدين.^(٤)

(١) د/ جمال زكي: مرجع سابق، ص ٨٧٧.

(٢) د/ أحمد سلامة: مرجع سابق، ص ١٨٨، مجموعة الأعمال التحضيرية، ج ٣، ص ٦١.

(٣) د/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٥٧٤، ود/ جمال زكي: مرجع سابق، ص ٨٧٨.

(٤) انظر في ذلك: مجموعة الأعمال التحضيرية، ج ٣، ص ٦١.

المبحث الثاني

عدم قابلية الالتزام للانقسام

عدم قابلية الالتزام للانقسام هو أحد الأوصاف التي قد ترد علي الالتزام فتجعله غير قابل للانقسام علي طرفه المتعدد، سواء كان هذا الطرف هو الدائن أو المدين. وتناول القانون المدني أحكامه بالمواد من ٣٠٠ إلي ٣٠٢، وفي ضوء ذلك نقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول

ماهية عدم قابلية الالتزام للانقسام وأسبابه

الأصل أن يتم تنفيذ الالتزام كاملاً دفعة واحدة ولا يجوز تجزئته إلا باتفاق طرفيه "الدائن والمدين" وهذا إذا كان الالتزام بسيطاً ولم يتعدد أحد طرفيه، وفي هذه الحالة يكون الالتزام بالوفاء غير قابل للتجزئة، سواء هذا الالتزام قابلاً للتجزئة أم لا، فإذا توفي الدائن أو المدين في هذا الفرض مثلاً، وحل ورثته محله، فالأصل أن ينقسم الدين عليهم فيصبح كل منهم دائناً أو مدينًا بقدر نصيبه في الميراث، فتتعدد الالتزامات وتتعدد أطرافها.

إلا أن هناك بعض الحالات التي يتعدد فيها أحد طرفي الالتزام وكان يجب تقسيم محل هذا الالتزام عليهم إلا أن هذا الالتزام في ذاته يكون غير قابل للتجزئة وهو ما يطلق عليه عدم قابلية الالتزام للانقسام.

ونميل إلي ما يعرفه به البعض بأنه: الالتزام الذي يتحتم اقتضاؤه من الدائن أو أدائه من المدين كاملاً غير مجزأ.

ويتميز الالتزام غير القابل للانقسام بأن تنفيذه يتم بأداء كل موضعه دون أن يطرأ علي هذا الموضوع تجزئة أو انقسام، كالالتزام بتقديم سيارة أو حصاناً، فلا يمكن تجزئة هذه الأشياء، فإما أن يتم التنفيذ كاملاً أو لا يتم أصلاً.^(١)

ومن ثم فعدم القابلية للانقسام صفة يقترب بها الالتزام منذ نشوئه ولو كان قد نشأ من دائن واحد ومدين واحد؛ حيث يكون المقصود في هذه الحالة عدم

(١) د/ عبد الفتاح عبد الباقي: مرجع سابق، ص ١٩٠.

قابليته للانقسام في المستقبل ولو تعدد أحد طرفيه.^(١)

أسباب عدم القابلية للانقسام:

عدم قابلية الالتزام للانقسام قد ترجع إلي طبيعة الالتزام، أو إلى الغرض من التعاقد، أو لاتفاق الطرفين على ذلك:

١ - **عدم قابلية الالتزام للانقسام لطبيعته التي تأتي ذلك:** قد يكون الالتزام غير قابل للانقسام بسبب طبيعته التي تأتي هذا الانقسام، وهو ما يسمى بعدم الانقسام الضروري أو المطلق؛ حيث قد يكون محل الالتزام لا يقبل التجزئة من الناحية المادية، كالالتزام بتسليم دابة أو سيارة، فالتجزئة غير متصورة في مثل هذه الأشياء.

وكذلك قد تحول طبيعة الالتزام دون إمكان تجزئته، كالالتزام بالامتناع عن عمل، فلا يتصور فيه امتناع الملتزم عن شيء وإتيان شيئاً غيره يدخل في نطاق هذا الالتزام، كالالتزام بالتاجر بعدم المنافسة فلا يتصور فيه امتناعه عن المنافسة يوماً وإتيانه المنافسة يوماً آخر، حيث لا يمكن تجزئة هذا الالتزام أصلاً.^(٢)

٢ - **عدم قابلية الالتزام للانقسام لتعارض الانقسام مع الغرض من التعاقد:** وقد ترجع عدم قابلية الالتزام للانقسام إلى الغرض من التعاقد، وهو ما يطلق عليه البعض عدم قابلية الالتزام للانقسام النسبي؛ حيث إن محل الالتزام ذاته يقبل التجزئة إلا أن غرض الطرفين من التعاقد تحول دون ذلك، وذلك كالمقاول الذي يتعهد ببناء منزل، فلا يجوز لهذا المقاول بعد أن بدأ في تنفيذ التزامه جزئياً الانسحاب من تنفيذه؛ لأن الالتزام ينصب على بناء منزل وفق مواصفات معينة يجب عليه القيام به كاملاً.^(٣)

٣ - **عدم قابلية الالتزام للانقسام لاتفاق الطرفين على ذلك:** وقد يحول اتفاق الطرفين دون تجزئة الالتزام بالرغم من إمكان ذلك، سواء تم الاتفاق على

(١) د/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٥٩٨.

(٢) د/ أحمد سلامة: مرجع سابق، ص ١٩٠.

(٣) د/ أحمد سلامة: مرجع سابق، ص ١٩٠، ود/ جمال زكي: مرجع سابق، ص ٩٠٥.

عدم جواز التجزئة صراحة أم ضمناً تم استخلاصه من ظروف التعاقد، كما في حالة التعهد بتوريدات متتالية، فمحل هذا الالتزام القيام بتوريدات متتالية بحسب قصد المتعاقدين بالرغم من أن التنفيذ يتم منقسمًا.^(١)

وإذا كان الغالب أن يهدف الاتفاق على عدم قابلية الالتزام للانقسام إلي تحقيق مصلحة الدائن والدائنين إلا أنه قد تم لمصلحة المدين أيضاً، فلا يستطيع الدائنون إجباره علي الوفاء الجزئي لدائن واحد أو لبعض الدائنين عند تعددهم، فإذا أودع شخص مبلغاً من المال في أحد البنوك ثم توفي وكان هذا المبلغ يدر فوائد معينة، وحل الورثة، محل المودع فلا يستطيع أحد هؤلاء الورثة إجبار البنك على الوفاء له بنصيبه في الفوائد؛ لأن البنك لا يدفع الفوائد إلا جملة واحدة.^(٢)

المطلب الثاني

آثار عدم قابلية الالتزام للانقسام

هناك بعض الآثار التي ترتب علي عدم قابلية الالتزام للانقسام في حالة تعدد المدينين وأخري في حالة تعدد الدائنين:

أولاً: آثار عدم قابلية الالتزام للانقسام في حالة تعدد المدينين:

تكفلت المادة ٣٠١ مدني ببيان هذه الآثار بقولها: "١- إذا تعدد المدينون في التزام غير قابل للانقسام كان كل منهم ملزماً بوفاء الدين كاملاً. ٢- وللمدين الذي وفي بالدين حق الرجوع على الباقيين، كل بقدر حصته إلا إذا تبين من الظروف غير ذلك".

يتضح من هذا النص أن آثار عدم قابلية الالتزام للانقسام في حالة تعدد المدينين تتقارب إلي حد كبير مع آثار التضامن السلمي بين المدينين؛ حيث يؤدي عدم قابلية الالتزام للانقسام إلي إلزام كلاً منهم بالوفاء بالدين كاملاً، فيجوز للدائن مطالبة أي من المدينين بالدين كاملاً دون أن يكون لهذا المدين أن يحيله على بقية المدينين، وإذا أوفى أحد المدينين بالدين فإن هذا يؤدي إلي

(١) د/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٥٩٩، ود/ أحمد سلامة: مرجع سابق، ص ١٩١.

(٢) د/ أحمد سلامة: مرجع سابق، ص ١٩١.

براءة ذمته وضم المدينين الآخرين معه.^(١)

ومن ثم يجوز للدائن أن يطالب أحد المدينين فقط، ويجوز له أن يطالبهم مجتمعين، أو أن يطالب كل منهم علي حدة حتي يحصل علي حقه كاملاً، وإذا وجه الدائن المطالبة القضائية إلي أحد المدينين فقط، جاز لهذا المدين أن يطلب تأجيل الدعوي لإدخال المدينين الآخرين فيها، كما يجوز للمحكمة أن تأمر من تلقاء نفسها بإدخال هؤلاء المدينين فيها حتي يصدر الحكم عليهم جميعاً بالدين وحتى تلزم كل منهم بكل الدين.

بيد أنه لا يجوز للمدين الذي وجهت إليه المطالبة دفعها بطلب تقسيم الدين لعدم تضامنه مع المدينين الآخرين.^(٢)

وإذا أوفى أحد المدينين في الدين غير القابل للانقسام بالدين كاملاً كان له الحق في الرجوع علي باقي المدينين كل بقدر حصته.

وبالرغم من وحدة الدين بين هؤلاء المتضامنين علي هذا النحو إلا أنه يظل لكل منهم علاقته الخاصة بالدائن وينطبق عليها أحكامها الخاصة بها من حيث الصحة أو عدمها، ومن حيث كونها بسيطة أو موصوفة، ومن حيث كونها منجزة أو معلقة على شرط أو مضافة إلي أجل، ومن حيث أسباب الانقضاء الخاصة بها دون غيرها.^(٣)

ثانياً: آثار عدم قابلية الالتزام للانقسام في حالة تعدد الدائنين:

وفقاً لنص المادة ٣٠٢ مدني أنه في حالة تعدد الدائنين ونظراً لعدم قابلية الالتزام للانقسام يجوز لكل دائن ووارث أن يطالب بأداء الالتزام كاملاً، ولكن لو اعترض أحد الدائنين علي أداء الالتزام لواحد منهم، وجب على المدين في هذه الحالة أن يؤدي محل الالتزام لهؤلاء الدائنين مجتمعين أو أن يودعه خزانة المحكمة علي ذمة هؤلاء الدائنين.^(٤)

(١) د/ محسن البيه: مرجع سابق، ص ٤٥٨، ود/ جمال زكي: مرجع سابق، ص ٩٠٧.

(٢) د/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٦٠٣.

(٣) د/ عبد الفتاح عبد الباقي: مرجع سابق، ص ١٩٢.

(٤) د/ جمال زكي: مرجع سابق، ص ٩٠٨، ود/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٦٠٨.

الباب الثالث

انتقال الالتزام

تمهيد وتقسيم:

يقصد بانتقال الالتزام: تحويل الرابطة التي بين الدائن والمدين من شخص إلى شخص آخر مع بقاء الالتزام في ذاته بأوصافه وضمائنه وتوابعه ودفعه كما هو دون تغيير، فإذا كان التحويل في شخص الدائن أى حل دائن جديد محل الدائن الأصلي، كنا بصدد حوالة للحق، وإذا كان التحويل في شخص المدين أى حل مدين جديد محل المدين الأصلي، كنا بصدد حوالة للمدين.

وقد ينتقل الالتزام بسبب الوفاة فيحل الورثة محل مورثهم فيما له من حقوق، ويلتزمون بما عليه من التزامات مع اختلاف بين التشريعات حول حدود ومسئولية الورثة عن التزامات مورثهم.

وقد ينتقل الالتزام حال الحياة عن طريق الحوالة وهذه فكرة اعتدت بها التشريعات الحديثة بعد اعتناقها النظرة المادية للالتزام، وباعتباره عنصراً من عناصر الذمة المالية لكل من الدائن والمدين، ومن ثم جاز انتقاله دون انقضائه أو تغييره.

ولقد أجاز القانون المدنى المصرى انتقال الالتزام ونظمه بالمواد من ٣٠٣ إلى ٣٢٢، حيث تناول في المواد من ٣٠٣ إلى ٣١٤ حوالة الحق أو انتقال الالتزام في مظهره الايجابى، وتناول في المواد ٣١٥ إلى ٣٢٢ حوالة الدين أو انتقال الالتزام في مظهره السلبى، وهو ما نتعرض له في فصل مستقل على النحو التالى:

الفصل الأول

حوالة الحق

مفهوم حوالة الحق وأهميتها:

حوالة الحق: اتفاق ينقل بمقتضاه الدائن ماله من حق قبل مدينه في التزام معين إلى شخص ثالث من الغير.

ويسمى الدائن في هذه الحالة محيلاً والمدين محالاً عليه والشخص الثالث محالاً وقد تكون الحوالة بمقابل فتعتبر بيعاً، وقد تكون بدون مقابل فتعتبر هبة وتطبق عليها أحكام التبرع.^(١)

ويتضمن حديثنا عن حوالة الحق بيان شروطها، والآثار المترتبة عليها كل في مبحث مستقل على النحو التالي:

المبحث الأول

شروط حوالة الحق

لحوالة الحق نوعان من الشروط يتعلق الأول بانعقادها، ويتعلق الثانى بنفاذها، ونتناول كل نوع منهما فى مطلب مستقل:

المطلب الأول

شروط انعقاد حوالة الحق

حوالة الحق: اتفاق ينقل بمقتضاه المحيل (الدائن) حقه الذى قبل مدينه إلى شخص آخر هو المحال له، ومن ثم يجب لانعقادها توافر أركان العقد بصفة عامة من رضا ومحل وسبب، كما يجب أن يتوافر فى هذه الأركان شروط صحتها.

فمن حيث الرضا:

يجب أن يتوافر الرضا التام بين طرفى الحوالة، وهما المحيل والمحال له، ولا يلزم توافر رضا المدين؛ حيث تتعد حوالة الحق ولو عارضها. وهو

(١) د/ السنهورى: نظرية الالتزام بوجه عام الأوصاف والحوالة الانقضاء، ج٣، دار احياء التراث العربى ١٩٥٨، ص ٤٤٢، ود/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٦٢٣، ود/ طلبة خطاب: أحكام الالتزام بين الشريعة الإسلامية والقانون، ط: دار الفكر العربى، ص ٢٢٢.

ما عبر عنه المقنن صراحة في عجز المادة ٣٠٣ مدني، ويجب أن يصدر الرضا من شخص ذي أهلية لإصداره، وتختلف الأهلية في هذه الحالة باختلاف الغرض من حوالة الحق، وبحسب ما إذ كانت بمقابل أم بدون مقابل، كما يجب أن يكون الرضا غير مشوب بعيب من عيوب الإرادة كالغلط، والتدليس، والإكراه، والاستغلال والغبن.

وتتم الحوالة بتلاقى إرادتي الطرفين ومن ثم لا يلزم شكل معين لانعقادها؛ لأنها عقد رضائي إلا إذ كان الغرض منها الهبة من المحيل إلى المحال له فيجب أن تتم بشكل رسمي.^(١)

ومن حيث السبب:

فيجب أن يكون الباعث الدافع لإتمام حوالة الحق مشروعاً أيًا كان الغرض من إبرامها، وتخضع حوالة الحق في ذلك للقواعد العامة الواردة في نظرية الالتزامات ولا تتميز فيها بميزة خاصة إلا فيما يتعلق بالمحل على النحو التالي:

ومن حيث المحل:

تنص المادة ٣٠٣ مدني على أنه: "يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر، إلا إذا حال دون ذلك نص القانون، أو اتفاق المتعاقدين، أو طبيعة الالتزام، وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضا المدين". وتنص المادة ٣٠٤ على أنه: "يجوز حوالة الحق إلا ما يكون منه قابلاً للحجز".

يتضح من هذين النصين أن محل حوالة الحق هو الحق الشخصي الذي للدائن في ذمة مدينه والذي يقوم بحوالته للمحال له.

كما يتضح منهما أنه كقاعدة عامة يجوز حوالة كل حق شخصي إلا في بعض حالات استثنائية إما بموجب نص قانوني أو اتفاق الطرفين أو لطبيعة الالتزام ذاتها، ونتعرض للقاعدة والاستثناء فيما يلي:

القاعدة العامة: الحقوق الشخصية قابلة للحوالة:

الأصل أن كافة الحقوق الشخصية قابلة للحوالة، سواء كانت مبلغاً من النقود، أم شيئاً مثلياً أو غيرها، كما يجوز حوالة الحق الشخصي الوارد على

(١) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١٤٥، ود/ سليمان مرقص: مرجع سابق، ص ٦٢٤.

عين معينة بالذات، كوعد ببيع دار معينة؛ حيث يجوز للموعد له حوالة حقه الشخصى الناشئ عن هذا الوعد لشخص آخر، كما يجوز أن يكون محلاً لحوالة الحق كل عمل أو امتناع عن عمل.

ويستوى فى محل الحوالة أن يكون الحق مدنياً أم تجارياً، مكتوباً أم غير مكتوب، مدوناً فى ورقة رسمية أم عرفية، فيجوز حوالة الحقوق التى لا دليل عليها إلا البينة أو القرينة، كما يجوز حوالة الأوراق التجارية من كمبيالات وشيكات وأسهم وسندات، كما يستوى أن يكون محل حوالة الحق منجزاً أم معلقاً على شرط أو مقترناً بأجل، بل ويجوز أن يكون محلاً لحوالة الحق الحقوق المستقبلية والمنتازع عليها.^(١)

الاستثناءات:

يرد على قاعدة قابلية كافة الحقوق الشخصية لحوالة الحق على النحو السابق بعض الاستثناءات يتمتع بمقتضاها حوالة بعض الحقوق الشخصية إما بنص القانون، أو اتفاق الطرفين، أو لطبيعة الالتزام:

١ - عدم قابلية بعض الحقوق للحوالة بنص القانون:

توجد بعض الحقوق الشخصية التى لا يجوز حوالتها بمقتضى القانون لاتصالها بشخص الدائن، ومن هذه الحقوق: حق المستعير فى استعمال الشئ المعار (المادة ٦٣٩ مدني).

وقد يكون الحق غير قابل للحوالة؛ لأنه لا يجوز الحجز عليه قانوناً وهو ما نصت عليه صراحة المادة ٣٠٤ بقولها: "ولا تجوز حوالة الحق إلا بمقدار ما يكون منه قابلاً للحجز". ومن ثم لا يجوز الحجز على مبالغ النفقة التى يحكم بها القضاء وبالتالي لا يجوز حوالتها.

وتجدر الإشارة فى هذا الصدد إلى أن عدم قابلية الحق كله للحجز يؤدى إلى عدم جواز حوالته، أما إذا كان غير قابل للحجز فى جزء منه فقط، فإن هذا الجزء هو الذى لا تجوز حوالته.^(٢)

(١) د/ السنهورى: مرجع سابق، ص ٤٥٠.

(٢) د/ السنهورى: مرجع سابق، ص ٤٦٠، ود/ عبد الحى حجازى، النظرية العامة للالتزام، ج ٣،

٢ - عدم قابلية الحق للحالة باتفاق المتعاقدين:

قد يكون الحق غير قابل للحالة لاتفاق المتعاقدين على ذلك، أو لاتفاقهما على عدم جوازها إلا برضاء المدين، ومثل هذا الاتفاق يكون صحيحاً ومنتجاً لآثاره لعدم مخالفته للنظام العام وحسن الآداب، ومن هذا الحقوق ما يتفق عليه المؤجر والمستأجر من عدم جواز تنازل الأخير عن الإيجار أو التأجير من الباطن، وكذلك اشتراط هيئة السكك الحديدية أو النقل بصفة عامة من عدم جواز التنازل عن تذاكر الإياب أو تذاكر المواسم أو عن الاشتراكات.^(١)

٣ - عدم قابلية الحق للحالة بسبب طبيعة الالتزام:

وقد يكون الحق غير قابل للحالة كذلك بسبب طبيعته المتصلة اتصالاً وثيقاً بشخص الدائن، وتقتضى عدم جواز النزول عنه لشخص آخر؛ حيث تعتبر شخصية الدائن في هذه الحالة محل اعتبار ولا يجوز تغييرها بالحالة، ومن أمثلة هذا الحق، حق الدائن في النفقة، وحق الشريك في شركة الأشخاص وحق المزارع في عقد المزارعة.^(٢)

وكذلك لا تجوز حوالة الحق التابع لحق آخر منفصلاً عن الحق الأصلي إذا كان لا يجوز انفصاله، فلا يجوز حوالة حق الرهن منفصلاً عن الحق الشخصي المضمون به، ولا يجوز حوالة حق الرهن لشخص والدين المضمون بهذا الرهن لشخص آخر.^(٣)

المطلب الثاني

شروط نفاذ حوالة الحق

تنص المادة ٣٠٥ مدنى على أنه: "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".

أحكام الالتزام، مطبعة نهضة مصر، ١٩٥٣، ص ٢٤١.

(١) د/ السنهورى: مرجع سابق، ص ٤٦١، ود/ عبد الحى حجازى: مرجع سابق، ص ٢٤٢.

(٢) د/ عبد الرازق حسن: مرجع سابق، ص ١٦٠، ود/ عبد الحى حجازى: مرجع سابق، ص ٢٤٢.

(٣) د/ محمود السيد عبد المعطى خيال: مرجع سابق، الموضع السابق.

يتضح من هذا النص أن نفاذ الحوالة قبل المدين أو قبل الغير يتطلب قبول المدين لها أو إعلانه بها، بيد أن نفاذ الحوالة بالقبول في حق المدين يختلف عنه في حق الغير، وذلك على التفصيل التالي:

أولاً: نفاذ الحوالة في حق المدين:

يتضح من نص المادة ٣٠٥ السابق أنه يشترط لنفاذ الحوالة في حق المدين قبوله أو إعلانه بها؛ وذلك حتى يتسنى لهذا المدين العلم بالحوالة والعلم بالدائن الجديد (المحال له)، والذي يجب عليه الوفاء له.^(١)

١- القبول:

يقصد بقبول المدين للحوالة مجرد علمه بها فقط، ووجوب وفائه للمحال منذ هذا العلم، ومن ثم لا أثر لهذا القبول في انعقاد الحوالة، كما لا يصبح المدين به طرفاً فيها.

ولا يفيد هذا القبول نزول المدين عن دفعه التي كان له حق التمسك بها في مواجهة المحيل، وإنما يظل له حق التمسك بها في مواجهة المحال له أيضاً، إلا إذ تظهر من العيب الذي لحق رضاه أثناء نشوء الدين الأصلي، فمثلاً لو كان المدين قد وقع في غلط أثناء نشوء هذا الدين في علاقته مع المحيل، ثم زال هذا الغلط أثناء قبوله للحوالة، فإن هذا القبول يعتبر إجازة ضمنية للعقد الذي كان مشوباً بالغلط الذي كان بينه وبين المحيل، كما لا يجوز للمدين بقبوله للحوالة التمسك في مواجهة المحال له بالمقاصة التي كان له حق التمسك بها في مواجهة المحيل إلا إذا تحفظ على ذلك أثناء القبول.^(٢) والقبول المعتد به هنا هو القبول اللاحق للحوالة أو المعاصر لها؛ حيث يجوز أن يكون القبول مثبتاً في سند الحوالة الذي بين المحيل والمحال له، ومن ثم لا يعتد بالقبول السابق حتى ولو كان بإقرار صريح من المدين في سند الدين بقبوله لحوالة هذا الدين لشخص آخر.^(٣)

(١) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٤٧٢، ود/ عبد الفتاح عبد الباقي: مرجع سابق، ص ٢٠٣.

(٢) د/ السنهوري: مرجع سابق ص ٤٧٩.

(٣) د/ عبد الحى حجازي: مرجع سابق، ص ٢٤٤، ود/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٤٧٨.

والقبول الذى يعتد به فى مواجهة المدين ليس له شكل خاص، فقد يكون صراحة أو ضمناً يستفاد من ظروف الحال، كما قد يكون كتابة رسمية أو عرفية، ثابتة التاريخ أو غير ثابتة التاريخ، أو يكون شفاهة.^(١)

٢- الإعلان:

تصبح الحوالة نافذة فى حق المدين كذلك بإعلانه بها؛ أى بإخطاره بإتمام الحوالة بورقة رسمية من أوراق المحضرين تسلم له أو لمن ينوب عنه أو لمن يكون مكلفاً بالوفاء باسمه.

ويقوم مقام الإعلان أي ورقة رسمية تتضمن وقوع الحوالة وشروطها الأساسية، ولا يصح أن يكون الأعلان شفوياً أو مكتوباً فى ورقة غير رسمية ولو بخطاب مسجل؛ حيث تطلب القانون أن يكون رسمياً أى على يد محضر. ويقوم بالإعلان المحيل أو المحال له، بيد أنه نظراً لأهميته للمحال فإنه هو الذى يسارع بالقيام به؛ وذلك لمنع المحيل من حوالة هذا الحق لشخص آخر، أو لمنعه من استيفائه من المدين، وقد يكون فى مصلحة المحيل المسارعة بهذا الإعلان وذلك حتى لا يوقع أحد الدائنين حجزاً تحفظياً تحت يد المدين قبل إعلان الحوالة فينفذ هذا الحجز فى حق المحال له، ويرجع على المحيل بالضمان فيتعرض للضرر، ومنعاً لذلك يسارع بإعلان الحوالة للمدين.^(٢)

ويصح الإعلان فى أي وقت بعد صدور الحوالة، مادام هذا الإعلان منتجاً لآثاره بالنسبة للمحال له بإلزام المدين بالوفاء له، أما إذا انعدم هذا الأثر فلا فائدة من هذا الإعلان، وذلك كأن يقوم المحيل بحوالة هذا الحق لشخص آخر فيقبلها المدين أو يعلن بها، أو يوقع أحد دائني المحيل حجزاً تحفظياً تحت يد المدين، فمنذ قبول المدين للحوالة الثانية أو إعلانه بها، أو من يوم توقيع الحجز يصبح إعلان الحوالة الأولى مجرد حجزاً ثانياً، ويقدم من ثم المحال له الثانى والدائن الحاجز على المحال له الأول.^(٣)

(١) المرجع السابق: ص ٤٨٠، ود/ عبد الفتاح عبد الباقي: مرجع سابق، ص ٢٠٤.

(٢) د/ السنهورى: مرجع سابق، ص ٤٧٥، ود/ عبد الفتاح عبد الباقي: مرجع سابق، ص ٢٠٥.

(٣) د/ السنهورى: مرجع سابق، ص ٤٧٥.

ثانيًا: نفاذ الحوالة في حق الغير:

تتخذ حوالة الحق بالنسبة للغير بما تصبح به نافذة في حق المدين؛ أي بقبول الأخير لها أو إعلانه بها، بيد أنه يشترط لنفاذها في حق الغير بقبول المدين أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ (المادة ٣٠٥ مدني). ويقصد بالغير في هذا الصدد: كل من يكتسب حقًا من جهة المحيل على الحق المحال به يتعارض مع حق المحال له وليس طرفًا في عقد الحوالة، وذلك كالمحال له الثاني، ومن يرتهن الحق المحال به، أو ومن يوقع حجزًا تحت يد المدين.^(١)

ويرجع تطلب ثبوت تاريخ قبول المدين للحوالة لنفاذها في حق الغير إلى منع تواطؤ المحيل والمحال للإضرار بحقوق الغير بتقديم تاريخ الحوالة، كما يعتبر ذلك تطبيقًا لنص المادة ١٥ إثبات التي تنص على أنه: "لا يكون المحرر العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت...". أما الإعلان فيؤدي إلى نفاذ الحوالة في حق المدين والغير على حد سواء؛ لأنه يتم بطريقة رسمية ليس فيها مجال للتواطؤ، ويؤدي الإعلان أو ثبوت تاريخ قبول المدين إلى تقدم المحال له على المحال لهم التاليين له، أو الدائن المرتهن أو الدائن الحاجز إذا كان تاريخ نفاذ حوالاته سابقًا على تاريخ الحوالة أو الرهن أو الحجز.^(٢)

المبحث الثاني

آثار حوالة الحق

يترتب على الانعقاد الصحيح لحوالة الحق، وتوافر شروطها نفاذها على النحو السابق العديد من الآثار الهامة سواء بين طرفيها وهما المحيل والمحال له، أو بين أحدهما والمحال عليه أي بين المحال له والمحال عليه، أو بين المحيل والمحال عليه كذلك وذلك على التفصيل التالي:

(١) د/ البدرأوى: مرجع سابق، ص ٢٩٧، ود/ عبد الفتاح عبد الباقي: مرجع سابق، ص ٢٠٦.

(٢) د/ جلال إبراهيم: مرجع سابق، ص ٤٥٧، ود/ محمود خيال: مرجع سابق، ص ٢٤٤.

المطلب الأول

آثار حوالة الحق فيما بين المحيل والمحال له

هناك آثار تترتب على حوالة الحق بين طرفيها (المحيل والمحال له) تختلف باختلاف الغرض من إبرامها وما إذا كانت بيعاً أو هبة، أو وفاء بمقابل حيث يترتب عليها آثار البيع، أو الهبة، أو الوفاء بمقابل، وتخضع هذه الآثار للقواعد العامة للعقود.^(١)

بيد أن هناك آثار تترتب على الحوالة نفسها تتمثل في انتقال الحق المحال به من المحيل إلى المحال له، والتزام المحيل بضمان الحق المحال به، ونتناول كل منهما على النحو التالي:

الأثر الأول: انتقال الحق المحال به من المحيل إلى المحال له:

أول آثار حوالة الحق وأهمها انتقال الحق المحال به من المحيل إلى المحال له؛ حيث ينتقل إلى المحال له ذات الحق الذي كان للمحيل كاملاً، ولو كان المحال له قد تلقاه بأقل من قيمته، بل وحتى لو تلقاه المحال له من المحيل على سبيل التبرع؛ حيث لم يحدث تغيير إلا في شخصية الدائن فأصبح المحال له بدلاً من المحيل.

وينتقل هذا الحق بمجرد انعقاد الحوالة حتى ولو لم تصبح نافذة في حق المحال عليه (المدين) بقبوله لها أو إعلانه بها، ومن ثم يمتنع على المحيل تلقي الحق المحال عليه حتى ولو عرضه عليه قبل نفاذ الحوالة في حقه.^(٢) ولا يقتصر أثر الحوالة على انتقال ذات الحق فقط، وإنما ينتقل معه كذلك توابعه وصفاته ودفعه:

فمن حيث التوابع: ينتقل مع الحق ماله من ضمانات، كال كفالة والرهن والامتياز، وهو ما تضمنته المادة ٣٠٧ بقولها: "تشمل حوالة الحق ضماناته كال كفالة والامتياز والرهن..."، ولا يقتصر الأمر على هذا فقط بل يشمل كافة التأمينات، سواء كانت عينية كالرهن، وحق الاختصاص، وحقوق الامتياز، أم

(١) د/ عبد الحى حجازى: مرجع سابق، ص ٢٥٢، ود/ محمود خيال: مرجع سابق، ص ٢٤٥.

(٢) د/ السنهورى: مرجع سابق، ص ٤٩٣، ود/ جلال محمد إبراهيم: مرجع سابق، ص ٤٥٩.

شخصية كالكفالة والتضامن وعدم القابلية للانقسام؛ لأن ما ورد بالمادة ٣٠٧ هو على سبيل المثال لا الحصر.^(١)

كما ينتقل مع الحق كذلك ماله من فوائد وأقساط، سواء حلت هذه الفوائد والأقساط بعد صدور الحوالة ونفاذها، أم أنها استحققت للمحيل قبل ذلك ولم يطالب المحال عليه بها؛ حيث يعد حوالتة للحق قبولا لانتقال كل ما له من فوائد وأقساط للمحال له ما لم يحتفظ بها صراحة أو ضمناً كغيرها من توابع الحق.^(٢) ويعتبر من توابع الحق كذلك الدعاوى التى تحميه وتؤكدده ومن ثم تنتقل الى المحال له أيضاً.

ومن حيث الصفات: ينتقل الحق إلى المحال له بصفاته التى كان عليها فى العلاقة بين المحيل والمحال عليه من حيث كونه مدنياً أو تجارياً، مستحق الأداء أو مقترناً بوصف كشرط أو أجل، ثابتاً فى محرر رسمى أو عرفى أو غير ثابت فى محرر أصلاً، وما إذا كان هذا الحق ينتج فوائد وثمار أو ينتج شيئاً من ذلك.^(٣)

ومن حيث الدفع: ينتقل مع الحق كذلك الدفع التى كانت للمحال عليه فى مواجهة المحيل؛ حيث يجوز له أن يتمسك بها فى مواجهة المحال له أيضاً، والدفع التى يمكن أن يتمسك بها المحال عليه إما أن ترجع إلى انقضاء الدين الذى كان فى ذمته، فيدفع - مثلاً - بالوفاء، أو التجديد، سواء تم هذا الانقضاء قبل صدور الحوالة أم بعد صدورهما.

وإما أن ترجع هذه الدفع إلى بطلان الحق المحال به أو انفساخه كأن يكون العقد الذى نشأ به هذا الحق باطلاً أو قابلاً للإبطال، أو قابل للفسخ أو كان معلقاً على شرط فاسخ تحقق أو شرط واقف لم يتحقق.

الأثر الثانى: ضمان المحيل للحق المحال به:

ضمان المحيل للحق المحال به قد يكون قانونياً أو اتفاقياً، ويختلف مدى

(١) د/ السنهورى: مرجع سابق، ص ٤٩٦، ود/ عبد الفتاح عبد الباقي: مرجع سابق، ص ٢٠٨.

(٢) د/ السنهورى: مرجع سابق، ص ٤٦٧، ود/ عبد الفتاح عبد الباقي: مرجع سابق، ص ٢٠٧.

(٣) د/ جلال محمد: مرجع سابق، ص ٤٩١، ود/ عبد الفتاح عبد الباقي: مرجع سابق، ص ٢٠٧.

كل منهما بحسب ما إذا كانت الحوالة بعوض أو بدون عوض، كما أن المحيل يعتبر ضامناً دائماً لما يصدر منه من أفعال شخصية.

ومن ثم نتناول هذه الأنواع الثلاثة بشيء من التفصيل:

١- الضمان القانوني للمحيل:

يقصد بالضمان القانوني: الضمان الذي حدده القانون ويجب العمل به عند عدم الاتفاق على ما يخالفه، ويختلف مدى الضمان القانوني للمحيل بحسب ما إذا كانت الحوالة بعوض أم بدون عوض.

(أ) الضمان القانوني للمحيل في الحوالة بعوض: في الحوالة بعوض وفي حالة عدم وجود اتفاق بين طرفي الحوالة على حدود معينة لضمان الحق المحال، يقتصر ضمانه قانوناً على وجود الحق المحال به وقت الحوالة، وأنه دائن للمحال عليه بهذا الحق (المادة ٣٠٨/١).

ومن ثم إذا لم يكن هذا الحق موجوداً، أو كان موجوداً وانقضى بسبب غير فعله الشخصى، فيلتزم المحيل بالضمان للمحال له، فإذا كان مصدر هذا الحق عقداً قابلاً للإبطال لمصلحة المدين، وقضى له بالبطلان فعلاً وجب الضمان على المحيل، كذلك يلتزم المحيل بالضمان إذا كان هذا الحق معلقاً على شرط فاسخ لا يعلم به المحال له وتحقق هذا الشرط؛ حيث يصير الحق في هذه الحالات منعدمًا سواء حدث ذلك قبل صدور الحوالة أم بعدها.^(١)

(ب) الضمان القانوني للمحيل بدون عوض: في الحوالة بدون عوض لا يلتزم المحيل تجاه المحال له بأي ضمان حتى مجرد وجود الحق المحال به، وهذا ما صرحت به المادة ٣٠٨/٢ بقولها: "أما إذا كانت الحوالة بغير عوض فلا يكون المحيل ضامناً حتى لوجود الحق".

وبناء على ذلك لا يجوز للمحال له مطالبة المحيل بشيء، وهذا الحكم كما يقرر البعض لا يجوز الاتفاق على خلافه.

وضمن المحيل للمحال له وجود الحق وتوابعه وقت انعقاد الحوالة لا

(١) د/ السنهورى: مرجع سابق، ص ٥٠٣، ود/ عبد الحى حجازى: مرجع سابق، ص ٢٥٧.

يدخل فيه ضمانه ليسار المحال عليه، فإذا لم يستطع المحال له الحصول على حقه المحال به بسبب إعسار المدين فلا يرجع على المحيل بالضمان إلا إذا وجد اتفاق على ذلك، وفي حالة مثل هذا الاتفاق فيقتصر ضمان المحيل ليسار المدين على وقت صدور الحوالة وليس بعد ذلك، ويصبح الضمان في هذه الحالة اتفاقياً وليس قانونياً.^(١) المادة ٣٠٩ مدنى.

٢ - الضمان الاتفاقي للمحيل:

أحكام الضمان القانوني السابقة لا تتعلق بالنظام العام، ومن ثم أجاز القانون للطرفين الاتفاق على مخالفتها، وذلك فيما عدا حكم المادة ٣١٠ والمتعلق بحدود التزام المحيل تجاه المحال له في حالة رجوع الأخير عليه، وكذلك مسؤولية المحيل عن أفعاله الشخصية والتي سنتحدث عنها لاحقاً. ومن ثم يجوز للطرفين الاتفاق على تشديد ضمان المحيل أو تخفيفه سواء كانت الحوالة بعوض أم بدونه.^(٢)

أ) ففى الحوالة بعوض: إذا كان يجب على المحيل ضمان وجود الحق وتوابعه على نحو ما رأينا، إلا أنه يجوز له بالاتفاق مع المحال له تخفيف هذا الضمان، فيشترط عدم ضمانه لوجود توابع الحق، كما يجوز له الاتفاق على ألا يضمن وجود الحق ذاته، وذلك إذا ساوره شك في هذا الوجود، أو كان يعلم بوجود الحق ولكنه ليس ملكاً له على وجه اليقين، فإذا ما اشترط ذلك لا يلتزم بالضمان تجاه المحال له، وقد يكون شرط الإعفاء من ضمان وجود الحق ضمناً يستخلص من الظروف، كما إذا كان هذا الحق متنازعا فيه وكان المحال له يعلم بذلك.^(٣)

كما يجوز للمحال له الاتفاق مع المحيل على تشديد الضمان، وذلك كالاتفاق على ضمان المحيل ليسار المدين؛ إذ أنه بالرغم من عدم ضمان المحيل لهذا اليسار قانوناً، إلا أنه بالاتفاق الخاص يضمنه، بل يجوز بالاتفاق

(١) د/ عبد الحى حجازى: مرجع سابق، ص ٢٥٨، ود/ السنهورى: مرجع سابق، ص ٥٠٥.

(٢) د/ محمود خيال: مرجع سابق، ص ٢٦١، ود/ عبد المنعم البدرأوى: مرجع سابق، ص ٣٠٣.

(٣) د/ السنهورى: مرجع سابق، ص ٥٠٧.

أيضاً أن يضمن المحيل يسار المدين (المحال عليه) ليس وقت الحوالة فقط، وإنما بعد صدورها أيضاً باشتراط ذلك صراحة، أما إذا اتفق على ضمانه ليسار المدين فقط، فيقتصر الأمر على ضمانه لهذا اليسار وقت انعقاد الحوالة وليس بعد ذلك.^(١)

ب) وفي الحوالة بدون عوض: فإنه إذا كان الأصل أنه لا ضمان على المحيل بمقتضى المادة ٢/٣٠٨، فإن المادة ١/٤٩٤ قررت إلزام المحيل بتعويض المحال له عما أصابه من ضرر بسبب استحقاق الشئ المحال به وتعهد المحيل إخفاء ذلك، بيد أنه يجوز للطرفين الاتفاق على التزام المحيل بالتعويض إذا استحق الحق المحال به، ولو لم يتعهد المحيل إخفاء سبب هذا الاستحقاق وهذا تشديد للضمان، ولكن لا يجوز الاتفاق على إعفاء المحيل من التعويض أصلاً؛ أى فى حال تعهده إخفاء سبب الاستحقاق؛ حيث لا يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية.^(٢)

جزاء إخلال المحيل بالتزامه بالضمان:

تكفلت المادة ٣١٠ من القانون المدنى ببيان حدود ما يرجع به المحال له على المحيل فى حالة إخلال الأخير بالتزامه بالضمان؛ حيث تقضى بأنه إذا تحقق ضمان المحيل وكانت بعوض، فإن للمحال له الحق فى الرجوع عليه بما دفعه له عوضاً عن الحق المحال به مع فوائده من يوم الدفع، وكذلك ما تكبد من نفقات سواء فى إبرام الحوالة أم فى مطالبته للمحال عليه - المدين - أم فى رجوعه على المحيل نفسه بالضمان.^(٣)

ويثبت للمحال له الحق فى الرجوع، سواء لأنه لم يجد الحق المحال به أصلاً، أو كان هناك نقص فى توابعه أو ضماناته، أم لأن المحيل كان قد التزم اتفاقياً بضمان ولم يتحقق، كتعهد بيسار المحال عليه إلى وقت معين ولم يحدث.

(١) د/ جلال العدوى: أحكام الالتزام والأثبات، ١٩٩٦، منشأة المعارف، ص ١٨٢.

(٢) د/ السنهورى: مرجع سابق، ص ٥١٤.

(٣) د/ عبد الحى حجازى: مرجع سابق، ص ٢٥٨، ود/ محسن البيه: مرجع سابق، ص ٤٨٥.

ولا يرجع المحال له على المحيل بقيمة الحق المحال به أو زيادة على ما دفعه عوضاً عنه مع فوائده ومصروفاته، بل ولا يجوز الاتفاق على ذلك؛ لأن النص السابق صريح في عدم جواز مثل هذا الاتفاق وهو نص أمر وكل اتفاق على مخالفته يكون باطلاً.^(١)

٣- ضمان المحيل لأفعاله الشخصية:

وفقاً للمادة ٣١١ من القانون المدني يضمن المحيل للمحال له كل ما يصدر من أفعال تؤدي إلى الإضرار بحقوقه وتنتقص منها أو تؤدي إلى زوالها، سواء كانت الحوالة بعوض أم بدونه، بل ولا يجوز للمحيل اشتراط عدم ضمانه لذلك.

ومن ثم إذا استوفى المحيل من المحال عليه الحق المحال به بعد صدور الحوالة، فإنه يكون مسئولاً أمام المحال له، سواء علم المحال عليه بالحوالة أم لم يعلم، وسواء كان متواطئاً مع المحيل أم لا، وكذلك إذا أتى المحيل أي عمل يضر بالحق المحال به، كما إذا انتقص من ضماناته، أو تصرف في الحق نفسه بتصرف يحقق هذا الضرر بالبيع، أو الرهن، أو الهبة أو أحاله مرة أخرى لمحال له ثان استطاع أن ينفذ حوالته قبل المحال له الأول.

وتحقق مسئولية المحيل عن أفعاله الشخصية سواء صدرت منه عمداً أم إهمالاً، وسواء كان الإهمال جسيماً أم يسيراً، وأياً كانت الحوالة بعوض أم بدونه، بل ويلتزم تجاه المحال له بكل قيمة الحق المحال به حتى ولو كان المحال له قد دفع أقل من ذلك، ولا يتقيد في هذا الصدد بحكم المادة ٣١٠ التي تقرر أنه: "إذا رجع المحال له بالضمان فلا يلزم المحيل إلا برد ما استولى عليه من الفوائد والمصروفات"؛ لأن مسئولية المحيل في هذه الحالة مسئولية تقصيرية لا يجوز الاتفاق على تخفيفها أو الإغفاء منها.^(٢)

(١) د/ عبد الحى حجازى: مرجع سابق، ص ٢٥٩، ود/ جلال إبراهيم: مرجع سابق، ص ٤٥٧.

(٢) د/ جلال محمد: مرجع سابق، ص ٤٧٠، ود/ محسن البيه: النظرية العامة للالتزامات، ج ٢، أحكام الالتزام ١٩٩٧، ص ٤٢٨.

المطلب الثانى

آثار حوالة الحق فيما بين المحال له والمحال عليه

يترتب على حوالة الحق بعض الآثار الهامة فى العلاقة بين المحال له والمحال عليه تكفلت ببيانها المادتان ٣٠٦، ٣١٢ من القانون المدنى؛ حيث يتضح من هذين النصين بأن هناك آثار للحوالة فيما بين المحال والمحال عليه قبل نفاذها وأخرى بعد نفاذها، فنتناول كلا منهما فيما يلى:

أولاً: آثار الحوالة قبل نفاذها:

قبل نفاذ الحوالة فى حق المحال عليه يظل مدينًا للمحيل وليس للمحال له، ولا تولد الحوالة أية آثار فيما بين المحال عليه قبل هذا النفاذ، فإذا أوفى المحال عليه بالحق للمحيل فإن وفاءه يكون صحيحًا ومبررًا لزمته، ولا يكون أمام المحال له سوى الرجوع على المحيل بالضمان، وحتى يحافظ المحال له على حقوقه قبل المحال عليه قبل نفاذ الحوالة أعطاه القانون الحق فى اتخاذ بعض الإجراءات التحفظية (المادة ٣٠٦).

ومن ثم يجوز له قطع التقادم إذا رأى أن مدته أوشكت على الاكتمال وخشى من اتخاذ إجراءات نفاذ الحوالة، ثم قطع التقادم فتكتمل هذه المدة فيطالب المحال عليه مطالبة قضائية يقطع بها التقادم وتتضمن فى ذات الوقت إعلان المدين بالحوالة فتنفذ فى حقه.

كما لا يستطيع المحال له أن يقيد رهناً أو حق امتياز أو اختصاص ضماناً للحق المحال به، أو يجدد هذا القيد، أو يوقع حجزاً تحفظياً تحت يد مدين المحال عليه، أو يتخذ غير ذلك من الإجراءات التى من شأنها المحافظة على الحق المحال به.^(١)

ثانياً: آثار الحوالة بعد نفاذها:

بعد نفاذ الحوالة يحل المحال له محل المحيل تجاه المحال عليه، ويصبح هو الدائن الوحيد له، وينتقل إليه الحق المحال به بالصفات التى كان عليها

(١) د/ السنهورى: مرجع سابق، ص ٥٢٣-٥٢٤، ود/ جلال محمد: مرجع سابق، ص ٤٧٧.

وقت الإعلان أو القبول، فلو ثبت هذا الحق فى سند تنفيذى فى هذا الوقت انتقل للمحال له قابلاً للتنفيذ بهذا السند ولو لم يكن موجوداً وقت صدور الحوالة، كما ينتقل الحق إلى المحال له بضماناته التى كانت للمحيل من رهن أو كفالة، أو امتياز أو غيرها من الضمانات.^(١)

ومنذ نفاذ الحوالة يتمتع على المحال عليه الوفاء للمحيل ويجب عليه الوفاء للمحال له، فإن أوفى للأول لم تبرأ ذمته، ويجب عليه الوفاء مرة أخرى للمحال له، ويرجع على المحيل بما أداه له دون وجه حق.

كما يستطيع المحال عليه التمسك فى مواجهة المحال له بكافة الدفوع التى كان له حق التمسك بها فى مواجهة المحيل وقت نفاذ الحوالة، سواء استمد هذه الدفوع من الحق المحال به، كالدفع ببطلان مصدره أو فسخه، أو الدفع بانقضائه، أو بكونه معلقاً على شرط واقف ولم يتحقق أو فاسخ وتحقق، أم استمد هذه الدفوع من عقد الحوالة ذاته لكونه باطلاً بطلاناً مطلقاً؛ حيث يجوز لكل ذى مصلحة التمسك بهذا البطلان ولا شك فى مصلحة المحال عليه فى التمسك به، أما إذا كان هذا العقد باطلاً بطلاناً نسبياً فلا يمكنه التمسك به؛ لأنه قاصر على المحيل فقط.^(٢)

المطلب الثالث

آثار الحوالة فيما بين المحيل والمحال عليه

بالرغم من إبرام المحيل لعقد الحوالة ونقله للحق المحال به إلى المحال له، إلا أنه يظل هناك بعض الآثار بينه وبين المحال عليه تختلف فى الفترة السابقة على نفاذ الحوالة عنها فى الفترة التالية لهذا النفاذ.

أولاً: قبل نفاذ الحوالة:

قبل نفاذ الحوالة فى حق المحال عليه يظل المحيل هو صاحب الحق المحال به، وله أن يتصرف فيه بهذا الاعتبار، ومن ثم يمكنه استيفائه من المحال عليه وإجباره على ذلك، ويمكنه أن يحوله مرة أخرى لمحال له ثان،

(١) فى هذا المعنى: د/ السنهورى: مرجع سابق، ص ٥٢٧.

(٢) د/ السنهورى: مرجع سابق، ص ٥٢٨ وما بعدها، ود/ جلال العدوى: مرجع سابق، ص ١٨٣.

كما يمكنه اتخاذ الإجراءات التحفظية التي تحافظ على هذا الحق، كأن يقطع التقادم أو أن يقيد رهناً أو أى حق تأميني آخر كالاختصاص، كما يجوز لدائني المحيل الحجز على هذا الحق تحت يد المحال عليه، لأن هذا الحق مازال مملوكاً لمدينهم وهو المحيل.^(١)

ثانياً: بعد نفاذ الحوالة:

بعد نفاذ الحوالة تنقطع الصلة بين المحيل والمحال عليه ويصير أجنبياً عنه، ويصبح المحال له هو الدائن الوحيد للمحال عليه، ومن ثم لا يستطيع المحيل المطالبة بالحق المحال به أو أخذه من المحال عليه إن عرضه عليه، كما لا يستطيع التصرف فى هذا الحق بأى نوع من أنواع التصرفات، ولا يستطيع دائنوه الحجز على هذا الحق تحت يد المحال عليه؛ حيث خرج من ملكية مدينهم وأصبح مملوكاً للمحال له.^(٢)

(١) د/ السنهورى: مرجع سابق، ص ٥٣٥ وما بعدها، ود/ محسن البيه: مرجع سابق ص ٤٨٩.

(٢) د/ السنهورى، مرجع سابق، ص ٥٣٩، ود/ جلال محمد إبراهيم: مرجع سابق، ص ٤٨٠.

الفصل الثانى

حوالة الدين

حوالة الدين وسيلة لانتقال الالتزام فى ناحيته السلبية، وتقابل حوالة الحق كوسيلة لانتقال الالتزام فى ناحيته الإيجابية.

ومن ثم يقصد بحوالة الدين: اتفاق ينقل بمقتضاه المدين ما عليه من دين إلى شخص آخر ليحل محله فى الوفاء بهذا الدين للدائن الأسمى.^(١) وفى دراستنا لهذه الحوالة نتعرض لكيفية انعقادها والآثار المترتبة عليها كل فى مبحث مستقل على النحو التالى:

المبحث الأول

كيفية انعقاد حوالة الدين

حوالة الدين كاتفاق بين طرفين يقتضى انعقادها توافر الأركان العامة للعقد بصفة عامة من رضا ومحل وسبب، وأن يتوافر لهذه الأركان شروط صحتها بحيث يكون الرضا، صحيحاً وخالياً من العيوب وأن يكون كل من المحل والسبب مشروعاً وممكنًا.

وإضافة لذلك فإن هذه الحوالة قد تتم بإحدى صورتين تضمنهما القانون المدنى تتمثل الأولى فى الاتفاق بين المدين الأسمى والمحال عليه، بينما تكمن الثانية فى اتفاق الدائن والمحال عليه.^(٢) ولكل من الصورتين أحكامها الخاصة بها نتناول كلاً منها فى مطلب مستقل على النحو التالى:

المطلب الأول

انعقاد حوالة الدين بالاتفاق بين المدين الأسمى والمحال عليه

تنص المادة ٣١٥ مدنى على أنه: "تتم حوالة الدين باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين". وبمقتضى هذا النص فإن حوالة الدين يكفى

(١) د/ عبد الحى حجازى: مرجع سابق، ص ٢٦١، ود/ محسن البيه: مرجع سابق، ص ٤٩١.

(٢) نقض مدنى ١٩/٤/١٩٧٩م، مجموعة أحكام النقض س ٢٩، الطعن رقم ٢٠٤، ص ١٠٣١.

فى انعقادها اتفاق المدين الأصلى مع المدين الجديد (المحال عليه) على نقل الدين من على عاتق الأول إلى الثانى، ويتحمل بدلاً منه الوفاء بهذا الدين إلى الدائن.

وهذا الاتفاق يقتضى توافر أركان العقد بصفة عامة من رضا ومحل وسبب وأن يتوافر لهذه الأركان شرائط صحتها، ومن ثم يجب أن يكون المدين الأصلى أهلاً للتعاقد، وأن يكون المدين الجديد (المحال عليه) أهلاً للالتزامات التى ستقع على عاتقه، سواء كانت علاقته بالمدين الأصلى معاوضة أم تبرعاً.^(١)

ولا يشترط لانعقاد حوالة الدين بهذا الاتفاق توافر رضاء الدائن؛ إذ متى تم الاتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه انعقدت الحوالة، بيد أنها لا تنفذ فى حق الدائن إلا بإقراره لها.^(٢)

نفاذ الحوالة فى حق الدائن:

حوالة الدين لا تكون نافذة فى حق الدائن ولا يمكن الاحتجاج بها فى مواجهته بمجرد إبرامها بالاتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه، وإنما يتعين إقرار الدائن لها حتى تنفذ فى حقه، وهذا أمر بديهى نظراً لما تمثله شخصية المدين من أهمية لديه ليس من ناحية درجة يساره فحسب، بل من ناحية مدى استعداده للوفاء بما عليه من ديون؛ حيث إن الدائن يهمل كثيراً من سيتحمل عبء الوفاء له؛ حيث قد يحول المدين ما عليه من دين لشخص ليس لديه مال، أو لديه مال لا يكفى للوفاء بهذا الدين، أو أنه شخص كثير المظل والتسويق معروف بكثرة الشغب والنزاع.^(٣)

حرية الدائن فى إقرار الحوالة أو رفضها:

للدائن مطلق الحرية فى إقرار الحوالة أو رفضها بمجرد علمه بها أو بعد أن يخطر المحيل أو المحال عليه بإتمامها، وفى حالة الإقرار ينتقل دينه من

(١) د/ السنهورى: مرجع سابق، ص ٥٦٣، ود/ محمود خيال: مرجع سابق، ص ٢٨٠.

(٢) د/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٦٥٨، ود/ عبد الحى حجازى: مرجع سابق، ص ٢٦٧.

(٣) د/ عبد الحى حجازى: مرجع سابق، ص ٢٦٨، ود/ سليمان مرقس، مرجع سابق، ص ٦٥٨.

ذمة المدين الأصلي إلى المحال عليه، أما في حالة الرفض فيظل المدين الأصلي هو المتحمل لعبء الوفاء بهذا الدين، ولا سبيل على الدائن في رفضه للحالة؛ حيث يجوز له هذا الرفض ولو كان المحال عليه مقتدرًا ومليئًا يمكنه الوفاء بالدين، بل ولو كان أكثر ملاءة من المدين الأصلي؛ إذا لا يسأل الدائن عن أسباب رفضه مادام يركن فيه لأسباب تبرره من وجهة نظره.^(١)

ورفض الدائن للحالة قد يكون صريحًا أو ضمنيًا، كإعلان المحيل أو المحال له للدائن بالحالة، وتحديد أجلًا معقولًا لإقرارها ثم ينقضى هذا الأجل دون تحديد الدائن لموقفه بالإقرار أو الرفض؛ حيث يعتبر سكوت الدائن في هذه الحالة رفضًا للحالة (المادة ٣١٦/٢).^(٢)

وإذا أقر الدائن الحالة فإن لإقراره أثر رجعي؛ حيث إنه يلحق عقد كامل التكوين، ولا يساهم في تكوينه، وإنما ينتج أثره فقط بنفاذ هذا العقد في حق الدائن، ومن ثم تنتج الحالة آثارها من وقت انعقادها وليس من وقت الإقرار من قبل الدائن.

ومن ثم إذا صار الدائن في الفترة ما بين انعقاد الحالة وإقرارها مدينًا للمدين الأصلي، فإنه لا يجوز له التمسك بالمقاصة؛ لأن هذا الدين نشأ بعد صدور الحالة، وفي الفترة التي برئت فيها ذمة المدين الأصلي من دينه الذي تمت حوالته.^(٣)

المطلب الثاني

انعقاد حوالة الدين باتفاق الدائن والمحال عليه

يمكن أن تتم بالاتفاق المباشر بين الدائن والمحال عليه وتؤدي إلى انتقال الدين من على عاتق المدين الأصلي إلى عاتق المدين الجديد والمحال عليه، دون حاجة للحصول على رضا المدين الأصلي أو اشتراكه في إتمام هذه الحالة، أو إقراره لها، بل وتنفذ في حقه بمجرد إبرامها ولو لم يرض بها.

(١) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٥٧٥، ود/ فتحي عبد الرحيم عبد الله: مرجع سابق، ص ٣١٥.

(٢) د/ عبد الحى حجازى: مرجع سابق، ص ٣٧١.

(٣) د/ عبد الحى حجازى: مرجع سابق، ص ٢٧٢، ود/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٥٧٨.

وذلك وفقاً لمفهوم المادة ٢/٣٢٣ مدنى والتي تنص على أنه: "ويصح الوفاء أيضاً ممن ليست له مصلحة فى هذا الوفاء، ولو كان ذلك دون علم المدين أو رغم إرادته". لا سيما وأن الحوالة فى هذه الحالة تتضمن منفعة محضة لهذا المدين؛ حيث تبرئ ذمته مما عليه من دين.^(١)

ويجب أن ينصب الاتفاق بين الدائن والمحال عليه على حوالة الدين ذاته الذي على المدين الذي يرغب المحال عليه فى الوفاء عنه، حتى ينتقل اليه الدين بجميع صفاته وضمائنه وخصائصه ودفعه، وفقاً للمادتين ٣١٨، ٣٢٠ من القانون المدنى.^(٢)

وإذا تمت الحوالة على هذا النحو ترتب عليها انتقال الدين من على ذمة المدين الأصلي إلى المدين الجديد، وبراءة ذمة المدين الأصلي من هذا الدين، ومن ثم يجب أن يكون قصد الطرفين صريحاً فى حالة الدين وليس على سبيل التضامن أو الاشتراك فى المسؤولية.^(٣)

ويترتب على انعقاد حوالة الدين بالاتفاق المباشر بين الدائن والمحال عليه ودون رضا المدين أمرين هامين:

الأول: عدم التزام المدين الأصلي بالضمان وخاصة ضمان يسار المدين الجديد المحال عليه، وذلك بخلاف حوالة الدين التى تتم بالاتفاق بين المدين الأصلي والمدين الجديد (المحال عليه)؛ حيث يضمن المدين يسار المحال عليه وقت الحوالة.

الثانى: يكون رجوع المدين الجديد (المحال عليه) على المدين الأصلي وفقاً لقاعدة الإثراء بلا سبب لعدم وجود اتفاق مباشر بينهما.^(٤)

(١) د/ السنهورى: مرجع سابق، ص ٥٨٠، ود/ سليمان مرقس، مرجع سابق، ص ٦٥٨.

(٢) د/ السنهورى: مرجع سابق، ص ٥٨٠.

(٣) د/ محمود خيال: مرجع سابق، ص ٢٨٢، ود/ محسن البيه: مرجع سابق، ص ٥٠٦.

(٤) انظر فى ذلك: د/ السنهورى: مرجع سابق، ص ٥٨٢.

المبحث الثانى

آثار حوالة الدين

إذا تمت حوالة الدين سواء بالاتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه أو بالاتفاق المباشر بين الدائن والمحال عليه ترتب عليها آثار هامة، سواء فى العلاقة بين الدائن والمحال عليه، أم العلاقة بين الدائن والمدين الأصلي، أو العلاقة بين المدين الأصلي والمحال عليه.

ومن ثم نتعرض لآثار حوالة الدين فى هذه العلاقات الثلاث فى ثلاثة مطالب على النحو التالى:

المطلب الأول

آثار حوالة الدين فيما بين الدائن والمحال عليه

تترتب أهم آثار حوالة الدين فى العلاقة ما بين الدائن والمحال عليه؛ إذ بمجرد إقرار الدائن لهذه الحوالة ينتقل الدين من ذمة المدين الأصلي إلى ذمة المحال عليه، وينتقل معه كذلك ماله من ضمانات وتأمينات، كما يحق للمحال عليه التمسك فى مواجهة الدائن بالدفع التى كان للمدين الأصلي التمسك بها فى مواجهته، وهو ما نتناوله بالتفصيل التالى:

١ - انتقال الدين من ذمة المدين الأصلي إلى ذمة المحال عليه:

بنفاذ الحوالة فى حق الدائن سواء بإبرامها بنفسه مع المحال عليه أم بإقراره لها، تبرأ ذمة المدين الأصلي من الدين المحال به، وينتقل هذا الدين إلى ذمة المحال عليه.

ومن ثم تصبح ذمة المدين الأصلي خالية من هذا الدين، ولا يستطيع الدائن مطالبته به، وذلك من وقت انعقاد الحوالة وليس من وقت إقرار الدائن لها فى الحالة التى تتطلب هذا الإقرار.

وببراءة ذمة المدين من الدين المحال به تتشغل ذمة المحال عليه الذى ينتقل إليه ذات الدين بصفاته وضمائنها ودفعه، فلو كان هذا الدين معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل انتقل إلى المحال عليه بهذا الوصف، وكذلك لو كان

هذا الدين تجاريًا أو منتجًا لفوائد، أو بدأ سريان تقادمه، أو مصحوبًا بسند تنفيذي، فإنه ينتقل إلى المحال عليه بهذا الأوصاف.^(١)

وبانتقال الدين إلى ذمة المحال عليه لا يستطيع الدائن استيفاءه إلا منه، ومن ثم لا يمكنه الاستيفاء من المدين الأصلي، وللدائن استيفاء هذا الدين من المحال عليه بأى طريقة من طرق الوفاء، كالمقاصة، أو التجديد، أو الإنابة، أو اتحاد الذمة، أو الإبراء.^(٢)

٢ - انتقال الدين إلى المحال عليه بضماناته:

ينتقل الدين إلى المحال عليه بما له من ضمانات (تأمينات) عينية أو شخصية، بيد أن هذا الأمر ليس على إطلاقه؛ إذا أن النص ميز بين التأمينات المقدمة من المدين والتأمينات المقدمة من الغير:

(أ) **التأمينات المقدمة من المدين:** إذا كان المدين الأصلي قد قدم للدائن ضمانًا، كرهن رسمي أو حيازي أو استطاع الدائن أن يحصل على حق اختصاص أو امتياز، فإن هذه التأمينات جميعًا تنتقل إلى المحال عليه مع الدين المحال به، ومن ثم إذا كان المدين الأصلي قد رهن عقارًا ضمانًا لما عليه من دين لدائنه ثم قام بحالة هذا الدين إلى المحال عليه يظل الرهن ضمانًا للدين بالرغم من انتقاله للمحال عليه، ويصبح المدين بمثابة كفيل عيني في هذه الحالة.

(ب) **التأمينات المقدمة من الغير:** أما إذا كانت التأمينات المصاحبة للدين المحال به مقدمة من الغير، كأن يضمن شخص المدين "كفالة شخصية" أو يقدم أحد عقارته كرهن ضمانًا لما على المدين من دين "كفالة عينية" فإن هذه التأمينات لا تنتقل إلى المحال عليه إلا إذا رضى الكفيل بذلك (المادة ٢/٣١٨).

(ج) **موقف المدين المتضامن من حوالة الدين:** يقرر البعض - بحق - في هذا الصدد أنه إذا كان مع المدين الأصلي مدينون متضامنون فلا يبقى

(١) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٥٨٧، ود/ عبد الوود يحيى: مرجع سابق ص ٢٢٨.

(٢) د. السنهوري، مرجع سابق ص ٥٥٨.

هؤلاء المدينون متضامنون مع المدين الجديد (المحال عليه)، إلا إذا رضوا بالحوالة؛ حيث تسرى الحوالة في حقهم لرضائهم بها في هذه الحالة، أما إذا لم يرضوا بها، فإنها لا تسرى في حقهم فيما يضرهم ويمكنهم التمسك بها فيما ينفعهم، وبناء على ذلك إذا طالب الدائن أحدهم بالدين كان له الحق في إدخال المحال عليه (المدين الجديد) في الدعوى للحكم عليه بحصته في الدين.^(١)

٣- انتقال الدين إلى المحال عليه بدفوعه:

للمحال عليه الحق في التمسك بكافة الدفوع المتعلقة بالدين المحال به، سواء استمدت من علاقة المدين الأصلي بالدائن، أم استمدت من عقد الحوالة ذاته، أم استمدت من علاقة المدين الأصلي بالمحال عليه:

أ) الدفوع التي كان للمدين الأصلي التمسك بها: نظرًا لما يترتب على حوالة الدين من خلافة المحال عليه للمدين الأصلي في ذات الدين الذي كان على الأخير، فإنه يحق للمحال عليه التمسك قبل الدائن بكافة الدفوع التي كان للمدين الأصلي حق التمسك بها، وذلك كالدفوع المستمدة من الدين المحال به، كالدفوع بالبطان، أو بوجود عيب من عيوب الإرادة، أو باستحالة التنفيذ، أو بالتقادم، أو بانعدام المحل أو السبب، أو عدم مشروعيتها.

كما يجوز له الدفع بالوفاء إذا كانت الحوالة قد تمت بالاتفاق المباشر بين الدائن والمحال عليه دون تدخل المدين الأصلي الذي كان قد أوفى بالدين ولم يعلم بالحوالة، ويجوز للمحال عليه التمسك بالتجديد، أو الإبراء، أو غير ذلك من سبل انقضاء الدين.^(٢)

بيد أن المحال عليه لا يجوز له التمسك بالدفوع المتعلقة بشخص المدين الأصلي، كالدفوع بالحبس أو اتحاد الذمة أو نقص الأهلية.^(٣)

(١) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٥٩٦.

(٢) د/ عبد الحى حجازى: مرجع سابق، ص ٢٧٧، ود/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٥٩٨ وما بعدها، ود/ محمود خيال: مرجع سابق، ص ٢٩٧، ود/ البدراوى: مرجع سابق، ص ٣١٢.

(٣) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٦٠١.

ب) الدفع المستمدة من عقد الحوالة: كما يستطيع المحال عليه التمسك قبل الدائن بجميع الدفع المستمدة من عقد الحوالة، سواء تلك التي أقرها فأصبحت نافذة في حقه، أم التي باشرها بنفسه من المحال عليه، فأصبح طرفاً فيها، ومن هذه الدفع على سبيل المثال: الدفع ببطان عقد الحوالة لانعدام الرضا، أو لعدم مشروعية المحل، بأن كان الدين دين قمار، أو كان سبب الحوالة أمر مخالف للنظام العام والآداب، كأن يكون قد قبل الحوالة للقيام بعمل مغل بالشرف أو الأمانة، وكذلك الدفع بقابلية العقد للإبطال إذا كان مقرراً لمصلحته ليعيب شاب رضاه.^(١)

ج) الدفع المستمدة من العلاقة بين المدين الأصلي والمحال عليه: قد يكون سبب الحوالة مستمد من العلاقة ما بين المدين الأصلي والمحال عليه، كأن يكون هذا المدين قد باع متجره إلى المحال عليه وحول له الديون التي على هذا المتجر، فيكون سبب حوالة الديون هو عقد بيع المتجر الذي لولاه ما قبل المحال عليه حوالة هذه الديون.

في هذه الحالة إذا علم الدائن بأن سبب الحوالة العلاقة ما بين المحال عليه والمدين الأصلي، جاز للمحال عليه التمسك في مواجهته بكافة الدفع المستمدة من هذه العلاقة، ومن ثم يجوز له الامتناع عن الوفاء لهذا لدائن إلا في حالة فسخها، أما إذا لم يعلم الدائن بذلك فلا يستطيع المحال عليه الامتناع عن الوفاء استناداً إلى هذا العلاقة، وهذا الحكم مستمد من القواعد العامة في نظرية السبب، ومن ثم يعمل به بالرغم من الغاء نص المادة ٢/٤٥٣ من المشروع التمهيدي الذي ألغى لعدم ضرورته.

المطلب الثاني

آثار حوالة الدين فيما بين الدائن والمدين الأصلي

قبل إقرار الدائن لحوالة الدين ليس ثمة تغيير في العلاقة بين الدائن والمدين الأصلي إذا يظل لكل منهما حقوقه والتزاماته تجاه الآخر بموجب

(١) انظر في ذلك: المرجع السابق: ص ٢٢٧، ود/ عبد المنعم البدرأوى: مرجع سابق، ص ٣١٢.

العلاقة التي تربطهما، أما بعد الإقرار إذا كانت الحوالة تمت باتفاق المدين الأصلي والمحال عليه، فيترتب على الحوالة أثرين هامين:

١ - براءة ذمة المدين الأصلي:

متى صارت الحوالة نافذة في حق الدائن سواء بإقراره لها، أو بعد إبرامه لها مباشرة مع المحال عليه، فإن ذمة المدين الأصلي تبرا في مواجهة الدائن؛ حيث يتحول الدين إلى ذمة المحال عليه، ويمكنه الوفاء مباشرة إلى الدائن ولو بدون علم المدين، ومن ثم لا يستطيع الدائن مطالبة المدين الأصلي بهذا الدين ولا يكون أمامه إلا المحال عليه.^(١)

٢ - ضمان المدين ليسار المحال عليه:

يقع على عاتق المدين التزام بضمان يسار المحال عليه وقت إقرار الدائن للحوالة، بيد أنه لا يتحمل بهذا الالتزام إلا إذا تمت الحوالة باتفاق المدين مع المحال عليه، فهنا يضمن المدين أن يكون المحال عليه موسراً وقت إقرار الدائن لهذه الحوالة؛ حيث إنه هو الذي اختار هذا الشخص ليحل محله في الدين.

أما إذا انعقدت الحوالة بالاتفاق المباشر بين الدائن والمحال عليه فلا يلتزم المدين بهذا الضمان؛ حيث لا صلة له بهذا الشخص المحال عليه؛ لأن الحوالة في هذه الحالة تتم بدون رضائه وبدون علمه، بل قد تتم رغم معارضته، فإذا ما تبين أن المحال عليه معسراً تحمل الدائن أثر هذا الإعسار؛ لأنه هو الذي أقدم على الاتفاق معه.^(٢)

وهذا الضمان يخضع لاتفاق الطرفين حيث يجوز لهما التخفيف منه أو التشديد فيه، ومن ثم يجوز للمدين الاتفاق مع المحال عليه إعفاء نفسه من ضمان يسار المحال عليه ويقرر الدائن هذا الاتفاق، أو يتفق المدين مع الدائن مباشرة على إعفائه من ضمان يسار المحال عليه، كما يجوز للدائن التشدد في التزام الضمان باليسار؛ حيث يجوز له أن يتفق مع المدين على ضمانه

(١) د/ عبد الحى حجازي: مرجع سابق، ص ٢٧٤، ود/ محمود خيال: مرجع سابق، ص ٢٩٩.

(٢) في هذا المعنى: د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٦٠٨، ومحسن البيه: مرجع سابق، ص ٥١١.

ليسار المحال عليه وقت حلول الدين وليس وقت الإقرار فيكون المدين في هذه الحالة بمثابة كفيل.^(١)

المطلب الثالث

آثار حوالة الدين فيما بين المدين الأصلي والمحال عليه

تختلف الآثار التي تترتب على حوالة الدين فيما بين المدين الأصلي والمحال عليه قبل إقرار الدائن لهذه الحوالة عن تلك التي تترتب عليها بعد الإقرار:

١ - آثار الحوالة بين المدين والمحال عليه قبل نفاذها:

حوالة الدين قبل نفاذها في حق الدائن تقتصر على كونها مجرد اتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه لهما مطلق الحرية في تحديد الآثار المترتبة عليها، ومن ثم يجوز لهما اعتبار الحوالة غير قائمة حتى يتم إقرارها من قبل الدائن، أو الاتفاق على كونها مجرد إنشاء التزام على عاتق المحال عليه بحق الدائن.^(٢)

هذا إذا حدد الطرفان آثار الحوالة فيما بينهما قبل نفاذها إما إذا سكتا فقد تكفلت المادة ٣١٧ مدنى بتحديد الآثار التي تترتب على الحوالة في هذه الفترة، والتي تقضي بأن انعقاد الحوالة بالاتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه يوجد على عاتق الثانى التزام بالوفاء بالدين الذى على عاتق الأول، وهو التزام بعمل مقتضاه تخليص ذمة المدين الأصلي مما عليه من دين تجاه الدائن في الوقت المناسب وهو وقت حلول الدين.^(٣)

ويظل التزام المحال عليه بالوفاء بالدين المحال به تجاه المحيل (المدين الأصلي) ولو رفض الدائن الحوالة؛ حيث لا يؤدي عدم إقرار الدائن لهذه الحوالة سقوط الاتفاق فيما بين المدين الأصلي والمحال عليه.

(١) د/ السنهورى: مرجع سابق، ص ٦٠٨.

(٢) فى هذا المعنى: د/ عبد الحى حجازى: مرجع سابق، ص ٢٧٢.

(٣) فى هذا المعنى: د/ السنهورى: مرجع سابق، ص ٦١٢، ود/ عبد الحى حجازى: مرجع سابق،

ص ٢٧٣، ود/ محمود خيال: مرجع سابق، ص ٢٩٢.

وغنى عن البيان أنه لا يجوز للمدين مطالبة المحال عليه بالوفاء بالتزامه بدرة مطالبة الدائن له، إلا إذا كان قد قام بما يقع على عاتقه من التزامات تجاه المحال عليه بمقتضى عقد الحوالة (م ٢/٣١٧).

٢- آثار الحوالة فيما بين المدين الأصلي والمحال عليه بعد نفاذها:

تصير الحوالة نافذة فى حق الدائن بإقراره لها ويصبح من ثم المحال عليه هو المدين له؛ حيث ينتقل الدين من ذمة المدين الأصلي إلى ذمة المحال عليه، وتتشغل به من وقت انعقاد الحوالة وليس من وقت الإقرار، ويؤدى ذلك إلى براءة ذمة المدين الأصلي من هذا الدين.^(١)

وتختلف القواعد التى تحكم علاقة المدين الأصلي المحال عليه فى هذه الحالة باختلاف الغرض من الحوالة؛ حيث قد يكون الغرض من تحمل المحال عليه بعبء هذا الدين هو إقراض المدين بما يعادل مبلغ الدين، وهنا يكون رجوع المحال عليه على المدين الأصلي طبقاً لشروط القرض التى اتفقا عليها. وقد يكون الغرض من تحمل المحال عليه بهذا الدين هو وفاء بدين فى ذمته للمدين الأصلي، أو ثمن لمبيع اشتراه منه وفى هذه الحالة تبرأ ذمة المحال عليه من الدين، أو الثمن تجاه المدين الأصلي بوفائه لما على هذا المدين من دين لدائنه، وقد يقدم المحال عليه على الوفاء بالدين المحال به على سبيل التبرع بقيمته للمدين الأصلي، فتطبق على العلاقة بينهما أحكام التبرع.^(٢)

(١) د/ عبد الحى حجازى: مرجع سابق، ص ٢٧٤، ود/ محمود خيال: مرجع سابق، ص ٢٩٣، ود/ محسن البيه: مرجع سابق، ص ٥١٣، ود/ نبيل إبراهيم سعد، ود/ محمد حسين منصور: أحكام الالتزام، ط: دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٢، ص ٣٢١.

(٢) د/ السنهورى: مرجع سابق، ص ٦٢١، ود/ نبيل إبراهيم سعد، د/ محمد حسين منصور: مرجع سابق، ص ٣٢١.

الباب الرابع

انقضاء الالتزام

الالتزام كحق شخصي يتسم على نقيض الحق العيني بالتأقيت ومن ثم فمصيره إلى الزوال والانقضاء عاجلاً أم آجلاً؛ حيث لا يعقل استمرار الدائن دائئاً، والمدين مديئاً إلى الأبد لتعارض ذلك مع الحرية الشخصية؛ لأن الأصل براءة الذمة وشغلها أمر عارض والعارض لا يدوم.^(١)

ولذلك نظم المشرع المدني أسباب انقضاء الالتزام في الباب الخامس من الكتاب الأول المتعلق بالالتزامات بالمواد من ٣٢٣ إلى ٣٨٨.

ومن خلال هذا التنظيم التشريعي يتضح أن الالتزام إما أن ينقضى بالوفاء أو بما يعادل الوفاء، أو بدون وفاء ولكل من هذه الأمور أحكامه الخاصة به، وحيث قد تناولنا الوفاء كوسيلة للتنفيذ العيني للالتزام باعتباره تنفيذاً اختيارياً له، فسنقتصر هنا على الحديث عن انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء، وبدون وفاء، كل في فصل مستقل على النحو التالي:

الفصل الأول

انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

قد ينقضى الالتزام بما يعادل الوفاء، وذلك بحصول الدائن على ما يعادل ما التزم به المدين. ولقد نظم المشرع المصري انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء بالمواد من ٣٥٠ إلى ٣٧٠ من التقنين المدني المصري وحدد الطرق التي تعادل الوفاء بأنها: الوفاء بمقابل، والتجديد، والمقاصة، واتحاد الذمة. ونتناول كل طريقة من هذه الطرق في مبحث مستقل:

المبحث الأول

الوفاء بمقابل

تناول المشرع المصري أحكام الوفاء بمقابل بالمادتين ٣٥٠، ٣٥١ مدني، وفي ضوء هاتين المادتين نقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

(١) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٦٢٦.

المطلب الأول

ماهية الوفاء بمقابل

أولاً: تعريف الوفاء بمقابل:

عرف البعض الوفاء بمقابل بأنه: اتفاق الدائن والمدين على استبدال محل الالتزام بمحل آخر، يتمثل في نقل ملكية شيء، ويجب أن يقوم به المدين فوراً.^(١)

ومن ثم يتمثل الوفاء بمقابل في قبول الدائن لأداء المدين شيئاً آخر غير ما يستحق أصلاً، كعوض عن التنفيذ العيني للالتزامه، وذلك كقبول الدائن من المدين نقل ملكية شيء كعوض عن المبلغ المالى الملتزم به والذي عجز عن سداذه.^(٢)

ثانياً: شروط الوفاء بمقابل: يشترط في الوفاء بمقابل توافر شرطين:

الشرط الأول: وجوب الاتفاق على الوفاء بمقابل:

يجب لصحة الوفاء بمقابل أن يكون هناك اتفاق بين الدائن والمدين على القيام بالوفاء بمقابل؛ أي أن يتفق الطرفان على أن يقوم المدين بدلاً من الوفاء بمحل الالتزام الأصلي، بنقل ملكية شيء آخر للدائن؛ وذلك لأنه لا يجوز لكل منهما إجبار الآخر على الوفاء بغير ما اتفق عليه، ومن ثم وجب اتفاقهما على الوفاء بمقابل.^(٣)

ومحل الوفاء بمقابل بصفة خاصة يجب أن يتوافر فيه شرطان:

- ١- أن يكون هذا المحل شيئاً جديداً: بمعنى ألا يكون داخلاً في نطاق التزامه الأصلي، وإلا كنا بصد وفاء بمعناه الدقيق وليس وفاء بمقابل.
- ٢- كما يجب أن يكون محل الوفاء بمقابل نقل ملكية شيء أو تقرير حق عيني عليه: كحق انتفاع، ومن ثم لا يجوز أن يكون عملاً أو امتناعاً عن عمل، أو نقل أى حق شخصى آخر، فإذا قام المدين بتقديم ديناً له في ذمة

(١) د/ جلال محمد إبراهيم: مرجع سابق، ص ٤٨٥.

(٢) د/ البدرأوى: مرجع سابق، ص ٣٦٢، ود/ محسن البيه: مرجع سابق، ص ٥٨٠.

(٣) د/ السنهورى: مرجع سابق، ص ٧٩٨، ود/ جلال محمد: مرجع سابق، ص ٤٨٧.

شخص آخر عوضاً عن حق الدائن لديه فإن هذا يكون حوالة للحق، أو أى عملية أخرى غير الوفاء بمقابل.^(١)

الشرط الثاني: أن يتم تنفيذ الوفاء بمقابل فور الاتفاق عليه:

يشترط لصحة الوفاء بمقابل كذلك أن يكون الاتفاق مصحوباً بتنفيذه؛ أي أن يتم التنفيذ فور إتمام هذا الاتفاق، ولا يصح تأجيل تنفيذ هذا الاتفاق، وإلا كنا بصدد تجديد للالتزام وليس وفاء بمقابل له.^(٢)

المطلب الثاني

آثار الوفاء بمقابل

تنص المادة ٣٥١ من القانون المدني على أنه: "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".

يتضح من هذا النص أن للوفاء بمقابل أحكام مزدوجة، فهناك أحكام تسرى عليه باعتباره ناقلاً للملكية وهى أحكام البيع، وأخرى تسرى عليه باعتباره يقضى الدين وهى أحكام الوفاء:

أولاً: آثار الوفاء بمقابل باعتباره ناقلاً للملكية:

نظراً لما يترتب على الوفاء بمقابل من نقل ملكية المقابل إلى الدائن تسرى عليه أحكام البيع، وتتمثل هذه الأحكام كما عددها النص السابق في الأهلية، وضمان الاستحقاق، وضمان العيوب الخفية:

بالنسبة للأهلية: يجب أن يتوافر فى المدين فضلاً عن أهلية الوفاء أهلية التصرف، نظراً لما يقع على عاتقه من التزام بنقل الملكية، كما يجب أن يتوافر فى الدائن أهلية تلقى الوفاء وأهلية مباشرة الأعمال الدائرة بين النفع

(١) د/ عبد الحى حجازى: مرجع سابق، ص ٥٩، ود/ محمود خيال: مرجع سابق، ص ٣٤٢.

(٢) المرجع السابق: ص ٣٤٢، ود/ جلال إبراهيم: مرجع سابق، ص ٤٩١.

والضرر (أهلية الشراء).^(١)

وبالنسبة لضمان الاستحقاق: فإنه إذا استحق المقابل الذى حصل عليه الدائن بأن كان غير مملوك للمدين واسترده مالكة، فإن الدين الأصلي لا يعود لانقضائه بالوفاء، ولكن يرجع الدائن على المدين بدعوى ضمان الاستحقاق المقررة فى عقد البيع (م ٤٤٣ مدنى)، ومن ثم يمكنه مطالبة المدين، وبقيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من هذا الوقت، وقيمة الثمار التى ردها الدائن لمالك الشئ المستحق، والمصروفات النافعة التى لا يمكنه استردادها من هذا المالك، والمصروفات الأخرى التى لا يستطيع الحصول عليها فى حالة ثبوت سوء نية المدين، ومصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق، مع احتفاظ الدائن بحقه فى المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر أو فاته من كسب بسبب استحقاق الشئ الذى قدمه له المدين وفاءً.

وبالنسبة لضمان العيوب الخفية: فلو اكتشف الدائن فى المقابل عيباً، فله الرجوع على المدين بضمان هذا العيب، وفقاً للمواد من ٤٧٧ إلى ٤٥٤ من القانون المدنى، والتى تقرر حق الدائن فى رد الشئ والمطالبة بالتعويض إن كان العيب جسيماً، أو المطالبة بالتعويض فقط مع استبقاء الشئ إن كان العيب يسيراً.^(٢)

وإضافة للأحكام السابقة والتى عدتها المادة ٣٥١ فإنه يسرى على الوفاء بمقابل سائر أحكام البيع، ومن ثم فإن كان المقابل عقاراً فلا ينتج الوفاء بمقابل أثره إلا بتسجيل العقد الذى يتضمن هذا الوفاء.

ثانياً: آثار الوفاء بمقابل باعتباره وفاء:

يترتب على الوفاء بمقابل باعتباره انقضاء للدين الجديد الذى التزم به المدين، أما الدين القديم فقد انقضى بالتجديد ويترتب على ذلك ما يلى:

١- زوال التأمينات التى كانت تكفل الدين الأصلي الذى انقضى بالتجديد، وينقضى من ثم توابعه.

(١) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٣٦٨، ود/ محمود خيال: مرجع سابق، ص ٣٥١.

(٢) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٨٠٩، ود/ البداروى: مرجع سابق، ص ٣٦٩.

٢- إذا تبين للمدين (الموفي) أنه قد وفى بدين لا وجود له، فإنه يرجع على الدائن بدعوى الوفاء لا أحكام نقل الملكية، ومن ثم له الحق فى مطالبة الدائن باسترداد ما دفعه له بدون وجه حق.

٣- لدائنى المدين الطعن فى تصرفاته بالدعوى البوليصة فى الوفاء بمقابل باعتباره وفاء، فإذا كان معسراً ووفى أحد دائنيه وفاء بمقابل بما يضر بمصلحة باقى الدائنين، كأن يقوم بالوفاء قبل انقضاء الأجل الممنوح له، أو بعد الأجل ولكن بالتواطؤ مع الدائن الذى استوفى المقابل، فلهم الطعن فى هذا التصرف بالدعوى البوليصة.

٤- يطبق على الوفاء بمقابل أحكام تعيين جهة الدفع، فإن كان على المدين عدة ديون، ودفع مقابلاً للوفاء ببعضها دون البعض، فله الحق فى تحديد الدين الذى دفع مقابله، فإن لم يفعل كان الدفع للدين الحال، ثم للأكثر كلفة، فإن تساوت الديون فى ذلك كان للدائن الحق فى تعيين الدين الذى استوفى مقابله.^(١)

المبحث الثانى

التجديد

أولاً: المقصود بالتجديد:

يقصد بالتجديد بصفة عامة: استبدال دين جديد بدين قديم.^(٢) ومن ثم فهو سبب لانقضاء الالتزام الأول ونشأة الالتزام الثانى، وهو ما جعل البعض يراه اتفاقاً وعقداً فى ذات الوقت، فهو اتفاق على انقضاء الالتزام الأول وعقد ينشأ به الالتزام الثانى.^(٣)

ويعرفه جانب من الفقه بأنه: انقضاء التزام بنشوء التزام جديد قصد به أن يحل محله.^(٤)

(١) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٨١١، ود/ محمود خيال: مرجع سابق، ص ٣٥٣.

(٢) د/ البدرأوى: مرجع سابق، ص ٣٧٠، ود/ جلال محمد إبراهيم: مرجع سابق، ص ٥٣.

(٣) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٨١٣.

(٤) د/ عبد الحى حجازى: مرجع سابق، ص ٦٧، ود/ محمود خيال: مرجع سابق، ص ٣٥٤.

ثانيًا: شروط التجديد:

لما كان جوهر التجديد يتمثل في أن يحل محل الالتزام القائم التزام جديد مغاير له في أحد عناصره، فإنه لكي يكون التجديد صحيحًا، لابد من توافر ثلاثة شروط:

الشرط الأول: وجود التزام قديم يحل محله التزام جديد:

يشترط لقيام التجديد أن يوجد التزام قديم صحيح، ثم يحل محله التزام جديد صحيح أيضًا:

(أ) **وجود التزام قديم صحيح:** يلزم لتنام التجديد أن يوجد التزام قديم يراد انقضاؤه بالتجديد، وأن يكون هذا الالتزام قائمًا، أما إذا لم يوجد ثمة التزام أصلاً أو كان موجود وانقضى، فلا يصح التجديد؛ إذ لا يتصور أن يتم الاستبدال على شيء معدوم.

كما يلزم أن يكون هذا الالتزام القديم صحيحًا فإن كان باطلاً بطلاناً مطلقاً، لفقدانه أحد أركانه، فإنه يكون معدوماً أيضاً، ومن ثم لا يرد عليه التجديد، أما إن كان قابلاً للإبطال فإن تجديده يدل ضمنياً على نزول من له حق التمسك بإبطاله عن هذا الحق.^(١)

(ب) **إنشاء التزام جديد:** يلزم لقيام التجديد كذلك أن يتم الاتفاق على إنشاء التزام جديد يحل محل الالتزام القديم المنقضى، ويجب أن يكون الاتفاق على إنشاء هذا الالتزام صحيحاً، بمعنى أن يكون العقد الذي تم إبرامه بين الدائن والمدين وتم الاتفاق فيه على التجديد صحيحاً، فإن كان باطلاً بطلاناً مطلقاً فيسقط التجديد ويبقى الالتزام الأصلي، أما إن كان قابلاً للإبطال فلا يتم التجديد إلا بعد زوال سبب قابليته للإبطال بإجازته ممن له حق التمسك به، أما إن تمسك بالإبطال فيزول الالتزام الجديد ويعود الالتزام القديم، وإن كان عقد التجديد معلقاً على شرط واقف أو فاسخ، فإن الالتزام الجديد (التجديد) يتصف بهذا الوصف أيضاً.^(٢)

(١) د/ البدرأوى: مرجع سابق، ص ٣٧٧، ود/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٧٧٣.

(٢) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٨٢٠، ود/ عبد الرشيد مأمون: مرجع سابق، ص ٣٢١.

الشرط الثاني: مغايرة الالتزام الجديد للالتزام القديم:

يلزم لصحة التجديد أن ينشأ التزم جديد يغاير الالتزام القديم في أحد عناصره الهامة، فإن لم يوجد اختلاف بين الالتزامين فلا يكون ثمة تجديد، وإنما إقرار بالالتزام القديم، أو إجازة له، وكذلك لو لم يكن التغيير جوهرياً، فلا نكون أمام تجديد، كأن يقتصر على مد أجل قائم أو إلغائه، أو إضافة الالتزام إلى أجل، فإن مثل هذه التغييرات لا تعتبر تجديدًا، إلا إذا تعلقت إلى حد ما بمحل الالتزام، كإضافة شرط جزائي، أو تعديل مكان الوفاء، وأراد الطرفان بذلك تجديد الالتزام فيعتبر تجديدًا له بتغيير محل الدين.^(١)

والمغايرة بين الالتزامين قد تكون بتغيير الدين أو تغيير الدائن، أو تغيير المدين على التفصيل التالي:

(أ) **التجديد بتغيير الدين:** يتم تجديد الالتزام بتغيير الدين إذا اتفق الطرفان على استبدال الالتزام الأصلي بالالتزام جديد يختلف عنه في محله أو في مصدره، ومثال التغيير باختلاف محل الالتزام، أن يتفق الطرفان على استبدال الالتزام القديم الذي كان محله مبلغًا من المال، بآخر جديد يكون محله بضاعة أو منقول أو عقار، ومثال التغيير باختلاف مصدر الالتزام: اتفاق البائع والمشتري على أن يصبح الثمن الذي في ذمة المشتري للبائع قرضًا، فيصبح مصدر التزام المدين في هذه الحالة هو عقد القرض بدلًا من عقد البيع.^(٢)

(ب) **التجديد بتغيير الدائن:** وقد يتم تجديد الالتزام كذلك بتغيير الدائن، وذلك إذا اتفق الدائن والمدين وشخص أجنبي على أن يكون هذا الأجنبي هو الدائن، فيتفق المدين مع الدائن القديم على انقضاء الالتزام الأصلي، ويتفق مع الدائن الجديد على إنشاء الالتزام الجديد الذي يحل محل الالتزام الأصلي وبذلك يتم التجديد.^(٣)

(ج) **التجديد بتغيير المدين:** وقد يتم التجديد بتغيير المدين، سواء كان

(١) في هذا المعنى: د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٨٢٣.

(٢) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٨٢٤، ود/ البدرأوى: مرجع سابق، ص ٣٨١.

(٣) د/ عبد الرشيد مأمون: مرجع سابق، ص ٣٣٠.

باتفاق الدائن مع شخص أجنبي على أن يحل الأخير محل المدين الأصلي ويتحمل الوفاء بما عليه من دين، أم باتفاق المدين مع الدائن على أن يحل شخص أجنبي محله في الدين الذي على المدين للدائن.

الشرط الثالث: توافر نية التجديد:

يلزم كذلك لإتمام التجديد أن تتوافر نية التجديد لدى الدائن دائماً، وأن يشترك معه في ضرورة توافر هذه النية المدين القديم، أو المدين الجديد أو كلاهما معاً حسب الأحوال، ومن ثم يجب أن يكون إنشاء الدين الجديد بقصد استبداله بالدين القديم.^(١)

ونية التجديد لا تفترض، بل يجب أن يتفق عليها صراحة أو أن تكون واضحة من الظروف المحيطة بها، ومن ثم لا يكفي أن يسلم المشتري للبائع كمبيالات بقيمة الثمن حتى يعتبر ذلك تجديدًا للثمن بقرض؛ لأن نية التجديد ليست واضحة في هذه الحالة، بل تعد هذه الكمبيالات سندات الثمن، ويبقى حق البائع مضموناً بامتياز البائع خلاف لما عليه الحال في التجديد.

ثالثاً: آثار التجديد:

يترتب على التجديد انقضاء الالتزام الأصلي ونشوء التزام آخر على عاتق المدين أو الغير كما سلفت الإشارة، ولكن هل بانقضاء الالتزام تنقضى معه توابعه تماماً أم يصح انتقالها مرة أخرى إلى الالتزام الجديد؟ هذا ما تكفل ببيانه المادتان ٣٥٧-٣٥٨ مدني، وإليك بيان هذه الأحكام بشيء من التفصيل:

١ - انقضاء الالتزام الأصلي ونشوء التزام جديد:

الأثر الجوهري للتجديد والمتمثل في انقضاء الالتزام الأصلي ليحل محله الالتزام الجديد.

أ) **انقضاء الالتزام الأصلي:** يؤدي التجديد إلى انقضاء الالتزام الأصلي من على عاتق المدين، كأنه قد قام بالوفاء به، وينقضى مع هذا الالتزام جميع توابعه من الضمانات التي كانت تكلفه، والدعاوى التي كانت تحميه، والدفع

(١) د/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٧٧٦، د/ محسن البيه: مرجع سابق، ص ٥٩٠.

التي كان كل من الطرفين يستطيع التمسك بها، فمثلاً لو كان الالتزام الأصلي ثمناً على المدين وقام بتجديده وأصبح قرضاً ولم يقم بسداده لا يستطيع الدائن (البائع) المطالبة بفسخ البيع، أو التنفيذ على المبيع بما له من حق امتياز، كما لا يمكنه المطالبة بالضمانات التي كانت له كبائع؛ لأن كل ذلك انقضى بانقضاء الدين الأصلي (التمن) وأصبح دائناً عادياً بالقرض فقط.^(١)

ب) نشوء التزام جديد: كما يؤدي التجديد كذلك إلى نشأة التزام جديد على عاتق المدين أو شخص أجنبي إن كان التجديد بتغيير المدين ويختلف هذا الالتزام عن الالتزام القديم، فإن كان القديم مضموناً بتأمينات معينة، فإن الالتزام الجديد لا يكون مضموناً بهذه التأمينات، وقد يكون التقادم الذي يسرى على الالتزام الجديد أطول أو أقصر من التقادم الذي يسرى على الالتزام القديم.

٢- جواز الاتفاق على بقاء التأمينات:

التأمينات التي كانت تكفل الالتزام الأصلي يجوز أن تبقى مع الالتزام الجديد متى تم الاتفاق على ذلك، وهذه التأمينات إما أن تكون عينية قدمها المدين، أو عينية وشخصية مقدمة من الغير:

أ) التأمينات العينية المقدمة من المدين: الأصل في التجديد أنه يؤدي إلى انقضاء الالتزام القديم تماماً بما يكفله من تأمينات وما يتبعه من دعاوى ودفع، وانقضاء توابع الالتزام القديم على هذا النحو عيب يشوب التجديد؛ حيث يفقد الدائن ما كان معه من تأمينات تضمن حقه، ويفقد المدين ما كان له من دفع يمكن التمسك بها، وهو ما يميز حوالة الحق عن التجديد في مثل هذه الحالات، وللتخفيف من آثار هذا العيب الذي يشوب التجديد أجاز المشرع الاتفاق على استمرار التأمينات لتضمن الالتزام الجديد.^(٢)

وانتقال التأمينات العينية التي قدمها المدين يكون على النحو التالي:

- إذا كان التجديد بتغيير الدين فيتم نقل التأمينات بذات الطريق الذي تم به التجديد أى باتفاق الدائن والمدين.

(١) د/ البدرأوى: مرجع سابق، ص ٣٨٤، ود/ عبد الرشيد مأمون: مرجع سابق، ص ٣٣٣.

(٢) د/ السنهورى: مرجع سابق، ص ٨٤٨، ٨٥٠، ود/ البدرأوى: مرجع سابق، ص ٣٦٨، ٣٨٥.

- إذا كان التجديد بتغيير الدائن فيلزم اتفاق الدائن الجديد والدائن الأصلي والمدين حتى يتم نقل التأمينات التي قدمها المدين لكفالة الالتزام الأصلي لتكفل الالتزام الجديد.

- إذا كان التجديد بتغيير المدين فيكفي لبقاء التأمينات لضمان الالتزام الجديد اتفاق الدائن والمدين الجديد دون حاجة إلى تطلب رضا المدين القديم.

ب- التأمينات الشخصية والعينية المقدمة من الغير: أما إذا كانت التأمينات كفالة شخصية أو عينية مقدمة من الغير أو تضامن بين المدينين، فإن المادة ٣٥٨ قررت صراحة وجوب موافقة الكفيل الشخصي أو العيني على بقاء كفالته لضمان الالتزام الجديد؛ لأنه ارتضى كفالة الالتزام الأصلي، فإذا انقضى هذا الالتزام تعين انقضاء كفالته كذلك، فإذا أريد انتقال كفالته للالتزام الجديد وجب موافقته على ذلك.^(١)

المبحث الثالث

المقاصة

المقاصة طريقة لانقضاء دينين متقابلين بين نفس الشخصين بقدر الأقل منهما، وإذا كان الدينان متساويان فينقضيان في نفس الوقت وتبرأ ذمة كل من الطرفين تجاه الآخر.^(٢)

وللمقاصة أهميتها البالغة في توفير الوقت والجهد؛ حيث إنه بدلاً من قيام كل طرف بوفاء الدين الذي عليه، ثم يطالب الطرف الآخر بالدين الذي له، فبالمقاصة يختصر الطريق، وينقضى الدينان بقدر الأقل منهما، وإضافة لذلك فإنها أداة وفاء مزدوج كما أنها أداة ضمان:

فأما من ناحية الوفاء المزدوج: فإنها تقضي كلياً على الدين الأقل وتقضي جزئياً على الدين الأكبر، فلا يوفى من الدينين إلا ما زاد على ما تم انقضاؤه بالمقاصة؛ ولذا يكثر القيام بها في العلاقات التجارية والمصرفية بصفة خاصة نظراً لاعتمادها على السرعة في إبرام معاملاتها.

(١) انظر في هذا المعنى: د/ جلال محمد إبراهيم: مرجع سابق، ص ٥٤٧.

(٢) د/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٧٩٦، ود/ محسن البيه: مرجع سابق، ص ٦٠٥.

ومن ناحية كونها أداة ضمان: فلأنها تعطى الدائن الحق فى أن يستنزل من دينه ما له من حق تجاه الطرف الآخر دون أن يشاركه فيه سائر دائني هذا الطرف، ومن ثم يستوفي حقه كاملاً ومتقدماً ومفضلاً على غيره من هؤلاء الدائنين، بما يجنبه إعسار المدين ومزاحمة دائنيه، ومن ثم تحقق له المقاصة الضمان الكافى لاستيفاء حقه شأنها شأن الرهن والامتياز.^(١)

والمقاصة قد تكون اتفاقية أو قضائية أو قانونية، بيد أنه إذا اطلق لفظ المقاصة فيراد منه القانونية؛ لأنها تتضمن أحكام المقاصة بصفة عامة.

ولقد نظم المشرع المصرى المقاصة بالمواد من ٣٦٢ الى ٣٦٩ من القانون المدنى وفى دراستنا لها نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول

شروط المقاصة القانونية

يلزم لوقوع المقاصة قانوناً توافر الشروط الآتية:

الشرط الأول: التقابل بين الدينين: يلزم لوقوع المقاصة القانونية أن يوجد دينان متقابلان؛ أى أن يكون كل من طرفى المقاصة دائئاً ومدينئاً للطرف الآخر فى ذات الوقت، ومن ثم يتعين أن يكون كلا منهما دائئاً ومدينئاً بشخصه وبنفس الصفة، فلا تصح المقاصة بين دين للوصى على الغير ودين للغير على القاصر؛ لأن المدين لهذا الغير هو القاصر وليس الوصى، ولا تجوز المقاصة بين دين لشركة على أجنبى ودين لهذا الأجنبى على أحد الشركاء؛ لأنه مدين للشركة وليس لأحد الشركاء والشركة غير أحد شركاءها.^(٢) ومن باب أولى لا تصح المقاصة بين دين لشخص على آخر ودين لهذا الآخر على أجنبى.

الشرط الثانى: التماثل فى المحل بين الدينين: كما يشترط لوقوع المقاصة كذلك أن يكون الدينان متماثلين من النقود أو من المثليات المتحدة فى النوع والجودة، فيجوز المقاصة بين نقود ونقود، أو قطن وقطن من نفس النوع والدرجة، أما إذا اختلف الدينان فى النوع أو الدرجة فلا تصح المقاصة،

(١) د/ البدراوى: مرجع سابق، ص ٣٩١، ود/ عبد الحى حجازى: مرجع سابق، ص ٩٨.

(٢) د/ السنهورى: مرجع سابق، ص ٨٨٨، ود/ عبد الحى حجازى: مرجع سابق، ص ١٠٢.

ومن ثم لا تجوز المقاصة بين شخص دائن لآخر بكمية من القمح ومدين له بكمية من القطن مثلاً.^(١)

الشرط الثالث: صلاحية كل من الدينين للمطالبة به قضاء: ويشترط كذلك أن يكون كل من الدينين يمكن أن ترفع به دعوى للمطالبة به وإجبار المدين على وفائه، ولأن المقاصة وفاء جبرى للالتزام، أما إذا كان أحد الالتزامين لا تصح المطالبة به قضاء فلا تصح المقاصة، ومن ثم لا تقع المقاصة القانونية بين التزام طبيعى وآخر مدنى؛ لأن الالتزام الطبيعى لا تجوز المطالبة به قضاء ولا يمكن إجبار المدين على الوفاء به.^(٢)

الشرط الرابع: خلو الدينين من النزاع: يشترط لوقوع المقاصة القانونية كذلك أن يكون كل من الدينين خالياً من النزاع، وهو يكون كذلك إذا كان مؤكداً فى وجوده وفى محله وفى مقداره، فيتعين أن يكون الدين موجوداً قانوناً ولا شك فى ثبوته، وألا يكون هناك خلاف حول وجوده أو مقداره؛ لأن النزاع حول وجود الحق، أو مقداره هو الذى يؤثر فى وقوع المقاصة، مع ملاحظة أنه قد توجد منازعة كيدية حول مقدار الحق لمنع وقوع المقاصة القانونية لتصبح قضائية أو اتفاقية فيستفيد الطرف سئ النية من التأخير فى وقوعها، ومن ثم يتعين أن يكون النزاع جدياً يستند فيه المتمسك به إلى أسس قوية ومعقولة.^(٣)

الشرط الخامس: أن يكون كل من الدينين مستحق الأداء: ويشترط لوقوع المقاصة كذلك أن يكون كل من الدينين مستحق الأداء؛ أى ألا يكون هناك مانع يمنع من رفع الدعوى للمطالبة بهذا الدين فوراً، أما إذا كان أحد الدينين أو كلاهما غير مستحق الأداء فلا تصح المقاصة، ومن ثم لا تجوز المقاصة بين دين حال وآخر مؤجل إلا إذا حل الأجل، أو سقط بنزول الدائن عنه، أو حرم منه المدين بسبب إضعافه التأمينات التى قدمها، وكذلك لا تصح المقاصة بين دين حال، وآخر معلق على شرط واقف أو أجل واقف؛ لأن

(١) د/ البدرأوى: مرجع سابق، ص ٣٩٤، د/ جلال محمد: مرجع سابق، ص ٥٥٨.

(٢) د/ عبد الحى حجازى: مرجع سابق، ص ١٠٧.

(٣) د/ البدرأوى: مرجع سابق، ص ٣٩٥، د/ محسن البيه: مرجع سابق، ص ٦١١.

الالتزام المعلق على شرط أو الموقوف لأجل غير مستحق الأداء فضلاً عن كونه غير محقق الوجود.^(١)

وإذا كان الأجل قضائياً أى منحه القاضى للمدين على سبيل نظرة الميسرة فتجوز المقاصة بالرغم من عدم انتهاء هذا الأجل؛ لأن القاضى منحه أياه ليتمكن من الوفاء، فإذا تبين قدرته على الوفاء عن طريق المقاصة انعدمت علة وجود الأجل، ومن ثم تقع المقاصة ليتحقق الوفاء، وكذلك إن كان الدائن قد تبرع بالأجل فلا يمنع من وقع المقاصة لأنه تفضل منه.^(٢)

الشرط السادس: ألا يكون أحد الدينين مما لا تجوز المقاصة فيه قانوناً: إضافة للشروط السابقة يتعين لوقوع المقاصة ألا يكون أحد الدينين مما تمتنع المقاصة فيه قانوناً، ويكون الدين كذلك متى كان أحد الحالات التى نصت عليها المادة ٣٦٤ مدنى، وهي:

أ) إذا كان أحد الدينين شيئاً نزع دون حق من مالكه، وكان مطلوباً رده.
ب) إذا كان أحد الدينين شيئاً مودعاً أو معارزاً عارية استعمال وكان مطلوباً رده.

ج- إذا كان أحد الدينين حقاً غير قابل للحجز.

متى توافرت الشروط السابقة صح التمسك بالمقاصة وأمكن وقوعها دون النظر إلى مصدر الدينين فقد يكون مصدر أحدهما عقدياً والآخر تقصيرياً، ودون النظر إلى قدر كل منهما فقد يكون أحدهما كبيراً والآخر قليلاً؛ لأن المقاصة تؤدى إلى انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما، ودون النظر إلى المحرر الثابت فيه كل منهما، فقد يكون أحدهما رسمياً والآخر عرفياً.

وكذلك دون النظر إلى مكان وفاء كل منهما إلا إذا كان من شأن التمسك بالمقاصة ووقوعها فى مكان ما إلحاق ضرر لمن يتمسك بها ضده؛ لعدم إمكان الوفاء فى هذا المكان، أو عدم قدرته على استيفاء حقه فيه، فهنا يجوز له المطالبة بالتعويض فقط عن هذا الضرر المادة ٣٦٣ مدنى.

(١) د/ البدرأوى: مرجع سابق، ص ٣٩٦، د/ عبد الرشيد مأمون: مرجع سابق، ص ٣٤٤.

(٢) د/ عبد الحى حجازى: مرجع سابق، ص ١٠٦، د/ البدرأوى: مرجع سابق، ص ٣٩٦.

المطلب الثانى

كيفية وقوع المقاصة وآثارها

بعد معرفة شروط المقاصة يجدر بنا بيان كيفية وقوعها والآثار التى تترتب عليها وهو ما نتناوله كل فى فرع مستقل على النحو التالى:

الفرع الأول

كيفية وقوع المقاصة

تنص المادة ١/٣٦٥ مدنى على أنه: "لا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها، ولا يجوز النزول عنها قبل ثبوت الحق فيها". يتضح من هذا النص أنه يتعين التمسك بالمقاصة حتى يتم الحكم بها، ولا يجوز التنازل عنها قبل ثبوت الحق فيها:

أولاً: وجوب التمسك بالمقاصة:

لا يكفى لوقوع المقاصة توافر شروطها السابق بيانها بالرغم من أنها تقع بقوة القانون، وإنما يجب أن يتمسك بها من له مصلحة فى ذلك؛ لأنها لا تتعلق بالنظام العام؛ إذا لا يتم انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما تحقيقاً للصالح العام، وإنما لمصلحة أطرافها فقط، وهو ما يستوجب تمسكهم بها.^(١)

وضرورة التمسك بالمقاصة على هذا النحو يدل على أن القاضى لا يمكنه الحكم بها من تلقاء نفسه، وإنما يتعين أن يطلب منه صاحب المصلحة الحكم له بوقوعها؛ لأنها ليست من النظام العام، وعدم التمسك بها فى الوقت المناسب قد يدل على التنازل الضمنى عنها.^(٢)

ثانياً: من له حق التمسك بالمقاصة:

ولا يقتصر حق التمسك بالمقاصة على المدين الذى أصبح دائماً لدائنه، وإنما يمتد لكل من له مصلحة فى وقوعها، كالكفيل لأحد المدينين؛ حيث يجوز له التمسك بالمقاصة بين ما هو مستحق على المدين الذى يكفله، وما هو مستحق لهذا المدين قبل دائنه، كما يجوز للمدين المتضامن التمسك بالمقاصة

(١) د/ جلال محمد ابراهيم: مرجع سابق، ص ٥٨٠، ود/ البدرأوى: مرجع سابق، ص ٤٠٠.

(٢) د/ جلال محمد ابراهيم: مرجع سابق، ص ٥٨٠.

بين الدائن ومدين متضامن آخر بقدر حصة هذا المدين فقط، كما يجوز لحائز العقار المرهون التمسك بالمقاصة بالنسبة للدين الذى تم رهن العقار الذى فى حيازته ضماناً له.^(١)

ثالثاً: وقت التمسك بالمقاصة:

يمكن التمسك بالمقاصة فى أية حال كانت عليها الدعوى، كما يجوز التمسك بها ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، ولكن لا يجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض، ويجوز التمسك بها بعد الحكم وعند البدء فى تنفيذه، بيد أنه يغلب دائماً التمسك بها أمام القضاء، ويمكن التمسك بها عن طريق دعوى يرفعها صاحب الشأن يطلب فيها المقاصة بين دينه والحق الذى له قبل دائئه، كما يمكن التمسك بها كدفع يدفع به المدين فى الدعاوى التى يرفعها عليه دائئه لمطالبته بما عليه من ديون.^(٢)

رابعاً: جواز النزول عن المقاصة:

نظراً لأن المقاصة ليست من النظام العام، ولأنها تحقق مصلحة لطرفيها بما يوجب عليها التمسك بها تحقيقاً لهذه المصلحة، فإنه يجوز لهما أيضاً التنازل عنها، ولكن هذا التنازل كما قررت الفقرة الأولى من المادة ٣٦٥ لا يجوز للدائن قبل ثبوت الحق فيها، ولقد كان المشرع المصرى محققاً فى حظر التنازل السابق على ثبوت الحق فى المقاصة حتى لا يصبح هذا التنازل شرطاً دارجاً مألوفاً ربما يمليه بعض المتعاقدين على بعض بما يضر بهم، كما جاء صراحة فى الأعمال التحضيرية للقانون المدنى أن البنوك فى معاملاتها مع الأفراد تتمسك فى عقودها معهم بالنص على عدم جواز تمسكهم بالمقاصة، وفى هذا ضرر بليغ بهؤلاء الأفراد،^(٣) كما أن التنازل عن حق يجب أن يكون عن ترو وبصيرة وهو ما لا يتصور قبل ثبوت هذا الحق.^(٤)

(١) د/ السنهورى: مرجع سابق، ص ٩١٠، د/ جلال محمد: مرجع سابق، ص ٥٨٢.

(٢) د/ محسن البيه: مرجع سابق، ص ٦١٨، د/ البداروى: مرجع سابق، ص ٤٠١.

(٣) د/ جلال إبراهيم: مرجع سابق، ص ٥٨٣، د/ البداروى: مرجع سابق، ص ٤٠١.

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية، ج ٢، ص ٢٧٩.

الفرع الثانى

آثار المقاصة

يترتب على وقوع المقاصة انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما كما سبق بيانه وهذا فيما بين الطرفين، أما بالنسبة للغير فيجب ألا يترتب على وقوع المقاصة ضرراً بحقوقهم:

أولاً: آثار المقاصة فيما بين الطرفين:

يترتب على المقاصة وفقاً لنص المادة ٣٦٥/٢ والمادة ٣٦٦ مدني انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما، وذلك متى توافرت شروطها السابقة وتمسك بها صاحب المصلحة فيها، ويترتب هذا الأثر من الوقت الذى أصبح فيه الدينان صالحين للمقاصة وليس من وقت التمسك بها، وهو ما يدل على أن للمقاصة أثراً رجعيّاً يرجع إلى وقت توافر شروطها وهو الوقت الذى تلاقى فيه الدينان واجتمع فيهما شروط المقاصة.^(١) ويترتب على ذلك النتائج التالية:

١- إذا كان الدينان المتقابلان أو أحدهما ينتج فائدة ثم وقعت المقاصة بينهما بعد التمسك بها، فإن الفوائد تنقطع لا من وقت التمسك بالمقاصة، وإنما من وقت تلاقى الدينين؛ أي من وقت اجتماع شروط المقاصة فيهما، وانقطاع الفوائد على هذا النحو يكون بقدر ما ينقضى من الدينين، ويظل ما يبقى منهما منتجاً لفوائده.

٢- إذا كان أحد الدينين عند توافر شروط المقاصة لم يكتمل فيه مدة التقادم جاز التمسك بالمقاصة حتى لو اكتملت هذه المدة وقت التمسك بالمقاصة، وحتى لو تمسك المدين بهذا الدين بالتقادم؛ لأن العبرة فى التمسك بالتقادم هو وقت توافر شروط المقاصة، وليس وقت التمسك بها، وفقاً لقاعدة الأثر الرجعى للمقاصة.

٣- يترتب على انقضاء الدين بالمقاصة كذلك أن ينقضى معه ما يكفله من تأمينات كالرهن الرسمى والحيازى، والكفالة، سواء كانت شخصية أم عينية،

(١) د/ السنهورى: مرجع سابق، ص ٩٢٣، ود/ البدرى: مرجع سابق، ص ٤٠٢، ود/ سليمان

مرقس: مرجع سابق، ص ٨٠٧.

وحقوق الامتياز والاختصاص، ولكن لكي يسرى انقضاء هذه التأمينات في حق الغير يجب التأشير بذلك على هامش القيد.^(١)

ثانياً: آثار المقاصة بالنسبة للغير:

لا يجوز كمبدأ عام أن يترتب على المقاصة إضرار بحقوق اكتسبها الغير، وهذا الغير قد يكون دائئاً أوقع حجزاً تحفظياً تحت يد مدينه، أو محالاً له قبل المدين حوالته.

١- **الدائن الحاجز:** وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٣٦٧ لا تجوز المقاصة إن كان سيترتب عليها إضرار بالدائن الذي أوقع حجزاً تحفظياً تحت يد المدين لدين له على دائئه، ومن ثم لو أن شخصاً مدينًا لآخر ثم أوقع أحد دائئى هذا الدائن حجزاً تحفظياً تحت يد المدين، ثم نشأ بعد ذلك حق للمدين فى ذمة هذا الدائن، وأصبح صالحاً للمقاصة، فلا تقع المقاصة فى هذه الحالة؛ لأن وقوعها سيؤدى الى الإضرار بمصلحة الدائن الحاجز (دائن الدائن)؛ ولأن الحجز يؤدي إلى امتناع المدين عن الوفاء لدائئه، فإذا قيل بجواز المقاصة بعد الحجز، فإن المدين سيفى بالدين الذى فى ذمته لدائئه، والوفاء للدائن بعد الحجز لا يجوز، أما اذا توافرت شروط المقاصة والتقى الدينان قبل إيقاع الحجز فلا يمنع الحجز من إجراء المقاصة بين هذين الدينين.^(٢)

٢- **المحال له الذى قبل المدين حوالته:** ووفقاً للمادة ٣٦٨ مدني إذا توافرت شروط المقاصة بين دينين ثم قام أحد الطرفين بحالة حقه إلى شخص آخر، وقبل المدين هذه الحوالة دون تحفظ، فلا يجوز لهذا المدين أن يحتج بالمقاصة فى مواجهة المحال له، بل يتعين عليه الوفاء بالحق المحال به إلى المحال له، ولا يكون أمامه سوى، الرجوع على المحيل بحقه الذى فى ذمته.^(٣)

(١) انظر فى هذه النتائج بصفة عامة: د/ السنهورى، مرجع سابق، ص ٩٢١، ود/ البدراوى:

مرجع سابق، ص ٤٠٣، ود/ عبد الفتاح عبد الباقي: مرجع سابق، ص ٢٦٣.

(٢) انظر فى هذا المعنى: د/ السنهورى: مرجع سابق، ص ٩٢٩، ود/ عبد الحى حجازى: مرجع

سابق، ص ١١٣، د/ محسن البيه: مرجع سابق، ص ٦٢٣.

(٣) د/ عبد الحى حجازى: مرجع سابق، ص ١١٣، د/ السنهورى: مرجع سابق، ص ٩٣٠.

المطلب الثالث

المقاصة الاختيارية والمقاصة القضائية

أولاً: المقاصة الاختيارية:

يقصد بالمقاصة الاختيارية: تلك التى تقع بإرادة ذوى الشأن وليس بحكم القانون؛ حيث يجوز لكل من الدائن والمدين الاتفاق على وقوع المقاصة بالرغم من عدم توافر شروطها القانونية، فمثل هذا الاتفاق يقع صحيحاً بناء على الحرية التعاقدية للأشخاص، وبناء على ذلك يمكن أن تتم المقاصة بين دين حال وآخر مؤجل، أو بين دين محله مبلغ من النقود، وآخر محله شئ معين، أو بالرغم من وجود أى اختلاف بين الدينين ما دام هناك اتفاق بين الطرفين على ذلك ووجدوا فيه مصلحتهما، والمقاصة فى هذه الحالة ليس لها أثر رجعى، وبالتالي لا تستند إلى تاريخ تلاقى الدينين وإنما لتاريخ الاتفاق عليها.^(١)

ثانياً: المقاصة القضائية:

والمقاصة القضائية: هى المقاصة التى يجريها القضاء لوجود سبب يمنع من إجراء المقاصة القانونية، لكون أحد الدينين ليس خالياً من النزاع مثلاً، كأن يطلب المؤجر من المستأجر الأجرة فيطالبه المستأجر بتعويض عما لحقه من ضرر بسبب تعرض المؤجر له فى انتفاعه بالعين المؤجرة، فإذا ما تبين للمحكمة جدية نزاع المستأجر وانتدبت خبيراً لتقدير التعويض المطلوب أصبح حق المستأجر أيضاً خالياً من النزاع فتحكم المحكمة بالمقاصة بين الحقين، أما إذا اتبين لها عدم جدية نزاع المستأجر، وأنه يقصد به المماطلة فقط، فلا توقف الفصل فى دعوى المؤجر، وإنما تحكم له بحقه، ولا يكون أمام المستأجر إلا اللجوء للقضاء مرة أخرى للمطالبة بحقه.

وتقتصر المقاصة القضائية على حالة وجود نزاع حول أحد الدينين، أما إذا كان أحد الدينين حال وآخر مؤجل فلا يستطيع القاضى الحكم بالمقاصة؛ لأن فى ذلك حرمان للمدين من الأجل بلا مسوغ قانوني، ولا تتم المقاصة

(١) د/ السنهورى: مرجع سابق، ص ٩٣٣ وما بعدها، د/ البدراوى: مرجع سابق، ص ٤٠٨.

القضائية إلا من تاريخ الحكم بها وليس من تاريخ طلب المدعى عليه، وإذا قضى بها ترتب عليها ما يترتب على المقاصة القانونية من آثار.^(١)

المبحث الرابع

اتحاد الذمة

تناول المشرع المصري تنظيم اتحاد الذمة كسبب لانقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء بالمادة ٣٧٠ من القانون المدنى والتي تنص على أنه: "١- إذا اجتمع فى شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين 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 وملحقاته بالنسبة إلى ذوي الشأن جميعا، ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن".

أولاً: مفهوم اتحاد الذمة:

يقصد باتحاد الذمة: اتحاد صفتى الدائن والمدين، بالنسبة لدين واحد، فى شخص واحد،^(٢) وهو ما يترتب عليه استحالة المطالبة بالدين؛ حيث لا يستطيع الشخص أن يطالب نفسه.

ثانياً: حالات اتحاد الذمة:

يتحقق اتحاد الذمة بسبب الوفاة أو بتصرف بين الأحياء:

١ - **اتحاد الذمة بسبب الوفاة:** قد يتم اتحاد الذمة بالميراث أو الوصية؛ حيث قد يكون المدين وارثاً أو أحد ورثة الدائن، فإن توفى الدائن وورثه المدين يتحد فيه صفتى الدائن والمدين معاً، فإن كان المدين هو الوراث الوحيد انقضى الدين بأكمله؛ لأن تركة الدائن تؤول إليه بكاملها، أما إن كان أحد الورثة فينقضى الدين بنسبة نصيبه من هذه التركة ويظل مديناً لباقي الورثة بباقي الدين.

وهذا بخلاف ما لو توفى المدين وورثه الدائن؛ حيث يستوفى الدائن حقه من تركة المدين أولاً، ثم تقسم باقى التركة على الورثة كل بقدر نصيبه ومنهم

(١) د/ البدرأوى: مرجع سابق، ص ٤٠٨، ود/ عبد الرشيد مأمون: مرجع سابق، ص ٣٥٦.

(٢) د/ البدرأوى: مرجع سابق، ص ٤١٠، ود/ جلال محمد: مرجع سابق، ص ٥٩٦.

الدائن بالطبع، ومن ثم ينقضي حق الدائن في هذه الحالة بالوفاء حيث لا تركة إلا بعد سداد الديون.

وقد يكون المدين أحد الموصى لهم من قبل الدائن أو الموصى له بالدين الذي في ذمته، فهنا يصبح المدين بعد وفاة الموصى دائئاً لنفسه بالدين الموصى به، فيتحقق اتحاد الذمة كما في حالة الميراث وينقضي به الدين.^(١)

٢- اتحاد الذمة بتصرف بين الأحياء: قد يتحقق اتحاد الذمة بتصرف بين الأحياء كذلك، كأن تشتري شركة مثلاً السندات التي أصدرتها؛ حيث تعتبر السندات ديوناً على الشركة، فإذا قامت هذه الشركة بشرائها مرة أخرى يجتمع فيها صفتي الدائن والمدين معاً فينقضي الدين، وكذلك لو قبل المسحوب عليه الكمبيالة فإنه يصبح مدينًا بقيمتها فإذا اشتراها قبل ميعاد استحقاقها يصير مالكا لها، وتجتمع فيه صفتي الدائن والمدين فينقضي الدين، أو يشتري المستأجر العين المؤجرة فيصبح دائئاً ومدينًا بالأجرة.^(٢)

ثالثاً: آثار اتحاد الذمة:

يترتب على اتحاد الذمة انقضاء الدين بالقدر التي اتحدت فيه الذمة (م ٣٧٠) ومن ثم قد يؤدي اتحاد الذمة إلى انقضاء الدين كاملاً، كما لو كان المدين هو الوارث الوحيد للدائن، وقد يؤدي اتحاد الذمة إلى انقضاء جزئي للدين، إذا كان المدين أحد الورثة، فإن الدين الذي في ذمته ينقضي بقدر نصيبه من الميراث سواء كان النصف، أو الربع أو غير ذلك.

وإذا كان اتحاد الذمة يؤدي إلى انقضاء الدين، إلا أن هذا الدين قد يعود مرة أخرى إلى ذمة المدين، كما لو كان هذا الاتحاد بسبب الوصية، ثم اتضح بطلانها فهنا يعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن ويكون لذلك أثر رجعي؛ حيث يعود الدين إلى ذمة هذا المدين بالحالة التي كان عليها قبل اتحاد الذمة.^(٣)

(١) في هذا المعنى: د/ جلال محمد: مرجع سابق، ص ٥٩٧.

(٢) المرجع السابق: ص ٥٩٨، ود/ محسن البيه: مرجع سابق، ص ٦٣٢.

(٣) راجع في ذلك: د/ البدرأوى: مرجع سابق، ص ٤١١، ود/ محسن البيه: مرجع سابق، ص ٦٣٣،

ود/ توفيق فرج: النظرية العامة للالتزام، في احكام الالتزام، ص ٢٥٦.

الفصل الثاني

انقضاء الالتزام دون الوفاء به

تمهيد وتقسيم:

رأينا أن الالتزام قد ينقضي بالوفاء به، وقد ينقضي بما يعادل الوفاء، بيد أن هناك حالات أخرى ينقضي فيها الالتزام دون أن يؤدي المدين فيها للدائن لا الدين ذاته ولا ما يعادله، وتتمثل هذه الحالات في: الإبراء، واستحالة التنفيذ، والتقادم المسقط، ونتناول كلا منها في بحث مستقل:

المبحث الأول

الإبراء

الإبراء أحد الطرق التي ينقضي بها الالتزام دون وفاء، ولقد نظمته المشرع المصري بالمادتين ٣٧١، ٣٧٢ مدنى، وفي ضوء هاتين المادتين نتناول مفهوم الإبراء وشروطه ثم للآثار التي تترتب عليه كل في مطلب مستقل:

المطلب الأول

مفهوم الإبراء وشروطه

أولاً: ماهية الإبراء:

يعرف جانب من الفقه الإبراء بأنه: "نزول الدائن عن حقه للمدين بدون مقابل".^(١)

في حين يرى البعض أن هذه التعريف يصدق على الصلح كذلك ومن ثم يعرف الإبراء بأنه: "تصرف قانوني يقصد به القضاء على الالتزام عن طريق نزول الدائن عن حقه في مواجهة المدين".^(٢)

ويتسم التعريف الأخير بتحديد الحق الذى يتنازل عنه الدائن بأنه الالتزام الذى يقع على عاتق المدين، وليس مطلق الحق الذى قد يقصد به الالتزام، أو أى شئ آخر، مما يجعله أكثر دقة في تحديد مفهوم الإبراء.

(١) د/ البدرأوي: مرجع سابق، ص ٤١٤، ود/ عبد الرشيد مأمون: مرجع سابق، ص ٣٦٠.

(٢) د/ عبد الحي حجازي: مرجع سابق، ص ٣٠٠.

والإبراء تصرف قانوني يتم بإرادة منفردة، وهي إرادة الدائن؛ لأنه هو الذي يتنازل عن صفة الدائنية، ولقد استقى المشرع اعتبار الإبراء تصرفاً بإرادة منفردة من الفقه الإسلامي، والذي يتم الإبراء فيه بإرادة الدائن وحدها.^(١)

ويكاد يجمع الفقه المصري على أن: الإبراء عمل تبرعي يقوم به الدائن بدون مقابل؛ لأنه إذا حصل على مقابل فلا نكون أمام إبراء وإنما أمام وفاء بمقابل إن كان مقابل النزول شيئاً آخر تم الوفاء به، أو تجديد للالتزام بتغير المحل إذا كان مقابل النزول تعهد من المدين بالوفاء بالدين، أو مقاصة إذا كان مقابل النزول دين للمدين في ذمة الدائن.^(٢)

ثانياً: شروط الإبراء:

تنص المادة ٣٧٢ من القانون المدني على أنه: "١- يسرى على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسري على كل تبرع. ٢- ولا يشترط فيه شكل خاص، ولو وقع على التزام يشترط لقيامه شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان". يتضح من هذا النص أنه يشترط لصحة الإبراء الشروط الموضوعية التي يجب توافرها في التبرع باعتباره الإبراء من التبرعات بصفة عامة، ومن ثم يجب أن يتوافر فيه الشروط الآتية:

١- يجب أن يتم الإبراء بتعبير عن إرادة الدائن، سواء كان هذا التعبير صريحاً أم ضمنياً،^(٣) كما يجب أن تكون إرادته خالية من العيوب كالغلط والتدليس والإكراه، وهو ما نصت عليه صراحة المادة ٣٧١ بقولها: "ينقضي الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً".

ولا يقصد بالاختيار هنا انتقاء الإكراه فقط، بل يشمل انتقاء كل عيب يمكن أن يلحق بالإرادة كالغش؛ لأن الإبراء يقوم على الاختيار.

٢- يجب أن يتوافر في الدائن أهلية التبرع بأن يكون قد بلغ سن الرشد وليس محجوراً عليه، ومن ثم لا يصح الإبراء من القاصر أو المحجور عليه

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية: ٢٩٥/٣.

(٢) د/ عبد الحي حجازي: مرجع سابق، ص ٣٠٢، ود/ جلال محمد: مرجع سابق، ص ٦٠٧.

(٣) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٩٧٢، وقارن: د/ عبد الحي حجازي: مرجع سابق، ص ٣٠٥.

لعدم توافر أهلية التبرع لدى كل منهما؛ لأن الإبراء من التصرفات الضارة، كما يجب أن تتوافر هذه الأهلية كذلك في المدين إذا أراد رد الإبراء حتى يصح منه الرد باعتباره عملاً مفقراً له.^(١)

٣- يجب أن يكون هناك دين يقع عليه الإبراء، أو حق يراد النزول عنه، فلا يصح الإبراء من دين انقضى؛ لأنه لا يصادف محلاً، كما يجب أن يكون هذا المحل من الحقوق التي يجوز التنازل عنها، وإلا وقع الإبراء باطلاً لمخالفة محله للنظام العام، ومن ثم لا يجوز الإبراء من حق قبل اكتسابه، ولا يجوز النزول عن الحق في النفقة، وإن كان يجوز التنازل عن نفقة متجمدة، ولا يجوز النزول عن حقوق الولاية والنسب.^(٢)

٤- يجب أن يكون للإبراء سببه المشروع باعتباره تصرفاً قانونياً.^(٣)

المطلب الثاني

آثار الإبراء

إذا وقع الإبراء صحيحاً مستوفياً لشروطه السابقة، فإنه يترتب عليه إنقضاء الدين من على عاتق المدين كإنقضائه بالوفاء تماماً، وذلك إذا وصل التعبير بالإبراء من الدائن إلى المدين ولم يقدّم برده، أما إذا زال أثره وعاد الدين إلى ذمته.^(٤)

ونظراً لكون الإبراء من أعمال التبرع، فإنه يجوز لدائني الدائن الطعن فيه بالدعوى البوليصية شأنه شأن أى تبرع يصدر من الدائن، دون حاجة لإثبات تواطؤه مع المدين أو سوء نيته (المادة ٢٣٨ مدني).

وكذلك يجوز لدائني المدين إذا رد الإبراء أن يطعنوا في هذا الرد بالدعوى البوليصية باعتباره مفقراً له إذا أثبتوا أنه سبب إفساره أو أدى إلى زيادة هذا الإفسار.

(١) د/ محسن البيه: مرجع سابق، ص ٦٣٦.

(٢) د/ جلال محمد إبراهيم: مرجع سابق، ص ٦١٣.

(٣) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٩٧٥.

(٤) د/ عبد الفتاح عبد الباقي: مرجع سابق، ص ٢٧٠، ود/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٨٢٥.

وانقضاء الدين بالإبراء يؤدي إلى انقضاء ما يكفله من تأمينات كالرهن، أو حقوق الامتياز والاختصاص، أو الكفالة عينية كانت أم شخصية، بيد أنه يتعين شطب قيد هذا التأمينات حتى يسري زوالها في حق الغير.^(١)

ويقتصر الإبراء على ما قصده الدائن؛ حيث قد يرد الإبراء على الدين بأكمله فينقضي كاملاً، وقد يرد على جزء منه فلا ينقضي إلا هذا الجزء، كما أن الدائن قد يبرئ أحد المدينين المتضامنين فيقتصر الإبراء عليه فقط دون غيره منهم.^(٢)

المبحث الثاني

استحالة التنفيذ

تنص المادة ٣٧٣ من القانون المدني على أنه: "ينقضى الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه". ويتضح من هذا النص إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً بسبب لا يد للمدين فيه، انقضى الالتزام دون أن يحصل الدائن على شيء.

أولاً: شروط استحالة التنفيذ:

لكي ينقضي الالتزام لاستحالة تنفيذه لابد من توافر شرطين:

الشرط الأول: أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً:

يجب أن يصبح وفاء المدين بما عليه من التزام مستحيلاً حتى تبرأ ذمته منه، ويصبح الالتزام كذلك إذا عجز عن القيام به عجزاً تاماً.^(٣) أما إذا كان هذا الالتزام ممكناً، ولو بإرهاق المدين فلا ينقضي ولكن يمكن رده إلى الحد المعقول الذي يزول فيه إرهاق المدين.^(٤)

والاستحالة قد تكون قانونية أو مادية:

ومثال الاستحالة القانونية: قيام الدولة بنزع ملكية العقار الذي يلتزم

(١) د/ البدرابي: مرجع سابق، ص ٤١٧، ود/ جلال محمد: مرجع سابق، ص ٦١٧.

(٢) د/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٨٢٥، ود/ عبد الفتاح عبد الباقي: مرجع سابق، ص ٢٧٠.

(٣) في هذا المعنى: د/ الصده: مرجع سابق، ص ١٤٩، د/ جلال محمد: مرجع سابق، ص ٦٢٢.

(٤) المرجع السابق: ص ٦٢٢، ود/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٩٧٣.

المدين بنقل ملكيته، وتقرير مدى توافر الاستحالة القانونية من عدمه تخضع لرقابة محكمة النقض.^(١)

ومثال الاستحالة المادية: هلاك الشيء المعين بالذات هلاكاً كلياً أو فقده، كأن يكون دابة فنفتت أو سيارة فتحترق، أو إذا مرض المدين مرضاً يعجزه عن القيام بالعمل المطلوب منه، وكانت شخصيته محل اعتبار في تنفيذه. والاستحالة المادية مسألة واقع ومن ثم يختص بتقديرها قاضي الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض.^(٢)

الشرط الثاني: أن تكون استحالة التنفيذ بسبب أجنبي:

يجب كذلك لبراءة ذمة المدين مما عليه من التزام لاستحالة تنفيذه أن تكون هذه الاستحالة بسبب أجنبي لا يد له فيه، ويقصد بالسبب الأجنبي في هذه الصدد: الحادث الفجائي أو القوة القاهرة أو خطأ الدائن نفسه أو خطأ الغير، وهو ما يوجب على المدين إثبات أن استحالة تنفيذ الالتزام كان بسبب أحد هذه الأشياء، أما إذا كانت الاستحالة بخطأ من المدين فلا ينقضي الالتزام ويجب على المدين تنفيذه عن طريق التعويض.^(٣)

كما يجب أن يكون السبب الأجنبي سابقاً على تنفيذ الالتزام وأدى إلى استحالته حتى يؤدي إلى انقضائه، أما إذا كان السبب الأجنبي لاحقاً على تنفيذه، أو كان الهلاك بخطأ من المدين فلا ينقضي الالتزام إذا أثبت الدائن ذلك.^(٤)

ثانياً: آثار استحالة التنفيذ:

يترتب على استحالة التنفيذ متى توافر لها الشرطان السابقان انقضاء الالتزام وبراءة ذمة المدين منه وينقضي معه كذلك مايكفله من تأمينات؛ لأنه أصبح من المستحيل تنفيذ الالتزام عيئاً، كما لا يمكن إلزام المدين بالتعويض

(١) نقض مدني ١٥/١٢/١٩٧٠ مجموعة احكام النقض س ٢١، رقم ٢٠١، ص ١٢٣٤.

(٢) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٩٨٤، ود/ جلال محمد: مرجع سابق، ص ٦٢٣.

(٣) د/ البدرابي: مرجع سابق، ص ٤٢٠، ود/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٩٨٥.

(٤) نقض مدني ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٧٨، مجموعة احكام النقض س ٢٩، رقم ٣٤١، ص ١٧٩٦.

لعدم وجود خطأ في جانبه ما لم يتفق الطرفان على تحمل المدين لتبعة السبب الأجنبي (المادة ١/٢١٧ مدني).

ويؤدي انقضاء الالتزام إلى وجوب تنازل الدائن عما يكون قد رفعه من دعاوى للمطالبة بحقه، أو بالتعويض عن هلاك الشيء. كما يستحق المدين مبلغ التأمين إذا كان الشيء مؤمناً عليه ويجب عليه نقله إلى الدائن، وكذلك ما يحصل عليه من تعويضات بسبب هذا الهلاك، أما إذا كان الهلاك جزئياً فيلتزم المدين بتسليم باقي الشيء إلى الدائن.^(١)

تبعة الهلاك:

لبيان من يتحمل تبعة هلاك الشيء الذي أدى إلى استحالة التنفيذ يجب التمييز بين ما إذا كنا بصدد عقد ملزم لجانب واحد أو ملزم للجانبين:

١ - **العقد الملزم لجانب واحد:** في العقد الملزم لجانب واحد يتحمل تبعة الهلاك الدائن حيث لا يستطيع أن يطالب المدين بشيء، وذلك كالمودع الذي يودع شيئاً عند آخر بدون أجر، ثم يهلك هذا الشيء بدون تقصير من المودع لديه، فإن هلاك هذا الشيء يكون على المودع ولا يتحمل المودع بشيء.

٢ - **العقد الملزم للجانبين:** أما في العقود الملزمة للجانبين فإن الذي يتحمل تبعة الهلاك هو المدين الذي استحال عليه تنفيذ التزامه، ففي عقد البيع مثلاً لو استحال على البائع تسليم الشيء المبيع لهلاكه بسبب أجنبي، انقضى التزامه بالتسليم وتنقضي في مقابله التزامات المشتري وينفسخ العقد،^(٢) وهو ما نصت عليه صراحة المادة ١٥٩ من القانون المدني.

(١) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٩٨٨، د/ البدراوي: مرجع سابق، ص ٤٢٠.

(٢) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٩٩٠، ود/ جلال محمد: مرجع سابق، ص ٦٣٠.

المبحث الثالث

التقادم المسقط

يعتبر التقادم أحد الطرق التي ينقضي بها الالتزام دون وفاء، حيث بتحقيقه لن يلتزم المدين بشئ تجاه الدائن، كما لا يستطيع الدائن مطالبته بشيء، لافتقاد الالتزام لعنصر المسؤولية الذي يجيز له هذه المطالبة.

ولقد نظم الشرع المصري التقادم بالمواد من ٣٧٤ إلى ٣٨٨ من القانون المدني. وفي ضوء هذه المواد تأتي دراستنا في أربعة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول

مفهوم التقادم المسقط وأساسه

أولاً: تعريف التقادم المسقط:

عرف جانب من الفقه التقادم المسقط بأنه: انقضاء الحق إذا مضت عليه مدة معينة دون أن يطالب الدائن به، أو دون أن يستعمله صاحبه.^(١)

ويفهم من هذا التعريف أن التقادم يؤدي إلى سقوط الحق بمضي المدة المحددة قانوناً دون المطالبة به، والحقيقة غير ذلك؛ لأن الحق لا يسقط مهما مضى عليه من الزمن، وإنما الذي يسقط هو دعوى المطالبة به؛ حيث يؤدي مضي المدة إلى افتقاد الالتزام لعنصر المسؤولية التي تجيز رفع دعوى المطالبة به أمام القضاء، ويصبح التزاماً طبيعياً بدلاً من التزام مدني، ومن ثم إذا تمسك المدين بالتقادم فلا يجبر على الوفاء بما يطالب به من دين.

والتقادم المسقط بهذا المفهوم ينصب على الحقوق الشخصية ومن ثم يختلف عن التقادم المكسب الذي ينصب على الحقوق العينية ويؤدي إلى اكتسابها بحيازتها مستمرة لمدة معينة.^(٢)

ثانياً: أساس التقادم المسقط:

تتعد الأسس التي يمكن أن يستند إليها التقادم المسقط؛ حيث يمكن أن يكون أساس هذا التقادم هو قرينة الوفاء باعتبار أن مضي مدة كبيرة من الزمن

(١) د/ محمود زكي: مرجع سابق، ص ٩٩٧، ود/ محسن البيه: مرجع سابق، ص ٦٤٧.

(٢) د/ محمود زكي: مرجع سابق، ص ٩٩٧، ود/ عبد الفتاح عبد الباقي: مرجع سابق، ص ٢٧٢.

على استحقاق الدين يفترض استيفاء الدائن له لعدم وجود ما يجعله يسكت عن المطالبة به طوال هذه المدة، وقرينة الوفاء لا تقبل إثبات العكس.

ويمكن أن يكون هذا الأساس هو قرينة الإبراء من جانب الدائن؛ أى أن سكوت الدائن عن المطالبة بحقه هذه المدة يدل على نزوله عن هذا الحق لصالح المدين.

بيد أنه يؤخذ على كل من قرينة الوفاء والإبراء مخالفتها للواقع في كثير من الأحيان؛ لأن النزول عن الحق لا يفترض، إضافة إلى أن المدين قد يعترف بعدم وقوع الوفاء أو بعدم الإبراء، ولكنه يتمسك بالتقادم الذي أدى إلى صيرورة الالتزام الذي في ذمته التزاماً طبيعياً وليس مدنياً.^(١)

كما يمكن أن يكون أساس التقادم هو رغبة المشرع في عدم إرهاق المدين بمنع تراكم الديون عليه أو معاقبة الدائن المهمل المتخاذل الذي تقاس فترة طويلة من الزمن دون المطالبة بحقه.^(٢)

الواقع أنه بالرغم من تعدد هذه الأسس إلا أننا نميل إلى ما يذهب إليه الرأي السائد لدى الفقه من أن التقادم المسقط يقوم على اعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة، التي تقضي بأن الحق لا يجوز استعماله بعد تركه مدة معينة من الزمن حتى تستقر المعاملات بين الناس ويرفع الحرج والمشقة من بينهم؛ حيث يعتبر التقادم أكثر أنظمة القانون المدني أهمية لتحقيق المصلحة الاجتماعية العامة.

وبناء على ذلك يعتبر التقادم من النظام العام لتحقيقه للمصلحة العامة في المجتمع وهو ما يترتب عليه إمكان تمسك المدين به بالرغم من إقراره بعدم الوفاء، أو بعدم إبراء الدائن له.^(٣)

(١) في هذا المعنى: د/ البدرأوي: مرجع سابق، ص ٤٢٦، ود جلال محمد: مرجع سابق، ص ٦٣٤.

(٢) المرجع السابق: ص ٦٣٥.

(٣) د/ البدرأوي: مرجع سابق، ص ٤٢٦، ود جلال محمد: مرجع سابق، ص ٦٣٨.

المطلب الثاني

مدة التقادم المسقط

تنص المادة ٣٧٤ من القانون المدني على أنه: "يتقادم الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة، فيما عدا الحالات التي ورد عنها نص خاص في القانون وفيما عدا الاستثناءات التالية".

يتضح من هذا النص أن مدة تقادم الالتزام بصفة عامة هي خمس عشرة سنة إلا في حالات استثنائية محددة نص عليها القانون وجعل مدة تقادمها أقل من هذه المدة، حيث قد تكون خمس سنوات أو ثلاث سنوات أو سنة واحدة. وترجع علة اختيار الخمس عشرة سنة لتقادم الالتزام بصفة عامة لأمرين: **يتمثل الأول:** في أن هذه المدة مستمدة من الشريعة الإسلامية حيث لا تسمع فيها الدعوى عند الإنكار بعد مرور هذه المدة.

ويتمثل الثاني: في اعتدالها فليست بالطويلة بما يرهق المدين ولا بالقصيرة التي تباغت الدائن بسقوط حقه.^(١)

وبناء على ذلك تعتبر هذه المدة قاعدة عامة تنقضي الالتزامات بمرورها عن طريق التقادم فيما لم يرد بشأنه نص خاص يقرر مدة أخرى لهذا التقادم. بيد أن هذه القاعدة ليست مطلقة وإنما يرد عليها استثناءات يتقادم فيها بعض الحقوق بمرور خمس سنوات وهذا ما يسمى بالتقادم الخمسي، وبعض آخر يتقادم بمرور ثلاث سنوات وهو ما يعرف بالتقادم الثلاثي، وبعض ثالث يتقادم بمرور سنة واحدة وهو ما يطلق عليه التقادم الحولي:

أولاً: التقادم الخمسي:

يوجد بعض الحقوق التي تتقادم بمضي خمس سنوات وهي:

١ - الحقوق الدورية المتجددة:

طبقاً لنص المادة ٣٧٥ مدني تتقادم الحقوق الدورية المتجددة بمضي خمس سنوات وليس بالقاعدة العامة في التقادم وهي خمس عشرة سنة؛ وذلك

(١) د/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٨٣٦، ود/ جلال محمد: مرجع سابق، ص ٦٤٥.

لأن المدين يقوم بالوفاء بهذه الديون من إirاده، فإذا أهمل الدائن في المطالبة بها طوال هذه المدة، تراكمت على المدين مما يتعذر عليه سدادها إلا بالتصرف في رأس ماله مما يلحق به الضرر الجسيم.^(١)

والحق الدوري: هو الذي يستحق في مواعيد دورية معينة لا تتجاوز السنة، كفوائد الديون والمرتببات والنفقات وأجرة المباني والأراضي، بشرط أن يكون هذا الحق مستمرًا بطبيعته، سواء كان ثابتًا أم يتغير مقداره من وقت لآخر.^(٢) ويكون الحق دوريًا إما بالاتفاق كأجرة المباني والأراضي الزراعية، أو بنص القانون كالمعاشات والنفقات.^(٣)

أما الحق المتجدد: فهو الذي يستحق في كل موعد دوري دون أن يكون لذلك نهاية.^(٤) فبالإضافة إلى وجوب استحقاق الحق في موعد دوري معين يجب أن يكون هذا الحق واجب الأداء كذلك في كل موعد دوري وبصفة مستمرة لا تنقطع، أما إذا كان لفترة محددة، كالأقساط مثلاً فلا يكون دوريًا؛ وذلك لأن الأقساط نهايتها محددة بعدد معين منها، أو لفترة محددة، وتنتقص من أصل الدين، ومن ثم تخضع للتقادم العادي وليس للتقادم الخمسي.

ومثال الحقوق المتجددة الأجور والمعاشات؛ لأنها تستحق في مواعيد دورية وبصفة مستمرة مما يصعب على الملتزم بها أدائها لو تركت لفترة زمنية كبيرة، ولذا تعين سقوط الحق في المطالبة بها بمرور الخمس سنوات.^(٥)

استثناء بعض الديون من التقادم الخمسي:

استثنى المشرع بالمادة ٣٧٥/٢ نوعين من الحقوق التي تتقادم بمرور خمس سنوات وأخضعهما للتقادم الطويل، وهذين النوعين هما: الريع المستحق في ذمة الحائز سئ النية، والريع الواجب على ناظر الوقف أدائه للمستحقين؛

(١) د/ محسن البيه: مرجع سابق، ص ٦٥٤، ود/ جلال محمد: مرجع سابق، ص ٦٥٠.

(٢) د/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٨٤١، ود/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١٠٢٠.

(٣) نقض مدني ٦ ابريل ١٩٧٧، مجموعة أحكام النقض س ٢٨ ص ٩٤٨ رقم ١٦١.

(٤) في هذا المعنى: د/ جلال محمد: مرجع سابق، ص ٦٤٨.

(٥) د/ محسن البيه: مرجع سابق، ص ٦٥٦- ٦٥٧.

لأن هذين النوعين من الديون ليسا من الديون الدورية المتجددة على خلاف ما قد يبدو ظاهرياً لاعتبارهما كذلك.

٢- حقوق بعض أصحاب المهن الحرة:

تنص المادة ٣٧٦ من القانون المدني على أنه: "تتقدم بخمس سنوات حقوق الأطباء والصيدالة والمحامين والمهندسين والخبراء، ووكلاء التفليسة والسماصرة والأساتذة والمعلمين، على أن تكون هذه الحقوق واجبة الأداء لهم جزاء عما أدوه من عمل من أعمال مهنتهم وما تكبدوه من مصروفات".

يتضح من هذا النص أن حقوق أصحاب المهن الحرة الواردة فيه على سبيل الحصر تتقدم بمرور خمس سنوات، وليس خمس عشرة سنة؛ لسببين: **يتمثل الأول:** في اعتياد أصحاب هذه المهن على تقاضي حقوقهم فور انتهائهم من أعمالهم، وعدم الانتظار طويلاً للمطالبة بها؛ لأنها مصدر معاشهم.

ويتمثل الثاني: في أنه في حالة عدم حصول هؤلاء الأفراد على حقوقهم طول هذه الفترة ثم مطالبة المدينين بها سيؤدي إلى إرهاب هؤلاء المدينين في ظل وجود إهمال من الدائنين في المطالبة بحقوقهم؛^(١) ولذا يقوم التقادم في هذه الحالة على أساس قرينة الوفاء وهي قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس.^(٢)

ويشترط لسريان التقادم الخمسى فى هذه الحالة ما يلى:

أ) أن يكون صاحب الحق أحد الأشخاص الذين عدتهم المادة ٣٧٦ على سبيل الحصر، وهم: الأطباء والصيدالة والمحامون والمهندسون والخبراء ووكلاء التفليسة والسماصرة والأساتذة والمعلمون، ومن ثم لا يسرى التقادم الخمسى على غيرهم من أصحاب المهن الحرة، كالمحامين أو المترجمين؛ لأن هذا النص استثناء من القاعدة العامة للتقادم، فلا يجوز التوسع فى تفسيره أو القياس عليه.^(٣)

(١) د/ السنهورى: مرجع سابق، ص ١٠٣٤.

(٢) د/ جلال محمد: مرجع سابق، ص ٦٥٤، ود/ محسن البيه: مرجع سابق، ص ٦٦١.

(٣) د/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٨٤٩، ود/ جلال محمد: مرجع سابق، ص ٦٥٢.

(ب) أن تكون هذه الحقوق مستحقة لهؤلاء الأشخاص جزاء عما أدوه من عمل من أعمال مهنتهم وما تكبدوه من مصروفات للقيام بهذا العمل، ومن ثم يسرى هذا التقادم على المصروفات التي يتكبدتها صاحب المهنة لأداء عمل، إضافة إلى ما يحصل عليه من مقابل لأداء هذا العمل، وذلك كمصروفات الأدوية بالنسبة للطبيب، أما ما يستحق لصاحب المهنة لأمر لا تتعلق بالمهنة، كالمسئولية عن عمل غير مشروع فلا يسرى عليه التقادم الخمسى^(١).

(ج) ألا يكون قد حرر سند بحق صاحب المهنة: فإذا حرر سند بحق صاحب المهنة يسرى عليه التقادم الطويل وليس القصير، كما أن التقادم يبدأ من الوقت الذى يتم فيه صاحب المهنة العمل المطلوب منه^(٢).

٣- الضرائب والرسوم المستحقة للدولة:

طبقاً لنص المادة ٣٧٧ من القانون المدنى يتقادم حق الدولة فى الضرائب والرسوم بثلاث سنوات، بيد أنه أمام ضغط العمل على الجهات المنوط بها تحصيلها رأى المشرع أن هذه المدة قصيرة مما يهدد حقوق الدولة بالضياح، فأصدر قانوناً خاصاً، وهو القانون رقم ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣، وتتص المادة الأولى منه أنه: "تتقادم بخمس سنوات الضرائب والرسوم المستحقة للدولة، أو لأى شخص اعتباري عام ما لم ينص القانون على مدة أطول".

فوفقاً لهذا النص فإن الضرائب والرسوم المستحقة للدولة أو لأى شخص اعتباري عام تتقادم بخمس سنوات وليس بثلاث كما كانت تنص الفقرة الأولى من المادة ٣٧٧ من القانون المدنى، ومن أمثلة هذه الضرائب والرسوم: رسوم الدمغة، ورسوم البريد، ورسوم القضايا والأوراق القضائية.

ويبدأ سريان التقادم لهذه الضرائب والرسوم فى نهاية السنة التى تستحق عنها، ويبدأ سريان الرسوم المستحقة عن الأوراق القضائية من تاريخ انتهاء المرافعة فى الدعوى التى حررت بشأنها هذه الأوراق، أو من تاريخ تحريرها فى حالة عدم حصول مرافعة.

(١) د/ جلال محمد: مرجع سابق، ص ٦٥٣، ود/ محسن البيه: مرجع سابق، ص ٦٦٠.

(٢) المرجع السابق: ص ٦٦٠.

٤ - الحقوق الناشئة عن الأوراق التجارية:

تتقادم الحقوق الناشئة عن الأوراق التجارية بخمس سنوات (المادة ١٩٤ من قانون التجارة)، ويسرى هذا التقادم على الحقوق الناشئة عن الأوراق التجارية الآتية:

- أ) الكمبيالات لأنها تعتبر أعمالاً تجارية دائماً.
 - ب) السندات تحت إذن أو لحاملها أو الشيكات متى اعتبر كل منها عملاً تجاريًا.
 - ج) الأوراق التجارية الناقصة أو المعيبة (أوراق متضمنة أمراً بالدفع، أو حوالات واجبة الدفع بمجرد الاطلاع عليها، أوراق محررة لأعمال تجارية).
- والذى يسقط بالتقادم فى هذه الحالة هو الدعوى التى يرفعها حامل الورقة التجارية على المدين بها، 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 أدت إلى تحرير هذه الورقة أو تظهيرها.^(١)
- ويقوم التقادم فى هذه الحالة على أساس افتراض براءة الذمة من الدين؛ ولذا لا يستطيع المدين أن يتمسك به إذا أنكر الدين، لأن الإنكار يتضمن اعترافاً بعدم الوفاء.^(٢)

ثانيًا: التقادم الثلاثي:

فى هذا النوع من التقادم ينقضى الحق بمرور ثلاث سنوات ويسرى على الدعاوى التالية:

١ - دعاوى التعويض عن العمل غير المشروع:

تتقادم دعوى التعويض عن العمل غير المشروع وفقًا لنص المادة ١٧٢ مدني بمضى ثلاث سنوات إذا لم يرفعها المضرور أو صاحب الحق فى التعويض خلال هذه الفترة، ويبدأ سريان مدة التقادم من اليوم الذى يعلم

(١) د/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٨٤٦، ود/ محسن البيه: مرجع سابق، ص ٦٦٣.

(٢) د/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٨٤٨، ود/ محسن البيه: مرجع سابق، ص ٦٦٤.

المضرور فيه بالضرر وبالشخص المسئول عنه، وذلك ما لم يكن قد انقضى خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع؛ حيث تنقضى الدعوى فى هذا الحالة بالتقادم الطويل وفقاً للقاعدة فيه، وكذلك ما لم تكن هذه الدعوى مرتبطة بدعوى جنائية لم تسقط بعد أيضاً؛ حيث لا تسقط الدعوى المدنية فى هذه الحالة إلا بسقوط الدعوى الجنائية.^(١)

٢- دعاوى ضمان المهندس المعماري والمقاول:

تنقضى المادة ٦٥٤ من القانون المدنى بأن دعاوى ضمان المهندس المعماري والمقاول لما يحدث خلال عشر سنوات، ومن تهدم كلى أو جزئى فيما شيدوه من بيان أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى تسقط بانقضاء ثلاث سنوات من يوم حصول التهدم أو انكشاف العيب.

ومن ثم إذا تهدم عقار ما وأراد صاحبه أن يرجع على المهندس أو المقاول بالضمان خلال المدة المحددة له، وهى عشر سنوات، فيجب أن يرفع دعوى الضمان خلال ثلاث سنوات من يوم وقوع التهدم أو ظهور العيب.

٣- الدعاوى الناشئة عن عقد التأمين:

تتقادم الدعاوى الناشئة عن عقد التأمين بمرور ثلاث سنوات من وقت حدوث الواقعة التى تقوم هذه الدعاوى بناء عليها، أو من يوم علم المؤمن بالبيانات غير الصحيحة أو التى أخفاها الطرف الآخر، أو من اليوم الذى يعلم فيه ذو الشأن بوقوع الحادث المؤمن منه (المادة ١/٧٥٢ مدنى).

٤- دعوى استرداد ما دفع من ضرائب أو رسوم بغير حق:

إذا قام أحد الأفراد بدفع ضرائب أو رسوم وتبين له أنه دفعها بغير حق وأراد استردادها، فيجب عليه أن يبادر بهذا الاسترداد خلال ثلاث سنوات من يوم دفعها، بشرط أن يكون دفعها بغير حق أصلاً، أما إذا كانت واجبة عليه ثم تم إعفاؤه منها، فإن استردادها ينقضى بمضى خمس عشرة سنة (المادة ٢/٢٧٧ مدنى).

(١) د/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٨٥٦.

ثالثاً: التقادم الحولى:

يتقادم وفقاً لنص المادة ٣٧٨ مدنى بسنة واحدة الحقوق التالية:

١- **حقوق التجار والصناع عن أشياء وربوها لأشخاص لا يتجرون فيها:** وذلك كالأشياء المعدة للاستهلاك أو الاستعمال الشخصى وليس للتجارة، أو ما يورده التاجر لعملائه من خبز أو أغذية أو لحوم أو أحذية أو ملابس؛ فحقوق التجار والصناع الناشئة عن توريد مثل هذه الأشياء لهؤلاء الأشخاص تتقادم بمرور سنة واحدة، أما ما يقوم أي منهم بتوريده لشخص ما بقصد الاتجار، فالحقوق الناشئة عنه تخضع للتقادم العادى (الطويل).

٢- **حقوق العمال والخدم والأجراء:** وذلك عن أجور يومية أو غير يومية ومن ثمن ما قاموا به من توريدات.

٣- **حقوق أصحاب الفنادق والمطاعم:** وذلك عن أجر الإقامة وثمر الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم.

وأساس التقادم الحولى قرينة الوفاء، وهي قرينة ضعيفة لا بد من تعزيزها باليمين، فإذا قام به المدين ذاته فعليه أن يحلف بأنه أدى الدين فعلاً، أما إذا تمسك به ورثته فعليهم أو على أوصيائهم إن كان الورثة قصرًا، الحلف بأنهم لا يعلمون بوجود هذا الدين أو يعلمون بحصول الوفاء به، وهذه اليمين تسمى يمين الاستيثاق إن قام بها المدين، ويمين العلم إن قام بها الورثة أو أوصيائهم، فإن حلف من وجه إليه اليمين كسب الدعوى وحكم القاضى بتقادم الحق الذى فى ذمته، أما إن نكل عنها ثبت الدين فى ذمته وتعين عليه الوفاء به ولا يتقادم بعد ذلك إلا بمرور خمس عشرة سنة.^(١)

المطلب الثالث

حساب مدة التقادم المسقط

نتناول فى هذا المطلب بيان طريقة حساب مدة التقادم وبدء سريانها ثم وقف التقادم وانقطاعه فى فروع ثلاثة على النحو التالى:

(١) د/ جلال محمد: مرجع سابق، ص ٦٦٢.

الفرع الأول

طريقة حساب مدة التقادم المسقط وبدء سريانها

أولاً: طريقة حساب مدة التقادم:

حساب مدة التقادم المسقط تخضع للقواعد الآتية:

- ١- تحسب المدة بالتاريخ الميلادى لا الهجرى (م ٣ من القانون المدنى).
- ٢- تحسب المدة بالأيام وليس بالساعات، ومن ثم فإن أجزاء الأيام لا تحتسب، وبناء على ذلك لا يحسب اليوم الأول وتتقضى المدة بانقضاء اليوم الأخير؛ لأن اليوم يبدأ من الساعة (صفر) أى منتصف الليل، ونظراً لعدم بداية العمل عادة فى هذا الوقت فيبدأ الحساب من الساعة (صفر) فى اليوم التالى، وتنتهى فى نهاية اليوم الأخير وهى الساعة الرابعة والعشرون.
- ٣- يبدأ حساب مدة التقادم من تاريخ معين إلى تاريخ معين دون النظر إلى عدد الأيام الفعلية للشهور أو السنين، فلو كانت مدة التقادم ثلاث سنوات مثلاً وتبدأ من يوم ٢٥ أكتوبر ٢٠٠٠ فإنها تنتهى بنهاية يوم ٢٥ أكتوبر ٢٠٠٣؛ أى فى الساعة الرابعة والعشرون منه وهى منتصف الليل، ومن ثم لم يدخل اليوم الأول واستمرت المدة حتى نهاية اليوم الأخير، ولم يعتد بعدد الأيام الفعلية فى الشهور أو الأعوام.
- ٤- إذا كان آخر يوم من أيام التقادم عطلة فإن مدة التقادم تمتد لأول يوم عمل يستطيع الدائن فيه اتخاذ الاجراءات اللازمة؛ حيث يعتبر ذلك من قبيل القوة القاهرة التى توقف سريان التقادم لحين زوالها.
- ٥- تحسب مدة التقادم بالنسبة للمدين وليس الدائن، ومن ثم إذا حل دائن محل آخر فإن المدة التى تمت فى عهد السلف تضم إلى مدة الخلف، فإذا كانت مدة التقادم خمس سنوات مثلاً، ومات الدائن وحل ورثته محله وكان قد انقضى فى عهد المورث ثلاث سنوات فلا يبقى أمام الورثة غير سنتين فقط.^(١)

(١) انظر فى هذه القواعد: د/ السنهورى: مرجع سابق، ص ١٠٥٦، ود/ عبد الحى حجازى: مرجع

سابق، ص ٣٢١، ود/ جلال محمد: مرجع سابق، ص ٦٤٠-٦٤١.

ثانيًا: بدأ سريان التقادم:

بناء على نص المادة ٣٨١ مدني فإن التقادم يبدأ في السريان من اليوم الذي يصبح فيه الدين مستحق الأداء ويجوز المطالبة به ما لم ينص القانون على خلاف ذلك؛ لأنه قبل استحقاق الدين لا تجوز المطالبة به،^(١) فكيف يبدأ تقادمه في السريان، ووقت الاستحقاق يختلف من دين لآخر على النحو التالي:

١- **الدين المعلق على شرط واقف:** لا يستحق إلا عند تحقق هذا الشرط، ومن ثم لا يبدأ سريان تقادمه إلا من اليوم الذي يتحقق فيه هذا الشرط، أما الدين المعلق على شرط فاسخ فهو دين مستحق منذ وجوده وحتى تحقق الشرط الفاسخ، ومن ثم يبدأ سريان تقادمه من بداية هذا الاستحقاق، فإن اكتملت مدة التقادم قبل تحققه سقط الالتزام بالتقادم، سواء تحقق الشرط أم لم يتحقق.

٢- **الدين المضاف إلى أجل واقف:** يستحق عند حلول هذا الأجل، ومن ثم فإن سريان تقادمه يبدأ منذ هذا الحلول سواء حل الأجل بانقضائه، أم بسقوطه، أم بالنزول عنه ممن له مصلحة فيه.

٣- **الديون الدورية المتجددة:** كالأجور، والفوائد والمعاشات تستحق عند حلول ميعاد كل دين منها على حدة، فلا يبدأ التقادم بشأنها إلا بحلول هذا الميعاد، وكذلك الشأن بالنسبة للدين المقسط حيث يتقادم كل قسط بحلول ميعاد استحقاقه؛ لأن كل قسط يعتبر دينًا مستقلًا.

إذ كان ميعاد الاستحقاق أو الوفاء متوقفًا على إرادة الدائن، فإن التقادم يبدأ في السريان من الوقت الذي يتمكن فيه الدائن من إعلان إراداته ولو لم يعلنها بالفعل (م ٣٩١/٣).

(١) نقض مدني ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٨٠ مجموعة أحكام النقض ي ٣١ رقم ٢٩٨ ص ٢١٤١؛ حيث قضت المحكمة بأن: "التقادم الخمسي يسر من تاريخ استحقاق الحق لا من تاريخ القضاء".

الفرع الثانى

وقف التقادم

يقصد بوقف التقادم: تعطل أو امتناع سريانه، بحيث لا تحسب فيه المدة التى كان موقوفاً فيها، فإذا زال سبب الوقف عاد التقادم إلى السريان وتضم المدة السابقة على الوقف إلى المدة اللاحقة.

أسباب وقف التقادم:

التقادم يوقف سريانه إما لوجود مانع يمنع الدائن من المطالبة بحقه، وإما لإسباب ترجع لحالة الدائن التى يتعذر عليه بسببها المطالبة بحقه:

أولاً: وقف التقادم لوجود مانع يتعذر معه على الدائن المطالبة بحقه:

لا يسرى التقادم متى وجد مانع يتعذر معه على الدائن المطالبة بحقه، ولا يشترط أن يؤدي هذا المانع إلى استحالة المطالبة بالحق، ولكن يكفي أن يؤدي إلى تعذر هذه المطالبة، وهذا المانع قد يكون مادياً أو أدبياً أو قانونياً:

١ - المانع المادى: ويتحقق هذا المانع بتوافر ظروف مادية تجعل من

الصعب على الدائن المطالبة بحقه، كقيام حرب مفاجئة، أو نشوب فتنة، أو إعلان الأحكام العرفية، إذا أدت هذه الظروف إلى منع المحاكم من مباشرة أعمالها؛ حيث لا يتمكن الدائن من اللجوء إلى القضاء للمطالبة بحقه فى مثل هذه الظروف مما يتطلب وقف سريان تقادم هذا الحق.

وتقدير مدى وجود هذا المانع من عدمه متروك للسلطة التقديرية لقاضى

الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض.^(١)

٢ - المانع الأدبى: كذلك يعتبر من الموانع التى يتعذر معها مطالبة

الدائن بحقه المانع الأدبى الذى يقوم على وجود علاقة وطيدة بين الدائن والمدين يتعذر معها مطالبة الدائن بحقه، خشية أن يؤدي ذلك إلى تعكر صفو هذه العلاقة، وذلك كعلاقة الزوج بزوجه أثناء قيام العلاقة الزوجية، وما يوجد من قرابة بين الدائن والمدين، كأن يكون أحدهما أصلاً للآخر أو فرعاً له.

(١) د/ البدرأوى: مرجع سابق، ص ٤٤٣.

٣- المانع القانوني: كذلك يعتبر من الموانع التي توقف سريان التقادم ما يوجد من مانع قانوني يتعذر معه مطالبة الدائن بحقه، وذلك كتمسك القاصر بعد اكتمال أهليته بإبطال التصرف الذي أبرمه حال قصره؛ حيث يجب عليه رد ما عاد من نفع بسبب تنفيذ التصرف الذي يتمسك بإبطاله، فلا يبدأ سريان تقادم الالتزام بهذا الرد إلا من تاريخ الحكم بالبطالان؛ لأن الدائن قبل هذا الحكم لا يستطيع المطالبة بتنفيذ هذا الالتزام لوجود مانع قانوني يمنعه من ذلك.^(١)

ثانياً: وقف التقادم لأسباب ترجع لحالة الدائن:

تضمنت هذا المانع المادة ٢/٣٨٢ التي تقضى بوقف سريان التقادم الذي تزيد مدته على خمس سنوات في حق من لا تتوافر فيه الأهلية، أو في حق الغائب أو في حق المحكوم عليه بعقوبة جناية إذا لم يكن له نائب يمثلته قانوناً، ومن ثم يشترط لوقف التقادم في هذه الحالة ما يلي:

١- أن يكون التقادم سارياً في حق شخص من هؤلاء الأشخاص المذكورين على سبيل الحصر وهم: من لا تتوافر فيهم الأهلية، كالصبي غير المميز أو القاصر، والمجنون والمعتوه والسفينة وذو الغفلة، والغائب، والمحكوم عليه بعقوبة جناية.

٢- أن تزيد مدة التقادم على خمس سنوات؛ وذلك لأن المشرع افترض حصول الوفاء بالنسبة للحقوق التي تتقادم بخمس سنوات فأقل في وقت قصير، كما أن الدائنين بها يسارعون إلى تحصيلها فلا حاجة إلى وقف تقادمها لمدة طويلة.

٣- ألا يكون لأى من هؤلاء الأشخاص من يمثلته قانوناً؛ لأن النائب عن أى منهم يكون مكلفاً بالأمر المالية بحق من ينوب عنه فلا يوجد ما يتطلب وقف التقادم حتى يبلغ القاصر، أو يأتى الغائب، أو يفرج عن المحكوم عليه بعقوبة جناية، فإن تقاعس النائب القانوني عن المطالبة بحق من ينوب عنه رجع عليه الأصيل بتعويض ما لحقه من ضرر بسبب هذا التقاعس.^(٢)

(١) د/ جلال محمد: مرجع سابق، ص ٦٦٩.

(٢) د/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٨٧٥، ود/ جلال محمد: مرجع سابق، ص ٦٧٠.

وإذا لم يكن لأى من هؤلاء الأشخاص من يمثله قانوناً تم وقف سريان التقادم لحقه حتى يتم تعيين نائب له.^(١)

الفرع الثالث

انقطاع التقادم

يقصد بانقطاع التقادم: زوال كل أثر للمدة التى انقضت منه، فتصير كأن لم تكن، ويبدأ التقادم من جديد بعد زوال السبب الذى أدى إلى الانقطاع،^(٢) ومن ثم يؤدي الانقطاع إلى انقضاء المدة السابقة على السبب الذى أدى إليه وبداية مدة تقادم جديدة، وهو ما يميزه عن الوقف الذى يوقف سريان التقادم فقط دون زوال المدة التى مضت قبل حدوث سبب الوقف.

أولاً: أسباب انقطاع التقادم:

قد ينقطع التقادم بأسباب ترجع إلى فعل يقوم به الدائن، أو لعمل يصدر من المدين يؤدي إلى الانقطاع، وذلك على النحو التالى:

١ - انقطاع التقادم بفعل الدائن:

ينقطع التقادم وفقاً لنص المادة ٣٨٣ إذا قام الدائن بأحد الأسباب الآتية:
(أ) المطالبة القضائية ولو أمام محكمة غير مختصة: ويقصد بالمطالبة القضائية: إقامة الدائن أو من يمثله لدعوى أمام القضاء أو أمام جهة ذات اختصاص قضائي بذات الحق الذى يجرى تقادمه ضد المدين أو من يمثله.^(٣) ويترتب على هذه المطالبة انقطاع التقادم ولو رفعت أمام محكمة غير مختصة، سواء كانت غير مختصة محلياً أم نوعياً أو بسبب انعدام ولايتها؛ وذلك لأن الدائن قد تخفى عليه قواعد الاختصاص، فضلاً عن أن قيامه برفع الدعوى يدل على نيته القاطعة فى المطالبة بحقه والحصول عليه، وهو ما يبرر قطع التقادم بشأن هذا الحق.^(٤)

(١) د/ جلال محمد: مرجع سابق، ص ٦٧١، ود/ محسن البيه: مرجع سابق، ص ٦٧٩.

(٢) د/ محمود زكى،: مرجع سابق، ص ١٠١٠، ود/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٨٦٨.

(٣) د/ البدرأوى: مرجع سابق، ص ٤٤٤، ود/ جلال محمد: مرجع سابق، ص ٦٧٥.

(٤) د/ محمود زكى: مرجع سابق، ص ١٠١٢، ود/ البدرأوى: مرجع سابق، ص ٤٤٠.

ب) التنبيه: ومن أسباب انقطاع التقادم بفعل الدائن التنبيه وهو تكليف الدائن للمدين بالوفاء بالدين، متى كان مع الدائن سنداً تنفيذياً، كحكم قضائي أو عقد رسمي، ويتم التنبيه بورقة من أوراق المحضرين متضمنة بيانات معينة، وذلك قبل البدء في إجراءات التنفيذ، ويترتب على التنبيه قطع التقادم فقط متى تم صحيحاً، وينقطع التقادم بالتنبيه سواء أعقبه حجزاً أم لا، بل ولو حكم ببطالان الحجز الذي أعقبه.^(١)

ج) الحجز: وينقطع التقادم كذلك بالحجز سواء كان تنفيذياً، كالحجز على العقار أو على المنقول، أم تحفيظاً كالحجز تحت يد المدين. والحجز التنفيذي يسبقه دائماً التنبيه فيقطع التقادم مرتين الأولى بالتنبيه والثانية بالحجز.^(٢)

د) تدخل الدائن للمطالبة بحقه: وينقطع التقادم أيضاً بأي تدخل من الدائن للمطالبة بحقه، سواء تم ذلك عن طريق تقديمه لسند دينه في تقليسة المدين الذي حكم بشهر إفلاسه، أو تقدمه ومطالبته بحقه في توزيع مفتوح لأموال المدين، سواء كان تقسيماً بالمحاصة، أم بحسب درجات الدائنين، كما يقطع التقادم كذلك تمسك الدائن بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى، كالطلبات التي يقدمها الدائن في الدعوى المرفوعة عليه من المدين، كأن يطالبه المدين بحق له، فيدفع ذلك بالمقاصة، أو مطالبته للمدين بالحق الذي في ذمته في أي دعوى مرفوعة عليه أي على المدين أثناء السير فيها.^(٣)

٢ - انقطاع التقادم لأسباب ترجع إلى المدين:

ينقطع التقادم بالإقرار الصادر من المدين بحق الدائن، سواء كان هذا الإقرار صريحاً أم ضمنياً؛ لأن الإقرار ينطوي على نزول المدين عن المدة التي انقضت.^(٤)

(١) د/ جلال محمد: مرجع سابق، ص ٦٧٩، ود/ محسن البيه: مرجع سابق، ص ٦٨٤.

(٢) د/ البدرأوى: مرجع سابق، ص ٤٤٦، ود/ عبد الحى حجازى: مرجع سابق، ص ٣٤١.

(٣) نقض مدنى ١٩٧٩/٤/٣٠ مجموعة أحكام النقض، ص ٢٣٢، رقم ٢٢٨.

(٤) د/ محمود زكى: مرجع سابق، ص ١٠١٤، ود/ البدرأوى: مرجع سابق، ص ٤٤٦.

والإقرار تصرف قانوني يصدر من جانب واحد وهو المدين المقر، ولا يتوقف على قبول الدائن، ولا يجوز للمدين الرجوع عنه، وقد يتم في شكل اتفاق مع الدائن أو مع غير الدائن، وقد يصدر في مجلس القضاء أو خارجه ما دام واضح الدلالة على قصد المدين في الاعتراف بحق الدائن، وصادرًا قبل اكتمال مدة التقادم، ومن ثم لا يشترط أن يتم الإقرار في شكل معين، فيصح أن يكون شفاهة أو كتابة في ورقة رسمية أم عرفية، بيد أنه إذا زادت قيمة الحق الذي يراد قطع تقادمه عن النصاب الواجب إثباته بالكتابة تعين الإقرار به أن يكون مكتوبًا.^(١)

وكما يكون الإقرار صريحًا فقد يكون ضمنيًا، يستفاد من أي موقف يقوم به المدين يدل على الاعتراف بحق الدائن، وذلك كإقدام المدين على دفع الفوائد، أو تقديمه لرهن، أو كفالة لضمان الدين، أو تمسكه بالمقاصة بين هذا الدين له في ذمة الدائن، أو طلبه أجلًا للسداد؛ لأن وجود هذا الشيء تحت يد الدائن على سبيل الرهن الحيازي يقطع سريان التقادم؛ لأنه بمثابة اعتراف مستمر من جانب المدين بوجود الدين، أما الرهن الرسمي أو تجديد قيده، أو حق الامتياز، فلا يؤدي إلى قطع التقادم؛ لأن الذي يقوم به الدائن.^(٢)

ثانيًا: أثر انقطاع التقادم:

لانقطاع التقادم أثرين هامين: نتناول كلا منهما بالتفصيل التالي:

١- سقوط المدة السابقة على سبب الانقطاع: يترتب على انقطاع التقادم سقوط المدة التي انقضت قبل حدوث سبب الانقطاع، فلا تدخل في حساب التقادم إذا عاود سيره بعد زوال هذا السبب، بل يلزم أن تكتمل مدة جديدة له، وهو ما يميز بين وقف سريان التقادم وانقطاعه؛ لأن الوقف يؤدي إلى توقف مؤقت لمدة التقادم، فإذا عاود التقادم لسريانه تضاف المدة السابقة على الوقف إلى المدة اللاحقة عليه.^(٣)

(١) د/ البدرأوى: مرجع سابق، ص ٤٤٦، ود/ جلال محمد: مرجع سابق، ص ٦٨١.

(٢) د/ محمود زكي: مرجع سابق، ص ١٠١٥، ود/ البدرأوى: مرجع سابق، ص ٤٤٧.

(٣) المرجع السابق: ص ٤٤٨، ود/ محسن البيه: مرجع سابق، ص ٦٨٩.

٢- بدء سريان تقادم جديد: بدء سريان الانقطاع يقضي على المدة السابقة على سبب الانقطاع تمامًا، فإن هذا يؤدي إلى بدء سريان تقادم جديد بعد زوال سبب الانقطاع تكون مدته هي مدة التقادم الأول، الذي كان ساريًا قبل طروء سبب الانقطاع، بيد أنه يرد على هذا الأصل استثناءات تتغير فيهما مدة التقادم الجديد عن مدة التقادم الأصلي وهما:

أ) إذا كان التقادم قد انقطع بالمطالبة القضائية وانتهت بصدر حكم حاز قوة الأمر المقضى، فإن مدة التقادم التي تبدأ بعد صدور هذا الحكم تكون خمس عشرة سنة، ولو كانت مدة التقادم الأصلي أقل من ذلك.^(١)

ب) إذا كانت مدة التقادم سنة واحدة (التقادم الحولى) وانقطع بإقرار المدين، فإن مدة التقادم الجديد تكون خمس عشرة عامًا (م ٣٨٥/٢)؛ وذلك لأن التقادم الحولى يقوم على قرينة الوفاء، إذا انقطع بإقرار المدين انتفت هذه القرينة، وأصبح دينًا عاديًا يتقادم بمدة التقادم العادى وهى خمس عشرة سنة تبدأ من اليوم التالى للإقرار.^(٢)

المطلب الرابع

كيفية إعمال التقادم المسقط وأثره

لبيان كيفية إعمال التقادم المسقط لترتيب ما ينتج عنه من آثار، سوف نقسم هذا المطلب لفرعين:

الفرع الأول

كيفية إعمال التقادم

التقادم لا ينتج أثره فى انقضاء الالتزام إلا إذا تم التمسك به وهو ما ينبئ عن جواز التنازل عنه كذلك ونتناول كل من الأمرين فيما يلى:

أولاً: التمسك بالتقادم:

يثير التمسك بالتقادم: حتمية التمسك به وكيفيته ومن له حق التمسك بالتقادم ووقت هذا التمسك، وهو ما نتعرض له على النحو التالى:

(١) د/ البدرأوى: مرجع سابق، ص ٤٤٩، ود/ محسن البيه: مرجع سابق، ص ٦٩٢.

(٢) د/ جلال محمد: مرجع سابق، ص ٦٨٨، ود/ السنهورى: مرجع سابق، ص ١١٢٠.

١ - حتمية التمسك بالتقادم:

لكي يحكم القاضى بتقادم حق ما، فيجب أن يتمسك بذلك ذوو الشأن؛ إذ قرر المشرع صراحة عدم جواز قضاء المحكمة به من تلقاء نفسها؛ لأنه كما تقول محكمة النقض المصرية: وسيلة دفاع يلجأ إليها الخصم للوصول إلى انقضاء الالتزام، وذلك بخلاف الشكلية التي لا تواجه موضوع الحق المدعى به بل تستهدف الطعن في صحة الخصومة والإجراءات المكونة لها، فالدفع بالتقادم بهذه المثابة دفعا موضوعيا يجوز إبدائه في أية حال تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف.^(١)

ولذلك لا يكفي مجرد اكتمال مدة التقادم لانقضاء الالتزام بل يجب طلب صاحب المصلحة لهذا الانقضاء؛ لأن التقادم وسيلة لانقضاء الالتزام وليس سببا له، وترجع العلة في وجوب هذا الطلب من صاحب الشأن، كما يرى البعض أن التقادم يتصل اتصالاً وثيقاً بضمير المدين؛ إذ قد لا يفى بالدين وتكتمل مدة التقادم، بيد أن ضميره يأبى ذلك لرغبته في براءة ذمته بوفاء هذا الدين فعلاً وليس بمجرد مرور الزمن.^(٢)

٢ - كيفية التمسك بالتقادم:

يجب أن يأتى تمسك المدين أو صاحب الحق بالتقادم بعبارة واضحة لا لبس فيها، ومن ثم لا يكفي أن يطلب المدين رفض الدعوى لمخالفتها للقانون مثلاً،^(٣) ويجب أن يتم هذا التمسك أمام القضاء، ولا يكفي مجرد إثارته قبل ذلك أثناء محاولات الصلح بين الطرفين، وقد يكون التمسك بالتقادم أمام القضاء في صورة دفع يدفع به المدين دعوى مطالبة الدائن له بالحق، أو في صورة دعوى مبتدأة يرفعها بنفسه أمام القضاء لبراءة ذمته مما عليه من التزامات.^(٤)

(١) نقض مدنى ١٢/٤/١٩٧٩ الطعن رقم ٢٩ لسنة ٤٦ ق، ونقض مدنى ٩/٤/١٩٧٠ مجموعة أحكام النقض س ٢١ ص ٥٨٧.

(٢) د/ جلال محمد: مرجع سابق، ص ٦٩٠.

(٣) د/ البدرأوى: مرجع سابق، ص ٤٥١.

(٤) د/ جلال محمد: مرجع سابق، ص ٦٩٢.

٣- من له حق التمسك بالتقادم:

أعطت المادة ٣٨٧ لكل صاحب مصلحة في التمسك بالتقادم حق التمسك به، ولعل صاحب المصلحة الأولى في ذلك هو المدين (وخلفه العام والخاص)، كما يثبت حق التمسك بالتقادم للكفيل، وحائز العقار المرهون ليتخلص كل منهما من الضمان الملزم به، كما يجوز لدائني المدين التمسك بالتقادم نيابة عنه، وذلك لمصلحتهم في ذلك؛ حيث سيؤدي بلا شك استبعاد دين متقادم إلى عدم مزاحمة الدائن لهم على الأقل عند اقتسام أموال هذا المدين، فضلاً عن استبعاد هذا الدائن إن كان من أصحاب الديون الممتازة وعدم تقدمه عليهم.^(١)

٤- وقت التمسك بالتقادم:

يجوز لصاحب المصلحة في التمسك بالتقادم استعمال هذا الحق أمام محكمة أول درجة باعتباره أحد الدفوع الموضوعية، وذلك قبل إقفال باب المرافعة، كما يجوز له أيضاً التمسك بالتقادم لأول مرة أمام محكمة الاستئناف؛ لأنه لا يعتبر من الطلبات الجديدة التي يمتنع التمسك بها أمام هذه المحكمة، بل هو أحد الدفوع التي يجوز إيدائها أمامها (م ٢/٣٨٧).

بيد أنه لا يجوز التمسك بالتقادم لأول مرة أمام محكمة النقض لعدم تعلق الدفع به بالنظام العام، كما أنه يعتبر سبباً جديداً لا يجوز إيداءه لأول مرة أمام محكمة النقض.^(٢)

ثانياً: النزول عن التمسك بالتقادم:

يتضمن الحديث عن النزول عن التقادم في النقاط التالية:

١- عدم جواز النزول عن التقادم مقدماً: وفقاً للفقرة الأولى من المادة

٣٨٨ مدني لا يجوز للمدين النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه أى قبل أن تكتمل مدته.^(٣) ويرجع ذلك إلى خشية المشرع من أن يصبح النزول عن

(١) د/ البدرأوى: مرجع سابق، ص ١٠١٦، ود/ السنهاوى: مرجع سابق، ص ١١٣٤.

(٢) د/ جلال محمد: مرجع سابق، ص ٦٩٣، ود/ البدرأوى: مرجع سابق، ص ٤٥٢.

(٣) نقض مدني ١٩٧٩/١/٩ الطعن رقم ١٤ سنة ٤٦ ق.

التقادم شرطاً دارجاً في العقود يمليه الدائن على المدين، فينهدم نظام التقادم من أساسه، وتضيع مزاياه التي تقتضيها المصلحة العامة.

وإذا حدث تنازل عن التقادم بعد بدء سريانه، فإن هذا التنازل يؤثر على الفترة التي انقضت من التقادم فيؤدي إلى زوال كل أثر لها، أما الفترة اللاحقة فلا أثر له عليها حيث يبدأ تقادم جديد، لأن هذا النزول يعتبر إقراراً من المدين بحق الدائن ويقطع التقادم، فتزول المدة السابقة عليه، ويبدأ تقادم جديد.^(١)

أما بعد اكتمال مدة التقادم وأصبح من حق المدين التمسك به، كان له مطلق الحرية في التمسك به أو التنازل عنه، إذا وجد فيه وسيلة لبراءة ذمته من دين لا يتفق مع ضميره.^(٢)

٢- عدم جواز الاتفاق على مدة للتقادم تختلف عن التي حددها القانون: كما لا يجوز النزول عن التقادم مقدماً، فإنه لا يجوز أيضاً تعديل مدة التقادم بأن يتفق الطرفان على مدة للتقادم تختلف عن التي حددها القانون، فلا يجوز للطرفين الاتفاق على أن تكون مدة التقادم أطول أو أقصر من المحددة قانوناً؛ لأن في إطالة مدة التقادم نزولاً عنه قبل أن يتم أمر غير جائز قانوناً، وفي تقصيره وسيلة للتعسف قد يلجأ إليها مدين قوي ليجبر الدائن على تقادم حقه في أقصر مدة ممكنة، وذلك كشركات التأمين أو شركات النقل، ومن ثم جعل المشرع مدة التقادم من النظام العام التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها بالزيادة أو النقصان.^(٣)

وتجدر الإشارة إلى أن مدة التقادم قد تطول بطريق غير مباشر، من ذلك مثلاً إقرار المدين الذي يقطع التقادم فيؤدي إلى زوال المدة السابقة عليه وبدء سريان مدة جديدة، كما أن الإقرار قد يؤدي إلى أن تصبح مدة التقادم هي المدة العادية - خمسة عشر عاماً - بدلاً من المدة القصيرة.^(٤)

(١) د/ البدرأوى: مرجع سابق، ص ٤٥٣، ود/ محمود زكي: مرجع سابق، ص ١٠١٨.

(٢) د/ البدرأوى: مرجع سابق، ص ٤٥٣، ٤٥٤، ود/ محسن البيه: مرجع سابق، ص ٦٩٨.

(٣) المرجع السابق: ص ٦٩٨، ود/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١١٤٣.

(٤) د/ البدرأوى: مرجع سابق، ص ٤٥٥، ود/ السنهوري: مرجع سابق، ص ١١٤.

٣- جواز النزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه: قررت المادة ٣٨٨/٢

جواز نزول صاحب المصلحة فيه التمسك بالتقادم عن هذا التمسك بعد أن يثبت له هذا الحق فعلاً باكتمال مدته، باعتباره حقاً له مطلق التصرف؛ حيث تنتفى في هذه الحالة الخشية التي من أجلها حظرت المادة ٣٨٨/١ هذا النزول قبل ثبوت الحق فيه، كما أنه قد روعيت اعتبارات المصلحة العامة، من عدم إرهاب المدين، وتراكم الديون، وما قد يؤدي إليه ذلك من إضرار بالمصلحة العامة، ومن ثم تترك الحرية للمدين في تقدير مدى تمسكه بالتقادم من عدمه وما إذا كان في التمسك به مراعاة لضميره أم لا.^(١)

والنزول عن التقادم قد يكون صريحاً، أو ضمناً يستفاد من وقائع واضحة لدلالة عليه، وذلك تطلب المدين للوفاء، أو تقديمه لرهن أو كفالة، أو دفع فوائد الدين، أو الوفاء بقسط منه بعد اكتمال مدة التقادم فهذه أمور تدل على قصد النزول عن التمسك به.

ويترتب على النزول عن التقادم بعد ثبوت الحق في بقاء الدين في ذمة المدين ومدة تقادم جديد، قد تكون مدته نفس مدة التقادم الأصلي الذي انقضى بالنزول، وقد تكون أطول منها، ومن ثم يشتبه النزول في هذه الحالة مع انقطاع التقادم بإقرار المدين.^(٢)

٤- أثر النزول عن التقادم على حقوق الدائنين: لا ينفذ النزول عن التقادم في حق الدائنين إذا صدر إضراراً بهم، بأن ترتب عليه إعسار المدين أو زيادة إعساره،^(٣) ومن ثم إذا انطوى هذا النزول على إضرار بمصالح الدائنين جاز لهم الطعن فيه باعتباره تصرفاً قانونياً بالدعوى البوليصة، ويطلبون عدم نفاذه في مواجهتهم متى توافرت شروط هذه الدعوى.

(١) د/ البدرأوى: مرجع سابق، ص ٤٥٥، ود/ توفيق فرج: مرجع سابق، ص ٢٩٨.

(٢) د/ البدرأوى: مرجع سابق، ص ٤٥٦.

(٣) د/ محمود زكى: مرجع سابق، ص ١٠١٧، ود/ البدرأوى: مرجع سابق، ص ٤٥٦.

الفرع الثانى

آثار التقادم

الأثر الجوهري والهام الذى يترتب على التقادم هو انقضاء الالتزام الذى يقع على عاتق المدين وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات، وبناء على ذلك متى اكتملت مدة التقادم وتمسك به المدين أدى ذلك إلى انقضاء الالتزام ولا يستطيع الدائن إجبار المدين على الوفاء به،^(١) بل ويجب على المحكمة أن تقضى به متى تمسك به صاحب المصلحة وتبين لها اكتمال مدته؛ إذ ليس لها سلطة تقديرية فى هذا الصدد.^(٢)

وإذا انقضى الالتزام الأصيل انقضى معه ما يكفله من تأمينات، كالرهن والكفالة وحقوق الامتياز والاختصاص حيث يزول التابع بزوال الأصل. كما ينقضى معه كذلك ما يلحقه من فوائد وملحقات باعتبارها من توابع الالتزام المنقضى، حتى ولو لم تكتمل مدة تقادم هذه الفوائد؛ لأن سقوط الأصل يؤدي إلى سقوط الفرع لا العكس، ومن ثم إذا اكتملت مدة تقادم الفوائد بخمس سنوات مثلاً دون أن تكتمل مدة تقادم الدين الأصيل الذى يتقادم بخمس عشرة سنة، فإنها تسقط بالتقادم استقلالاً عن الدين متى تمسك صاحب المصلحة بذلك.^(٣)

تحول الالتزام المدنى إلى التزام طبيعى:

وفقاً للمادة ١/٣٨٦ يترتب على التقادم انقضاء الالتزام ومع ذلك يتخلف فى ذمة المدين التزام طبيعى، ومن ثم فإن التقادم يؤدي إلى تحول الالتزام المدنى إلى التزام طبيعى؛ أى التزام مجرد من عنصر المسؤولية التى عن طريقها يمكن للدائن إجبار المدين على الوفاء بما عليه من التزامات، فى حين تبقى ذمة المدين مشغولة بالدين بما يسمح له بالوفاء الاختيارى، فإذا قام من تلقاء نفسه بالوفاء بهذا الدين كان موفياً بدين فى ذمته، ولا يستطيع أن يسترده،

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، ج٣، ص ٣٤٠، ٣٤١.

(٢) د/جلال محمد: مرجع سابق، ص ٦٩٩.

(٣) د/ السنهورى: مرجع سابق، ص ١١٥٧.

ومن ثم فإن التقادم لا يقضي على الالتزام ذاته، وإنما يقضي على دعوى المطالبة به.^(١)

ما الذى يرد عليه الانقضاء بالتقادم الحق أم الدعوى:

لم تتفق كلمة شراح القانون المدنى حول الذى يرد عليه الانقضاء بالتقادم؛ حيث ذهب جانب من الشراح إلى القول بأن الذى يرد عليه الانقضاء هو الحق ذاته وليست الدعوى التى تحميه^(٢).

وذهب فريق آخر إلى القول بأن الانقضاء يرد على الحق والدعوى معاً، ويرى البعض أن هذا يتفق مع نص المادة ١/٣٨٦ من القانون المدنى المصرى، والتي تنص على أنه: "يترتب على التقادم انقضاء الالتزام". وانقضاء الالتزام يؤدي إلى انقضاء الدعوى نتيجة له أيضاً.^(٣)

والواقع أنه كما يرى البعض - بحق - ونحن معهم أن الذى ينقضى بالتقادم هو الدعوى التى تحمى الحق وليس الحق ذاته؛^(٤) وذلك لأن نص المادة ١/٣٨٦ إذا كانت تنص على أنه يترتب على التقادم انقضاء الالتزام، فإنها تنص كذلك على أنه ومع ذلك يتخلف فى ذمة المدين التزام طبيعى، مما يدل بوضوح على بقاء الحق ذاته وانقضاء الدعوى التى يمكن من خلالها إجبار المدين على الوفاء، وتظل ذمة المدين مشغولة بهذا الحق ليفي به اختياراً متى رأى أن براءة ذمته بدون وفاء لا يستقيم مع سليم ضميره.

كما أن معظم الفقه يرى أن المدين إذا قام بالوفاء بعد اكتمال مدة التقادم، يفى بدين مستحق فى ذمته ولا يعتبر متبرعاً ومن ثم لا يجوز له المطالبة باسترداد ما دفعه للدائن.^(٥)

(١) د/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٨٨٥، مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ٣٤٢.

(٢) انظر فى عرض هذا رأى: د/ جلال محمد: مرجع سابق، ص ٧٠١.

(٣) فى عرض هذا رأى: د/ السنهورى: مرجع سابق، ص ١١٦٧.

(٤) د/ عبد الحى حجازى: مرجع سابق، ص ٣٩٣، ود/ البدراوى: مرجع سابق، ص ٤٥٧.

(٥) د/ السنهورى: مرجع سابق، ص ١١٧، د/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٨٨٤.

الباب الخامس^(١)

إثبات الالتزام

نقسم هذا الباب لفصلين نتناول في الأول: القواعد العامة للإثبات ونتعرض في الفصل الثاني لأدلة الإثبات وذلك على التفصيل التالي:

الفصل الأول

القواعد العامة للإثبات

للإثبات العديد من القواعد والأحكام القانونية التي لها أهميتها بالنسبة لدارس القانون بصفة عامة، ومن هذه القواعد والأحكام بيان ماهيته ومحلّه، ومن ثم نقسم هذا الفصل لمبحثين:

المبحث الأول

ماهية الإثبات

للقوف على ماهية الإثبات نقسم هذا المبحث إلى أربعة مطالب:

المطلب الأول

تعريف الإثبات وأهميته

أولاً: تعريف مفهوم الإثبات:

عرف بعض الفقهاء الإثبات بأنه: إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها.^(٢)

بينما عرفه البعض بأنه: إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود حق متنازع فيه.^(٣)

وهذه التعريفات تتفق في ما بينها على أن المراد بالإثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة ما أو على الحق المتنازع فيه، وهذا محل اتفاق بين الجميع.

(١) هذا الباب من إعداد: الأستاذ الدكتور/ حمدي أحمد سعد: أستاذ القانون المدني وعميد كلية الشريعة والقانون بطنطا، والدكتور/ فتحي محمد عبد السلام الفقي: مدرس القانون المدني بكلية الشريعة والقانون بطنطا.

(٢) د/ السنهاوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ط: دار النهضة العربية، ج٢، ص١٣.

(٣) د/ عبد المنعم الصدة: الإثبات في المواد المدنية، ط: مصطفى البابي، ط٢، ١٩٥٥.

وعليه، يمكن تعريف الإثبات بأنه: إقامة الدليل بالطرق أو بإحدى الطرق القانونية على صحة واقعة ما أو نفيها لما يترتب على هذه الواقعة من آثار قانونية بين الطرفين المتنازعين.

ثانياً: أهمية الإثبات:

للإثبات أهمية بالغة من الناحية العملية لحصول أصحاب الحقوق على حقوقهم؛ لأن الحق يفقد قيمته إذا لم يقدر صاحبه بإقامة الدليل على مصدره، وهو ما يحدث أحياناً من كثير من المقاضين الذين يخسرون دعاوهم لعجزهم عن تقديم الأدلة القانونية عليها، فالدليل يحمي الحق، وكما يقال إن الحق إذا لم يحم الدليل عليه عند المنازعة بشأنه فهو والعدم سواء،^(١) وتأتي أيضاً أهمية الإثبات أمام القضاء في الحصول على الحقوق التي يتنازع عليها الأفراد، فلا يترك المجال أمام الأفراد لكي يحصل كل منهم على ما يريد بطريقته التي يريدها، ولذا وكل للقضاء حصول الأفراد على حقوقهم من خلال إثباتها.

المطلب الثاني

المبادئ التي يقوم عليها الإثبات

يقوم الإثبات على العديد من المبادئ التي استقر عليها العمل حتى أصبحت من الأسس التي يقوم عليها، ومن أهم هذه المبادئ ما يلي:

المبدأ الأول: مبدأ حياد القاضي:

ويقصد بهذا المبدأ أن يقتصر دور القاضي على ما يقدمه أطراف النزاع من أدله في الدعوة المعروضة عليه، وتقدير قوة كل دليل وفقاً لما يقرره القانون؛ حيث إنه ليس من عمل القاضي المساهمة في جمع الأدلة، أو أن يستند إلى دليل تحراه بنفسه.^(٢)

ولا يقصد بمبدأ حياد القاضي عدم تحيزه لأحد الخصمين؛ لأن عدم تحيز القاضي من الأمور البديهية التي يجب عليه أن يلتزم بها بحكم وظيفته.

(١) د/ توفيق حسن فرج: قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ط: ١٩٨٢، ص ٥.

(٢) د/ توفيق حسن فرج: مرجع سابق، ص ١٥، ود/ أنور سلطان: مرجع سابق، ص ٢٩.

ونظرا لأهمية مبدأ حياد القاضي فإنه يترتب عليه العديد من النتائج المهمة، والتي منها ما يلي:

أولاً: لا يجوز للقاضي أن يستند إلى دليل يستبطنه بنفسه، ويجب عليه أن يقتصر على مراقبة ما قدمه الخصوم من أدلة وموافقتها للقانون، فلا يسمح لشخص أو لطرف أن يقدم دليلاً لم تتوافر فيه الشروط القانونية، ويجب عليه كذلك أن يتحقق من جدية الأدلة المقدمة من الطرفين وتعلقها بالدعوى وأنها منتجة فيها.

ثانياً: لا يجوز للقاضي أن يستحضر في النزاع المعروض عليه دليلاً من دعوى أخرى سبق له نظرها أو ينظرها.

ثالثاً: لا يجوز للقاضي أن يقبل دليلاً من غير الخصوم.

رابعاً: لا يجوز للقاضي أن ينبه أحد الطرفين إلى ما شاب دفاعه من قصور أو خلل.

خامساً: من أبرز وأهم المبادئ التي تنفرع عن مبدأ حياد القاضي مبدأ عدم جواز قضاء القاضي بعلمه الشخصي؛ وذلك حفاظاً على نزاهة القاضي وحياديته، وتجنباً لسوء الظن به؛ لأن علم القاضي يكون دليلاً في القضية وحكمه به يخل بمبدأ حياديته ويتعارض معه، فيعتبر شاهداً وقاضياً في ذات الوقت، مما يدل على عدم صلاحيته للنظر في القضية المعروضة عليه.^(١)

المبدأ الثاني: مبدأ عدم جواز اصطناع الشخص دليلاً لنفسه:

من المبادئ التي يقوم عليها الإثبات مبدأ عدم جواز اصطناع الشخص دليلاً لنفسه، ومن ثم لا يجوز للشخص أن يكتب أوراقاً أو مستندات ويثبت فيها حقوقاً له على الغير، ثم يطالب هذا الغير بهذه الحقوق؛ حيث لو أجاز للشخص أن يستند إلى دليل اصطنعه لنفسه لما أمن الناس على أموالهم وأنفسهم ولتعرض كل شخص للإدعاء من الغير، أو ادعاءات كثيرة لا حصر لها واصطنع كل شخص ما يشاء من أدلة على آخرين وهو ما يتعارض مع العدل

(١) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٣١.

والنظام في المجتمع.

واستثنى المشرع حالات معينة أجاز فيها للشخص أن يستند إلى دليل اصطنعه أو عمله بنفسه، ومن ذلك الدفاتر التجارية؛ حيث يجوز للتاجر أن يتمسك بالبيانات المثبتة بدفاتره عما ورده من بضائع إلى عمله غير التاجر وذلك فيما يجوز إثباته بالبينة بالشهادة، وكذلك قبول الدفاتر التجارية لأجل الإثبات في دعاوى التجار المتعلقة بالأنشطة التجارية إذا كانت تلك الدفاتر مستوفية للشروط المقررة قانوناً (المادة ١٧ إثبات).

المطلب الثالث

التنظيم القانوني للإثبات

يتمثل التنظيم القانوني للإثبات في بيان كيفية الإثبات أمام القضاء، والوسائل التي يمكن من خلالها أو عن طريقها الوصول إلى الحقيقة القضائية التي هي أقرب إلى الحقيقة الواقعية متمثلة في تحقيق العدالة المنشودة في الحق المتنازع فيه أمام القضاء، وفي هذا الموضوع يوجد ثلاثة أنظمة تختلف من دولة إلى دولة، وتتمثل هذه الأنظمة فيما يلي:

أولاً: نظام الإثبات الحر أو المطلق:

يتلخص هذا النظام في عدم وجود طريقة محددة في إثبات الدعوى أمام القضاء، فيجوز للمدعي إثبات دعواه بأي طريقة يشاء، وبأي دليل يريد، كما لا يتقيد القاضي في أي دليل يقدمه الشخص، فيجوز له الاستناد إلى أي دليل يكون به عقيدته حتى ولو لجأ في ذلك إلى الحيل، ومن ثم يتمتع كل من الخصوم والقاضي بحرية مطلقة في الوصول إلى الحق المتنازع عليه.

وإن كان لهذا الرأي أو لهذا النظام مزاياه في أنه يجعل الحقيقة القضائية التي توصل إليها القاضي في حكمه مطابقة إلى حد كبير للحقيقة المتنازع فيها، وإتاحة السبيل أمام المدعي بإثبات ما يريده بالطريقة المناسبة له، وكذلك تمتع القاضي بدور إيجابي كبير.

إلا أنه يؤخذ عليه أن الأخذ به قد يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات لاختلاف السلطة التقديرية من قاض إلى قاض واختلاف قدرات ومهارات كل

شخص في إثبات ما يدعيه، فالأشخاص متفاوتون ومختلفون، فهناك من يتمتع بقدرة فائقة على إثبات ما يريد، وهناك من لا يمكنه ذلك، وهناك من يجيد استعمال الطرق القانونية، وهناك من لا يجيد ذلك، ومن هنا قد يختلف تحقيق العدالة من شخص لآخر ومن قاض إلى آخر ومن دعوى إلى أخرى.^(١)

ثانياً: نظام الإثبات المقيد:

وفي هذا النظام يتقيد كل من الخصوم والقاضي بطرق معينة حددها القانون لإثبات الحق المتنازع عليه، فلكي يستطيع الخصم أن يثبت دعواه، لا يجوز له اللجوء لأي أدلة من تلقاء نفسه، ولكنه يتقيد في ذلك بالأدلة التي حددها له القانون، وكذلك القاضي يكون دوره سلبياً محضاً فلا يجوز له أن يكمل ما في أدلة الخصوم من نقص، ولا أن يقضي بعلمه.

وإن كان هذا النظام يتميز بأنه يحد من السلطة التقديرية للقاضي ويقيده بطرق معينة حتى لا تختلف الحقيقة من قاض إلى قاض ومن دعوى إلى دعوى، إلا أنه يعيبه أن الشخص قد لا يمكنه الوصول إلى حقه لعدم تمكنه من استخدام أو إيجاد الطريقة المناسبة لإثبات هذا الحق والتي حددها القانون، فمثلاً إذا كان هناك حق يجب إثباته بالكتابة وهذا الشخص كان معه دليل كتابي بالفعل، وفقد هذا الدليل أو هذه الورقة المثبت فيها الحق فهذا لا يستطيع هذا الشخص الوصول إلى حقه لفقدانه الدليل الكتابي، ولا يستطيع القاضي أن يعطيه أو يحكم له لعدم وجود الدليل، وعدم وجود سلطة تقديرية للقاضي.^(٢)

ثالثاً: نظام الإثبات المختلط:

أزاء الانتقادات والعيوب التي أخذت على الإتجاهين السابقين تذهب غالبية التشريعات الوضعية إلى الأخذ بالنظام المختلط والذي يجمع بين الإتجاهين السابقين، فيأخذ من نظام الإثبات المطلق أو الحر: ما يعطي للقاضي قدرًا من السلطة والحرية في تقدير ما يقدمه الأفراد أو الخصوم من أدلة؛ حيث يجوز للقاضي أن يستجوب الخصوم أو يستعين بأدلة أخرى في

(١) د/ سليمان مرقس: أصول الإثبات وإجراءاته، ط: طبعة عالم الفكر، ج ١، ص ١١، ١٣.

(٢) د/ عباس العبودي: مرجع سابق، ص ٢٥.

سبيل الوصول إلى الحقيقة، ومن ثم يتمتع القاضي بقدر من الحرية في تقدير الأدلة وصولاً إلى الحقيقة.

ويأخذ من نظام الإثبات المقيد: التقيد بالأدلة التي حددها القانون لإثبات الدعاوي والحقوق، كالكتابة والشهادة والإقرار واليمين والقرائن وغيرها، فيجب على الخصوم والقاضي التقيد بهذه الطرق.

وهذا الاتجاه أو النظام تأخذ به معظم التشريعات في الدول العربية ومنها قانون الإثبات المصري.

المطلب الرابع

مدى تعلق قواعد الإثبات بالنظام العام

تنقسم قواعد الإثبات إلى: قواعد إجرائية تتعلق بإجراءات الإثبات، وقواعد موضوعية تتعلق بطرق الإثبات ومحله وعبئه.

ويتفق الفقه القانوني على أن قواعد الإثبات الإجرائية تعتبر من النظام العام؛ لأن المشرع وضعها لخدمة العدالة وتحقيقها فيتصل بالنظام العام، بما يوجب على الخصوم والقضاة الالتزام بها، ولا يجوز لهم الاتفاق على مخالفتها، ومن قبيل هذه القواعد الإجرائية - مثلاً - مواعيد التقاضي وقواعد الاختصاص المكاني والموضوعي.

أما قواعد الإثبات الموضوعية والمتمثلة في طرق الإثبات ومحل الإثبات - مثلاً - فقد تباينت حولها آراء فقهاء القانون إلى عدة آراء:

الرأي الأول: ذهب إلى أن القواعد الموضوعية للإثبات لا تتعلق بالنظام العام؛ لتعلقها بمصالح الأفراد الخاصة، ومن ثم بحقوقهم وحماية هذه الحقوق، فيكون لهم الحق في اختيار الوسائل المناسبة لذلك، ويسود هذا الاتجاه في الدول التي تأخذ بالمذهب الفردي.

الرأي الثاني: ذهب إلى أن قواعد الإثبات كلها الإجرائية والموضوعية تتعلق بالنظام العام؛ لأنها قواعد أمره فلا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها أو التنازل عنها؛ لأن المصلحة العامة تقتضي أن يقوم الجهاز القضائي أو السلطة القضائية بوظيفتها دون تدخل الأفراد، ودون أن يكون لاتفاق الأفراد

شأن في ذلك، ويسود هذا الإتجاه في الدول التي تأخذ بالنظام الاجتماعي أو الاشتراكي.

الرأي الثالث: أخذ باتجاه مختلط أو وسط بين الرأيين السابقين وهو الاتجاه الغالب من فقهاء القانون إلى القول بأن قواعد الإثبات الموضوعية منها ما يتعلق بالنظام العام ومنها ما لا يتعلق بالنظام العام، فمن قواعد الإثبات الموضوعية التي تتعلق بالنظام العام القواعد التي تعطي للقاضي سلطة في توجيه اليمين في حالات معينة وكذلك القواعد المتعلقة بمبادئ الإثبات الأساسية مثل مبدأ المواجهة بالأدلة.

أما القواعد الموضوعية التي لا تتعلق بالنظام العام فهي القواعد التي تتضمن ضمانات أساسية لحقوق الأفراد ولا تتعلق بسلطة القاضي، مثل القواعد التي تجيز للأفراد الاتفاق على إثبات الحق أو الحقوق التي بينهم بالشهادة في الحالات التي يستوجب القانون إثباتها بالكتابة.^(١)

والواقع إن تعلق قواعد الإثبات بالنظام العام يترتب عليه العديد من النتائج المهمة، والتي منها عدم جواز الاتفاق على مخالفتها، وجواز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض، وأنه يجوز للقاضي أن يحكم بها من تلقاء نفسه ما دامت تتعلق بالنظام العام.^(٢)

المبحث الثاني

محل الإثبات

محل الإثبات: هو ما يجب على المدعي إثباته، ويتمثل محل الإثبات في عنصرين: الأول: مصدر الحق المدعي به؛ أي كيف نشأ هذا الحق. والثاني: القاعدة القانونية التي تحمي هذا الحق أو تقرره. وعليه، نقسم هذا المبحث لمطلبين على النحو التالي:

(١) وهذا الرأي ذهب إليه محكمة النقض المصرية بقولها: "إن قواعد الإثبات وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ليست من النظام العام....".

(٢) د/ عباس العبودي: مرجع سابق ص ١١٣، ود/ رمضان أبو السعود: مرجع سابق، ص ٤٧.

المطلب الأول

إثبات الواقعة القانونية

محل الإثبات الأساسي هو الواقعة القانونية؛ لأن الإثبات لا يرد على الحق ذاته، وإنما يرد على الواقعة القانونية مصدر هذا الحق، ولا يراد هنا من المدعي إثبات القاعدة القانونية في حد ذاتها، وإنما المراد إثبات الواقعة التي يرتب عليها القانون أثرًا باعتبارها مصدرًا للحق أو الالتزام؛ لأن الحق في ذاته غير محسوس، ويستحيل إثباته عقلاً، وإنما يستدل عليه من مصدره المتمثل في الواقعة القانونية التي أنشأته.

شروط الواقعة محل الإثبات:

يشترط في الواقعة محل الإثبات العديد من الشروط التي قررها القانون وخاصة المادة الثانية من قانون الإثبات، وأضاف الفقه القانوني إليها شروط أخرى، وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

الشرط الأول: أن تكون الواقعة محل الإثبات محددة:

ويقصد بذلك أن تكون الواقعة محل الإثبات معينة تعييناً كافياً نافياً للجهالة؛ لكي يمكن تقدير قبول الأدلة بشأنها، والتأكد من تعلق الدليل القانوني بها وليس بغيرها.^(١) ويخضع تقدير كون الواقعة محل الإثبات محددة أم لا إلى السلطة التقديرية للقاضي فهو الذي يقرر عند عرض النزاع عليه مدى كون الأمور المراد إثباتها محددة تحديداً كافياً أم لا، ولا يخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض.^(٢)

ولتحديد الواقعة محل الإثبات أهمية بالغة؛ حيث يعتبر وسيلة مهمة في إقناع القاضي ولا يمكن أن يقتنع القاضي بأمر غامض أو مبهم، فمن يبيع سيارة يجب عليه أن يحدد أوصافها وتاريخ صنعها وتاريخ العقد، ومن يطالب شخصاً بدين معين عليه أن يثبت مقداره ومصدره.^(٣) وعلى الطبيب إثبات عدم

(١) د/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٦٤.

(٢) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٥٧، ود/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٦٥.

(٣) د/ محمد النشار: أحكام وقواعد عبء الإثبات، ط: دار الجامعة الجديدة، ص ٢٣٧.

تقصيره في قيامه بإجراء العملية الجراحية.

الشرط الثاني: أن تكون الواقعة محل الإثبات متعلقة بالدعوى:

ويقصد بذلك أن تكون هذه الواقعة على صلة قوية بموضوع النزاع كإثبات البائع عقد البيع الذي يستند إليه في مطالبة المشتري بالثمن، وإثبات المقرض عقد القرض الذي يستند إليه في مطالبة المقرض بالدين.

وتعلق الواقعة محل الإثبات بالدعوة على هذا النحو من قبيل الإثبات المباشر، إلا إنه قد يتعذر على المدعي الإثبات المباشر، فيلجأ إلى إثبات واقعة أخرى ليست فقط قريبة من الواقعة الأصلية المتعلقة بالدعوى، ولكنها مرتبطة بها ارتباطاً وثيقاً مما يجعلها متعلقة بالحق محل النزاع، وهذا يسمى بالإثبات غير المباشر، ومن الأمثلة على ذلك مطالبة المؤجر المستأجر بأجرة شهر معين، فيقدم المستأجر مخالصات لوفائه بأجرة شهور لاحقة على هذا الشهر، كأن يطالبه بالوفاء بأجرة شهر يناير مثلاً فيقدم المستأجر مخالصه بوفائه بأجرة شهر مارس وإبريل مما يدل على وفائه بأجرة شهر يناير، ويعتبر ذلك قرينة على وفائه بأجرة شهر يناير.

ومتى كانت الواقعة محل الإثبات متصلة بالواقعة الأصلية فإنها تعد وسيلة لإقناع القاضي ووصوله إلى الحق المدعي به، ولكنها لا تعتبر وسيلة لحسم النزاع فقد يقتنع بها القاضي وقد لا يقتنع.

الشرط الثالث: أن تكون الواقعة محل الإثبات منتجة في الدعوى:

يشترط كذلك أن تكون الواقعة محل الإثبات منتجة في إثبات الحق المدعي به؛ أي أن تسهم في تكوين عقيدة القاضي وإقناعه بحقيقة النزاع المعروف عليه، فلا يكفي أن تكون الواقعة محل الإثبات محددة أو متعلقة بالدعوة فقط، بل يجب أن تكون منتجة فيها أي أن تؤثر في الفصل في موضوع النزاع، أما إذا كانت الواقعة يستوي في نظر القانون ثبوتها أو عدم ثبوتها فلا تكون منتجة في الدعوى حتى ولو اتصلت بها.

فمن يدعي أو يطالب بملكية عقار مثلاً يكون متعلقاً ومنتجاً في الدعوى، أن يقدم عقد البيع الذي يستند إليه في إثبات الملكية أو أي سبب آخر من

أسباب كسب الملكية، أما إذا اقتصر على كونه واضحاً يده على الشيء لمدة عشر سنين فهذه الواقعة لا تنتج في الدعوى أو غير منتجة فيها وإن اتصلت بالدعوى بالفعل؛ لأنه ليس من شأنها أن تكون عقيدة القاضي وتساهم في اقتناعه بالحق المراد إثباته.

والواقع أن كل واقعة منتجة في الدعوى تعتبر متعلقة أي متصلة بها، ولكن ليس كل واقعة متعلقة بالدعوى تكون منتجة فيها، ولما كان اقتناع القاضي بكون الواقعة منتجة في الدعوى يأتي بعد فحص المستندات والأوراق واستعراض كافة الأدلة، تطلب المشرع أن تكون الواقعة منتجة فيها ولم يكتفي بكون الواقعة متعلقة بها أو لم يكتف بكون الواقعة منتجة دون أن تكون متعلقة بالدعوى فقد يقدم المدعي العديد من الأدلة ولكنها لا تكون منتجة في الدعوى بالرغم من تعلقها بها.

الشرط الرابع: أن تكون الواقعة محل نزاع بين الطرفين:

وهذا أمر بديهي حيث لا يكلف المدعي بإثبات أمر غير متنازع عليه، فإذا كان الطرف الآخر أو الخصم مقر بما يدعيه أو ما يطلبه الطرف الأول فلا حاجة لإضاعة الوقت أمام القضاء في إثبات شيء معترف به؛ لأن ذلك يعتبر من قبيل العبث، لأن اعتراف الطرف الآخر بالواقعة محل الإثبات أو محل الدعوى إقرار به، والإقرار يعفي المدعي من عبء الإثبات، ويجعل هذه الواقعة ثابتة بالفعل فلماذا نحمل كاهل القضاء بعبء أشياء مسلم بها.

أما إذا كان الخصم أو الطرف الآخر مسلم ببعض الوقائع أو ببعض أجزاء الحق المتنازع عليه، فإن الخصومة تنحصر في الوقائع أو الأجزاء التي لم يسلم بها، فتعتبر محل نزاع يجب على الطرف المدعي إثبات ما يدعي، فمثلاً إذا أصيب شخص في حادث سيارة، وطالب بالتعويض فدفع المدعي عليه بأن مبلغ التعويض مبالغ فيه، ولم ينازع في الحادث، فإن هذا يعتبر إقرار منه بوقوع الحادث، وينحصر النزاع في مقدار التعويض.

الشرط الخامس: أن تكون الواقعة محل النزاع ممكنة:

أي ممكنة الإثبات وممكنة الوقوع فلا تكون مستحيلة؛ لأنه لا تكليف

بمستحيل أو بمحال، والاستحالة قد تكون ناشئة عن عدم، إن كان تصديقها غير مقبول عقلاً، كأن يدعي شخص مجهول النسب بأنه ابن لشخص أصغر منه سناً.

وقد تكون الواقعة غير ممكنة الإثبات لصعوبة ذلك؛ لأنها أمور غير محددة ومطلقة، كما يقول أنه لم يكذب في حياته فهذا أمر صعب إثباته، كذلك أن يقول أنه لم يصلي أو يصلي منذ أن كان طفلاً فهذه وقائع يعني صعوبة الإثبات أو غير ممكنة الإثبات.

الشرط السادس: أن تكون الواقعة جائزه الإثبات قانوناً:

بمعنى ألا يوجد في القانون ما يمنع من إثبات الواقعة، والأصل أن الواقعة القانونية جائزه الإثبات ما دام قد توافرت شروطها، إلا أن هناك وقائع استثنائها المشرع من الإثبات لاعتبارات معينة، قد تتعلق هذه الاعتبارات بالنظام العام والآداب، أو تعارض القانون، ومن أمثله الواقعة التي غير جائزة الإثبات قانوناً عدم جواز إثبات المدين اقتراض مبلغاً معيناً بفائدة تزيد عن الحد المقرر قانوناً حتى يقضى له بهذه الزيادة؛ لأن هذا يخالف النظام العام.

ومن الوقائع التي لا يجوز إثباتها لتعارضها مع القانون أيضاً إثبات دين القمار أو ثمن الخمر والمخدرات فهذه كلها أمور لا يجوز إثباتها من الناحية القانونية لمخالفتها للقانون.

ومن الأمثلة على عدم جواز الإثبات؛ لأن القانون يمنع هذا الإثبات لاعتبارات تتعلق بالصياغة الفنية عدم جواز إثبات ما يثبتته بالقرائن القانونية القاطعة، وكذلك منع القانون إثبات واقعه تتعارض مع مبدأ حجية الأمر المقضي. وكذلك يمنع القانون إثبات وقائع معينة عن طريق أشخاص معينين كحذر شهادة الموظف العام على ما يعرفه من أسرار الوظيفة، وحظر شهادة الأطباء والمحامين وغيرهم بما يعلمونه من أسرار، وكذلك حظر إفشاء أسرار العلاقة الزوجية بين الزوجين (المواد من ٦٥ إلى ٦٧ إثبات).

المطلب الثاني

مدى التزام المدعي بإثبات القواعد القانونية

الأصل ألا يجب على المدعي إثبات القاعدة القانونية التي يستند إليها في تقرير الحق المدعى به؛ إذ أن القواعد القانونية ليست محلاً للإثبات لأن ذلك من عمل القاضي، إلا أن هناك بعض الحالات التي تتطلب معرفة من يتحمل عبء إثبات القواعد القانونية، وخاصة إن تعلق الأمر بالقواعد القانونية العرفية أو العادات الاتفاقية، وكذلك إن تعلق الأمر بالقانون الأجنبي:

أولاً: إثبات القواعد القانونية العرفية والعادات الاتفاقية:

يعتبر العرف المصدر الثاني للقواعد القانونية بصفة عامة بعد التشريع، ويقصد به: مجموعة القواعد القانونية التي اضطرد عليها سلوك الناس فترة من الزمن، مع اعتقادهم بالزامها خشية الجزاء الذي يمكن أن يطبق عليهم حال مخالفتها.^(١)

وفي ضوء ذلك فإن القواعد العرفية هي قواعد قانونية، ويتعين على القاضي التحقق من وجودها ليطبقها على النزاع المعروض عليه شأنها في ذلك شأن القواعد التشريعية لافتراض علمه بها.

بيد أن قواعد العرف بالرغم من كونها قواعد قانونية سارية ويفترض علم القاضي بها، إلا أنه يصعب على القاضي العلم بها أو الرجوع إليها، لكونها غير مكتوبة بخلاف القواعد التشريعية التي تكون مكتوبة، وبسهل على القاضي العلم بها والرجوع إليها، ولذا فإن من مصلحة المدعي أو المدعى عليه الذي يستند إلى قواعد قانونية عرفية أن يبادر إلى إثباتها ولو لم يطلب منه ذلك، تسهياً على القاضي، وقد يطلب القاضي من الخصوم مساعدته في إثبات القواعد القانونية العرفية، دون أن يؤثر ذلك على اعتبار قانونية القواعد العرفية. وإزاء هذه الصعوبات العملية في إثبات العرف، فإنه يمكن التمييز بين وجود العرف وقيامه وبين تطبيقه؛ حيث يعد قيام العرف ووجوده مسألة واقع

(١) د/ توفيق حسن: المدخل للعلوم القانونية، مؤسسة الثقافة الجامعية، ١٩٨١م، ص ٩٢، د/ جمال عبد الرحمن: المدخل للعلوم القانونية - نظرية القانون، القاهرة ٢٠١٧، ص ٩١.

يكلف الخصوم بإثباته دون رقابة على قاضي الموضوع في هذا الشأن من محكمة النقض، أما تطبيق العرف فيعتبر مسألة قانون يخضع قاضي الموضوع فيها لرقابه محكمة النقض.^(١)

أما العادات الاتفاقية فلا ترقى إلى مرتبة العرف، حيث تقتقد إلى عنصر الإلزام، ومن ثم يلزم لتطبيقها علم أطراف النزاع بها واتفاقهم على تطبيقها لاقتصارها على الجانب المادي أو الموضوعي للعرف دون الجانب المعنوي المتمثل في عنصر الإلزام بها خشية توقيع الجزاء المقرر عند مخالفتها، وعند اتفاق الأطراف على تطبيقها تصبح من شروط العقد وتأخذ حكم الوقائع التي يجب عليهم إثباتها، أما إذا نازع فيها أحد الطرفين فعلى الطرف الذي يدعي وجودها عبء إثباتها كواقعة مادية، ومن ثم يجوز إثباتها بكل طرق الإثبات. ولا يعتبر إثبات العادة إثبات للقواعد القانونية؛ لأن العادات لا ترقى إلى مرتبة العرف أو القواعد التشريعية المكتوبة، ومن ثم لا يعتبر تكليف المدعي بإثبات العادة الاتفاقية خروجاً على مبدأ عدم تكليف الخصوم بإثبات القانون، لأن العادة ليست سوى واقعة تخضع لتقدير قاضي الموضوع.^(٢)

ثانياً: مدى إلزام القاضي بإثبات القانون الأجنبي:

نظراً لسهولة التواصل بين جميع الأفراد على مستوى العالم وفي كافة الدول أصبحت هناك العديد من العلاقات القانونية التي تنشأ بين أفراد مختلفين في الجنسيه، كأن يتعاقد شخص من مصر مع شخص من أمريكا أو فرنسا أو غيرها من الدول العربية أو الأجنبية، وهنا يثار التساؤل ماذا لو حدث نزاعاً بين طرفين أحدهما وطني والآخر أجنبي ولجا إلى القضاء؟ ونادى الأجنبي بتطبيق قانونه عليه، هل يفترض علم القاضي الوطني بالقانون الأجنبي ليطبقه؟ وبعبارة أخرى هل يعتبر القانون الأجنبي بالنسبة للقاضي الوطني مسألة من مسائل الواقع أو مسألة من مسائل القانون؟^(٣)

(١) د/ عباس العبودي: مرجع سابق، ص ٣٣.

(٢) د/ توفيق فرج: قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ط: ١٩٨٢، ص ٥١.

(٣) انظر في ذلك العديد من الأحكام الصادرة من محكمة النقض المصرية والتي منها الطعان

لقد تباينت آراء الفقه القانوني حول هذا الموضوع:

الرأي الأول: ذهب جانب كبير من الفقه القانوني إلى القول بأن القانون الأجنبي يعتبر من مسائل القانون التي يجب على القاضي أن يطبقه ويعلم به في القضية المعروضة عليه، فإن أحال القانون الوطني القاضي إلى قانون أجنبي وفقاً لقواعد الإسناد، فإنه يجب على القاضي اعتبار أحكام هذا القانون الأجنبي في القضية المعروضة عليه مسألة قانون، فعليه أن يبحث عن هذا القانون من تلقاء نفسه، ولا يجوز له أن يمتنع عن تطبيق أحكام القانون الأجنبي بدعوى عدم إمكان علمه به؛ حيث يعتبر في هذه الحالة منكرًا للعدالة.^(١)

الرأي الثاني: ذهب جانب آخر من الفقه القانوني إلى القول بأن القانون الأجنبي بالنسبة للقاضي الوطني، يعتبر مسألة من مسائل الواقع لا يفترض عليه أو لا يفترض فيه علمه به شأن القانون الداخلي؛ لأنه من المستحيل على القاضي أن يلم وأن يعلم بكافة القوانين الأجنبية، ولا يمكن مساواة القانون الأجنبي بالقانون الوطني، والقول بأن طبيعة القانون لا تتغير من دولة إلى دولة ويفترض علم القاضي به هذا بالنسبة للقانون الوطني، وافترض علم القاضي بكافة قوانين الدول هذا أمر مبالغ فيه ويجافي الحقيقة والواقع.^(٢)

الرأي الثالث: يرى أنصاره أنه يجب التفرقة بين القوانين الأجنبية التي يعلم بها القاضي والقوانين الأجنبية التي لا يعلم بها، ففيما يتعلق بالقوانين الأجنبية التي لا يعلم بها، فإنها تعتبر واقعة قانونية يجب على الخصوم إثباتها، وإقامة الدليل عليها.^(٣)

رقم ٢٥ و ٢٨ لسنة ٣٢ ق أحوال شخصية جلسة ١٩٧١/١٢/٢١ م، والطعن رقم ٧، لسنة ٤٣ ق، جلسة ١٩٧٧/٧/١٩ م.

(١) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٧٦.

(٢) د/ توفيق حسن فرج: مرجع سابق، ص ٣٤.

(٣) الطعان رقم ٢٥ و ٢٨ لسنة ٣٢ ق أحوال شخصية جلسة، ١٩٧١/١٢/٢١ م.

الفصل الثاني

أدلة الإثبات

تمهيد وتقسيم:

طبقاً لمذهب الإثبات المختلط الذي أخذ به القانون المصري، والذي يقوم على طرق أو أدلة معينة للإثبات، فقد حدد المشرع المصري أدلة معينة ووضع الضوابط اللازمة لاستخدام أيّاً منها في اللجوء للقضاء للمطالبة بالحقوق أو دفع الدعاوى، وتتمثل أهم أدلة الإثبات وفقاً لقانون الإثبات المصري في: الكتابة، والشهادة، والقرائن، والإقرار، واليمين:

المبحث الأول

الإثبات بالكتابة

تعد الكتابة أقوى طرق الإثبات وأهمها سواء أكانت رسمية أم عرفية ولها مكانتها بين طرق الإثبات ووسائله بصفة عامة، والكتابة قد تكون رسمية أو عرفية ولكل منهما حجيتها وأحكامه، ومن ثم نتعرض لأحكام كل من المحررات الرسمية والعرفية كل في مطلب مستقل:

المطلب الأول

المحررات الرسمية وحجيتها في الإثبات

أولاً: مفهوم المحررات الرسمية:

عرفت المادة (١٠) من قانون الإثبات المحررات الرسمية بأنها: "المحررات التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم علي يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن، وذلك طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه".

ومن ثم يقصد بالمحررات الرسمية: كافة الأوراق والمستندات التي تتم عن طريق موظف عام أو شخص مكلف بأداء خدمة عامة، ويثبت فيها ما تم على يديه من وقائع أو تصرفات أو ما أدلى له به ذوي الشأن من معلومات أو بيانات، في حدود سلطاته واختصاصاته الزمانية والمكانية، ومراعياً في

تحريرها الأوضاع القانونية.

ثانيًا: شروط المحرر الرسمي:

في ضوء المفهوم السابق للمحرر الرسمي لا تكتسب المحررات أو الأوراق صفة الرسمية إلا بتوافر الشروط الآتية:

١- صدور المحرر من موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة:

لكي يضاف على المحرر صفة الرسمية يجب أن يصدر من موظف عام أو شخص مكلف بأداء خدمة عامة.

ويقصد بالموظف العام: كل من يعمل في وظيفة دائمة في خدمة مرفق عام تديره الدولة، أو أحد أشخاص القانون العام الأخرى عن طريق الاستغلال المباشر.^(١)

ومن ثم فإن الموظف العام كل من تعينه الدولة للقيام بعمل من أعمالها أو تنفيذ أوامرها على وجه الاستمرار والدوام بأحد المرافق العامة للدولة، وله درجة على السلم الإداري للدولة، ويشمل الموظف العام كل من يعمل بالمصالح والهيئات الحكومية في الدولة أيا كان موقعه أو درجته طالما يقوم بعمله في حدود سلطاته واختصاصاته.

أما الشخص المكلف بخدمة عامة فيقصد به: كل من عهدت إليه سلطة مختصة بأداء عمل مؤقت لحساب الدولة أو شخص معنوي عام،^(٢) ومن الأشخاص المكلفين بخدمة عامة المأذون، والخبير، والموثقون.

٢- صدور المحرر من موظف عام في حدود سلطاته واختصاصه:

ويشترط أيضًا لاعتبار المحرر رسميًا أن يكون الموظف العام أو الشخص المكلف بالخدمة العامة قد قام بتحريره في حدود سلطاته واختصاصاته؛ أي أن يكون للموظف سلطة إصدار المحرر، سواء من حيث

(١) د/ أحمد سلامة بدر: التحقيق الإداري والمحاكمة التأديبية، ط: دار النهضة العربية، ص ٨،

ود/ محمد طه، ود/ محمد الغنيمي: الوجيز في النظم الإدارية، دار المعارف، ص ١٥٠.

(٢) نقض جنائي مصري الطعن رقم ٣٤ لسنة ٢٠١٨ قضائية، الهيئة العامة للمواد الجنائية -

جلسة ٢٥/٦/٢٠١٩م.

الموضوع أو المكان أو الزمان.

فمن حيث الاختصاص الموضوعي: فإن لكل موظف مهام يقوم بها ولا يصح قيامه بمهام غيره دون تكليف رسمي بذلك، فالموظف المختص بتسجيل العقارات لا يمكنه القيام بتوثيق عقود الزواج، كما لا يجوز للمأذون المختص بإصدار وثائق الزواج استخراج شهادات الميلاد أو الوفاة.

ومن ناحية الاختصاص المكاني: فإن لكل موظف اختصاصاً إقليمياً معيناً لا يمكنه القيام بعمله خارج حدوده الإقليمية، فالموظف المكلف بعمل وثائق الخريجين في كلية معينة مثلاً لا يمكنه عمل هذه الوثائق في كلية أخرى؛ لأن القانون حدد له نطاقاً جغرافياً معيناً لمباشرة وظيفته.

ومن ناحية الاختصاص الزمني: فإنه يجب على الموظف القيام بعمله في الوقت المحدد له، وألا يكون قد تم إنهاء خدمته بالعزل أو النقل وتم إبلاغه بذلك، فإن قام الموظف بعمله بالرغم من إبلاغه بانتهاء ولايته الوظيفية، فإن ما يصدره من محررات يعتبر باطلاً، أما إن قام بعمله بحسن نية ودون إبلاغه بانتهاء ولايته الوظيفية لأي سبب من الأسباب، فإن المحررات التي أصدرها تكون صحيحة استناداً لمبدأ الوضع الظاهر.^(١)

٣- مراعاة الأوضاع القانونية في كتابة المحرر:

يجب لاكتساب المحرر صفة الرسمية مراعاة الأوضاع القانونية اللازمة في كتابته، فيجب مثلاً في التصرفات القانونية أن تكون مكتوبة باللغة العربية، وبخط واضح ودون كشط أو تحشير أو إضافة، كما يجب كتابة كافة البيانات اللازمة عن طرفي التصرف كأسمائهم ومحال إقامتهم، وأرقامهم القومية، وتاريخ التصرف كاملاً بالساعة واليوم والشهر والسنة، كما يجب أن يشتمل المحرر على بيانات الموثق نفسه كاسمه ولقبه ووظيفته، ومكان التوثيق، ويجب ذكر أسماء الشهود وبياناتهم، ويجب توقيع أصحاب الشأن والشهود والموثق على المحرر، ويجب على الموثق تلاوة المحرر ومرفقاته، وبيان آثاره القانونية على

(١) د/ عباس عبودي: مرجع سابق، ص ١٢٥.

أصحاب الشأن قبل التوقيع، وغير ذلك من الأوضاع التي يقرها القانون في كتابة المحررات التي يقوم بها الموظف العام.^(١)

ثالثاً: جزاء تخلف شروط المحرر الرسمي:

إذا لم يتوافر في المحرر الرسمي الشروط القانونية السابق ذكرها، فإنه يبطل كسند أو كمحرر رسمي، لا سيما إذا كان التخلف يتعلق بشرط، كون المحرر هو موظف عام أو شخص مكلف بالخدمة عامة، أو لم يصدر من موظف مختص.

أما فيما يتعلق بمراعاة الأوضاع القانونية فإن الفقه القانوني يظهر الفرق بين الأوضاع الجوهرية والأوضاع غير الجوهرية، فإذا لم يراعي في تحرير المحرر الرسمي الأوضاع القانونية الجوهرية، فإنه يبطل كمستند رسمي، ومثل هذه الأوضاع الجوهرية تاريخ السنة أو تاريخ المحرر وأسماء الطرفين والشهود وتوقيعاتهم، فإن هذه البيانات أو الأوضاع تعتبر جوهرية وتخلفها يؤدي إلى بطلان المحرر، أما الأوضاع غير الجوهرية فمثل دفع الرسوم أو ترقيم صفحات المحرر.^(٢)

رابعاً: حجية المحررات الرسمية:

تنص المادة ١١ إثبات على أن: "المحررات الرسمية حجة على الناس كافة بما دون فيها من أمور قام بها محررها في حدود مهمته أو وقعت من زوجان في حضوره ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانوناً". يتضح من هذا النص أن الأوراق الرسمية أو المحرر الرسمي يعتبر حجة بالنسبة للأشخاص، وبالنسبة للبيانات الواردة فيه:

١ - حجية المحرر الرسمي بالنسبة للأشخاص:

متى صدر المحرر الرسمي مستوفياً شروطه كاملة على النحو السابق، يعتبر حجة على الكافة، سواء بالنسبة للأطراف أو الغير، فيعتبر حجة على

(١) د/ توفيق حسن فرج: مرجع سابق، ص ٥٦، وم/ مصطفى هرجة: قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية في ضوء أحدث الآراء وأحكام النقض والصيغ القانونية، ١٩٨٦م، ص ١٤٣.

(٢) د/ السنهوري: مرجع سابق، ج ٢، ص ١٨١، ود/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ١٦١.

أطراف المحرر المتعاقدين والخلف العام والخلف الخاص، وكذلك بالنسبة للغير يعتبر المحرر الرسمي حجة عليهم، ولا يجوز الطعن في هذا المحرر إلا بالتزوير.

ومن ثم فإن القاعدة العامة هي أن المحرر الرسمي حجة على المتعاقدين، وعلى خلفهم العام من الدائنين والورثة، وعلى خلفهم الخاص، ولكن يجوز للمتعاقدين وخلافائهم الطعن على المحرر بالصورية؛ أي التمسك بصورية المحرر، كما يجوز للغير أن يطعن على المحرر الرسمي بالصورية، ويجوز للغير أن يثبت صورية المحرر الرسمي بكافه طرق الإثبات، أما المتعاقدين فلا يجوز لهما إثبات عكس ما ثبت بالكتابة، إلا بالكتابة أو بمبدأ الثبوت بالكتابة ويستكمل ذلك بالبينة والقرائن.^(١)

٢ - حجية بيانات المحرر الرسمي:

فيما يتعلق بحجية البيانات المدونة في المحرر الرسمي فإنه وفقاً للمادة ١١ إثبات، يتم التمييز بين نوعين من هذه البيانات:

النوع الأول: البيانات التي دونها الموظف العام بنفسه:

وهذه البيانات تعتبر حجة على الكافه ولا يجوز الطعن فيها، إلا بالتزوير ما دام قد استوفى المحرر مظهره الخارجي وشروطه القانونية التي تدل على استيفاء صفة الرسمية؛ لأن الطعن في هذا النوع من البيانات يمس أمانه الموظف العام ونزاهته، ومن ثم فإن البيانات التي يدونها الموظف العام بنفسه كأسماء ذوي الشأن وبياناتهم وتاريخ المحرر وضوابطه وما تم على يديه من ذوي الشأن تعتبر حجة على الناس كافة.

النوع الثاني: البيانات التي أدلى له بها ذو شأن:

كأن يقال له أنه تم استيفاء الثمن أو تم معاينة المبيع أو اتفق الطرفان على كذا، فإن هذه البيانات تخرج عن حدود مهمة الموظف العام، واقتصر دوره فقط على تلقيها من ذوي الشأن وليس أمامه فرصة للتحقق منها، فهذه

(١) د/ توفيق فرج: مرجع سابق، ص ٥٩، ود/ أحمد أبو الوفا: مرجع سابق، ص ١٠٠.

البيانات تعتبر صحيحة ولها حجيتها إلا إذا أنكرها أحد الطرفين، فيجوز لكل من الطرفين الطعن فيها وإثبات عكسها، ولكن يثبت عكسها بالكتابة؛ لأنها ثبتت بالكتابة ولا يجوز له إثبات عكسها بالطرق العادية، كما لا يشترط الطعن فيها بالتزوير لإثبات عكسها، لأن هذه البيانات لا تتعلق بأمانة الموظف العام أو نزاهته، وإنما تتعلق بأمور خاصة بذوي الشأن، ولا يوجد سلطة للموظف العام للتحقق منها.^(١)

وتكون البيانات والمعلومات التي دونها الموظف العام عن طريق ذوي الشأن، أو التي أدلى له بها ذوي الشأن، حجة على الطرفين وخلفهم العام والخاص، وليست حجة على الغير ويكتفي الغير بإنكارها فإن أنكرها لا تعتبر حجة عليه ولا يقع عليه عبء إثبات عكسها ويكتفي بإنكارها.^(٢)

خامساً: حجية صورة المحرر الرسمي:

تضمن قانون الإثبات في المادتين (١٢ و ١٣) أحكام حجية صورة المحرر الرسمي وميز في هاتين المادتين بين حالة وجود أصل المحرر الرسمي وحالة عدم وجوده:

١ - حجية صورة المحرر الرسمي في حال وجود أصله:

وفقاً لنص المادة ١٢ إثبات في حالة وجود أصل المحرر الرسمي فإن صورة المحرر الرسمي كانت خطية أو مصورة حجة بقدر مطابقتها للأصل، ويكتفى في هذه الحالة بتقديم الأصل في حالة إنكار حجية صورة المحرر. ومن ثم فإنه يشترط في الاحتجاج بالصورة الرسمية للمحرر الرسمي في هذه الحالة شرطان:

الشرط الأول: وجود أصل المحرر الرسمي حتى يمكن الرجوع إليه عند المنازعة، أو عند إنكار حجية الصورة، وفي الغالب أن أصل المحرر الرسمي يكون موجوداً ومحتفظ به في الجهات الرسمية، أو في مكتب التوثيق الذي أصدره.

(١) انظر في هذا المعنى: د/ توفيق فرج: مرجع سابق، ص ٦١.

(٢) انظر في هذا المعنى: د/ حمدي عبد الرحمن، ود/ سهير منتصر: مرجع سابق، ص ٦٥.

الشرط الثاني: أن تكون الورقة التي يحتج بها هي صورة من المحرر الرسمي، سواء أكانت صورة رسمية أم تنفيذية، صورة رسمية كما يقال صورة طبق الأصل مثلاً، أو صورة خطية من الرسمي، كما يقال المستخرج من المحرر الرسمي.

فهذه الصورة تكون حجة بقدر مطابقتها للأصل عند إنكار حجيتها فقط، أما إذا لم ينكر حجيتها فيحتج بها على الكافة؛ حيث يضع نص المادة ١٢ إثبات قرينة قانونية مقتضاها مطابقة الصورة للأصل واعتبارها حجة، ولكن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس في حالة الإنكار، بمعنى إذا أنكر أحد الطرفين حجية الصورة، فإنه في هذه الحالة يتم الرجوع إلى الأصل لمطابقة الصورة الرسمية مع هذا الأصل؛ إذ بمجرد المنازعة في حجية صورة المحرر الرسمي فوتوغرافية كانت أم رسمية يهدر حجيتها ويسقط القرينة بكونها حجة على الكافة.^(١)

٢- حجية صورة المحرر الرسمي في حال عدم وجود أصله:

وفقاً لنص المادة ١٣ إثبات تختلف حجية المحرر الرسمي من صورة إلى أخرى في حال عدم وجود المحرر الرسمي الأصلي، وذلك كما يلي:

أ) حجية الصورة الرسمية الأصلية أو ما يسمى بالصورة الأولى:

هذه الصورة الرسمية الأصلية تأخذ حجية أصل المحرر الرسمي؛ لأنها تؤخذ من أصل المحرر الرسمي بواسطة الموظف العام المختص، فتأخذ حجية الأصل بشرط أن يكون مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل، ولقاضي الموضوع سلطته التقديرية في هذا الأمر.

ب) حجية الصورة الرسمية المأخوذة من الصورة الرسمية الأصلية:

أي الصورة الرسمية من الصورة الرسمية وليس من الأصل، وهذه الصورة يكون لها نفس حجية الصورة الأصلية المأخوذة منها، بشرط أن تكون الصورة الرسمية الأصلية موجودة، ويمكن الرجوع إليها إذا طلب أحد الطرفين ذلك، ومن ثم فإن الصورة الرسمية المأخوذة عن الصورة الرسمية الأصلية، تكون

(١) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٢١٧ وما بعدها، ود/ أنور سلطان: مرجع سابق، ص ٥٤.

حجة بقدر مطابقتها للصورة الرسمية الأولى أو الأصلية، بشرط بقاء الصورة الرسمية الأولى أو الصورة الرسمية الأصلية كما يقال.

٣- حجة صورة الصورة:

وهي الصور المأخوذة من الصورة الرسمية المأخوذة من الأصل أو من الصورة الأصلية، أو كما يقال الصورة الفوتوغرافية التي تؤخذ بأي طريقة من الطرق، وهذه الصور ليست حجة في ذاتها؛ أي لا تكتسب حجة الأرض ولا يعتد بها إلا لمجرد الاستئناس وفقاً للظروف، ومن ثم فإن للقاضي أن يأخذ بها أو بما يراه منها، ولا تعتبر مبدأ الإثبات بالكتابة ومن ثم فهي حجة استثنائية أو دليل استثنائي للقاضي أن يأخذ به أو لا يأخذ به.^(١)

المطلب الثاني

المحررات العرفية

النوع الثاني من الأدلة الكتابية هي المحررات العرفية، وسنتناول فيها مفهوم المحرر العرفي، وشروطه، وأنواع المحررات العرفية، وحقيقة كل نوع منها، على النحو التالي:

أولاً: مفهوم المحرر العرفي:

المحررات العرفية: هي المحررات التي يقوم بتدوينها وكتابتها ذوي الشأن دون تدخل من موظف عام أو شخص مكلف لخدمة عامة، ولا يتطلب في انعقاده أي شكل معين.^(٢)

ثانياً: شروط المحرر العرفي:

يشترط الفقه للاحتجاج بالمحرر العرفي أن يتوافر فيه شرطان:

الشرط الأول: الكتابة:

يشترط لوجود محرر عرفي يمكن الاحتجاج به وجود كتابة للإثبات أو وجود تصرف قانوني بين طرفين، فلا يكفي وجود التوقيع؛ لأن التوقيع بلا كتابة لا يمكن الاعتماد عليه، أو لا يمكن أن يثبت ما هو مدون في المحرر

(١) د/ عباس العبودي: مرجع سابق، ص ١٣٣، وم/ مصطفى حرجه: مرجع سابق، ص ١٦٣.

(٢) انظر في هذا المعنى: د/ عباس العبودي: مرجع سابق، ص ١٣٤.

بدون وجود كتابة تثبت هذا التصرف، ولا يشترط في الكتابة شكلاً معيناً، فالقانون لم يتطلب شكلاً خاصاً في المحرر العرفي أو صيغة معينة، ولكن يشترط فقط وجود كتابة ثابتة وجدية.

ويستوي أن تكون الكتابة مكتوبة باليد أو على جهاز الحاسب الآلي، أو أن تكون الكتابة باللغة العربية أو الأجنبية، فيجوز أن تكون بأي لغة مفهومة بين الطرفين، ولكن إذا كان المحرر مكتوباً باللغة الأجنبية وطلب الاحتجاج به أمام القضاء، فإن من حق القاضي أن يطلب ممن يستدل به أو يستند إلى هذا المحرر العرفي المكتوب باللغة الأجنبية أن يأتي بترجمة معتمدة له.

الشرط الثاني: التوقيع:

يشترط لوجود المحرر العرفي والاحتجاج به أمام القضاء أن يكون موقعاً من ذوي الشأن وخاصة المدين، والتوقيع تصرف إرادي يراد به التعبير عن موافقة الموقع على مضمون المحرر العرفي.

ويقصد بالتوقيع التأشير أو وضع علامة على المحرر تدل على قبول ما تضمنه من حقوق أو التزامات، ولا يشترط في التوقيع شروط معينة فقد يكون بالاسم كاملاً أو ببصمة اليد أو بحروف مقطعة، المهم أن يدل على شخصية الموقع، كما لا يشترط أن يكون التوقيع باللغة العربية أو الأجنبية، ولكن المهم هو أن يحدد شخصية الموقع باعتباره الملتزم بمضمون ما ورد في المحرر العرفي، ولكن لا يجوز التوقيع باسم شخص آخر بدون توكيل من هذا الشخص وإلا اعتبر تزويراً أو احتيالاً.

وفي ضوء ما سبق يشترط في التوقيع الضوابط الآتية:

الضابط الأول: أن يكون التوقيع واضحاً ودالاً على شخصية الموقع: سواء كان بالاسم كاملاً، أم بالحروف المقطعة.

الضابط الثاني: أن يصدر التوقيع من المدين الملتزم بمضمون المحرر شخصياً: فلا يصح توقيع الوكيل باسم الموكل؛ لأن التوقيع أمر شخصي، أما الوكيل فالتوقيع يصدر منه هو وليس عن شخصية الموكل.

الضابط الثالث: أن يرد على المحرر العرفي ذاته: فلا يصح أن يوجد

التوقيع في ورقة مستقلة؛ لأن المراد منه الموافقة على مضمون المحرر، والذي جرى العرف على أن يكون التوقيع في نهاية المحرر العرفي، ولكن هذا ليس شرطاً فيصح التوقيع في أول المحرر أو في نهايته أو على جانب المحرر.

ثالثاً: حجية المحرر العرفي في الإثبات:

تنص المادة ١٤/١ إثبات على أنه: "يعتبر المحرر العرفي صادر ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو امضاء أو ختم أو بصمة". يتضح من هذا النص أن المحرر العرفي له حجيته بين طرفيه، إلى أن يثبت العكس من حيث صدوره ممن وقعه، ومن حيث مضمونه المثبت به والوقائع الواردة فيه، ما لم ينكر صاحب التوقيع ذلك، ويعتبر السكوت بمثابة إقرار بمضمون المحرر العرفي وصدوره ممن وقعه، أما إذا أراد صاحب الشأن أو الموقع على المحرر العرفي أن ينفي صدور المحرر العرفي منه، فعليه أن ينكر ذلك صراحة، كأن يقول إن هذا ليس خطي أو ليس إمضائي أو ختمي أو بصمتي، أما إذا لم ينكر ذلك احتج عليه بمضمون المحرر العرفي وصدوره منه، ويكتسب المحرر العرفي في هذه الحالة حجية تامة بين طرفيه شأنه شأن المحرر الرسمي.

أما إذا أراد أن ينفي صدور المحرر العرفي منه فعليه أولاً أن ينكر توقيعه على هذا المحرر ومن ثم ينفي مضمونه، فإذا أنكر ذلك فإنه يطعن بالتزوير على توقيعه أو على بصمته أو ختمه، وفي هذه الحالة لا يكون المحرر العرفي حجة عليه، ويجب على الطرف الآخر في هذه الحالة إثبات عكس ذلك، كأن يثبت صدور المحرر منه، ويحيل القاضي الأمر في هذه الحالة إلى تحقيق الخطوط لمعرفة من صدر منه المحرر العرفي.^(١)

حجية المحرر العرفي بالنسبة للغير:

يقصد بالغير في المحرر العرفي كل شخص يمكنه أن يسري في حقه التصرف القانوني المثبت في المحرر العرفي، ومن ثم فيعتبر من الغير في

(١) انظر في هذا المعنى: د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٢٤٩.

هذه الحالة الخلف العام والخلف الخاص والدائن العادي والمرتهن والدائن الحاجز، بيد أنه لا يحتج بتاريخ المحرر العرفي في مواجهة الغير إلا إذا كان ثابتاً، ويعتبر التاريخ ثابتاً في الحالات الآتية:

- ١- إذا تم التصديق عليه من الجهات الرسمية، كالشهر العقاري.
- ٢- يثبت مضمونه في ورقة رسمية أخرى ثابتة التاريخ.
- ٣- إذا أشر عليه قاض أو موظف عام مختص.
- ٤- إذا حدثت واقعة تدل بما لا يدع مجالاً للشك على حدوث أو صدور المحرر قبل هذه الواقعة، ك وفاة أحد الأشخاص الذين وقعوا على المحرر العرفي.

حجية صورة المحرر العرفي:

المحرر العرفي يحتج به ما دام هناك توقيع علي مضمونه، أما في حالة الصور المأخوذة من المحرر العرفي والمسمى بالصور الضوئية، فإنه ليس لها أي حجية إلا على سبيل الاستئناس فقط، ومن ثم لا يكون لصور المحرر العرفي أي حجية إلا إذا كان موقعاً عليها من ذوي الشأن.

ومن ثم فإنه يمكن القول بأن للاحتجاج بصورة المحرر العرفي، فإنه يمكن أولاً مقارنتها بالأصل، فإذا وجد الأصل تمت مطابقة الصورة بالأصل فإن كانت مطابقة له أخذت حجية الأصل، أما إذا لم يوجد الأصل فإنه لا يحتج بصورة المحرر العرفي إلا إذا كانت موقعة من صاحب الشأن.

رابعاً: المحررات العرفية غير المعدة للإثبات:

النوع الثاني من المحررات العرفية هو المحررات العرفية الغير المعدة للإثبات، وقد نظمها قانون الإثبات المصري في المواد من ١٦ إلى ١٩ من قانون الإثبات، وتتمثل هذه المحررات فيما يلي:

١- حجية الرسائل والبرقيات في الإثبات:

للمراسل أهميتها في الإثبات وخاصة في المعاملات التجارية بين الأفراد ونصت على أحكام حجيتها في الإثبات المادة ١٦ إثبات؛ حيث أعطت للمراسل المتبادلة بين الطرفين حكم المحرر العرفي لاشتغالها على أركانها وعناصره

الأساسية المتمثلة في الكتابة والتوقيع، ومن ثم تأخذ حجيته، أما إذا لم تكن موقعة فتعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة إذا كانت بخط من يحتج بها عليه.

ومن ثم يشترط للاحتجاج بالرسائل أن توجد كتابة متضمنة بيانات معينة عن وقائع أو تصرفات يراد إثباتها، وأن تنزيل هذه الرسالة بتوقيع المرسل أو الشخص المحتج بها عليه، فلا يكفي وجود التوقيع فقط أو الكتابة فقط، وإنما يشترط توافر العنصرين معاً، وهما الكتابة والتوقيع بالضوابط السابق ذكرها في المحرر العرفي.

وللاحتجاج بالرسائل في مواجهة الغير يجب أن تكون ثابتة التاريخ شأنها في ذلك شأن المحررات العرفية المعدة للإثبات.^(١)

وتعتبر الرسالة ملكاً للمرسل إليه ومن ثم هو صاحب الحق في تقديمها للقضاء والاحتجاج بها تجاه المرسل، بشرط أن يكون قد حصل عليها بطريقة مشروعة وألا يكون قد تضمنت سراً للمرسل، فإن كان فيها أسرار للمرسل امتنع عليه الإفشاء بها.

أما المرسل فلا يستطيع أن يطلب من المرسل إليه تقديم الرسالة كدليل للإثبات إلا في الحالات التي تجيز له قانوناً مطالبة الغير بتقديم ورقة تحت يده والواردة بالمادة ٢٠ من قانون الإثبات.

أما البرقيات: فقد أعطاه القانون قيمة المحرر العرفي في الإثبات بالنص عليها في المادة ١٦ إثبات، فتعتبر البرقيات محرراً عرفياً ودليلاً للإثبات لوجود عناصر المحرر العرفي المتمثلة في الكتابة والتوقيع، ما دام أن أصل البرقية موجود في مكتب البريد، وافترض القانون أن البرقية مطابقة للأصل؛ لأن موظف مكتب التلغراف أو البريد - وحالياً مكاتب الاتصالات - لا مصلحة له في تغيير مضمون البرقيه عن الأصل، ولذوي الشأن إثبات عدم مطابقة البرقية لأصلها الموضع بمكتب البريد، ومن المعروف أن أصول البرقيات تعدم بعد وقت معين، وفي هذه الحالة تفقد البرقية مالها من حجية الإثبات، وهذا ما

(١) د/ السنهوري: مرجع سابق، فقرة ١٢٥، ود/ جميل الشرقاوي: مرجع سابق، ص ٧٢، ود/ عبد الودود يحيى: دروس في قانون الإثبات، ص ٦٠، ود/ الصدة: مرجع سابق، فقرة ١٣٢.

نصت عليه المادة ١٦ إثبات بقولها: "إذا أعدم أصل البرقيه فلا يعتد بالبرقيه إلا لمجرد الاستئناس".^(١)

٢- دفاتر التجار:

من المحررات العرفية غير المعدة للإثبات دفاتر التجار؛ حيث أوجب القانون التجاري على التجار أن يمسكوا دفاتر معينة يقيدون فيها ما يتعلق بتجارته وأنشطته، وعن طريقها يمكن معرفة المركز المالي للتاجر بكل دقة وفقاً لطبيعة التجارة.

وتضمنت أحكام حجية دفاتر التجار في الإثبات المادة ١٧ من قانون الإثبات المصري، وتختلف حجية دفاتر التجار بحسب ما إذا أريد الاحتجاج بها من التاجر نفسه أو عليه، وذلك على النحو التالي:

أ) دفاتر التاجر حجة عليه:

تعتبر دفاتر التجار حجة عليهم؛ لأن دفتر التاجر يعتبر إقراراً مكتوباً صادراً منه، ويعتبر دفتر التاجر حجة عليه، سواء كان خصمه تاجراً أم غير تاجر، وما إذا كان موضوع النزاع تجارياً أم غير تجاري.

والواقع أنه كما يقرر جانب من الفقه أن اعتبار دفاتر التاجر حجة عليه خروج على القواعد العامة في الإثبات من ناحيتين:

الأولى: أن دفتر التاجر بمثابة محرر عرفي، ولكنه غير متوقع الاحتجاج به، ومع ذلك اعتبره القانون حجة.

والثانية: أن القانون يلزم التاجر بتقديم دفتره وهذا خروج على القاعدة العامة في الإثبات، والتي تقرر بأنه لا يجبر الشخص على تقديم دليل ضد نفسه.^(٢)

بيد أن القانون اشترط للاحتجاج على التاجر بدفتره التجاري، أن يكون الدفتر منتظماً، وألا يتم تجزئته كالإقرار، بمعنى أنه لا يجوز لمن يريد أن يستند إلى دفتر التاجر كدليل له أن يجزئ ما ورد فيه فيأخذ ما يفيد ويستبعد ما هو مناقض لدعواه، فعلى سبيل المثال إذا دون التاجر في دفتره أنه تسلم بضاعة

(١) د/ جميل الشرقاوي: مرجع سابق، ص ٧٣، ود/ عبد الودود يحيى: مرجع سابق، ص ٦١.

(٢) انظر في هذا المعنى: د/ توفيق فرج: مرجع سابق، ص ٨٧.

من التاجر الفلاني، وقام بدفع ثمنها فلا يجوز للخصم أن يستند إلى عبارة تسلم البضاعة ويستبعد واقعة دفع الثمن، أما إذا كانت دفاتر التاجر غير منتظمة، فإن للقاضي أن يقرر قيمتها ولا يتقييد في ذلك بقاعدة عدم جواز التجزئة.^(١) وتجدر الإشارة إلى أن الأخذ بدفتر التاجر كدليل في الإثبات أمر جوازي للقاضي فله أن يأخذ به أو أن يتركه، كما أن هذا الدليل المستمد من الدفتر التجاري يقبل إثبات العكس، فيجوز للتاجر أن يثبت عكس ما ورد به بكل طرق الإثبات.^(٢)

ب) دفتر التاجر حجة له:

الأصل أنه لا يصح للتاجر أن يحتج بدفاتره التجارية ضد الغير؛ لأنه لا يجوز للشخص أن يصطنع دليلاً لنفسه، إلا أن القانون خرج على ذلك بالنسبة لدفاتر التاجر في حالتين:

الحالة الأولى: في الدعاوى التجارية إذا كان الخصم تاجرًا، ففي هذه الحالة يجوز للقاضي أن يقبل دفتر التاجر كحجة له؛ لأن القاضي يمكنه مقارنة دفاتر التاجر بدفاتر التاجر الآخر (الخصم)، وللقاضي أن يأخذ بالدفاتر المنتظمة أو غير المنتظمة، وقد لا يأخذ بأي منهما حتى ولو كانت منتظمة. لأن المهم في هذه الحالة هو الاستناد إلى دفاتر التاجر في المنازعات التجارية.

الحالة الثانية: في الدعاوى المدنية أي عند احتجاج التاجر ضد شخص غير تاجر، فالأصل أنه لا يجوز للتاجر أن يحتج بدفتره التجاري ضد شخص مدني، بيد أن المشرع قرر صراحة في المادة ١٧ إثبات، أنه يجوز للتاجر الاستناد إلى ما دونه من بيانات في دفتره التجاري عما ورده لعملائه غير التجار في حدود ما يجوز إثباته بالبينة (أي بالشهادة)، فإذا كان ما ورده التاجر إلى غير التاجر في حدود النصاب المقرر قانونًا، والمتمثل بحوالي ١٠٠٠ جنيه مصري، فإنه يجوز للتاجر أن يستند إليه أمام القضاء، إلا أن هذا الدليل يعتبر حجة ناقصة للقاضي أن يتممه بتوجيه اليمين المتممة من تلقاء نفسه

(١) انظر في هذا المعنى: د/ عبد الودود يحيى: مرجع سابق، ص ٦٢.

(٢) د/ جميل الشرقاوي: مرجع سابق، ص ٧٥، ود/ عبد الودود يحيى: مرجع سابق، ص ٦٣.

إلى أي من الطرفين، وهذا أيضاً مما يدخل في السلطة التقديرية للقاضي فله أن يأخذ بذلك أو لا يأخذ، كما يجوز للخصم أن يثبت عكس ما ورد بدفتر التاجر بكافة طرق الإثبات بما في ذلك الشهادة والقرائن.^(١)

ثالثاً: الدفاتر والأوراق المنزلية:

النوع الثالث من المحررات العرفية الغير معدة للإثبات الدفاتر والأوراق المنزلية، وتتمثل في الأوراق أو المحررات التي يدون فيها الأشخاص بعض البيانات، وخاصة المتعلقة بما لهم من حقوق أو عليهم من التزامات، وتسمى بالمذكرات أو الدفاتر الخاصة في بعض الأحيان وهذه المحررات يدونها الأشخاص غير التجار.

ونظمت المادة ١٨ إثبات حجية الدفاتر والأوراق المنزلية في الإثبات؛ حيث أشارت إلى أن الدفاتر والأوراق المنزلية لا يحتج بها صاحبها؛ أي لا تعتبر دليلاً لصاحبها إعمالاً للقاعدة العامة في الإثبات، والتي تشير إلى أنه لا يجوز للشخص أن يصطنع دليلاً لنفسه، ولكن هذا الأمر لا ينفي أن القاضي قد يعتد بما ورد في هذه الدفاتر أو الأوراق المنزلية من بيانات باعتبارها قرائن، وذلك في الحالات التي يصعب فيها على الشخص الحصول على دليل كتابي. وإذا كانت القاعدة العامة أنه لا يحتج بالدفاتر والأوراق المنزلية كدليل في الإثبات، إلا أن هذا النص استثنى من ذلك حالتين يمكن فيهما الاستناد إلى الأوراق والدفاتر المنزلية واعتبارهما دليلاً في الإثبات، وهما:

الحالة الأولى: إذا ذكر الشخص في الدفاتر والأوراق المنزلية أنه استوفي ديناً: أي أنه إذا ذكر الشخص في دفتره أو أوراقه المنزلية أنه استوفي ديناً من شخص معين، فإنه يجوز لهذا الشخص الاستناد إلى ما ورد في هذه الدفاتر أو الأوراق المنزلية على وفائه بهذا الدين؛ حيث يعتبر ما دون في الدفاتر أو الأوراق المنزلية بمثابة إقرار من هذا الشخص بالدين، بشرط أن يكون ذكر الاستيفاء صراحة، فلا يصلح أن يكون ضمناً، كأن يذكر الشخص أنه استوفي ديناً ثم يشطب عليه فلا يعتد به، وهذا دليل لاحتمال وجود الخطأ

(١) د/ السنهاوري: مرجع سابق، فقرة ١٤٢، ود/ عبد الودود يحيى: مرجع سابق، ص ٦٤.

في كتابته أو عدم حصول الاستيفاء بالفعل.

الحالة الثانية: أنه إذا ذكر الشخص في دفتره أو أوراقه المنزلية أنه قصد بما دونه فيها أنها تقوم مقام السند لمن أثبتت حقه: وهذه الحالة تعتبر من الأمور النادرة عملياً؛ لأنه من النادر أن يصنع الشخص دليلاً ضد نفسه، ولكن إذا قصد الشخص وأثبت ذلك في دفتره، فإن هذه الأوراق تعتبر دليلاً للإثبات.

واعتبار الدفاتر والأوراق المنزلية دليلاً للإثبات في الحالتين السابقتين من الحالات الاستثنائية التي يحتج فيها بهذه الدفاتر والأوراق ويمكن إثبات عكس ما ورد فيها بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن، ولا ينطبق عليها قاعدة أنه لا يجوز إثبات عكس ما ثبت بالكتابة إلا بالكتابة.

وتجدر الإشارة إلى أنه لا يجوز إجبار الشخص على تقديم ما لديه من أوراق أو دفاتر منزلية أمام القضاء للاحتجاج بها، إلا إذا تضمنت هذه الدفاتر والأوراق المنزلية حقوق مشتركة بين طرفين أو التزامات متبادلة بينهما، كما لو كانت متعلقة أو مشتركة بينهما، أو إذا سبق تقديمها من المحكمة كما ورد بالمادة ٢٠ من قانون الإثبات.^(١)

رابعاً: التأشير على سند الدين:

من المحررات العرفية غير المعدة للإثبات التأشير على سند الدين بما يفيد براءة ذمة المدين، ويقصد به قيام الدائن بالتأشير على سند الدين الذي في حيازة المدين بحصوله على جزء من الدين، أو قيام المدين بالتأشير على سند في حيازة الدائن بحصول وفائه بجزء من الدين، ومن ثم فإن هذا التأشير يحدث عندما يتم الوفاء الجزئي بالدين؛ إذ يقوم الدائن أو المدين بالتأشير على سند الدين، بما يفيد حصول الوفاء بجزء منه.

ونظمت أحكام حجية التأشير على سند الدين المادة ١٩ إثبات؛ حيث أوضحت أن التأشير على سند الدين يعتبر قرينة على الوفاء، ولكنها قرينة تقبل إثبات العكس، وميز هذا النص بين حالتين:

(١) د/ توفيق فرج: مرجع سابق، ص ٩١، ود/ جميل الشرقاوي: مرجع سابق، ص ٧٦.

الحالة الأولى: التأشير على سند في يد الدائن:

يعد التأشير ببراءة ذمة المدين على سند في حيازة الدائن قرينة على الوفاء بهذا الدين أو على الجزء المؤشر عليه، ويتطلب لتوافر هذه القرينة شرطان:

الشرط الأول: أن يتم التأشير ببراءة ذمة المدين على سند الدين ذاته: أما إذا تم التأشير على صورة السند أو في ورقة مستقلة عنه فلا يعتبر ذلك قرينة على الوفاء بالدين المؤشر به، ومن ثم يجب أن يحرص المدين على أن يتم التأشير على سند الدين الأصلي، ويعتبر هذا التأشير قرينة على الوفاء بما تم التأشير به، ولو لم يكن موقع عليه من الدائن.

الشرط الثاني: أن يبقى السند في حيازة الدائن: بمعنى ألا يخرج من حيازته في أي وقت؛ لأن خروج السند من حيازته يعني أنه تم التأشير عليه في الوقت الذي لم يكن في حيازة الدائن، ومن ثم لا يعتبر التأشير ببراءة ذمة المدين بأي جزء من الدين في هذا الوقت قرينة على الوفاء به. واعتبار التأشير على سند الدين وهو في حيازة الدائن قرينة على الوفاء به قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها بكافة طرق الإثبات.^(١)

الحالة الثانية: التأشير على سند في يد المدين:

وفي هذه الحالة اعتبر القانون أن التأشير على سند أو مخالصة في يد المدين قرينة على الوفاء بهذا الدين، ولكن يتطلب لصحة هذه القرينة الشروط الآتية:

الشرط الأول: أن يكون التأشير على سند الدين أصلي أي على النسخة الأصلية لسند الدين أما إذا تم التأشير على صورة لهذا السند أو على ورقة منفصلة فلا يعتد بها.

الشرط الثاني: أن يتم التأشير بخط الدائن: ولهذا الشرط أهميته؛ حيث لو سمح بكون التأشير بأي خط غير خط الدائن لكان من السهل على المدين

(١) د/ عباس العبودي: مرجع سابق، ص ١٨١، ود/ توفيق فرج: مرجع سابق، ص ٩٢.

- والسند في حيازته - أن يقوم بالتأشير أو أن يكلف شخص ما بهذا التأشير، ولذا وجب أن يكون التأشير بخط الدائن، وإذا تم التأشير ثم شطب عليه فلا يعتد بهذا التأشير، حيث لا يتصور قيام الدائن بشطب التأشير الذي قام به على سند الدين، وهو في حيازة المدين دون اعتراض من هذا المدين إلا إذا كان الوفاء لم يتم فعلاً.

الشرط الثالث: ألا تخرج النسخة الأصلية لسند الدين المؤشر عليها من يد المدين، فإذا كانت النسخة المؤشر عليها في يد الدائن، فلا يحتج بها، لأن الدائن يكون هو الذي قام بهذا التأشير.^(١)

المبحث الثاني

شهادة الشهود

لقد كانت الشهادة في الماضي هي الدليل الغالب، إلا أنها أصبحت في الوقت الحاضر من الأدلة المقيدة؛ حيث لا يجوز الاستناد إليها إلا في إثبات بعض الوقائع القانونية دون البعض.

ودراسة الشهادة تقتضي تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول

تعريف الشهادة وأنواعها وحكمها

أولاً: تعريف الشهادة:

لقد عرف بعض الفقه الشهادة - في مجال الإثبات - بأنها: إخبار الشخص أمام القضاء بواقعة حدثت من غيره، ويترتب عليها حق لغيره.^(٢) بينما عرفها البعض الآخر بأنها: الإخبار في مجلس القضاء بما تحصل لدى الشاهد العلم به، بشأن الواقعة المتنازع عليها بين طرفي الخصومة.^(٣)

(١) د/ عباس العبودي: مرجع سابق، ص ١٨٢، ود/ جميل الشرقاوي: مرجع سابق، ص ٧٩.

(٢) د/ عبد الودود يحيى: دروس في قانون الإثبات، ط: دار النهضة العربية، ص ٩٨، ود/ جميل الشرقاوي: الإثبات في المواد المدنية، ط: دار النهضة العربية، ص ١٢٠.

(٣) د/ همام زهران: الوجيز في الإثبات، ط: دار الجامعة الجديدة، ص ٣٠٤.

وصدور الشهادة من شخص ليس خصماً في الدعوى أمام القضاء لإثبات حق لغيره في ذمة غيره، يميزها عن الإقرار الذي يصدر من أحد الخصوم لإثبات حق في ذمته، كما يميزها عن الادعاء الذي يصدر من أحد الخصوم لإثبات حق له.^(١)

ثانياً: أنواع الشهادة:

الشهادة في القانون أربعة أنواع: الشهادة المباشرة، والشهادة السماعية، والشهادة بالتسامع، والشهادة بالشهرة العامة.

١ - **الشهادة المباشرة (الأصلية):** الأصل في الشهادة أن تكون مباشرة، وهي التي يدلي فيها الشاهد بما يعرفه معرفة شخصية عن الواقعة المراد إثباتها، ويحصل الشاهد معرفته الشخصية بالواقعة، إما لأنه رآها بعينه، كشأن من يشهد بواقعة مادية رآها، مثل حادثة سيارة أو إتلاف مال أو تسليم شيء، وإما لأنه سمعها بأذنه، كشأن من حضر مجلس العقد وسمع البائع يتعاقد مع المشتري، وإما لأنه رأى وسمع، كما لو سمع المقرض يتعاقد مع المقترض ورآه يعطيه مبلغ القرض.^(٢)

٢ - **الشهادة السماعية (الشهادة غير المباشرة):** وهي التي يشهد فيها الشاهد بما أخبره به شخص آخر عن الواقعة محل الإثبات، كمن يشهد أنه سمع فلان من الناس يروي له حادث السيارة الذي رآه بعينه.^(٣)

وقد قضت محكمة النقض أن الشهادة السماعية جائزة حيث تجوز الشهادة المباشرة،^(٤) إلا أنها تعتبر بطبيعة الحال أقل من الشهادة الأصلية المباشرة، ويقدر القاضي مدى قيمتها في الإثبات.^(٥)

(١) د/ جميل الشرقاوي: مرجع سابق، ص ١٢٠، ود/ محمد شكري سرور: موجز أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ط: دار الثقافة العربية، ص ١٣١.

(٢) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٣١١-٣١٢، ود/ عبد الودود يحيى: مرجع سابق، ص ٩٨.

(٣) د/ توفيق حسن فرج: مرجع سابق، ص ٩٤، ود/ جميل الشرقاوي: مرجع سابق، ص ١٢٠.

(٤) الطعن رقم ٦٣ لسنة ٥٩ق، جلسة ١٩٩١/٧/٣٠م، س ٤٢، ع ٢٤، ص ١٥٠١، د/ إبراهيم سيد: الوجيز في الإثبات في مواد الأحوال الشخصية، ط: المكتب الجامعي الحديث، ص ٢٨.

(٥) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٣١٣، ود/ توفيق حسن فرج: مرجع سابق، ص ٩٤.

وتظهر أهمية الاستدلال بالشهادة السماعية في كشف الحقيقة، إذا كان سماع الشاهد الأصلي صار مستحيلًا لوفاته أو متعذرًا لسفره.^(١)

٣- الشهادة بالتسامع: وهي الشهادة بما يتسامعه الناس وما شاع بينهم بشأن الواقعة محل الإثبات، وبذلك تختلف عن الشهادة السماعية؛ حيث إن الشهادة السماعية تنصب على الواقعة المراد إثباتها بالذات ويكون النقل فيها عن شخص بعينه، ومن ثم يمكن تحري مبلغ الصدق فيها، ويتحمل صاحبها مسئولية شخصية فيما سمعه بنفسه عن غيره، أما الشهادة بالتسامع فصاحبها لا ينقل عن شخص معين ولا عن واقعة بالذات، ومن ثم لا تكون قابلة للتحري، ولا يتحمل صاحبها مسئولية شخصية فيما شهد به.^(٢)

ولما كان من العسير تحري وجه الصحة بالنسبة لهذا النوع من الشهادة، وعدم نص القانون على مدى حجيتها، فإن القضاء في مصر لا يقبل الشهادة بالتسامع في المسائل المدنية، وإن كان يقبلها في المسائل التجارية والأحوال التي يقبل فيها الإثبات بالبينة أو بالقرائن على سبيل الاستئناس، وبكثير من الحذر والاحتياط.^(٣)

٤- الشهادة بالشهرة العامة: وهي ليست شهادة بالمعنى الصحيح، بل هي ورقة مكتوبة ومحركة أمام جهة رسمية، تدون فيها وقائع معينة، يشهد بها شهود يعرفون هذه الوقائع عن طريق الشهرة العامة، ومن أمثلتها الشهادة على إعدام الوراثة، ومحضر حصر التركة ووقائع الميلاد والوفاة.

والشهادة بالشهرة العامة تنصب على معرفة الشهود للواقعة محل الإثبات معرفة شخصية، ولكن لا عن طريق محدد، وإنما عن طريق الشهرة العامة، ومن ثم تتصف بأنها شهادة جماعية، وللشهادة بالشهرة العامة قوة في الإثبات يحددها القانون في كل حالة على حدة.^(٤)

(١) د/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٩، ود/ همام زهران: مرجع سابق، ص ٣٠٦، هامش ٣.

(٢) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٣١٤.

(٣) المرجع السابق: ص ٣١٥، ود/ توفيق حسن فرج: مرجع سابق، ص ٩٥.

(٤) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٣١٧-٣١٨، ود/ حسام الأهواني: مرجع سابق، ص ٨٨.

ثالثاً: حكم أداء الشهادة:

إذا أمرت المحكمة سواء من تلقاء نفسها أو استجابة لطلب الخصوم إحالة الدعوى للتحقيق لسماع الشهود اظهراً للحقيقة (المادة ٧٠ من قانون الإثبات)، وجب على الشاهد تلبية دعوتها للحضور، وإلا حكم عليه بالغرامة المقررة في المادة (٧٨ إثبات) إذا كلف بالحضور تكليفاً صحيحاً ولم يحضر،^(١) كما أن للمحكمة أن تأمر بإحضاره، فإذا حضر وجب عليه الإدلاء بشهادته، وإلا حكم عليه بالغرامة المقررة في المادة (٨٠ إثبات) ما لم يكن لامتناعه مبرراً قانونياً.^(٢)

ويجب على الشاهد أن يقول الحقيقة، ومن ثم إذا شهد زوراً في دعوى مدنية عوقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين (المادة ٢٩٧، ٢٩٨ عقوبات)، ويعاقب بمثل عقوبته من أكره شاهداً على عدم أداء الشهادة أو على الشهادة زوراً (المادة ٣٠٠ عقوبات).^(٣)

ولأهمية الشهادة في استظهار الحقيقة أجاز المشرع في حالة ما إذا كان هناك عذر يمنع الشاهد من الحضور، أن ينتقل إليه القاضي المنتدب، أو أن تتدب المحكمة أحد قضااتها إذا كان التحقيق يتم أمامها؛ لسماع أقواله، ويدعى الخصوم لحضور تأدية هذه الشهادة، ويحرر محضر بها يوقعه القاضي المنتدب والكاتب.^(٤)

(١) إذ تنص المادة ٧٨ إثبات على أنه: "إذا كلف الشاهد بالحضور تكليفاً صحيحاً ولم يحضر، حكمت عليه المحكمة أو القاضي المنتدب بغرامة مقدارها أربعين جنيهاً...". ثم عدلت بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩، وذلك بزيادة مقدار الغرامة بالمثل.

(٢) إذ تنص المادة ٨٠ إثبات على أنه: "إذا حضر الشاهد وامتنع بغير مبرر قانوني من أداء اليمين أو من الإجابة حكم عليه طبقاً للأوضاع المتقدمة بغرامة لا تتجاوز مائتي جنية...". ثم عدلت هذه الغرامة بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩، وذلك بزيادة مقدار الغرامة بالمثل.

(٣) د/ همام زهران: مرجع سابق، ص ٣٠٥.

(٤) المادة (٨١) من قانون الإثبات.

المطلب الثاني

خصائص الشهادة وشروطها

الشهادة خبر يحتمل الصدق والكذب، إلا أن احتمال الصدق أقوى من احتمال الكذب؛ حيث إن الشاهد يحلف على صدق ما يقوله، كما أنه يشهد بحق لغيره على غيره، ومن ثم لا مصلحة له في الكذب، ولكن على الرغم من ذلك فإن احتمال الكذب لا ينتفي بها انتفاءً تاماً؛^(١) لذا اعتبرها المشرع من طرق الإثبات، وجعل لها عدة خصائص، واشترط لقبولها عدة شروط. وعليه، سوف أقسم إن شاء الله هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول

خصائص الشهادة

تتميز الشهادة كوسيلة من وسائل الإثبات بعدة خصائص:

أولاً: الشهادة حجة مقنعة وليست ملزمة للمحكمة:

فشهادة الشهود من أدلة الإثبات غير الملزمة التي ترك القانون تقدير حجيتها للمحكمة وفقاً لاقتناعها بها واطمئنانها إليها، فلا يلتزم القاضي الحكم طبقاً لها إلا إذا اقتنع بدلائنها ولو لم تكن هناك أدلة أخرى تعارضها في الدعوى، ولهذا يكون للمحكمة أن تطرح أقوال الشهود لعدم اقتناعها بصدقهم، أو أن ترجح أقوال شاهد على آخر وفقاً لما تطمئن إليه، أو أن تأخذ ببعض أقوال الشاهد دون بعضها الآخر.^(٢)

ويستقل قاضي الموضوع بتقدير أقوال الشهود واستخلاص ما يقتنع به منها دون رقابة عليه من محكمة النقض، طالما كان استخلاصه سائغاً، ولا خروج فيه على مدلول تلك الشهادة، ولا مخالفة فيه للثابت بالأوراق.

ثانياً: الشهادة حجة غير قاطعة:

ومعنى ذلك أن ما ثبت بالشهادة يصح نفيه بشهادة أخرى أو بأي طريق آخر من طرق الإثبات، فيعتبر ما ثبت بالشهادة صحيحاً إلى أن يثبت عكسه

(١) د/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٢.

(٢) د/ جلال العدوي: أصول أحكام الالتزام والإثبات، ط: منشأة المعارف، ١٩٩٦م، ص ٣٥٩.

قبل الحكم به.^(١) ولذلك نصت المادة (٦٩) من قانون الإثبات على أن: "الإذن لأحد الخصوم بإثبات الواقعة بشهادة الشهود يقتضي دائماً أن يكون للخصم الآخر الحق في نفيها بهذا الطريق".

ثالثاً: الشهادة حجة متعددة:

ومعنى ذلك أن ما ثبت بالشهادة يعد حجة قبل الكافة، على اعتبار صدورها من شاهد عدل ليس له مصلحة في النزاع، ولم يوجد ما ينفي دلالتها، كما أن للقاضي سلطة مطلقة في تقديرها وتكوين اعتقاده منها، وبذلك تختلف عن الإقرار الذي يعد حجة قاصرة على المقر تجاه المقر لصالحه.^(٢)

رابعاً: الشهادة دليل مقيد:

ومعنى ذلك أنه لا يجوز الاستعانة بالشهادة في إثبات جميع التصرفات القانونية؛ إذ لا يقبل الإثبات بها إلا في الحالات المحددة تشريعياً؛ وذلك لأن المشرع قدر احتمال الكذب فيها، فحد من خطرها بحصر حالات إمكان الإثبات بها في حدود ضيقة، جماعها أنها حالات لم يجد المشرع من الممكن أو من اللازم تطلب الدليل الكتابي فيها.^(٣)

ويتقيد الإثبات بشهادة الشهود بقيدتين: أحدهما اتفاقي، والآخر قانوني.

أما القيد الاتفاقي: فهو وجود اتفاق بين الطرفين على عدم جواز الإثبات بشهادة الشهود فيما يجوز إثباته بها، ووجوب أن يكون الإثبات بالكتابة، فمثل هذا الاتفاق جائز؛ لأن استبعاد الإثبات بالشهادة لا يخالف النظام العام.

وأما القيد القانوني: فهو أن يكون القانون قد منع إثبات الواقعة المراد إثباتها بشهادة الشهود، وأوجب أن يكون إثباتها بالكتابة، إما بنص خاص كما هو الشأن في الصلح والتحكيم والعمل بالنسبة لصاحب العمل، وإما طبقاً للقاعدة العامة فيما لا يجوز إثباته بشهادة الشهود، كما سيأتي بيانه في نطاق الإثبات بشهادة الشهود.

(١) د/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٤.

(٢) د/ همام زهران: مرجع سابق، ص ٣٠٥.

(٣) د/ جميل الشرقاوي: مرجع سابق، ص ١٢٢، ود/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٥.

الفرع الثاني

شروط قبول الشهادة

يشترط لقبول الشهادة عدة شروط من أهمها ما يلي:

الشرط الأول: أن يتم أداء الشهادة في مجلس القضاء: يشترط في الشهادة من حيث شكلها أن تصدر في مجلس القضاء طبقاً للأوضاع المقررة قانوناً لذلك، ومن ثم لا يعتد بأي شهادة يحصل الإدلاء بها خارج مجلس القضاء، ولو كان ذلك أمام موظف عام مهما علت درجته، طالما أنه ليست له ولاية القضاء، بيد أنه لا مانع من أن تستند المحكمة في قضائها على شهادة تم الإدلاء بها في غير مجلس القضاء، وذلك كقرينة قضائية.^(١)

كما لا يعتد بالشهادة التي تصدر في مجلس القضاء إذا لم يكن صدورها قد تم وفقاً للإجراءات القانونية، وفي مقدمتها صدور حكم بالإحالة إلى التحقيق متضمناً بيان بالوقائع المراد إثباتها بشهادة الشهود،^(٢) وتحليف الشاهد اليمين قبل إدلائه بشهادته.^(٣)

الشرط الثاني: أن يتوافر في موضوع الشهادة ما يشترط توافره في الواقعة المراد إثباتها: يشترط كذلك لقبول الشهادة أن تكون الواقعة المراد إثباتها بشهادة الشهود مستوفية للشروط التي يلزم توافرها في محل الإثبات - بوجه عام -، ومن ثم يجب أن تكون الواقعة المراد إثباتها بالشهادة واقعة متنازع عليها، ومحددة، وذات صلة بالحق المتنازع فيه، وأن تكون منتجة في الإثبات، وأن يكون إثباتها ممكناً مع جوازه.

والهدف من ذلك مراقبة محكمة الموضوع لمناسبة إحالة الدعوى للتحقيق، منعاً من إطالة أمد التقاضي فيما لا فائدة من ورائه في استظهار الحقيقة، بحيث إذا لم تتوافر هذه الشروط قضت المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصم الآخر برفض إحالة الدعوى للتحقيق.

(١) د/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٥، ود/ همام زهران: مرجع سابق، ص ٣٠٨.

(٢) المادة ٧٠، ٧١ من قانون الإثبات.

(٣) المادة ٨٦ من قانون الإثبات.

الشرط الثالث: أن يكون موضوع الشهادة مما يجيز القانون إثباته بالشهادة: يشترط - أيضًا - لقبول الإثبات بالشهادة أن تكون الواقعة محل الإثبات مما أجاز المشرع إثباتها بشهادة الشهود؛ حيث لا يجوز - كما سبق القول - الاستدلال بشهادة الشهود إلا في الحالات المحددة تشريعياً فقط، وقد حصر المشرع هذه الحالات في نوعين من الحالات:

الأولى: حالات يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود بحسب الأصل، وهذه الحالات هي: (١) الوقائع المادية. (٢) التصرفات التجارية. (٣) التصرفات المدنية التي لا تزيد قيمتها على ألف جنيه.^(١)

الثانية: حالات يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود استثناءً من وجوب الإثبات بالكتابة، وهذه الحالات هي: (١) وجود مبدأ ثبوت بالكتابة. (٢) وجود مانع يحول دون الحصول على دليل كتابي. (٣) فقد السند الكتابي بسبب أجبنبي لا يد للدائن فيه.^(٢)

الشرط الرابع: أن يكون الشاهد أهلاً للشهادة: ولا يكون الشاهد أهلاً للشهادة إلا ببلوغه خمس عشرة سنة كحد أدنى، ومع ذلك يجوز الاستماع إلى أقوال من لم يبلغ هذا السن بغير يمين على سبيل الاستدلال فقط،^(٣) ومن ثم لا يجوز للقاضي أن يبنّي حكمه على أقوال هذا الشاهد وحده، وإنما يجوز له فقط أن يسترشد بها لتعزيز أي دليل آخر، وذلك بشرط ألا يقل سنه عند حصول الواقعة المستشهد عليها عن سبع سنوات، والعبرة بسن الشاهد وقت الإدلاء بشهادته لا وقت حصول الواقعة التي يشهد بها.^(٤)

بالإضافة إلى ذلك لابد أن يكون الشاهد مميّزاً ومدرّكاً وإلا كان ذلك سبباً للرده، وفي ذلك تنص المادة (٨٢ إثبات) على أنه: "لا يجوز رد الشاهد ولو كان قريباً أو صهرًا لأحد الخصوم إلا أن يكون غير قادر على التمييز بسبب هرم أو حادثة أو مرض أو لأي سبب آخر".

(١) المادة ٦٠ من قانون الإثبات.

(٢) المادة ٦٢، ٦٣ من قانون الإثبات.

(٣) المادة ٦٤ من قانون الإثبات.

(٤) د/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ١٢، ١٣.

ومن ثم لا يجوز سماع شهادة هؤلاء الأشخاص ولو على سبيل الاستدلال، وتقدير عدم تمييز الشاهد مسألة تقديرية لمحكمة الموضوع. وشهادة فاقد التمييز فاقدة للحجية، ولو على فاقد تمييز مثله.^(١)

الشرط الخامس: أن لا يكون الشاهد ممنوعاً من الشهادة: لقد منع القانون من أداء الشهادة في ثلاث حالات لاعتبارات معينة، وهي: المحافظة على أسرار الدولة، وأسرار المهنة، وأسرار الزوجية.^(٢) وهذه الحالات هي:

١- الموظف والمكلفين بخدمة عامة: لقد منع المشرع الموظفين والمكلفين بخدمة عامة من الشهادة ولو بعد تركهم العمل عما يكون قد وصل إلى علمهم في أثناء قيامهم بالعمل من معلومات لم تنشر بالطريق القانوني، ولم تأذن السلطة المختصة في إذاعتها، ومع ذلك يجوز لهذه السلطة أن تأذن لهم بالشهادة بناء على طلب المحكمة أو أحد الخصوم.^(٣)

٢- أرباب المهن الحرة وأصحاب الصنائع: منع - أيضاً - المشرع كل من علم من المحامين أو الأطباء أو غيرهم عن طريق مهنته أو صنعته بواقعة أو بمعلومات أن يشهد بها، ولو بعد انتهاء خدمته أو زوال صفته، إلا في حالة ما إذا كان إفشاء العميل بهذه المعلومات إلى رب المهنة أو الصنعة مقصوداً به ارتكاب جناية أو جنحة، ومع ذلك يجوز لهم الإدلاء بالشهادة على هذه الوقائع أو المعلومات متى طلب منهم ذلك من أسرها إليهم.^(٤)

٣- الأزواج فيما بينهم: وأخيراً منع المشرع أحد الزوجين أن يشهد بما أبلغه به زوجه الآخر أثناء فترة الزوجية ولو بعد انفصالهما، ولكن استثناءً من ذلك يجوز لأحدهما أن يفضي بما علمه من الآخر في شهادة أمام المحكمة أو القاضي المنتدب، وذلك إذا رضى الزوج الآخر بأن يحل زوجه من واجب الكتمان فيما يتعلق بأسرار الزوجية، أو إذا رفع أحد الزوجين دعوى على الآخر

(١) د/ همام زهران: مرجع سابق، ص ٣١٤.

(٢) د/ عبد الودود يحيى: مرجع سابق، ص ١٢٠.

(٣) المادة ٦٥ من قانون الإثبات.

(٤) المادة ٦٦ من قانون الإثبات.

أيًا كان موضوعها أو نوعها، أو إذا أقيمت على أحد الزوجين دعوى بسبب جنائية أو جنحة وقعت منه على الآخر.^(١)

المطلب الثالث

نطاق الإثبات بشهادة الشهود

تنص المادة (٦٠) إثبات على أنه: "في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على ألف جنيه أو كان غير محدد القيمة، فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك".

وتنص المادة (٦٢) على أنه: "يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة".
وتنص المادة (٦٣) على أنه: "يجوز كذلك الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بدليل كتابي:

- أ- إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي.
 - ب- إذا فقد الدائن سند الكتابي بسبب أجنبي لا يد له فيه".
- يتضح من نصوص المواد السابقة أن المشرع المصري قد حصر الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود في نوعين من الحالات:
- الأولى:** حالات يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود بحسب الأصل.
 - الثانية:** حالات يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود استثناءً.
- وعليه، سوف أقسم - إن شاء الله تعالى - هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول

ما يجوز إثباته بشهادة الشهود بحسب الأصل

يمكن أن نستخلص عن طريق الاستبعاد من نص المادة (٦٠) إثبات - سألقة الذكر - الحالات الثلاث التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود بحسب الأصل، وهي:

(١) المادة ٦٧ من قانون الإثبات، ود/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٥٧.

أولاً: الوقائع المادية:

تقسم الوقائع القانونية التي تعتبر مصدرًا للحقوق بالنسبة لقواعد الإثبات إلى قسمين: تصرف قانوني: وهو اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين، سواء كان من جانبين كالعقود بصفة عامة، أو من جانب واحد كالإقرار والوصية.

وواقعة مادية: وهي تتوافر في كل حالة لا ينشأ الأثر القانوني فيها لمجرد اتجاه الإرادة إليه، وهي تشمل الوقائع الطبيعية، كالوفاة التي يترتب عليها انتقال حقوق المتوفي إلى ورثته، والأفعال المادية التي تصدر من الإنسان، كارتكاب جريمة؛ حيث يترتب على ذلك نشوء حق للمضرور في مطالبة الجاني بالتعويض.^(١)

والقاعدة في إثبات الوقائع المادية - إلا ما استثناءه المشرع بنص خاص وأوجب تسجيله بالكتابة كالميلاد والموت - جواز إثباتها بجميع طرق الإثبات بما فيها شهادة الشهود، وهذا ما تقتضيه الضرورات العملية؛ حيث إن طبيعة هذه الوقائع لا تقبل استلزام نوع معين من الأدلة، وإلا استحالة إثباتها في أغلب الحالات؛ إذ لا تتفق مع إمكان تهيئة الدليل مقدماً على الحقوق التي تنشأ بها، فلا يعقل - مثلاً - أن يطالب الشخص بدليل كتابي لإثبات الجريمة عندما يطلب التعويض عن الضرر الذي أصابه.^(٢)

ويلحظ أن العبرة في تحديد وسائل الإثبات بالواقعة محل الإثبات، دون مراعاة لما يترتب على ثبوت الواقعة المادية من نتائج قانونية، أو بمصدر الحق المطلوب في الدعوي، فإثبات إجازة تصرف قابل للإبطال وهي تصرف قانوني، يمكن أن يتم بشهادة الشهود إذا كانت هذه الإجازة ضمنية تستفاد من أعمال معينة قام بها من له حق التمسك بالبطلان، على أساس أن محل الإثبات هو هذه الأعمال، وكذلك يعتبر ادعاء حصول غلط أو إكراه عند التعاقد، أو حسن أو سوء النية، من الوقائع المادية التي تثبت بكافة طرق

(١) د/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٤٩٩، ود/ عبد الودود يحيى: مرجع سابق، ص ٩-١٠.

(٢) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٣٤١، ود/ توفيق حسن فرج: مرجع سابق، ص ٣٨.

الإثبات بما فيها شهادة الشهود.^(١)

ثانيًا: التصرفات التجارية:

ويرجع في تحديد الأعمال التجارية إلى أحكام قانون التجارة، ويعد من أهم هذه الأعمال الشراء بقصد البيع أو التأجير، وتأسيس الشركات التجارية،^(٢) وبناء السفن أو الطائرات وإصلاحها وصيانتها وشراؤها أو بيعها أو تأجيرها أو استئجارها وشراء أدوات أو مواد تموينها، والنقل البحري والنقل الجوي، وعمليات الشحن أو التفريغ،^(٣) وكذلك عمليات البنوك والصرافة، والوكالة التجارية والسمسرة، وتوريد البضائع والخدمات، والنقل البري، والتأمين على اختلاف أنواعه، إذا مورست على وجه الاحتراف.^(٤)

والقاعدة في التصرفات التجارية جواز إثباتها بشهادة الشهود مطلقاً مهما كانت قيمة التصرف؛ أي حتى ولو زادت قيمته على ألف جنيه، وكذلك إذا لم يكن محدداً القيمة، كما يجوز فيها إثبات ما يخالف أو يجاوز دليل كتابي بشهادة الشهود.^(٥)

ويرجع السبب في إباحة الإثبات بشهادة الشهود في التصرفات التجارية أيًا كانت قيمة التصرف، إلى ما تقتضيه طبيعة المعاملات التجارية من السرعة، وما تستلزمه من التيسير والبساطة، وما تستغرقه من وقت قصير في تنفيذها، مما ييسر الإثبات فيها بشهادة الشهود.^(٦)

بيد أن المشرع قد استثنى بعض التصرفات التجارية من ذلك، واستلزم أن يكون الإثبات فيها بالكتابة، إما لأن هذه التصرفات لا يمكن أن توجد إلا كتابة، كما هو الشأن في الأوراق التجارية، وإما لأنها تنطوي على أهمية خاصة

(١) د/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٥٠١، ود/ جميل الشرقاوي: مرجع سابق، ص ١٢٥.

(٢) المادة (٤) من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.

(٣) المادة (٦) من قانون التجارة.

(٤) المادة (٥) من قانون التجارة.

(٥) د/ عبد الودود يحيى: مرجع سابق، ص ١٠١، ود/ سمير تناعو: النظرية العامة في الإثبات، ط: منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٩م، ص ١١٢.

(٦) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٣٤٩، ود/ توفيق حسن فرج: مرجع سابق، ص ٩٧.

فضلاً على أنها تستغرق وقتاً طويلاً، كعقود الشركات التجارية، وعقود بيع السفن وإيجارها، وعقود النقل والقروض البحرية.^(١)

ثالثاً: التصرفات المدنية التي لا تزيد قيمتها عن ألف جنيه:

أجاز كذلك المشرع إثبات التصرفات القانونية المدنية التي لا تتجاوز قيمتها ألف جنيه بالشهادة كقاعدة عامة، رغبة منه في التيسير على المتعاملين؛ ولذلك تعتبر هذه القاعدة موضوعة لمصلحة المتعاملين أنفسهم، وغير متعلقة بالنظام العام، ومن ثم يجوز الاتفاق على مخالفتها؛ فإذا اتفق المتعاقدان على أن الإثبات فيما بينهما لا يكون إلا بالكتابة حيث يجيز القانون الإثبات بالشهادة، صح اتفاقهما ووجب العمل به.^(٢)

بيد أنه يرد على قاعدة جواز الإثبات بشهادة الشهود في التصرفات المدنية التي لا تتجاوز قيمتها ألف جنيه استثناءان، هما:

الاستثناء الأول: إثبات التصرفات القانونية التي يوجب القانون إثباتها بالكتابة ولو لم تتجاوز قيمتها ألف جنيه، كعقد الكفالة (م ٧٧٣ مدني)، وعقد الصلح (م ٥٥٢ مدني)، وعقد الشركة (م ٥٠٧ مدني).

الاستثناء الثاني: وجوب إثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي بالكتابة ولو لم تزد قيمة التصرف عن ألف جنيه؛ إذ تنص المادة (٦١) إيجاباً على أنه: "لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود ولو لم تزد القيمة على ألف جنيه: فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي".

فيمثل هذا النص قيد أو استثناء على قاعدة جواز إثبات التصرفات القانونية المدنية التي لا تتجاوز قيمتها ألف جنيه؛ حيث أوجب إثبات هذه التصرفات بالكتابة إذا كانت تخالف أو تتجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي.

وتكمن الحكمة من وراء هذا الاستثناء في وجوب المساواة بين الخصوم في الإثبات، فما يثبت به خصم بالكتابة لا يجوز للآخر أن ينقضه بشهادة الشهود؛

(١) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٣٤٩، ود/ طلبه وهبه خطاب: دروس في أحكام الالتزام والإثبات، ط: ٢٠٠٧م، ص ٦٦.

(٢) د/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٥٢٧.

حيث أن الكتابة أقوى دلالة من الشهادة التي يحوم الشك حول صدقها، بالإضافة إلى أن حرص المتعاقدين على كتابة التصرف رغم أن قيمته لا تتجاوز نصاب الإثبات بالشهادة، دليل على رغبتهما في الاحتكام للكتابة كوسيلة لإثبات التصرف واستبعاد الإثبات بالشهادة، بصرف النظر عن قيمة التصرف.^(١)

ويشترط لانطباق هذا الاستثناء ثلاثة شروط:

الشرط الأول: وجود دليل كتابي: فيشترط لتطبيق هذا الاستثناء وجود ورقة مكتوبة تعتبر دليلاً كاملاً، كالأوراق الرسمية، أو الأوراق العرفية المعدة للإثبات، أو الرسائل الموقعة عليها، ومن ثم لا يتحقق هذا الشرط إذا كنا بصدد دليل كتابي غير كامل، وهو الأوراق التي لم تعد أصلاً للإثبات، كالدفاتر التجارية والأوراق المنزلية والتأشير على سند الدين، فإنها لا تخضع لحكم هذا القيد، فيجوز إثبات ما يخالفها أو يجاوزها بشهادة الشهود.^(٢)

ويجب أن يكون الحصول على الدليل الكتابي قد تم بطريق مشروع، فمن يستولى - مثلاً - على الدليل الكتابي دون علم الطرف الآخر ورضاه، لا يجوز له أن يتمسك بعدم جواز إثبات عكس ما اشتملت عليه الكتابة إلا بالكتابة.^(٣)

الشرط الثاني: أن يكون التصرف الثابت بهذا الدليل مدنياً: يشترط كذلك أن يكون التصرف الثابت بالكتابة تصرفاً مدنياً، فإذا كان تجارياً لم ينطبق عليه هذا القيد، ومن ثم يجوز إثبات ما يخالف أو يجاوز الكتابة في التصرفات القانونية التجارية أيًا كانت قيمتها بشهادة الشهود.^(٤)

وهو ما قننته المادة (٦٩) من قانون التجارة على أنه: "٢- فيما عدا الحالات التي يوجب فيها القانون الإثبات بالكتابة في المواد التجارية يجوز في

(١) د/ جلال علي العدوي: مرجع سابق، ص ٣٨١، ود/ همام زهران: مرجع سابق، ص ١١٣.

(٢) د/ عبد الودود يحيى: مرجع سابق، ص ٧٥، ود/ سمير تناغو: مرجع سابق، ص ١١٤.

(٣) د/ جلال العدوي: مرجع سابق، ص ٣٨٢، ود/ محمد شكري سرور: مرجع سابق، ص ١٢٩.

(٤) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٣٩٨، والطعن رقم ٥٣٠٩ لسنة ٧٨ق، س ٦٠، ص ٣٤٣.

هذه المواد إثبات عكس ما اشتمل عليه دليل كتابي أو إثبات ما يجاوز هذا الدليل بكافة الطرق".

الشرط الثالث: أن يكون المراد إثباته مخالفاً أو مجاوزاً لما اشتملت عليه الكتابة: فلا يمنع من الإثبات بشهادة الشهود في التصرفات المدنية التي لا تجاوز قيمتها ألف جنيه، إلا إذا كان موضوع هذا الإثبات أمراً يخالف أو يجاوز ما ثبت بالكتابة؛ أي إذا كان أمراً يعتبر تكذيباً أو تعديلاً للمكتوب أو إضافة إليه، فمثلاً إذا ذكر في عقد البيع أن الثمن خمسمائة جنيهًا، ولم يذكر شيئاً عن سريان فوائد عليه، ولا عن مكان الوفاء به، ففي هذه الحالة لا تقبل شهادة الشهود في إثبات أن حقيقة الثمن أربعمائة جنيهًا، أو على وجود اتفاق شفويًا على سريان فوائد، أو على وجود اتفاق على أن يكون الوفاء في غير المكان الذي تعينه القواعد العامة.^(١)

أما إذا كان المراد إثباته لا ينطوي على تكذيب أو تعديل لما هو ثابت بالكتابة، فإن إثباته لا يعد إثباتاً لما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي، ولو كان يترتب عليه عكس الأثر المترتب على ما أثبتته الكتابة، فإثبات الوفاء بالدين أو انقضائه بالنقد أو وجود عيب من عيوب الإرادة - مثلاً - لا يعد إثباتاً لما يخالف أو يجاوز ما هو ثابت بالكتابة؛ لأنه لا ينطوي على تكذيب أو تعديل لما اشتملت عليه الكتابة.^(٢)

قواعد تقدير قيمة التصرف القانوني:

لقد وضع المشرع عدة قواعد يجب اتباعها في تقدير قيمة التصرف القانوني، وذلك لتحديد مدى جواز إثباته بشهادة الشهود، ويمكن تحديد هذه القواعد على النحو التالي:

أولاً: العبرة بقيمة الالتزام وقت صدور التصرف لا وقت المطالبة:

وفقاً لنص المادة (٢/٦٠) إثبات ينظر في تقدير قيمة التصرف إلى وقت صدوره دون نظر إلى ما يطرأ عليه من زيادة أو نقص، فإذا كان التصرف يزيد

(١) د/ توفيق فرج: مرجع سابق، ص ١٠٦، ود/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٤٥٦.

(٢) د/ جميل الشرقاوي: مرجع سابق، ص ٩٤، ود/ جلال العدوي: مرجع سابق، ص ٣٨٣.

في قيمته وقت صدوره عن ألف جنيه، وجب الإثبات بالكتابة ولو كانت القيمة أقل من ذلك وقت رفع الدعوى، وعلى العكس من ذلك إذا كانت قيمة التصرف وقت صدوره لا تزيد عن ألف جنيه، جاز الإثبات بشهادة الشهود حتى ولو زادت هذه القيمة على هذا القدر وقت المطالبة به بسبب ضم الفوائد والملحقات.

ثانياً: العبرة في تقدير القيمة بوحدة مصدر الطلبات في الدعوى:

تقضي المادة (٣/٦٠) إثبات بأن الطلبات المتعددة في دعوى واحدة لا تجمع دائماً إلى بعضها لتحديد وسيلة إثباتها؛ إذ العبرة بوحدة مصدر هذه الطلبات أو تعدده، فإن كانت ناشئة عن تصرف واحد جمعت لتقدير جواز إثباتها بشهادة الشهود، كمن يلتزم بثمن عدة أشياء ابتاعها في صفقة واحدة، فإن العبرة بقيمتها كلها، ومن ثم وجب الإثبات بالكتابة إذا زادت القيمة على ألف جنيه.

أما إن كانت تستند إلى عدة تصرفات فإن كل تصرف يقوم مستقلاً في حساب نصاب الإثبات، كمن يلتزم بثلاث مبالغ نقدية ناشئة عن عقدين مختلفين في الطبيعة (بيع وقرض أو بيع وإيجار)، أو ناشئة عن عقدين من طبيعة واحدة ولكنهما مستقلين، فإن العبرة في هذه الحالة يكون بقيمة الحقوق الناشئة عن كل منها، ومن ثم يجوز الإثبات بشهادة الشهود ما دام كل منها لا يزيد في قيمته على ألف جنيه، حتى ولو زادت قيمتها مجتمعة على هذا القدر.^(١)

ثالثاً: العبرة في الوفاء الجزئي بقيمة الالتزام الأصلي:

طبقاً لنص المادة (٤/٦٠) إثبات تكون العبرة في الوفاء إذا كان جزئياً بقيمة الالتزام الأصلي، ومن ثم إذا كانت قيمة الالتزام الأصلي تجاوز ألف جنيه، فإنه لا يجوز إثبات الوفاء الجزئي بشهادة الشهود، حتى ولو كان ما أوفى به المدين يقل عن هذا القدر؛ وذلك حتى لا يتحايل المدين بدين تزيد قيمته على ألف جنيه على قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة في هذه الحالة، بأن يدعي أن الوفاء كان على أجزاء متعددة يقل كل منها على ألف جنيه متخلصاً

(١) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٣٨٩، ود/ جميل الشرقاوي: مرجع سابق، ص ٨٧، ود/ طلبه

وهبه خطاب: مرجع سابق، ص ٢٨.

بذلك من وجوب الإثبات بالكتابة.^(١)

رابعاً: العبرة بالقيمة الإجمالية للالتزام:

تقضي المادة (٦١) إثبات أن العبرة في تقدير قيمة المدعى به هي بقيمة التصرف بأكمله، وليس بقيمة ما كان محلاً للمطالبة القضائية، سواء كانت هذه المطالبة تمثل مطالبة بجزء منه أو بقسط من أقساطه أو بالجزء المتبقي منه، فالمطالبة بجزء من حق تجب الكتابة لإثباته، لا تعفي من الإثبات بالكتابة ولو كان الجزء المطلوب لا يزيد قيمته على ألف جنيه.

والهدف من ذلك منع تحايل الدائن على التنظيم التشريعي لنطاق الدليل الكتابي في الإثبات من خلال تبويض مطالبته بالدين على دفعات متعددة تدخل كل منها في حدود نصاب الإثبات بشهادة الشهود، رغم أن القيمة الإجمالية للالتزام تتجاوز نصاب الإثبات بها.^(٢)

خامساً: العبرة بالقيمة الأصلية للطلب القضائي:

تفيد المادة (٦١/ج) أن المشرع قد اتخذ من رفع المدعي دعواه بأكثر من ألف جنيه، قرينة على أن قيمة حقه تزيد فعلاً عن ألف جنيه، وأن تعديل طلبه بالإنقاص عن هذا القدر ما قصد منه إلا الهرب من قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة؛ لذا يظل المدعي مطالباً بالدليل الكتابي كما لو لم يخفض طلباته.^(٣)

الفرع الثاني

ما يجوز إثباته بشهادة الشهود استثناء

بالإضافة إلى الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود بحسب الأصل توجد عدة حالات أخرى يجوز الإثبات فيها بشهادة الشهود استثناء، ومعنى ذلك أن هذه الحالات الأصل فيها الإثبات بالكتابة، ولكن من قبيل الاستثناء أجزى إثباتها بشهادة الشهود، وهذه الحالات ذكرتها المادتين (٦٢، ٦٣) إثبات، وهي ثلاث حالات تفصيلها على النحو التالي:

(١) د/ عبد الودود يحيى: مرجع سابق، ص ٧٤، ود/ محمد شكري سرور: مرجع سابق، ص ١٢٠.

(٢) د/ همام زهران: مرجع سابق، ص ١١٠.

(٣) د/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٤١٨.

أولاً: وجود مبدأ ثبوت بالكتابة:

نصت على هذا الإستثناء المادة (٦٢) إثبات، ويقصد بمبدأ الثبوت بالكتابة وفقاً لهذا النص: "كل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال".

فالكتابة الصادرة من الخصم والتي يستفاد منها مبدأ الثبوت بالكتابة لا ترقى إلى مستوى الدليل الكتابي الكامل ولا تقوم مقامه، بحيث لا يصح الاستناد إليها بصفة منفردة كدليل إثبات فيما كان يجب إثباته بالكتابة، ولكن لما كانت تحمل على الاعتقاد بأن التصرف المدعى به قريب الاحتمال، فإنه يقبل الاستناد إليها كعنصر من عناصر الإثبات معززة بشهادة الشهود لإثبات ما لم يكن يصح إثباته إلا بالكتابة.^(١)

ويترتب على هذا الاستثناء أنه يجوز الإثبات بشهادة الشهود، إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة في التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها على ألف جنيه، وفي إثبات ما يخالف أو يجاوز الكتابة، وكذلك في التصرفات التي يتطلب المشرع الكتابة لإثباتها دون اعتبار لقيمة التصرف كعقد الصلح، وذلك لأن المشرع اعتبر مبدأ الثبوت بالكتابة إذا أيدته الشهادة مساوياً للكتابة الكاملة.^(٢)

شروط مبدأ الثبوت بالكتابة:

يتضح من نص المادة (٦٢) إثبات أنه يشترط لكي نكون بصدد مبدأ ثبوت بالكتابة توافر ثلاثة شروط، وهي:

الشرط الأول: وجود كتابة: لابد في مبدأ الثبوت بالكتابة من وجود ورقة مكتوبة، وكل كتابة تصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة، أيًا كان شكلها أو الغرض منها، كالسند غير الموقع، والخطاب أو المذكرة الخاصة، وصورة المحرر الرسمي أو العرفي، وغير ذلك ما لم تكن دليلاً كاملاً بالنسبة لموضوع الدعوى، ومن ثم لا يكفي لوجود هذا المبدأ الأقوال الشفوية أو الأعمال المادية.^(٣)

(١) د/ همام زهران: مرجع سابق، ص ١١٩.

(٢) د/ عبد الودود يحيى: مرجع سابق، ص ١٠٦.

(٣) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٤١٧ وما بعدها، ود/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٥٣١.

ويجب أن تكون الورقة التي تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة مقدمة في الدعوى أو على الأقل معترفًا بوجودها ممن تنسب إليه، وإلا فلا يستطيع من يتمسك بها - عند الإنكار - أن يقيم الدليل على سبق وجودها وفقدائها منه بشهادة الشهود.^(١)

الشرط الثاني: صدور الكتابة من الخصم المدعي عليه: يجب كذلك لاعتبار الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة أن تكون صادرة من الخصم المدعي عليه، بأن تكون بخطه أو موقعة منه، أو أن تكون صادرة ممن ينوب عنه نيابة قانونية كالوصي والقيم، أو نيابة اتفاقية كالوكيل، بشرط أن تكون الورقة قد صدرت من النائب في حدود نيابته، أو أن تكون صادرة من سلفه (المورث)، فإذا لم تكن الورقة صادرة من المدعي عليه أو من نائبه أو من سلفه، فلا يتحقق هذا الشرط أيًا كانت الصلة التي تربط المدعي عليه بمن صدرت منه الورقة، كما لو كان ابنًا أو زوجًا مثلاً.^(٢)

والأصل أن الورقة تعتبر صادرة من المدعي عليه إذا كانت موقعة منه أو ممن يمثله، أو مكتوبة بخطه أو بخط من يمثله، إلا أن هناك بعض الأوراق التي يمكن اعتبارها صادرة من الشخص رغم أنها ليست موقعة منه أو ممن يمثله ولا مكتوبة بخطه أو بخط من يمثله، كمحاضر التحقيق وحاضر الجلسات؛ إذ يعتبر ما ورد فيها على لسان الخصم صادرة منه، ومن ثم تعد مبدأ ثبوت بالكتابة ولو لم يوقعها، بشرط ألا تصل إلى درجة الإقرار.^(٣)

الشرط الثالث: جعل الأمر المدعى به قريب الاحتمال: يشترط أيضًا لاعتبار الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال؛ أي أن يكون من شأن الورقة جعل الواقعة المراد إثباتها مرجحة الحصول، وأن هناك مظنة على صحتها، وبذلك تعتبر دليلاً كتابيًا ناقصًا يمكن تكملته بشهادة الشهود، فالرسالة التي يذكر فيها المدين أنه مدين دون أن يذكر

(١) د/ جميل الشرقاوي: مرجع سابق، ص ٩٨، ود/ محمد شكري سرور: مرجع سابق، ص ١٤٣.

(٢) د/ توفيق حسن فرج: مرجع سابق، ص ١١١، ود/ عبد الودود يحيى: مرجع سابق، ص ١٠٤.

(٣) د/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٥٣٦ وما بعدها.

مقدار الدين تجعل مديونيته واقعة قريبة الاحتمال، وكذلك محضر جرد التركة الذي يتم أمام الدائن دون أن يذكر فيه الدين يعتبر مبدأ ثبوت بالنسبة للوفاء بالدين.^(١)

وتقدير ما إذا كانت الورقة التي يراد اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة تجعل التصرف المدعى به قريب الاحتمال، يعد مسألة موضوعية يستقل بها قاضي الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض.^(٢)

ثانياً: وجود مانع يحول دون الحصول على دليل كتابي:

نصت على هذا الاستثناء المادة (٦٣/أ)، وبمقتضاه إذا وجدت ظروف تحول بين الشخص وبين الحصول على دليل كتابي، جاز له الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة؛ وذلك لأن وجوب الإثبات بالكتابة يفترض إمكان الحصول على الدليل الكتابي، فإذا حالت ظروف خاصة دون ذلك تحتم الاستثناء؛ إذ لا قبل لأحد بالمستحيل.^(٣)

وبجوز الإثبات بشهادة الشهود في هذا الاستثناء: في التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها على ألف جنيه، وفي إثبات ما يخالف أو يجاوز الكتابة، بل وفي التصرفات التي يتطلب المشرع الكتابة لإثباتها دون اعتبار لقيمة التصرف كعقد الصلح والكفالة، وشهادة الشهود في تلك الأحوال لا تكمل الدليل الكتابي - كما هو الشأن في مبدأ الثبوت بالكتابة -، ولكنها تحل محله لاستحالة الحصول عليه.^(٤)

ويقصد بالمانع من الحصول على الكتابة: المانع الذي ينشأ عنه استحالة الحصول على كتابة وقت التعاقد استحالة نسبية عارضة؛ أي استحالة مقصورة على شخص معين، وراجعة إلى الظروف الخاصة التي تم فيها التعاقد.^(٥)

(١) د/ توفيق حسن فرج: مرجع سابق، ص ١١٢، ود/ جميل الشرقاوي: مرجع سابق، ص ١٠٠.

(٢) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٤٣٦.

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني: الجزء الثالث، ص ٤١١.

(٤) مرجع سابق: ص ٤١١، ود/ توفيق حسن فرج: مرجع سابق، ص ١١٤-١١٥.

(٥) د/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٥٥٨، ود/ عبد الودود يحيى: مرجع سابق، ص ١٠٨.

وقد يكون المانع مادياً أو أدبياً:

١ - **المانع المادي:** وهو المانع الذي ينشأ عن الظروف الخارجية لإبرام التصرف، والتي لم تسمح بالحصول على الدليل الكتابي.^(١)
فالاستحالة المادية تقتض أن التصرف القانوني نشأ في ظروف لم يكن لذي الشأن فيها فسحة من الوقت أو وسيلة للحصول على دليل كتابي، ومن قبيل ذلك الوديعة الاضطرارية التي تحدث في عجلة لدفع خطر داهم كحريق أو غرق.^(٢)

٢ - **المانع الأدبي:** وهو الذي يرجع إلى اعتبارات وظروف نفسية تقوم في الوقت الذي يتم فيه التصرف، فتمنع الشخص من الحصول على دليل كتابي، وهذا ما يتحقق إذا كانت تقوم بين الطرفين صلة خاصة، أو جرت العادات المتعارف عليها بين الناس على عدم السماح لأحد المتعاقدين أن يطلب كتابة من الطرف الآخر.^(٣)

ومن قبيل هذه الموانع الأدبية: وجود صلة قرابة أو مصاهرة أو زوجية بين طرفي التصرف، أو صلة الطبيب بمريضه، أو الخادم بسيده.
وأياً كان المانع - مادياً أو أدبياً - فإن تقديره موكول إلى قاضي الموضوع، وهو لا يخضع في ذلك إلى رقابة محكمة النقض، بشرط أن يسبب تقديره، بأن يورد في أسباب حكمه الواقعة التي اعتبرها مانعاً، ويبين لماذا يضيف عليها هذا الاعتبار.^(٤)

ثالثاً: فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي لا يد له فيه:

نصت المادة (٦٣/ب) إثبات، ويفترض هذا الاستثناء أن الدائن قد حصل على الدليل الكتابي الذي يقضي به القانون، ولكنه بعد حصوله على هذا الدليل فقد سبب أجنبي لا يد له فيه، فكانت الضرورة هنا أكثر وضوحاً من الاستثناءين

(١) د/ جميل الشرقاوي: مرجع سابق، ص ١٠٣.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني: الجزء الثالث، ص ٤١٢-٤١٣.

(٣) د/ توفيق حسن فرج: مرجع سابق، ص ١١٦، ود/ جلال علي العدوي: مرجع سابق، ص ٣٧٦.

(٤) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٤٤٩.

السابقين؛ وذلك لأن الدليل الكتابي قد وجد فعلاً ولكنه فقد من غير تقصير من الدائن، لذا أجاز المشرع أن تحل شهادة الشهود محل الدليل الكتابي لإثبات: التصرفات التي تزيد قيمتها على ألف جنيه، وما يخالف الكتابة أو يجاوزها، وأي عقد يشترط القانون أن يكون إثباته بالكتابة ولو لم تجاوز قيمته ألف جنيه، وكذلك أي عقد شكلي، كالهبة والرهن الرسمي.^(١)

وبذلك فإن نطاق تطبيق هذا الاستثناء أوسع من نطاق الاستثناءين السابقين؛ حيث إن توافرها لا يجيز إثبات العقد الشكلي بشهادة الشهود، ويرجع ذلك إلى أن الدليل الكتابي هنا سبق وأن وجد، فالمسألة ليست امتناع تحصيل هذا الدليل بل امتناع تقديمه.^(٢)

ويلزم لقيام الاستثناء في هذه الحالة توافر شرطان:

الشرط الأول: سبق وجود سند قانوني: فيجب على المدعي أن يثبت سبق وجود سند كتابي، ومضمون هذا السند، وتوافر الشروط الخاصة التي تلزم فيه إن كانت له شروط خاصة، وللمدعي أن يثبت ذلك بكافة طرق الإثبات بما فيها شهادة الشهود؛ لأن سبق وجود السند واقعة مادية.^(٣)

ويقصد بالسند الواجب إثبات وجوده الدليل الكتابي الكامل، فلا يكفي أن يثبت المدعي سبق وجود ورقة تعتبر بداية ثبوت بالكتابة؛ وذلك لأن المشرع لا يحمي المدعي إلا إذا كان لم يقصر على أي صورة، وعدم حصوله على سند كتابي كامل يعتبر بمثابة التقصير من جانبه.^(٤)

الشرط الثاني: فقد السند بسبب أجنبي: يجب بالإضافة إلى إثبات سبق وجود الدليل الكتابي أن يثبت المدعي أن فقد هذا السند كان بسبب أجنبي لا يد له فيه، ويعتبر السبب في عجز المدعي عن تقديم الدليل الكتابي سبباً أجنبياً يترتب عليه جواز الإثبات بشهادة الشهود إذا كان راجعاً إلى قوة قاهرة كحريق

(١) مرجع سابق: ص ٤٦٥-٤٤٦، ود/ عبد الوود يحيى: مرجع سابق، ص ١١٠.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني: الجزء الثالث، ص ٤١٤.

(٣) د/ توفيق حسن فرج: مرجع سابق، ص ١١٨، ود/ جلال علي العدوي: مرجع سابق، ص ٣٧٩.

(٤) د/ جميل الشرقاوي: مرجع سابق، ص ١٠٧.

أو فيضان، أو إلى فعل المدعي عليه كما لو اختلسه أو انتزعه من المدعي بالقوة أو بالحيلة، أو إلى فعل الغير كما لو سلم المدعي السند إلى محاميه أو إلى المحكمة في قضية سابقة ففقد من المحامي أو من المحكمة.^(١)

ومن ثم لا يمكن للمدعي أن يتمسك بهذا الاستثناء إذا كان فقد السند راجعاً إلى فعل المدعي أو إلى إهماله أو إلى فعل أحد ممن يعتبر هو مسئولاً عنهم، كأن يكون المدعي قد مزق السند ضمن أوراق أخرى مستغني عنها، أو تركه على مكتبه فألقاه أو أثلفه خادمه.^(٢)

المبحث الثالث

القرائن

تعريف القرائن بوجه عام وأنواعها:

لقد عرفت محكمة النقض المصرية القرينة بأنها: "استتباط أمر مجهول من واقعة ثابتة معلومة، بحيث إذا كانت هذه الواقعة محتملة وغير ثابتة، فإنها لا تصلح مصدرًا للاستتباط".^(٣)

بينما عرفها بعض الفقه بأنها: طريق غير مباشر للإثبات يستدل بمقتضاها على الواقعة الأصلية المدعى بها وجوداً أو نفيًا، بطريق اللزوم العقلي، والاستدلال استنتاجاً من واقعة أخرى بديلة أقيم الدليل عليها.^(٤)

فالقرائن إذن أدلة غير مباشرة؛ إذ لا يقع الإثبات فيها على الواقعة ذاتها مصدر الحق، بل على واقعة أخرى إذا ثبتت أمكن أن يستخلص منها الواقعة المراد إثباتها، بحيث يكفي من المدعي إثباتاً للواقعة الأصلية، إقامته الدليل على الواقعة البديلة.^(٥)

وتتنقسم القرائن إلى نوعين: قرائن قضائية وقرائن قانونية.

(١) د/ عبد الودود يحيى: مرجع سابق، ص ١١١.

(٢) د/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٥٨٦.

(٣) الطعن رقم ٦٢١٤ لسنة ٧٢ق، جلسة ٢٠١٢/٢/٢٦م.

(٤) د/ همام زهران: مرجع سابق، ص ٣٩٧.

(٥) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٣٢٩.

المطلب الأول القرائن القضائية

أولاً: المقصود بالقرائن القضائية:

يقصد بالقرائن القضائية: تلك القرائن التي يترك أمر استنباطها للقاضي، يستنبطها من ظروف القضية وملابتها. فالقاضي يختار واقعة معلومة من وقائع الدعوى المعروضة عليه، ثم يستدل بهذه الواقعة على الأمر المراد إثباته.^(١) كاستخلاص صورة العقد من قيام الزوجية بين المتعاقدين؛ إذ يستدل القاضي من الواقعة المعلومة وهي علاقة الزوجية بين المتعاقدين، على الواقعة المراد إثباتها، وهي صورة العقد المبرم بين الزوجين، واعتبار مرض الشخص وكبر سنه وشدة تدينه قرينة على تسلط رجل الدين على هذا الشخص فيما استكتب إياه من وصايا للمنشآت الدينية التابعة له.^(٢)

ثانياً: عناصر القرائن القضائية:

تقوم القرائن القضائية على عنصرين: أحدهما مادي، والثاني معنوي:

١- **العنصر المادي:** يتكون من وقائع يتحقق القاضي من ثبوتها في الدعوى، وقد يختارها من الوقائع التي كانت محل مناقشة بين الخصوم، وقد يختارها من ملف الدعوى ولو من تحقيقات باطلة، بل قد يختارها من أوراق خارج الدعوى، كتحقيق إداري أو محاضر إجراءات جنائية، ويستوي أن تكون الوقائع التي اختارها القاضي ثابتة بشهادة الشهود، أو ورقة مكتوبة، أو بإقرار من الخصم، أو بيمين نكل الخصم عن حلفها، أو بجملة من هذه الطرق مجتمعة، إلا أنه يجب أن تكون هذه الوقائع ثابتة بشكل قاطع حتى يكون الاستنباط الذي يبني عليها سليماً.

٢- **العنصر المعنوي:** وهو الاستنباط الذي يقوم به القاضي على أساس العنصر المادي، ومرجعه فطنة القاضي وذكاءه؛ إذ عليه أن يستنبط من الواقعة الثابتة الدليل على الواقعة المراد إثباتها، فيتخذ من الواقعة المعلومة قرينة على

(١) د/ توفيق حسن فرج: مرجع سابق، ص ١٢٠، ود/ عبد الودود يحيى: مرجع سابق، ص ١١٤.

(٢) د/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ١٠٠.

الواقعة المجهولة. (١)

ثالثاً: نطاق الإثبات بالقرائن القضائية:

طبقاً للمادة (١٠٠) إثبات يجوز الإثبات بالقرائن القضائية في التصرفات القانونية التي لا تزيد قيمتها على ألف جنيه، كما يجوز الإثبات بها في المسائل التجارية، وكذلك في الوقائع المادية.

في حين لا يجوز الإثبات بالقرائن القضائية في التصرفات التي لا تزيد قيمتها على ألف جنيه، أو إذا كانت غير محددة القيمة، أو إثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي، أو إثبات التصرفات القانونية التي يتطلب القانون لإثباتها الكتابة أيًا كانت قيمة التصرف، ولكن يجوز الإثبات بها استثناء في هذه الحالات إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة، أو إذا وجد مانع من الحصول على الدليل الكتابي، أو إذا فقد السند الكتابي بسبب أجنبي. وكل هذه الأحكام هي التي تتبع في الإثبات بشهادة الشهود على التفصيل الذي سبق بيانه.

رابعاً: سلطة القاضي في استنباط القرائن القضائية:

يتمتع قاضي الموضوع بسلطة مطلقة في استنباط القرائن القضائية؛ أي أن القاضي حر في اختيار أية واقعة من الوقائع التي تثبت أمامه ليستنبط منها قرينة على صحة الواقعة المدعاة، فضلاً على أنه حر في تكوين اعتقاده، فقد يقتنع بقرينة واحدة قوية، ولا يقتنع بعدة قرائن أخرى يرى أنها ضعيفة، وهو في تقديره هذا لا يخضع لرقابة محكمة النقض متى كان استنباطه سائغاً. (٢)

المطلب الثاني

القرائن القانونية

أولاً: المقصود بالقرائن القانونية:

القرائن القانونية: هي استدلال تشريعي بموجب قاعدة عامة مجردة على أمر مجهول من أمر معلوم حدده القانون. (٣)

(١) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٣٣٠ وما بعدها، ود/ سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٨٦.

(٢) د/ توفيق حسن فرج: مرجع سابق، ص ١٢٢، ود/ عبد الودود يحيى: مرجع سابق، ص ١١٥.

(٣) د/ همام زهران: مرجع سابق، ص ٤٠٨.

فالقرائن القانونية على العكس من القرائن القضائية لا عمل فيها للقاضي، بل إن العمل كله للقانون؛ حيث إن ركن القرينة القانونية هو نص القانون وحده، فهو الذي يختار العنصر الأول؛ أي الواقعة الثابتة، وهو الذي يجري عملية الاستنباط فيقول: ما دامت هذه الواقعة قد ثبتت فإن واقعة أخرى معينة تثبت بثبوتها.^(١)

من ذلك مثلاً ما نصت عليه المادة (٥٨٧) مدني من أن: "الوفاء بقسط من الأجرة يعتبر قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة على هذا القسط....". فالواقعة الثابتة هي الوفاء بقسط من الأجرة، والواقعة التي يستتبطها القانون من الواقعة الثابتة هي الوفاء بالأقساط السابقة.

ثانياً: حجية القرائن القانونية:

يتبين من نص المادة (٩٩) إثبات أن الأصل في القرائن القانونية أن تكون قرائن بسيطة تقبل إثبات العكس؛ أي يجوز نقض دلالتها بإثبات عكسها، بيد أن المشرع قد يرى في بعض الأحوال جعل القرينة القانونية قاطعة فلا يسمح بإثبات عكسها، ولا يكون ذلك إلا بمقتضى نص خاص.

١ - القرائن القانونية البسيطة: تعفي من تقررت لمصلحته من الإثبات إعفاءً تاماً، فإذا ما كلف شخص بإثبات واقعة معينة، وكان القانون قد قرر لمصلحته قرينة قانونية، فإن هذه القرينة ترفع عن عاتقه عبء الإثبات، ولكن في الوقت نفسه تعطي للخصم الحق في إثبات عكسها.^(٢)

ومن أمثلة ذلك ما تنص عليه المادة (٩١) مدني: "ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به، ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك". فهذا النص يجعل من وصول التعبير عن الإرادة لمن وجه إليه قرينة بسيطة على العلم به، فإذا ما قام المكلف بالإثبات بتقديم الدليل على وصول التعبير عن الإرادة إلى من وجه إليه، افترض حصول العلم من جانبه، وبذلك يعفى من إثبات الواقعة الأصلية

(١) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٦٠٠.

(٢) مرجع سابق: ص ٦٢٥، ود/ جميل الشرقاوي: مرجع سابق، ص ١٤٣.

وهي العلم بالتعبير عن الإرادة، ولكن يكون للموجه إليه التعبير عن الإرادة أن ينفي علمه بالتعبير رغم وصوله إليه.

٢- **القرائن القانونية القاطعة:** هي تلك القرينة التي لا يمكن نقض دلالتها بإثبات العكس، ولكن مع ذلك يمكن دحض دلالتها بالإقرار واليمين.^(١) ومن أمثلة ذلك ما تنص عليه المادة (١٧٦ مدني): "حارس الحيوان ولو لم يكن مالكاً له مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر ولو ضل الحيوان أو تسرب....". فهذا النص يقيم مسؤولية حارس الحيوان على قرينة قانونية قاطعة تفيد خطأ الحارس، ومن ثم لا يقبل إثبات عكسها فلا يستطيع الحارس أن ينفي ذلك الخطأ، ومع ذلك يستطيع دحضها بإقرار يصدر من خصمه - من تقررته القرينة لصالحه - أو بيمين يوجهها إلى هذا الخصم فينكل عنها؛ وذلك لأن القرينة قد تقرر لإعفاء من تقررته لصالحه من الإثبات، فإذا نقضها بإقراره أو بيمينه لا يكون هناك محل لإعفائه من إثبات لم يقبل هو أن يعفي نفسه منه.^(٢)

المبحث الرابع

الإقرار

تعريف الإقرار بوجه عام وأنواعه:

عرف بعض الفقه الإقرار بأنه: اعتراف شخص بحق عليه لآخر، سواء قصد ترتيب هذا الحق في ذمته أو لم يقصد.^(٣)

بينما عرفه البعض الآخر بأنه: تسليم المقر عن قصد بأثر قانوني يسري عليه، أو بالواقعة القانونية التي يترتب عليها هذا الأثر في مواجهته، ومن قبل الإقرار.^(٤)

(١) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٦١٣، ود/ توفيق حسن فرج: مرجع سابق، ص ١٢٧، ود/

جلال علي العدوي: مرجع سابق، ص ٢٨٤، ود/ همام زهران: مرجع سابق، ص ٤١٢.

(٢) د/ توفيق حسن فرج: مرجع سابق، ص ١٢٧.

(٣) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٤٧١.

(٤) د/ جلال علي العدوي: مرجع سابق، ص ٤٥٧.

فالإقرار لا يكون سندًا أو سببًا لما تم الإقرار به، وإنما دليل على وجوده من قبل، بحيث يكون حكم الإقرار هو ظهور ما تم الإقرار به لا نشوئه ابتداءً. وبالإقرار تصبح الواقعة التي كانت متنازعًا عليها واقعة ثابتة، مما يعفي من كان يدعيها من عبء إثباتها. (١)

وليس للإقرار شكل خاص بل إن له صورًا متعددة، فهو قد يكون صريحًا أو ضمنياً، والصريح قد يكون مكتوبًا أو شفويًا، وفي جميع الأحوال يكون الإقرار قضائيًا أو غير قضائي. (٢)

وبميز بين الإقرار القضائي والإقرار غير القضائي المكان والمناسبة التي تم فيها التعبير عنه والإدلاء به. ونتناول كل من هذين النوعين في مطلب مستقل على النحو التالي:

المطلب الأول

الإقرار القضائي

أولاً: تعريف الإقرار القضائي وشروطه:

لقد عرف المشرع المصري الإقرار القضائي في المادة (١٠٣) من قانون الإثبات؛ حيث نصت على أن: "الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه، وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة". يتضح من هذا النص أن هناك ثلاثة شروط ينبغي توافرها في الإقرار القضائي:

الشرط الأول: أن يصدر أمام القضاء:

فيشترط في الإقرار لكي يكون قضائيًا أن يصدر أمام القضاء؛ ويعتبر قضاء كل جهة نظمها القانون من جهات القضاء، فلا يقتصر ذلك على القضاء المدني وحده، بل يعتد بالإقرار الصادر أيضًا أمام القضاء الإداري أو القضاء التجاري أو قضاء الأحوال الشخصية، كما يعتد بالإقرار الصادر في دعوى مسئولية مدنية مرفوعة أمام القضاء الجنائي، وبالإقرار الصادر أمام

(١) مرجع سابق، ص ٤٥٧، ود/ همام زهران: مرجع سابق، ص ٢٢٥.

(٢) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٤٧٤.

قاضي التحضير، والقاضي المنتدب للتحقيق أو للاستجواب.
ومن ثم لا يعتبر إقراراً قضائياً الإقرار الذي يصدر أمام النيابة العامة،
أو نيابة الأحوال الشخصية، أو الخبير، أو المحقق الإداري؛ لأن هذه الجهات
ليست بجهات قضائية، وبذلك يختلف الإقرار القضائي عن الإقرار غير
القضائي الذي يمكن أن يصدر أمام الخبير المنتدب في الدعوى، أو ضمن
شكوى إدارية. (١)

الشرط الثاني: أن يصدر من أحد الخصوم في الدعوى:

يشترط في الإقرار القضائي أن يكون صادراً من أحد الخصوم في الدعوى
لخصم آخر في ذات الدعوى، فكل من المقر والمقر له يجب أن يكون خصماً
في الدعوى، ويعد الإقرار على هذى هذا النحو تصرفاً بالإرادة المنفردة لمن
صدر منه. وعليه، فإنه يجب أن تتوافر فيه شروط التصرف القانوني، وعلى
الأخص اتجاه إرادة المقر إلى إحداث أثر قانوني معين، يتمثل في ثبوت الحق
لديه هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى يتعين أن تتوافر أهلية التصرف في
المقر؛ إذ لا يصح إقرار عديم الأهلية أو ناقصها. (٢)

الشرط الثالث: أن يصدر أثناء السير في الدعوى المتعلقة به:

فيشترط حتى يعتبر الإقرار قضائياً أن يصدر أثناء السير في الدعوى
المتعلقة بالواقعة المدعى بها، ومن ثم لا يعد الإقرار الصادر أمام القضاء
بمناسبة خصومة غير متصلة بالحق محل الإقرار ولو كانت بين الخصوم
أنفسهم إقراراً قضائياً، بيد أن من صدر لمصلحته إقرار أمام قاضي أول درجة
يمكنه أن يتمسك به في خصومة الاستئناف؛ إذ هي ليست دعوى أخرى في
هذا الشأن، خاصة إذا كان من صدر عنه الإقرار لم ينكره فيها، لا من حيث
صدوره منه، ولا في مضمونه. (٣)

(١) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٤٩٣.

(٢) د/ طلبه وهبه خطاب: مرجع سابق، ص ٩١-٩٢.

(٣) د/ محمد شكري سرور: مرجع سابق، ص ١٦٦-١٦٧، ود/ همام زهران: مرجع سابق،
ص ٢٣٨.

ثانيًا: حجية الإقرار القضائي:

لقد تناول المشرع هذه الحجية في المادة (١٠٤) من قانون الإثبات؛ إذ تنص على أنه: "الإقرار حجة قاطعة على المقر. ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه، إلا إذا انصب على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتمًا وجود الوقائع الأخرى".

يتضح من هذا النص أن هناك مبدأين يحكمان حجية الإقرار القضائي:

المبدأ الأول: الإقرار حجة قاطعة على المقر:

إذا توافرت في الإقرار الشروط السابقة صار إقرارًا قضائيًا وكان حجة قاطعة على المقر، ومعنى ذلك أن الواقعة التي أقر بها الخصم تصبح في غير حاجة إلى الإثبات، ويأخذ بها القاضي واقعة ثابتة بالنسبة إلى الخصم الذي أقر بها، والإقرار لا يكون حجة للمقر؛ لأن الشخص لا يسطنح الدليل لنفسه، ولا يكون إلا حجة عليه.

والحجة هنا قاطعة لا يجوز إثبات عكسها، ولكن هذا لا يمنع من أن يطعن المقر في إقراره بأنه صوري، أو أنه وقع نتيجة غلط أو تدليس أو إكراه أو أنه صدر منه وهو ناقص الأهلية، فإذا أثبت ذلك بالطرق الجائزة قانونًا بطل الإقرار، ولا يكون هذا رجوعًا في إقرار موجود، بل هو إلغاء لإقرار ظهر بطلانه.^(١)

المبدأ الثاني: عدم تجزئة الإقرار:

ومعنى هذا المبدأ أن الإقرار لا يتجزأ على صاحبه؛ فلا يجوز للمقر له أن يأخذ من الإقرار ما يفيد ويترك ما يضره، فإما أن يأخذه كله أو يتركه كله. فإذا أقر أحد الخصوم بما وجه إليه من ادعاء، ولكن بإدخال تعديل عليه أو بإضافة وصف إليه، كأن يقر المدين بالدين المدعى عليه به ولكن بدون الفائدة المدعى بها، ففي هذه الحالة لا يجوز للمقر له أن يستند للإقرار بدون التعديل الذي يتمسك به المقر.

(١) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٤٩٨-٤٩٩.

وكذلك إذا اعترف المقر بالواقعة المدعى بها ولكن بإضافة واقعة أخرى تؤثر في الأولى، كأن يقر المدعي بالدين ولكنه يضيف أنه وفي هذا الدين، ففي هذه الحالة - أيضاً - لا يجوز للمقر له أن يجزئ الإقرار المركب بأن يأخذ منه ما يفيد والمائل في الاعتراف بالدين، ويلقي على عاتق المقر عبء إثبات الوفاء.^(١)

المطلب الثاني

الإقرار غير القضائي

أولاً: تعريف الإقرار غير القضائي:

هو الإقرار الذي يصدر عن المقر في غير مجلس القضاء أو أمامه في غير الدعوى المتعلقة بالحق محل الإقرار. ومثال الإقرار غير القضائي في الحالة الأولى ذلك الذي يصدر أمام النيابة، ومثاله في الحالة الثانية الإقرار الذي يصدر أمام القضاء ولكن في دعوى أخرى بين الخصوم.^(٢)

ثانياً: حجية الإقرار غير القضائي:

لم يعرض المشرع للإقرار غير القضائي؛ ولهذا اختلف الرأي حول حجية الإقرار غير القضائي ومدى اختلافها عن حجية الإقرار القضائي:

الرأي الأول: يذهب إلى أن الإقرار غير القضائي يخضع لتقدير محكمة الموضوع التي لها أن تقدر الظروف التي صدر فيها الإقرار وملابسات الدعوى، ولها بعد ذلك أن تعتبره دليلاً كاملاً أو مبدأً ثبوت بالكتابة أو مجرد قرينة أو لا تأخذ به أصلاً، كما يخضع الإقرار غير القضائي في إثباته للقواعد العامة في الإثبات.^(٣)

الرأي الثاني: يذهب إلى أن للإقرار غير القضائي نفس حجية الإقرار القضائي طالما ثبت للقاضي جدية هذا الإقرار وقصديته؛ فالاختلاف بين هذين

(١) د/ جلال العدوي: مرجع سابق، ص ٤٧٠-٤٧١، ود/ طلبه وهبه خطاب: مرجع سابق، ص ٩٣-٩٤

(٢) د/ طلبه وهبه خطاب: مرجع سابق، ص ٩٥، ود/ همام زهران: مرجع سابق، ص ٢٣٨.

(٣) د/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٤٧٦ وما بعدها.

النوعين من الإقرار يقف عند مرحلة وجود كل منهما ولا يمتد إلى مرحلة حجيتهما.^(١)

المبحث الخامس

اليمين

تعريف اليمين بوجه عام وأنواعه:

لقد عرفت محكمة النقض اليمين بقولها: "المقرر - في قضاء محكمة النقض - أن اليمين لغة: هو إخبار عن أمر مع الاستشهاد بالله تعالى على صدق الخبر، فهو لا يعتبر عملاً مدنياً فحسب، بل هو أيضاً عمل ديني، فطالب اليمين يلجأ إلى ذمة خصمه، والحالف عندما يؤدي اليمين إنما يستشهد بالله ويستنزل عقابه".^(٢)

في حين عرفه بعض الفقه بأنه: إشهاد الحالف الله تعالى على صدق ما يقوله، تأكيداً وتعزيزاً لهذا القول.^(٣)

ويؤدي الحالف اليمين بأن يقول: "أحلف" ويذكر الصيغة التي تقرها المحكمة (المادة ١٢٧ إثبات)، ويجوز له أن يطلب تأدية اليمين وفقاً للأوضاع المقررة في ديانته (المادة ١٢٨ إثبات).

وقد نظمت نصوص قانون الإثبات اليمين كوسيلة من وسائل الإثبات في المواد من ١١٤ إلى ١٣٠. واليمين التي يحلفها أحد الخصوم في مجلس القضاء، إما أن توجه من أحد الخصوم إلى الخصم الآخر؛ لحسم النزاع وإنهائه، وتسمى باليمين الحاسمة، وإما أن توجه من القاضي ليكمل أدلة مقدمة في الدعوى، وتسمى باليمين المتممة.

ونتناول كل من نوعي اليمين في مطلب مستقل على النحو التالي:

(١) د/ سليمان مرقس: أصول الإثبات وإجراءاته، الجزء الأول، ص ٥٩٦ وما بعدها.

(٢) الطعن رقم ١٢٥٩ لسنة ٧٤ق، جلسة ١٠/١٣/٢٠١٣م.

(٣) د/ محمد شكري سرور: مرجع سابق، ص ١٨٠.

المطلب الأول

اليمين الحاسمة

يقصد باليمين الحاسمة: اليمين التي يوجهها الخصم إلى خصمه إذا أعوزه الدليل المطلوب؛ ليحسم بها النزاع. فهي ليست دليلاً يقدمه الخصم على صحة ما يدعيه، وإنما هي وسيلة احتياطية يلجأ إليها الخصم محتكماً إلى ذمة خصمه وضميره، فإذا حلف من وجهت إليه اليمين خسر المدعي دعواه، وإذا نكل عنها خسر الدعوى وقضي للمدعي، ومع ذلك يجوز لمن وجهت إليه اليمين أن يردّها على خصمه، فإن حلف قضي لصالحه، وإن نكل خسر دعواه.^(١)

والأصل في اليمين جواز توجيهها بشأن أي نزاع مدني؛ وذلك لأن اليمين يعتبر من قبيل طرق الإثبات غير العادية التي يقصد منها سد نقص الدليل عند انتفائه، ويتفرع على ذلك أنه يجوز توجيه اليمين في أية حالة تكون عليها الدعوى، وفي أي دعوى ولو كانت قيمة التصرف المدعى به تجاوز نصاب الإثبات بشهادة الشهود، ولو قصد بها نقض الثابت بالكتابة أو ادعاء ما يجاوزه، ولو لم يكن مبدأ ثبوت بالكتابة.^(٢)

ويجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر؛^(٣) فكل خصم يقع على عاتقه عبء إثبات واقعة معينة الحق في أن يوجه إلى خصمه اليمين الحاسمة إذا لم يكن لديه دليل على ما يدعيه، وتوجيه اليمين الحاسمة قاصر على الخصمين، فلا يستطيع القاضي توجيهه، بيد أنه يجوز للقاضي أن يمنع من توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفاً في توجيهها.^(٤)

ويشترط في طرفي اليمين الحاسمة عدة شروط يلزم توافرها فيهما:

(١) د/ توفيق حسن فرج: مرجع سابق، ص ١٧٤، ود/ عبد الودود يحيى: مرجع سابق، ص ١٦٩.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني: الجزء الثالث، ص ٤٥١.

(٣) المادة ١١٤ من قانون الإثبات.

(٤) المادة ١١٤ من قانون الإثبات.

- ١- أن يكون كل من طرفي اليمين الحاسمة أحد أطراف الطلب القضائي في الدعوى.
 - ٢- أن تكون لدى كل من طرفي اليمين الحاسمة أهلية التصرف في الحق الذي توجه اليمين الحاسمة بشأنه.
 - ٣- أن تتوافر في طرفي اليمين ولاية التصرف فيما يوجه عنه اليمين إذا كان نائباً عن غيره.
 - ٤- أن تكون إرادة من يوجه اليمين الحاسمة أو يردّها أو يحلفها سليمة من عيوب الإرادة، فلا يشوبها غلط أو تدليس أو إكراه.
- كما يشترط في موضوع اليمين الحاسمة عدة شروط، وهي:
- ١- أن يكون موضوع اليمين مسألة من مسائل الواقع.
 - ٢- أن تكون الواقعة موضوع اليمين الحاسمة واقعة محددة.
 - ٣- أن تكون الواقعة موضوع اليمين حاسمة في الدعوى.
 - ٤- أن تكون الواقعة موضوع اليمين الحاسمة غير مخالفة للنظام العام.
 - ٥- أن تكون الواقعة موضوع اليمين الحاسمة متعلقة بشخص من وجهت إليه أو بعلمه.^(١)

آثار توجيه اليمين الحاسمة:

يترتب على توجيه اليمين الحاسمة: إما أن يحلفها من وجهت إليه، وإما أن ينكل عنها، وإما أن يردّها على خصمه:

- ١- **حلف اليمين:** إذا حلف من وجهت إليه اليمين الحاسمة كان مضمون الحلف حجة ملزمة للقاضي، فينحسم النزاع نهائياً، ويخسر الخصم الذي وجه اليمين دعواه، ولا يجوز له أن يعود إلى مخاصمة من حلف اليمين مرة أخرى في نفس موضوع الحق ليثبت كذب اليمين، كما لا يجوز له أن يقدم أي وجه آخر للإثبات، ولا يحق له الطعن في الحكم الصادر بناء على اليمين.^(٢)

(١) ينظر في تفصيل هذه الشروط: د/ جميل الشرقاوي: مرجع سابق، ص ١٨٤ وما بعدها.

(٢) المادة ١١٧ من قانون الإثبات، ود/ السنهوري: مرجع سابق، ص ٥٥٦.

٢- **النكول عن اليمين:** إذا رفض من وجهت إليه اليمين الحاسمة أن يحلف خسر دعواه وكسب من وجه اليمين الدعوى (المادة ١١٨ من قانون الإثبات)، والنكول قد يكون صريحاً وقد يكون ضمناً يستفاد من سلوك الخصم.^(١)

٣- **رد اليمين:** يجوز لمن وجهت إليه اليمين أن يردّها على خصمه، وفي هذه الحالة لا يكون أمام من ردت عليه اليمين إلا الحلف أو النكول، فإذا حلف حكم له، وإذا نكل خسر الدعوى (المادة ١١٤، ١١٨، إثبات).

المطلب الثاني

اليمين المتممة

يقصد باليمين المتممة: اليمين التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه إلى أي من الخصمين ليبيّن عليها حكمه في موضوع الدعوى أو في قيمة ما يحكم به؛ وذلك عندما يرى أن الأدلة غير كافية للحكم في الدعوى (المادة ١١٩/١ إثبات)

ويشترط في توجيه اليمين المتممة ألا يكون في الدعوى دليل كامل، وألا تكون الدعوى خالية من أي دليل (المادة ١١٩/٢ إثبات).

الشرط الأول: ألا يكون في الدعوى دليل كامل: فإذا كان في الدعوى دليل كامل، فلا محل لتوجيه هذه اليمين؛ لأن الغرض منها تكملة اقتناع القاضي، وما دام في الدعوى دليل كامل لا توجد حاجة إليها.

الشرط الثاني: ألا تكون الدعوى خالية من الدليل: وذلك لأن وظيفة اليمين المتممة تكملة الدليل الناقص، فإذا كانت الدعوى خالية من أي دليل فلا يجوز توجيهها، وبذلك تختلف عن اليمين الحاسمة؛ إذ يصح توجيه الأخيرة عند عدم وجود أي دليل في الدعوى.^(٢)

(١) د/ عبد الودود يحيى: مرجع سابق، ص ١٧٠.

(٢) د/ توفيق حسن فرج: مرجع سابق، ص ١٨٣، ود/ عبد الودود يحيى: مرجع سابق، ص ١٨٢.

وليس لليمين المتممة حجية ملزمة للقاضي، فله الاعتداد بها وبناء حكمه عليها أو التجاوز عنها وبناء حكمه على أساس عناصر إثبات أخرى اجتمعت لديه قبل أدائها أو بعد أدائها، وللقاضي أيضاً أن يعدل عن توجيهه إذا ظهرت له قبل حلفها أدلة تكفي لتكوين اقتناعه، كما أنها ليست حجة قاطعة على الخصم، فيجوز له أن يثبت عكسها، وأن يطعن بالاستئناف في الحكم الصادر بناء عليها استناداً إلى كذبها. (١)

وإذا ما وجهت اليمين المتممة إلى أحد الخصوم لم يكن له أن يردها على خصمه الآخر؛ لأن القاضي هو الذي يوجهها، وله الحرية في اختيار الخصم الذي يحلف اليمين، وذلك عكس اليمين الحاسمة حيث يجوز لأحد الخصوم أن يردها على الآخر - كما سبق القول -، وفي ذلك تنص المادة (١٢٠) إثبات على أنه: "لا يجوز للخصم الذي وجه إليه القاضي اليمين المتممة أن يردها على الخصم الآخر".

(١) د/ جميل الشرفاوي: مرجع سابق، ص ١٩٤، ود/ جلال علي العدوي: مرجع سابق، ص ٤٩٠.