المستشار

اينما وجدت الثقه

تأسست عام 2006

الأصلى

القانون المدني

سنتر المستشار (حقوق بنها)

01277776870

السنتر : بعد نفق حقوق امام كليه الحقوق (برج سما1

المكتبه : امام بوابه كليه حقوق(اخر السور)

د.جمال عبد الناصر د.حسن ابو الفتوح

الفهرس

السؤال	الصفحه
س١: أكتب في شروط التنفيذ العيني؟	ص٤
س٢: عرف الغرامة التهديدية مبيناً شروطها وخصائصها؟	ص٦
س٣: وضح ماهية الإعذار مبيناً الحالات التي لا ضرورة فيها للإعذار؟	ص ٧
س٤: قارن بين التعويض النقدي والتعويض العيني؟	ص٩
س٥: تكلم عن التعويض الإتفاقي (الشرط الجزائي)؟	ص١٠
س٦ :ما هي سلطة القاضي إزاء الشرط الجزائي؟	ص١١
س٧: تكلم عن الدعوي غير المباشرة مبيناً شروطها وأثارها؟	ص١٣
س٨: وضح ماهية دعوي الصورية مبيناً أنواعها وشروطها وأثارها؟	ص ١٨
س٩: تكلم عن الحق في الحبس؟	ص ١٩
س١٠: من وسائل المحافظة علي الضمان العام شهر الإعسار وضح ذلك؟	ص ٢١
س١١: عرف الأجل مبيناً خصائصه وأسباب إنقضائه؟	ص٢٥
س١٢: تكلم عن التضامن السلبي مبيناً أثاره؟	ص ٢٧
س١٣: تكلم عن حوالة الحق موضحاً شروطها وأثارها؟	ص ٣٠
س١٤: عرف المقاصة مبيناً أنواعها؟	ص ٤٠
س١٥: تكلم عن التقادم المسقط مبيناً حالات التقادم الخمسي؟	ص ٤٣
س١٦: تكلم عن وقف التقادم وإنقطاعه؟	ص ٤٥

أحكام الالتزام
(الآثار – الأوصاف – الانتقال – الانقضاء)

الالتزام الطبيعي

المقصود بالالتزام الطبيعي

- الفقه الحديث يحلل فكرة الالتزام إلى عنصرين: عنصر المديونية، وهو الواجب الذي يقع على عاتق المدين، وهذا الواجب ينقضي بالوفاء، وعنصر المسئولية، وهو الذي يمكن الدائن من اجبار المدين علي الوفاء إذا لم يؤده برغبته واختياره.
- الأصل أن يتوافر هذان العنصران في كل التزام، وفي هذه الحالة يقال له الالتزام الكامل الالتزام المدنى). ولكن قد يتوافر في الالتزام عنصر المديونية فقط دون عنصر المسئولية ، فيكون الالتزام ناقصاً ، ويقال له في هذه الحالة الالتزام الطبيعي.
- **من هنا فإنه يمكن تعريف الالتزام الطبيعي** بأنه التزام قانوني، ولكنه غير كامل، لأنه يقوم على عنصر واحد فقط، وهو عنصر المديونية، وينقصه عنصر المسئولية وتخلف عنصر المسئولية هذا يؤدى إلى عدم إمكان اجبار المدين علي تنفيذه.
- بيد أن وجود عنصر المديونية في الالتزام الطبيعي، هو الذي يفسر الآثار التي تترتب على وجوده، وأهمها إذا وفاه المدين باختياره، وعن بيئة منه، فإن وفاءه يكون صحيحاً، لأنه وفاء لدين ثابت في ذمته، وبالتالي لا يستطيع أن يسترد ما وفاه.
- فالفارق إذن بين الالتزام المدنى والالتزام الطبيعي، أن الأول فقط هو الذي يمكن تنفيذه جبراً. فإذا كان النوعان الالتزام المدني والالتزام الطبيعي **يشتركان في عنصر المديونية**، إلا أنهما يختلفان في عنصر المسئولية الذي لا تتوافر إلا في الالتزام المدني. ولذلك يقال أن الالتزام الطبيعي وسط بين الالتزام المدني والواجب الأدبي فهو أقل من الالتزام المدني، لأنه ينقصه عنصر الجبر أو الإلزام على الوفاء، ولكنه في نفس الوقت أسمى من أن يكون مجرد واجب أدبي، لأن الوفاء به لا يعتبر تبرعاً ، وإنما هو وفاء لدين ثابت في ذمة المدين.
- يتضح أن الأساسين اللذين يقوم عليهما الالتزام الطبيعي في القانون المدنى المصري هما عدم حصر حالاته و حصر آثاره .

اولا: حالات الالتزام الطبيعي

- **خلاصة القول:-** أنه في غير الحالات التي نص عليها المشرع صراحة يكون أمر تقدير وجود الالتزام الطبيعي متروك للقاضي على أن يراعى في ذلك ما يلي:
- **أولا**: وجود واجب أدبى يتميز بالتحديد والوضوح، سواء بالنسبة لطرفيه أو بالنسبة لمحله. وهذا التحديد والوضوح هو الذي يجعل هذا الواجب الأدبى يشبه الالتزام القانوني من حيث صلاحيته للتنفيذ. فتخرج بذلك الواجبات الأدبية المحضة والتي لا يتوافر فيها هذا التحديد والوضوح. فواجب الإحسان إلى الفقراء لا يعتبر من قبيل الوفاء بالتزام طبيعي، لعدم تحديد محله أو أطرافه.
- **ثانيا**: اعتقاد المدين عند وفائه بهذا الواجب الأدبي، بأن في ذمته التزاماً طبيعياً. والمعيار هنا معيار موضوعي لاشخصي بمعنى أن يكون هذا الاعتقاد مبنيا على شعور المجتمع بإرتقاء الواجب الأدبي إلى مرتبة الالتزام الطبيعي، وليس علي شعور المدين نفسه.
- **ثالثا**: عدم تعارض هذا الواجب مع النظام العام. وقد حرص المشرع علي تأكيد ذلك فنص في **(المادة ٢٠٠ مدنى)** على أنه: « وفي كل حالة لا يجوز أن يقوم التزام طبيعي يخالف النظام العام». فإذا خسر المدين في مقامرة، فإنه لا يعتبر مديناً بالتزام طبيعي، وإذا وفي كان له أن يسترد ما وفاه ولو كان هناك اتفاق يقضى بغير ذلك ،كما لا يعتبر الاتفاق على فوائد تزيد عن الحد الأقصى للفائدة ، منتجاً لالتزام طبيعي مضمونة الوفاء بالقدر الذي يجاوز الحد المسموح به قانونا .

تطبيقات للالتزام الطبيعي

- **أ-من أمثلة الالتزام الطبيعي:-** الذي يجد مصدره في واجب أدبي أصلاً، الالتزام بتعويض الضرر غير المباشر، والالتزام بمكافأة خادم عن حسن خدمته وإخلاصه فيها، والالتزام بالانفاق علي قريب لا يلزم القانون بنفقته، والتزام الأب القادر على إعداد جهاز ابنته عند زواجها ، أو تقديم المعونة لابنه عند بدء حياته العملية.
- **ب- ومن أمثلة الالتزام الطبيعي:-** الذي يجد مصدره في التزام مدنى حال مانع قانوني دون ترتيب أثره، التزام ناقص الأهلية الذي أبطل عقده بسبب نقص أهليته، فالتزام ناقص الأهلية بتنفيذ العقد الباطل يصبح التزاما طبيعيا في هذه الحالة، بحيث إذا ما نفذه مختاراً وهو على بينة من أمره بعد بلوغه سن الرشد، كان تنفيذه صحيحاً لا رجوع فيه. ومن ذلك أيضا الالتزام الذي سقط بالتقادم فهو التزام مدني نشأ صحيحاً ورتب آثاره، ثم حالت عقبة دون بقائه التزاماً مدنياً، وهى التقادم فينقلب إلى التزام طبيعي، وإذا وفي به المدين امتنع عليه أن يسترد ما .

ثانيا: آثار الالتزام الطبيعي

- **جواز الوفاء الاختياري بالالتزام الطبيعي:**

إذا قام المدين بالتزام طبيعي بوفاء هذا الالتزام اختياريا وعلى بينة من أمره ، أي قاصداً أن يوفى بالتزام طبيعي لاجبر في الوفاء به، كان هذا الوفاء صحيحاً ملزماً للمدين الموفى. ولا يمكنه الرجوع في الوفاء واسترداد ما وفاه. كما لا يعتبر الوفاء هنا تبرعاً ، بل وفاء بالتزام مستحق.

بيد أنه يشترط لاعتبار الوفاء بالالتزام الطبيعي وفاء صحيحاً **وليس تبرعاً توافر الشروط الآتية:**

١-نية الوفاء بالالتزام الطبيعي. وهذا يعنى أن يتوافر لدى المدين الموفى قصد الوفاء بالتزام طبيعي وعلي ذلك إذا قام المدين بالوفاء بالتزام معين، معتقداً أنه التزام مدني، فلا تكون لديه نية الوفاء بالتزام طبيعي، مما يجوز معه أن يطالب استرداد ما وفاه.

٢-خلو إرادة المدين الموفى من عيوب الرضاء. وهذا يقتضى أن يكون المدين الموفى عالماً، عند الوفاء، أنه يوفي بالتزام طبيعي غير مجبر على الوفاء به، بل يوفيه اختياراً . وعلي ذلك إذا وقع في غلط فاعتقد أنه مجبر علي الوفاء، أو أكره على هذا الوفاء. كانت إرادته معيبة وحق له استرداد ما وفاه.

٣-اكتمال أهلية المدين الموفى فيجب أن تتوافر لدي المدين الأهلية اللازمة. ومن ثم إذا كان المدين ناقص الأهلية، فإنه يجوز له طلب ابطال الوفاء واسترداد ما وفاه. والأهلية اللازمة لصحة هذا الوفاء هي أهلية الوفاء وليس التبرع.

- **ب- الالتزام الطبيعي يصلح سببا لالتزام مدني**

قد يرغب المدين بالتزام طبيعي في القيام بالوفاء به، ولكنه غير قادر علي ذلك في الحال فيقتصر على التعهد بالوفاء. فإذا تعهد المدين بالوفاء بهذا الالتزام كان التعهد ملزما، وأصبح التزام المدين التزاماً كاملاً يجبر على تنفيذه فالوعد بوفاء التزام طبيعي ينشئ التزاماً مدنيا. ويجد الالتزام المدنى سببه في هذه الحالة في الالتزام الطبيعي. ويترتب على ذلك أنه إذا حل أجل التعهد ولم يقم المدين بالوفاء، حق للدائن إجباره على ذلك. فتعهد المدين بالوفاء بالتزام طبيعي يشغل ذمته يؤدى إلى نشوء عنصر المسئولية الذي كان مفقوداً قبل ذلك. ويصبح الالتزام مدنيا.

بيد أن التعهد بالوفاء على هذا النحو وما يترتب عليه من نشوء التزام مدنى يتم بإرادة المدين وحده ، ولذا يجب التثبت من أن هذه الإرادة قد اتجهت حقيقة إلى إحداث هذا الأثر. وعلي ذلك لا ينشأ الالتزام المدنى إذا اقتصر المدين علي مجرد الاعتراف بوجود التزام طبيعي في ذمته، لأن مجرد الاعتراف لا يدل علي قصد الوفاء، وهو القصد الذي يستند إليه نشوء الالتزام المدني.

تعريف أحكام الإلتزام :

- يقصد بأحكام الإلتزام مجموعة القواعد العامة التي تحكم الإلتزام من وقت نشأته وحتي إنقضائه .

أثـــار الإلتـــــزام

التنفيـــذ العينـــــي

س١ : أكتب في شروط التنفيذ العيني؟

شروط التنفيذ العيني

الشرط الأول : أن يكون التنفيذ العيني ممكنا :

- لا مجال للتنفيذ العيني إذا كان تنفيذ الالتزام أصبح مستحيلا ولئن طلبه الدائن فإن القاضي لن يجيبه إذ الطلب في هذه الحالة يكون وارداً على غير محل ، **ويستوي أن تكون الاستحالة بخطأ المدين أو بسبب أجنبي**
- فإذا كانت الاستحالة بخطأ المدين رجع الدائن بالتعويض .
- **مثال ذلك ←** قيام البائع قبل التسليم بالتصرف في العقار المبيع إلى شخص أخر قام بتسجيل البيع وانتقلت الملكية إليه فإن ذلك يؤدي إلى استحالة وفاء البائع بالتزامه بالتسليم عينا للمشترى الأول ولا يكون أمام هذا الأخير إلا الرجوع على البائع بالتعويض .
- **أما إذا كانت الاستحالة ترجع إلى سبب أجنبي ←** انقضي الالتزام دون تعويض
- **مثال ذلك ←** هلاك الشئ محل الالتزام ، كوقوع حريق للشئ دون خطا من جانب البائع ، هنا ينقضي التزام البائع بالتسليم ، ولا يلتزم بأي تعويض للمشترى .
- وفي جميع الأحوال ، إذا كان التزام المدين محله دفع مبلغ من النقود فإن تنفيذه عينا يكون ممكنا دائما ولا يتصور في هذه الحالة الحكم بالتعويض عن عدم التنفيذ ، وإن كان هناك مجال للتعويض فيكون عن التأجير في التنفيذ .

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

- **القاعدة هي وجوب التنفيذ العيني طالما ذلك ممكناً ←** ولكل من الدائن والمدين أن يتمسك بالتنفيذ العيني للالتزام لذلك يمتنع على الدائن أن يطلب التعويض بدلا منه ، كما يمتنع أيضا على المدين أن يعرض استبدال التعويض بالتنفيذ العيني ولكن إذا طلب الدائن التعويض بدلا من التنفيذ العيني رغم أنه لا يزال ممكنا ولم يعترض المدين ففي هذه الحالة يترك التنفيذ العيني ويتم التنفيذ بطريق التعويض ويعتبر في هذه الحالة أنه قد تم اتفاق ضمني بين الدائن والمدين على أن يكون التعويض بديلا عن التنفيذ العيني .

الشرط الثالث : ألا يكون في التنفيذ العيني إرهاق للمدين :

- قد لا يكون التنفيذ العيني مستحيلا، ولكنه يكون مرهقا للمدين ففي هذه الحالة يستطيع المدين أن يعدل عنه ويقتصر على دفع تعويض للدائن **ولكن هذه حالة استثنائية** لا يمكن اللجوء إليها
  - **إلا إذا كان التنفيذ العيني فيه إرهاق للمدين ،** وهو يكون كذلك إذا كان يهدده بخسارة جسيمة .
- **مثال ذلك ←** أن يقوم شخص بإقامة بناء شاهق على أرضه مع الاعتداء الطفيف على أرض جاره ففي هذه الحالة فإن الجار يكون له أن يطلب التنفيذ العيني ، أي أن يطلب إزالة المباني الواقعة على أرضه ولكن نظرا لما سيترتب على ذلك من إرهاق شديد لمن أقام البناء فإن القاضي سيكتفي في هذه الحالة بالحكم بالتعويض بدلا من الحكم بإزالة المبني .

الشرط الرابع : إعذار المدين :

- يشترط حتى يمكن إجبار المدين أن يكون قد أعذر من قبل ، فقد يستجيب المدين ويقوم بالتنفيذ اختيارا ومن ثم لا يكون هناك ما يستوجب اتخاذ إجراءات التنفيذ الجبري
- **المقصود بالأعذار ←** وضع المدين موضع المقصر في تنفيذ الالتزام الذي يقع على عاتقه ويتم الإعذار بإنذار المدين بورقة من أوراق المحضرين يسجل فيها امتناعه أو تقصيره في الوفاء بالتزامه .
- الأعذار مطلوب في كل حالة يجبر فيها المدين على التنفيذ وبالتالي إذا قام الدائن بالمطالبة القضائية دون أن يسبق ذلك إعذار المدين فإن الدائن هو الذي يتحمل مصروفات الدعوي فضلا عن أنه لا يستطيع أن يطالب المدين بتعويض عن التأخير في التنفيذ .

كيفية التنفيذ العيني

أولا : الالتزام بنقل ملكية أو أي حق عيني آخر

١) المنقولات :

- إذا كان الالتزام وارد على منقول فإنه ينبغي التمييز بين المنقول المعين بالذات والمنقول المعين بالنوع .

أ- محل الالتزام منقول معين بالذات :

- إذا كان محل الالتزام منقولا معينا بالذات يملكه الملتزم فإن الحق العيني ينتقل إلى الدائن بمجرد العقد ومعني ذلك أن تنفيذ الالتزام بنقل الملكية يتم فور نشوئه وبحكم القانون دون حاجة إلى قيام المدين بأي إجراء أخر .

ب- محل الالتزام منقول معين بالنوع :

- إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بنوعه أي من المثليات ككمية من القمح فإن الحق لا ينتقل إلا بإفراز هذا الشئ فلا يتم تنفيذ الالتزام بمجرد العقد كما في الشئ المعين بالذات ، وإنما لابد من إفرازه لأن الشئ قبل إفرازه غير معين ولا يمكن أن ينشأ للدائن حق عيني عليه قبل هذا التعيين فإذا طالب الدائن المدين بالتنفيذ ولم يقم المدين بتنفيذ التزامه وإفراز الشئ يجوز للدائن أن يسلك **أحد طريقين :-**
- **الطريقة الأولي (التنفيذ العيني)** ← يكون التنفيذ العيني بالحصول على الشئ عن طريق شرائه على نفقة المدين كما يستطيع الدائن أن يترك التنفيذ العيني .
- **الطريقة الثانية (التنفيذ بطريق التعويض)** ← عن طريق المطالبة بقيمة الشئ نقداً .

٢) العقارات :

- **إذا كان الشئ الذي يرد عليه الالتزام عقارا** ← كقطعة أرض أو منزل أو شقة فإن الالتزام بنقل أو إنشاء حق عيني عليه لا يتم تنفيذه فور نشوئه ، بل يتعين شهره عن طريق تسجيله في مكتب الشهر العقاري الذي يقع العقار في دائرته ويكون البائع ملتزما بالقيام بالإجراءات اللازمة للتسجيل وأهمها الذهاب مع المشتري إلى مكتب الشهر العقاري لإتمام إجراءات هذا التسجيل فإذا امتنع البائع عن ذلك كان للمشتري أن يلجأ إلى القضاء ليحصل على حكم بصحة التعاقد (صحة ونفاذ عقد بيع) ، يؤدي تسجيله إلى نقل الملكية.
- **أما إذا تعلق الأمر بحق عيني تبعي** ← كالتزام بإنشاء رهن على عقار فإنه لا يحتاج إلى تسجيل بل إن الالتزام ينشا ويترتب حق الرهن على العقار للدائن بمجرد العقد ولكن يجب أن يشهر هذا الحق عن طريق القيد ، لإمكان الاحتجاج به في مواجهة الغير.

ثانيا : الالتزام بعمل

- **إذا كان محل الالتزام القيام بعمل معين** ← فإن تنفيذ هذا الالتزام يتطلب تدخلا إيجابيا من المدين حتى يقوم بالعمل المطلوب فإذا كان العمل الذي يلتزم به المدين يبذل عناية معينة ، فإنه يكون قد وفي التزامه إذا بذل في تنفيذه من العناية ما يبذله الشخص العادي .
- التزام طبيب بعلاج مريض فإنه يلتزم بالعناية بعلاج المريض ولكنه لا يلتزم بشفائه من مرضه .
- **أما إذا التزم المدين بتحقيق نتيجة معينة** ← فإنه لا يكون قد نفذ التزامه إلا إذا تحققت النتيجة المطلوبة .
- **مثال ذلك** ← التزام المقاول بإقامة بناء وفقا لشروط معينة فإذا لم يقم المدين بتحقيق النتيجة المرجوة أمكن اللجوء إلى التنفيذ العيني الجبري كما قد يقوم حكم القاضي مقام تنفيذ الالتزام بعمل إذا سمحت بذلك طبيعة الالتزام .

وذلك على التفصيل الآتي :

١) شخصية المدين لها أهمية خاصة في الالتزام بعمل :

- فقد تستجوب طبيعة الالتزام أن يقوم المدين بنفسه بالتنفيذ وفي هذه الحالة يكون للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين كالتزام الفنان برسم لوحة غير أنه إذا امتنع المدين عن تنفيذ التزامه بنفسه يجوز للدائن اللجوء إلى الغرامة التهديدية كوسيلة غير مباشرة لإجبار المدين عن طريق الضغط على إرادته وحمله على التنفيذ .

٢) شخصية المدين ليست لها أهمية خاصة في الالتزام بعمل

- إذا لم يكن ضروريا أن يقوم المدين بنفسه بالتنفيذ ، كالتزام مقاول بناء منزل جاز للدائن أن يطلب ترخيصا من القضاء بتنفيذ الالتزام على نفقة المدين بل إنه يستطيع في حالة الاستعجال أن يلجأ إلى التنفيذ على نفقة المدين دون حاجة إلى هذا الإذن .

٣) قيام حكم القاضي مقام التنفيذ

- يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ إذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام ومثال ذلك في بيع العقار يقوم تسجيل الحكم القضائي الصادر بصحة ونفاذ عقد البيع مقام تسجيل هذا العقد .

ثالثا : الالتزام بالامتناع عن عمل

- فيجوز التنفيذ العيني للالتزام بإزالة ما وقع مخالفا للالتزام فإذا التزم شخص بعدم البناء على أرض معينة ولكنه قام بالبناء فعلا فيمكن إجباره على التنفيذ العيني للالتزام عن طريق هدم البناء المخالف وكذلك الحال إذا التزام شخص بعدم المنافسة ، ولكنه قام بفتح محل تجاري منافس فيمكن إجباره على التنفيذ العيني للالتزام عن طريق غلق المحل التجاري المنافس ويتعين على الدائن في مثل تلك الأمثلة وما يقاس عليها ، الالتجاء إلى القضاء للمطالبة بإزالة ما وقع مخالفا للالتزام بالامتناع عن عمل ،
- **إذ أنه لا يحق للدائن أن يقوم بالإزالة من تلقاء نفسه دون الالتجاء إلى القضاء حتى ولو توافر شرط الاستعجال**

وبطبيعة الحال إذا كان العمل الذي تم خلافا للمنع لا يمكن إزالته كما في إفشاء أسرار المهنة بالنسبة للطبيب والمحامي فلا يكون للدائن في هذه الحالة سوي المطالبة بالتعويض النقدي .

س٢ : عرف الغرامة التهديدية مبيناً شروطها وخصائصها؟

الغرامة التهديدية

المقصود بالغرامة التهديدية :

- وسيلة غير مباشرة لإجبار المدين على التنفيذ العيني ، إذا كان تنفيذ الالتزام يقتضى تدخلا شخصياً من جانبه .

أولا : شروط الحكم بالغرامة التهديدية

الشرط الأول : يجب أولا أن يكون هناك التزام واجب التنفيذ على المدين .

- فيتعين لإمكان اللجوء إلى الغرامة التهديدية لحمل المدين على التنفيذ ، أن يكون هناك بادئ ذي بدء التزام على المدين ولم يتم تنفيذه مثلا ، الحكم بغرامة تهديدية على أحد الخصوم لحمله على الحضور إلى المحكمة لأن حضور الخصم ليس التزاما عليه .

الشرط الثاني : أن يكون التنفيذ العيني لهذا الالتزام لا يزال ممكنا .

- فإذا كان هذا التنفيذ قد أصبح مستحيلا ، كأن هلك الشيء الذي التزم المدين بتسليمه أو مضي الوقت الذي كان التنفيذ فيه مجديا ، أو أتي المدين العمل الذي التزم بالامتناع عنه فلا جدوى من الحكم بالغرامة التهديدية .

الشرط الثالث : أن يكون تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه

- هذا الشرط هو في الحقيقة مبرر نظام الغرامة التهديدية من أساسه ، إذ في هذه الحالات فقط يكون هناك مجال للحكم بالغرامة التهديدية ، كوسيلة لحمل المدين على التنفيذ العيني كما لو كنا بصدد التزام بتسليم منقول يسهل إخفاءه ، مثل جوهرة ثمينة ولا يعرف مكانه إلا المدين فلا يتم التنفيذ العيني للالتزام إلا إذا قام به المدين نفسه .

الشرط الرابع : أن يطلب الدائن الحكم على المدين بالغرامة التهديدية .

- يشترط للحكم بالغرامة التهديدية أن يطلبها الدائن إذ لا يجوز للقاضي أن يحكم بها من تلقاء نفسه فالقاضي ملزم بألا يحكم إلا بما يطلبه الخصوم فضلا عن ذلك فإن الدائن الذي لم يطلب الحكم بالغرامة التهديدية يكون قد ارتضي التأخير .

ثانيا : خصائص الحكم بالغرامة التهديدية

١- الحكم بالغرامة التهديدية **ليس حكما بالتعويض وإنما هو وسيلة للضغط على المدين** لحمله على أن يقوم بنفسه بالتنفيذ فالقاضي وهو يقدر مقدار الغرامة التي يحكم بها ، لا يراعي مقدار الضرر الذي يلحق الدائن بسبب عدم التنفيذ ، وإنما يراعي أن تكون الغرامة بالقدر الذي يجعلها مجدية في تحقيق الغرض المقصود وهو الضغط على المدين ، بحيث يتوقف مقدار الغرامة على ظروف المدين وثروته .

٢- ونظرا لأن الغرامة التهديدية تستحق عن كل يوم فإن مرور الزمن يؤدي إلى تراكم الغرامة المحكوم بها عليه ، وهذا مما قد يدفعه إلى المبادرة بالتنفيذ .

٣- الحكم بالغرامة التهديدية لا يحوز حجية الأمر المقضي فهو **حكم وقتي تهديدي** يعاد النظر فيه فيما بعد في ضوء الموقف الذي اتخذه المدين من الحكم بالغرامة .

٤- يترتب على أن الحكم بالغرامة التهديدية ، حكما وقتيا أنه **لا يكون واجب التنفيذ** ، وأن المبلغ المحكوم به لا يعتبر دينا محققا في ذمة المدين يجوز للدائن أن ينفذه على أمواله ، بل يجب على الدائن أن ينتظر حتى يعاد النظر في مقدار الغرامة التهديدية.

ثالثا : أثر الحكم بالغرامة التهديدية

- فإن نفذ المدين التزامه يكون الحكم بالغرامة قد حقق الهدف منه وعندئذ لا يكون هناك محل للحكم بالتعويض من عدم التنفيذ أما إذا كان الموقف الثاني وهو الإصرار على عدم التنفيذ ، فلا جدوى من الاستمرار في الغرامة والتهديد بها ، ويجب أن تتحول الغرامة التهديدية إلى تعويض نهائي يطلب الدائن الحكم به عن عدم التنفيذ والتعويض الذي يحكم به القاضي يقوم على **عنصرين هما:**
- **العنصر الأول :-** ما لحق الدائن من خسارة **العنصر الثاني :-** وما فاته من كسب وأورد المشرع حكما استثنائيا.
- إذا تعنت المدين وأصر على عدم التنفيذ ، فيمكن أن يحكم القاضي بتعويض يزيد عن مقدار الضرر الذي لحق الدائن والمشرع بهذا الحكم الاستثنائي قد أضاف إلى عنصري التعويض العادي وهما : ما لحق الدائن من خسارة ، وما فاته من كسب نتيجة التأخير في التنفيذ ، **عنصرا ثالثا هو العنت** الذي بدا من المدين وهذا الحكم الاستثنائي هو الذي يعطي لنظام الغرامة التهديدية قيمة عملية فالمدين المحكوم عليه بغرامة قد يبادر إلى التنفيذ لعلمه أنه كلما طال عناده وإصراره على عدم التنفيذ كلما زاد مبلغ التعويض الذي سيحكم به عليه في النهاية .

التنفيـذ بطريـــق التعويـــض

التعويض القضائي

- **التعويض** ← جزاء إخلال المدين بالتزامه ، ويحدث هذا الإخلال إذا قصر المدين في تنفيذ التزامه عينا أو تأخر في القيام بهذا التنفيذ ويشترط لاستحقاق التعويض القضائي أن يقوم الدائن بأعذار المدين حتى يثبت في مواجهته التأخير في تنفيذ الالتزام .

س٣: وضح ماهية الإعذار مبيناً الحالات التي لا ضرورة فيها للإعذار؟

الأعـــذار

تعريف الأعذار وأهميته :

- **الأعذار** ← وضع المدين موضع المتأخر قانونا في الوفاء بالتزامه إذا لم يف به فورا ولبيان الحكمة من اشتراط الإعذار نقول أن الأصل أنه إذا أصبح الدين مستحق الأداء ولم يقم المدين بالوفاء به ولم يطالبه الدائن بالوفاء ، فإن تأخر المدين الفعلي لا يعتبر تأخرا من الناحية القانونية وبالتالي لا يعتبر المدين مخطأ لأن سكوت الدائن عن مطالبة المدين يحمل على محمل التسامح والرضا منه فإذا أراد الدائن أن يظهر رغبته في قيام المدين بالتنفيذ دون إبطاء فعليه أن يظهر رغبته هذه للمدين بالطرق التي رسمها القانون لذلك ، وإظهار هذه الرغبة هو الإعذار .

أولا : كيف يتم الإعذار

يمكن أن يتم الإعذار بأحد طرق ثلاثة :

الإنذار	ما يقوم مقام الإنذار	جواز الاتفاق على شكل آخر للأعذار
الإنذار ورقة رسمية يعبر فيها الدائن عن رغبته في اقتضاء دينه ويتم إعلانه للمدين على يد محضر لشخصه أو في موطنه	ويقصد به أية ورقة رسمية أخرى يعلنها الدائن لمدينه وتتضمن رغبة الدائن في اقتضاء حقه ومثال ذلك إعلان صحيفة الدعوى	يجوز الاتفاق مقدما على إعفاء الدائن من شرط أعذار مدينة عند حلول أجل الدين ، فإذا انقضي الأجل في هذه الحالة كان ذلك وحده كافيا لوضع المدين موضع المتأخر . الاتفاق الضمني أن يشترط الدائن في عقد التوريد وجوب التسليم فورا

ثانيا : الحالات التي لا ضرورة فيها للإعذار

أ) إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين

- فالغرض من الإعذار هو دعوة المدين لكي ينفذ التزامه فإذا كان هذا التنفيذ أصبح غير ممكن أو غير مفيد بفعل المدين نفسه فإن الإعذار يصبح لا فائدة منه .
- **مثال التنفيذ غير الممكن←** أن يبيع شخص عقارا فيلتزم بنقل ملكيته إلى المشترى ، فإذا هو يبيع ذات العقار إلى شخص أخر ويمكنه من التسجيل قبل أن يسجل المشترى الأول عقده فلم يعد في إمكان المدين أن ينفذ الالتزام ومن ثم لا حاجة إلى الإعذار.
- **مثال التنفيذ غير المجدي** أن يلتزم شخص بأن يحيي حفل زفاف معين ولا يحضر ليلة الزفاف فتنفيذ المدين لالتزامه لا يفيد الدائن شيئا ولا داعي للإنذار .

ب) إذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب على عمل غير مشروع

- العمل غير المشروع هو الإخلال بالواجب العام الذي يفرض على شخص التزاما بأن يتخذ الحيطة والحذر في مسلكه وألا ينحرف في ذلك عن سلوك الرجل المعتاد ، وهو ما يعرف بالالتزام بعدم الإضرار بالغير فإن حدث هذا الانحراف وأصيب الغير بضرر فإن المدين يكون قد أخل بالتزامه ويصبح مسئولا عن تعويض الضرر الناتج عن العمل غير المشروع دون حاجة إلى إعذار.

ج) إذا كان محل الالتزام رد شئ بعلم المدين أنه مسروق أو رد شئ تسلمه دون حق وهو عالم بذلك

- إذا علم المدين أن الشئ الذي يلتزم برده مسروق ، أو أنه تسلمه بدون حق فإنه يكون مقصرا إذا لم يرده في الوقت المناسب فحائز الشئ المسروق مع علمه بالسرقة يعد سئ النية ومن ثم فهو غير جدير بضمانة الإعذار.

د) إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه

- هنا أيضا تظهر علة عدم ضرورة الإعذار واضحة فليس من المقبول بعد أن عبر المدين عن إرادته في أنه لن ينفذ التزامه صراحة وعن طريق الكتابة ، أن يحمل عدم التنفيذ من جانب المدين وسكوت الدائن على محمل التسامح من جانب هذا الأخير .

ثالثا : النتائج المترتبة على الإعذار

١- إلزامه بمصاريف المطالبة القضائية :

- **إذا أعذر الدائن المدين** ← ولم يقم المدين بتنفيذ التزامه رغم ذلك فاضطر الدائن إلى رفع دعوى لمطالبته بالتنفيذ ، فإن المدين هو الذي يتحمل مصروفات الدعوى حتى ولو بادر إلى تنفيذ التزامه بمجرد رفع الدعوى لأنه هو الذي تسبب في هذه المصروفات بامتناعه عن التنفيذ رغم الإعذار.
- **إذا لم يكن المدين قد أعذر** ،ثم بادر بالتنفيذ بمجرد رفع دعوى عليه ، فإن الدائن هو الذي يتحمل مصروفات المطالبة القضائية لتسرعه في رفع الدعوى قبل إعذاره .

٢- إلزامه بالتعويض :

- يترتب على أعذار المدين تحمله بالتعويض عن تأخره في تنفيذ التزامه أو عن عدم تنفيذه وذلك من وقت الإعذار **غير أن هذا الأصل يرد عليه استثناء** وهو أنه إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود فإن فوائد التأخير لا تسرى إلا من وقت المطالبة القضائية ، فلا يكفي لاستحقاقها مجرد الإعذار.

٣ - تحمله تبعة الهلاك :

- **المقصود بتبعية الهلاك** ← إذا استحال تنفيذ الالتزام بسبب حادث لا يمكن توقعه ولا يمكن دفعه ، أي قوة قاهرة وكان العقد المنشئ للالتزام ملزما للجانبين فإن هذا الالتزام ينقضي بسبب استحالة تنفيذه .
- **تطبيقا لذلك** ← إذا هلكت العين المؤجرة ، فاستحال على المؤجر أن يمكن المستأجر من الانتفاع فإن التزام المستأجر بدفع الأجرة ينقضي ويتحمل المؤجر (المدين) تبعة الهلاك.
- **أما إذا كان العقد ملزما لجانب واحد** فإن الذي يتحمل تبعة الهلاك هو الدائن لا المدين .
- **تطبيقا لذلك** ← في عقد الوديعة التبرعية ، فإن هلاك العين المودعة بقوة قاهرة يؤدي إلى انقضاء التزام المودع لديه (المدين) بالرد ويتحمل الدائن الهلاك تلك هي القواعد العامة التي تحكم تحمل تبعة الهلاك في حالة القوة القاهرة فيأتي الإعذار ليغير من هذه القواعد .
- **ففي مثال عقد الوديعة** ← قلنا أنه إذا هلك الشئ المودع بقوة قاهرة ، فإن الذي يتحمل تبعة هلاكه هو الدائن ، أي المودع ولكن إذا لم يرد المودع لديه الوديعة وأعذره الدائن بالرد ، فإن الذي يتحمل تبعة الهلاك هو المودع لديه (المدين بالرد) لأن الهلاك عندئذ يعتبر راجعا إلى تخلفه عن رد الشئ المودع إذ لو سلمه لما هلك.

كيف يقدر التعويض

س٤ : قارن بين التعويض النقدي والتعويض العيني؟

التعويض النقدي والتعويض العيني :

- متى توافرت أركان المسئولية ، حكم بتعويض للشخص المضرور والتعويض سواء أكان عن عدم التنفيذ أم عن التأخير في التنفيذ يتم تقديره بواسطة القاضي ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به .
- **الأصل** ← أن يكون التعويض نقديا ، فتحكم المحكمة بإلزام المدين بدفع مبلغ من النقود على سبيل التعويض
- **لكن ليس هناك ما يمنع** ← من أن يكون التعويض شيئا أخر فقد يرى المضرور أنه من المناسب له الحصول على أداء أخر غير النقود على سبيل التعويض وفي هذه الحالة نكون بصدد تعويض عيني لا تعويض نقدي .
- إذا كان محل الالتزام تسليم شئ هلك بخطأ المدين فيستطيع الدائن أن يطلب بدلا من التعويض النقدي تسليمه شيئا مماثلا ومن ذلك أيضا إذا كان محل الالتزام هو المحافظة على شئ وتسليمه فإذا أصاب الشئ تلف بخطأ المدين فإن التعويض في هذه الحالة قد يتمثل في قيام المدين بإصلاح التلف الذي أصاب الشئ.

عناصر التعويض :

- **عناصر التعويض التي يبني عليها القاضي تقديره هي** ← ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب والتعويض يكون بقدر الضرر
- **مثال ذلك** ← إذا رفض ممثل إحياء حفلة تمثيلية التزم بإحيائها قبل صاحب المسرح فيتمثل الضرر الذي لحق هذا الأخير فيما لحقه من خسارة تتمثل في نفقات إعداد الحفل ، وما فاته من كسب في صورة ربح كان سيعود عليه من إحياء هذه الحفلة .

حدود التزام المدين بالتعويض

أولا : التعويض عن الضرر المباشر :

- لا تعويض إلا عن الضرر المباشر **والضرر المباشر** هو الضرر الذي يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء ولكي نفهم التفرقة بين الضرر المباشر ، الذي يستحق الدائن التعويض عنه ، والضرر غير المباشر الذي لا يعوض عنه
- **نضرب المثال التالي←** اشترى شخص بقرة مصابة بطاعون ، وقد نقلت هذه البقرة المرض إلى الأبقار التي يمتلكها المشترى مما أدي إلى هلاك جميع الأبقار ثم ترتب على ذلك بوار أرضه التي كان يزرعها ففي هذه المثال فإن الضرر المباشر يتمثل في هلاك البقرة المبيعة وهلاك باقي الأبقار المملوكة للمشترى نتيجة العدوى أما بوار أرض المشترى ، فهو ضرر غير مباشر ، لأنه كان يمكن له أن يتوقاه بتأجير أبقار أخرى يستعين بها في زراعة أرضه .

ثانيا : التعويض عن الضرر المتوقع

- لا يكون التعويض إلا عن الضرر المباشر المتوقع ، أي الذي يمكن توقعه عادة وقت العقد إلا إذا كان المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما ، فيلزم حينئذ بتعويض كل الضرر المباشر حتى ما كان منه غير متوقع الحصول عادة وقت العقد .
- **مثال ذلك ←** إذا أرسلت طردا بالطائرة ، وكان يحتوى على مجوهرات ، ثم فقد هذا الطرد بإهمال شركة الطيران ، فإن الشركة تلتزم بتعويضك عن فقد الطرد ولكن التعويض يكون على أساس قيمة الضرر الذي يمكن توقعه عادة في مثل هذه الحالة ولما كان من غير المتوقع عادة أن تحتوى الطرود على مجوهرات كبيرة القيمة فإن الشركة لا تلتزم إلا بقيمة الضرر الذي يمكن توقع حصوله ، وليس بقيمة الضرر الذي أصابك نتيجة فقد مجوهراتك أما إذا كان الطرد قد اختفي نتيجة غش أو خطأ جسيم ممن يمثل الشركة ، فإن الشركة تلتزم بقيمة المجوهرات كاملة .

ثالثا : تقدير التعويض يكون بناء على الضرر المحقق وقت صدور الحكم

- يتعين على القاضي أن يقدر الضرر بحسب حالته يوم صدور الحكم النهائي فيأخذ في اعتباره ما يطرأ على الضرر من تغير في مداه (عناصره) أو في قيمته حتى يوم صدور هذا الحكم فيدخل في ذلك مثلا ، ما يترتب على تغير الأسعار من تأثير في تحديد مدى الضرر .

ملحوظة هامة

✍ يعتبر تقدير التعويض مسألة لا يخضع فيها القاضي لرقابة محكمة النقض ولكن تعيين العناصر التي تدخل في تقدير التعويض يعتبر مسألة قانونية ويدخل في اختصاص محكمة النقض .

س٥ : تكلم عن التعويض الإتفاقي (الشرط الجزائي)؟

التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي)

تعريف الشرط الجزائي وتمييزه عن غيره

- **الشرط الجزائي ←** هو الاتفاق المسبق بين المتعاقدين على تقدير التعويض الذي يدفعه المدين عند عدم تنفيذ التزامه أو التأخر في تنفيذه والعقود التي تتضمن شرطا جزائيا كثيرة ومن أمثلتها: عقود المقاولات حيث يتضمن العقد في كثير من الحالات شرطا جزائيا بموجبه يلتزم المقاول بدفع مبلغ معين عن التأخير في التسليم في الموعد المحدد.

- **وتجب التفرقة بين الشرط الجزائي والصلح**

- **الصلح ←** اتفاق لا حق على إخلال أي من المتعاقدين بتنفيذ التزامه ويتم هذا الاتفاق بين المتعاقدين بقصد حسم ما ثار بينهما من منازعات.
- **الشرط الجزائي ←** اتفاق سابق على وقوع الضرر

كما تجب التفرقة أيضا بين الشرط الجزائي والعربون

العربون← يدفع عند التعاقد إنما يقصد به بحسب الأصل العدول ، بمعني أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول والعربون هو مقابل لهذا العدول فإن عدل من دفع العربون خسره ، وإن عدل من قبضه رد ضعفه

الشرط الجزائي← لا يستحق إلا إذا أصاب المتعاقد الأخر ضرر .

شروط استحقاق الشرط الجزائي

يشترط لاستحقاق الشرط الجزائي ، نفس شروط استحقاق التعويض ، وهي خطأ المدين والضرر الذي يصيب الدائن وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر ويشترط كذلك أن يقوم الدائن بإعذار المدين إلا إذا تعلق الأمر بإحدى الحالات التي لا يكون الإعذار فيها ضروريا .

التكييف الصحيح للشرط الجزائي

الشرط الجزائي ، لا يوجد مستقلا بذاته ، وإنما يكون تابعا لالتزام أصلي ، ولا يستحق الشرط الجزائي إلا عند الإخلال بهذا الالتزام الأصلي ويترتب على تبعية التزام المدين بالشرط الجزائي للالتزام الأصلي **النتائج الآتية :**

١- لا يستطيع الدائن أن يترك المطالبة بالالتزام الأصلي ، إذا كان ممكنا ويطالب بقيمة الشرط الجزائي كما أن المدين لا يستطيع أن يعدل عن تنفيذ الالتزام الأصلي ، إذا كان ممكنا إلى تنفيذ الشرط الجزائي فليس الشرط الجزائي بديلا عن الالتزام الأصلي أما إذا أصبح تنفيذ الالتزام الأصلي مستحيلا بخطأ المدين تغير محل الالتزام إلى تعويض يرجع في تقديره إلي الشرط الجزائي .

٢- يترتب على تبعية الشرط الجزائي للالتزام الأصلي ، أنه يزول بزواله ويتصف بأوصافه فإذا كان الالتزام الأصلي باطلا سقط هذا الالتزام وسقط معه الشرط الجزائي .

٣- إذا كان الشرط الجزائي باطلا في حين كان الالتزام الأصلي صحيحا فإن بطلان الشرط الجزائي لا يمتد إلى الالتزام الأصلي وفي هذه الحالة يبطل الشرط الجزائي فقط مع بقاء عقد الرهن صحيحاً .

س٦ : ما هي سلطة القاضي إزاء الشرط الجزائي؟

سلطة القاضي إزاء الشرط الجزائي

فإذا توافرت شروط استحقاق الشرط الجزائي ، فإن القاضي يحكم به إذا وجد أن هناك تناسبا بين الضرر ومقدار هذا الشرط ولكن القاضي قد لا يحكم بالتعويض ، إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر

ويمكن تحديد سلطة القاضي إزاء الشرط الجزائي على النحو التالي :

أولا← لا يستحق التعويض الاتفاقي إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر فيكون من سلطة القاضي استبعاد الشرط الجزائي تأسيسا على أن نية المتعاقدين قد اتجهت إلى تحديد التعويض.

ثانيا← إذا وقع الضرر ، فالأصل أن يحكم القاضي بالمبلغ الذي اتفق عليه الطرفان كشرط جزائي احتراما لإرادتهما وتطبيق للقاعدة المعروفة العقد شريعة المتعاقدين.

ثالثا← ولكن مع ذلك أجاز المشرع للقاضي أن يخفض التعويض الذي يحكم به عما هو متفق عليه في حالتين ، وأجاز له الحكم بأكثر من التعويض المتفق عليه في حالة معينة.

أ – سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي

الحالة الأولى : المبالغة الكبيرة في تقدير التعويض .

كثيرا ما يحدث ، أن يبتعد المتعاقدان في الشرط الجزائي عن وظيفته الأصلية وهي تقدير التعويض ويتخذان منه وسيلة لتهديد المدين ، وقد يقبل المدين الشرط بما فيه من المبالغة اعتمادا منه على أنه سوف ينفذ التزامه فلا يهتم بالشرط الجزائي فتدخل المشرع للحد من مبدأ سلطان الإرادة وأجاز للقاضي تخفيض التعويض عما هو متفق عليه .

الحالة الثانية : التنفيذ الجزئي للالتزام .

الشرط الجزائي قد وضع لحالة عدم تنفيذ الالتزام أصلا ، أو للتأخر في تنفيذ الالتزام كله وعلى ذلك إذا كان المدين قد نفذ جزءا من التزامه ولم ينفذ الجزء الأخر ، فإن للقاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي بقدر أهمية الأداء الذي نفذه المدين .

يلاحظ أن التخفيض أمر جوازي للقاضي← فقد لا يخفض التعويض إذا تبين له أن الجزء الذي نفذه المدين تافها أو غير مفيد للدائن .

ب) سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي

- في حالة ما إذا جاوز الضرر الحادث قيمة التعويض المتفق عليه يكون الشرط الجزائي متضمنا اتفاقا على الإعفاء من المسئولية في حدود الضرر الزائد وحيث إنه لا يسرى الاتفاق على الإعفاء من المسئولية عند صدور الغش أو الخطأ الجسيم من المدين فإن القاضي يتعين عليه في هذه الحالة أن يحكم بزيادة الشرط الجزائي بقدر الزيادة في الضرر .

التعويض القانوني أو فوائد التأخير

التعريف ونوعا الفوائد

- إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود وتأخر المدين في الوفاء به كان ملزما بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير مبلغا من النقود يتحدد على أساس نسبة مئوية من المبلغ محل الالتزام وتعرف هذه النسبة بالفوائد .

والفوائد نوعان:

فوائد تأخيرية	فوائد تعويضية
إلزام المدين بدفع مبلغ من النقود في صورة فوئد على أساس نسبة من رأس المال ، وتحسب هذه النسبة سنويا	إلزام المدين بدفع مبلغ من النقود كمقابل لتركه ينتفع بمبلغ من النقود مدة معينة

الحد الأقصى للفائدة

- لا يجوز أن يزيد بحال من الأحوال الحد الأقصى للفائدة سواء أكانت تأخيرية أم تعويضية عن ٧%

شروط استحقاق فوائد التأخير

الشرط الأول : المطالبة القضائية :

- يشترط لاستحقاق التعويض القانوني (الفوائد) أن يطالب الدائن بها قضاء ويرجع تشدد المشرع هنا إلى كراهيته للربا كما أنه لا يكفي لاستحقاق الفوائد أن يطالب الدائن بأصل الدين وإنما يجب أن يطالب الدائن بالفوائد بالإضافة إلى مطالبته بأصل الدين ، فإن أغفل المطالبة بها فلن يحكم له بالفوائد .

الشرط الثاني : أن يكون محل الالتزام معلوم المقدار وقت الطلب :

- يجب لاستحقاق الفوائد أن يكون محل الالتزام مبلغا من النقود معلوم المقدار وقت الطلب فلا تستحق الفوائد إذا كان ما يطالب به الدائن غير معلوم المقدار.

القيود القانونية على استحقاق الفوائد

أولا : القيد الخاص بالحد المقرر لسعر الفائدة

- حددت سعر الفوائد القانونية بنسبة ٤% في المسائل المدينة و ٥% في المسائل التجارية كما أنه لا يجوز الاتفاق على فائدة تزيد على ٧% ، ويدخل في تقدير هذه النسبة كل عمولة أو منفعة أيا كان نوعها اشترطها الدائن .

حالتان لإمكان تخفيض الفوائد التأخيرية عن السعر المقرر

الحالة الأولي : تسبب الدائن بسوء نية في إطالة أمد النزاع :

- هذه الحالة هي صورة الدائن الذي يعمل على وضع مدينة موضع التأخير ، فتبدأ فوائد التأخير في السريان ثم يماطل اعتمادا على أن كل وقت يمر سيحصل فيه على مزيد من الفوائد فأراد المشرع أن يرد عليه قصده السئ ، وأعطي القاضي رخصة تخفيض الفوائد أو الإعفاء منها .

ويشترط لإعمال هذا الحكم شرطان :

١- **الشرط الأول : إطالة أمد النزاع بغير مبرر :**

- من ذلك أن ينكر الدائن توقيعه على مخالصة صدرت منه أو أن يطعن كيديا بالتزوير على مستند صادر منه
- **الشرط الثاني : سوء نية الدائن←** فيجب أن يتعمد الدائن فى إطالة النزاع حتى تتراكم الفوائد على المدين.

الحالة الثانية : الفوائد التأخيرية بعد رسو المزاد :

- فإذا حجز الدائنون على أموال مدينهم وباعوها في المزاد لاستيفاء حقوقهم فعند رسو المزاد على شخص فإن تغييرا جوهريا يحدث بالنسبة للفوائد التي تستحق للدائنين منذ تاريخ رسو المزاد والأمر لا يخرج عن أحد فرضين بالنسبة لمن رسا عليه المزاد تدفع خزانة المحكمة فوائد مقابل إيداع الثمن بها.

إمكان مطالبة الدائن بتعويض بجانب فوائد التأخير :

- يطالب بتعويض تكميلي زيادة عن الفوائد ، إذا تسبب المدين بسوء نية في الإضرار بالدائن

ثانيا : القيد الخاص بعدم جواز الربح المركب

- يجب أن يكون رأس المال وحده هو الأساس في احتساب الفوائد المقررة وعلى ذلك إذا تأخر المدين عاما في الوفاء بمبلغ مائة جنيه فاستحقت عليه فائدة تأخيري قدرها أربعة جنيهات ثم لم يف المدين لا بأصل الدين ولا بالفائدة حتى مرت سنة أخرى ففي هذه الحالة تستحق فائدة تأخير عن السنة الثانية ولكن يجب أن تحسب هذه الفائدة بالنظر إلى أصل الدين فقط وهو مائة جنيه وليس مائة وأربعة جنيهات .

ثالثا : القيد الخاص بعدم جواز زيادة مجموع الفوائد على رأس المال

- لا يجوز في أية حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضها الدائن أكثر من رأس المال

فوائد البنوك

- مجلس إدارة البنك المركزي هو السلطة المختصة بتنظيم السياسة النقدية والائتمانية والمصرفية وللمجلس في سبيل ذلك اتخاذ العديد من الوسائل ، ومنها تحديد أسعار الخصم وأسعار الفائدة الدائنة والمدينة على العمليات المصرفية دون التقيد بالحدود المنصوص عليها في أي تشريع أخر .

ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان

الضمان العام للدائنين

تعريف الضمان العام :

- تعبير عن حق الدائن في التنفيذ على أي مال في ذمة المدين وقت التنفيذ واستيفاء دينه من حصيلة بيع هذه المال أو أموال المدين كلها جبرا إذا لم ينفذ التزامه اختيارا .

خصائص الضمان العام :

١- يرد الضمان العام على جميع أموال المدين .

٢- الضمان العام مقرر لجميع الدائنين وهم متساوون في هذا الضمان .

وسائل المحافظة على الضمان العام :

١- الدعوى غير المباشرة . **٢- دعوى عدم نفاذ التصرفات .**

٣- دعوى الصورية . **٤- الحق في الحبس** **٥- شهر إعسار المدين**

س٧: تكلم عن الدعوي غير المباشرة مبيناً شروطها وأثارها؟

الدعوى غير المباشرة

تعريف الدعوى غير المباشرة وأهميتها :

- **الدعوى غير المباشرة←** نظام قانوني يهدف إلى المحافظة على الضمان العام للدائن من نتائج إهمال المدين في استعمال حقوقه المالية ، وبمقتضاه يكون للدائن سلطة في استعمال حقوق مدينة باسم هذا المدين .
- **الهدف من هذه الدعوى←** هو المحافظة على الضمان العام
- **الأداة الفنية التي اصطنعها المشرع لتحقيق هذا الهدف←** هي فكرة النيابة القانونية فاعتبر المشرع الدائن نائبا عن مدينة في استعمال حقوق هذا المدين والنيابة هنا نيابة قانونية لأن مصدرها نص القانون لا الاتفاق.

شروط الدعوى غير المباشرة

أولا : الشروط التي تتعلق بالدائن

- لا يتطلب القانون في الدائن رافع الدعوى غير المباشرة سوي شرطا واحدا ، هو أن يكون حقه موجودا أي محققا خاليا من النزاع فإذا كان حق الدائن محتملا أو كان متنازعا فيه فإنه لا يستطيع استعمال حقوق مدينة ويستطيع الدائن أن يرفع الدعوى غير المباشرة ولو كان حقه مؤجلا ولا يحل أجله بعد ، أو كان حقه معلقا على شرط واقف كما لا يشترط أن يكون هذا الحق معين المقدار كذلك لا يشترط أن يكون حق الدائن ثابتا بسند تنفيذي أي مقررا بمقتضي ورق رسمية أو حكم .

ثانيا : الشروط التي تتعلق بالمدين

١- سكوت المدين عن استعمال حقه

- فالدعوى غير المباشرة تقررت ليتغلب بها الدائن على موقف سلبي من المدين هو عدم استعمال حقوقه ، يستوي أن يكون سكوت المدين عن استعمال حقه راجعا إلى مجرد الإهمال ، أو كان يقصد الإضرار بدائنيه ، ولذلك إذا استعمل المدين حقه ، بأن رفع دعوي أمام القضاء مثلا فلا يجوز لدائنه أن يبدأ مطالبة جديدة بهذا الحق عن طريق الدعوى غير المباشرة .

٢- إعسار المدين أو زيادة إعساره

- **المقصود بالإعسار** ← هنا زيادة مجموع الديون التي على المدين على مجموع ما له من حقوق وعلى ذالك إذا كان لدى المدين أموال تكفي للوفاء بجميع ديونه ، فلا تكون للدائن مصلحة من رفع الدعوى غير المباشرة ، فهو يستطيع استيفاء حقه من أموال المدين الأخرى ويقع على الدائن عبء إثبات إعسار المدين إلا أن الدائن يكفيه أن يثبت ما على المدين من ديونه .

٣- إدخال المدين خصما في الدعوى

- وهذا شرط شكلي فإذا لم يدخل المدين في الدعوى كانت غير مقبولة ذلك لأن المدين هو الأصيل صاحب الحق موضوع الدعوى ، ونيابة الدائن عنه لم تتقرر بموافقته ، بل جبرا عنه بنص القانون ووجود المدين في الدعوى يسهل إجراءاتها ويساعد على سرعة الفصل فيها

ثالثا : الشروط التي ترجع إلي الحق الذي يستعمله الدائن باسم مدينة

١- أن يكون الحق الذي يستعمله الدائن حقا ماليا

- **القاعدة** ← أنه يجوز للدائن أن يطالب مدينة بأي حق مالي أما الحقوق غير المالية فلا يكون للدائن أن يطالب بها والعلة في هذا واضحة ، فالهدف هو المحافظة على الضمان العام وهذا الضمان لا يشمل سوي الحقوق المالية ، فلا يجوز للدائن مثلا أن يستعمل حق مدينه في إثبات نسبه أو حقه في تطليق زوجته .

٢- ألا يكون الحق متصلا بشخص المدين خاصة

- **الحقوق التي تدخل بشخص المدين خاصة يمكن تقسيمها إلى طائفتين :**

- **الطائفة الأولي** ← وهي الحقوق التي يتوقف استعمالها على اعتبارات أدبية لا يقدرها إلا المدين نفسه مثل حق الرجوع في الهبة لعذر مقبول كعجزة عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية.
- **الطائفة الثانية** ← الحقوق التي تسمي الرخص مثل حق الموجه إليه إيجاب في أن يقبله فليس للدائن أن يقبل باسم المدين إيجابا موجها إليه ولو كانت الصفقة رابحة .

٣- أن يكون الحق مما يقبل الحجز

- يشترط ان يكون الحق الذي يستعمله الدائن مما يقبل الحجز .
- إذا كان حق المدين لا يقبل الحجز ، فلا مصلحة للدائن في استعمال هذا الحق ومن أمثلة ذلك دين النفقة ومرتبات الموظفين

أثار الدعوى غير المباشرة

١- أثار الدعوى بالنسبة للمدين

- يكون للمدين أن يتصرف في حقه ، فلا يترتب على رفع الدعوى غير المباشرة غل يد المدين عن الحق المطالب به فله أن ينقله إلى الغير بعوض كالبيع وليس للدائن أن يعترض على تصرف المدين إلا وفقا للقواعد الخاصة بدعوى عدم نفاذ التصرفات.

٢- آثار الدعوى بالنسبة للدائن

- الدائن رافع الدعوى يعمل نيابة عن مدينة ، لذلك فإن الحكم الذي يصدر في الدعوى إنما يصدر لصالح المدين ويترتب على هذا أن ما تسفر عنه الدعوى لا يستأثر به الدائن ، وإنما يدخل في الضمان العام ، ويستطيع جميع الدائنين أن ينفذوا عليهم بحقوقهم وأن يقتسموا حصيلته فيما بينهم قسمة غرماء فلا تقتصر الاستفادة عليه وحده ، ولا تكون له أية أولوية بناء على إقامته لهذه الدعوى.

٣- آثار الدعوى بالنسبة للخصم

- الخصم في الدعوى وهو مدين المدين يستطيع أن يتمسك ضد الدائن بجميع الدفوع التي كان يستطيع أن يدفع بها في مواجهة المدين مثلا إذا كان حق المدين قد انقضي لسبب ما كان للمدعي عليه أن يتمسك في مواجهة الدائن بانقضاء الحق الذي يطالب به .

الفرق بين الدعوى غير المباشرة والدعوى المباشرة :

وجه المقارنة	الدعوي الغير المباشرة	الدعوي المباشرة
رافع الدعوي	الدائن يرفع الدعوي ولكن لا يرفعها بأسمه هو بل بأسم المدين ونيابه عنه	الدائن هو الذي يرفع الدعوي ويرفعها بأسمه هو
الحق المطالب به	رفع هذه الدعوي لا يرفع يد المدين عن التصرف في الحق المطالب به فله ان يتصرف فيه ويضيع علي الدائن كل فائدة كان يتوقعها من وراء رفع الدعوي	الحق المطالب به يستأثر به الدائن وحده ولا يشاركه فيه غيره من الدائنين ولا يستطيع المدين ان يتصرف فيه
النتيجة التي تترتب علي الحكم في الدعوي	لا يستأثرها الدائن وإنما يستفيد منها سائر الدائنين علي قدم المساواة	يستأثر بها الدائن وحده ويصبح حق الدائن حقاً ممتازاً فله التقدم والاولوية علي غيره من الدائنين

دعوى عدم نفاذ التصرفات (الدعوى البوليصية)

تعريف الدعوى البوليصية

- **الدعوى البوليصية** ← وسيلة من وسائل المحافظة على الضمان العام يتغلب بها الدائن على مسلك إيجابي من المدين ، وهو أن يتصرف تصرفا ضارا بالدائن فيتجاهل هذا الأخير هذا التصرف الضار ويعتبره غير نافذ في حقه ونظرا لأن خطورة الدعوى البوليصية تفوق خطورة الدعوى غير المباشرة ، إذ أنها تمس حرية المدين في التصرف في أمواله ، فإن المشرع قد تشدد بشأن شروط الدعوى البوليصية .

شروط الدعوى البوليصية

أولا : الشروط التي تتعلق بالدائن :

١- يجب أن يكون حق الدائن مستحق الأداء :

- يستلزم أن يكون حق الدائن المدعي مستحق الأداء وعلى ذلك إذا كان حق الدائن مضافا إلى أجل لم يحل بعد ، أو معلقا على شرط واقف لم يثبت تحققه فلا يكون له الطعن في تصرف مدينة بالدعوى البوليصية

٢- يجب أن يكون حق الدائن سابقا على تصرف المدين المطعون فيه :

- يشترط أن يكون حق الدائن سابقا في الوجود على التصرف القانوني المطعون فيه وهذا شرط تقتضيه طبيعة الدعوى البوليصية ، فالدائن لا يستطيع أن يستعملها إلا إذا أصابه ضرر من تصرف المدين والعبرة في أسبقية حق الدائن هي بتاريخ نشوء هذا الحق مقارنا بتاريخ إبرام التصرف المطعون فيه ويقع على الدائن عبء إثبات أسبقية حقه على تاريخ التصرف المطعون فيه وله إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات .

٣- أن يكون تصرف المدين ضارا بالدائن :

- ويشترط أخيرا أن تكون للدائن مصلحة في رفع الدعوى وهو ما يعبر عنه بشرط الضرر ويتحقق ذلك حيث يترتب على تصرف المدين زيادة التزاماته أو إنقاص حقوقه المؤثرة في الضمان العام وعلى ذلك لا يضار الدائن من جراء تصرف المدين المعسر ، إذا كان المتصرف إليه من هذا المدين قد قام بإيداع خزانة المحكمة ثمن المثل ، إذ لن يتأثر الضمان العام في هذه الحالة .

ثانيا : الشروط التي تتعلق بالتصرف المطعون فيه :

١- يجب أولا أن يكون ما صدر من المدين تصرفا قانونيا

- لا تستعمل الدعوى البوليصية إلا في مواجهة تصرف قانوني أجراه المدين ، يستوي في ذلك أن يكون تصرفا من جانب واحد أم تصرفا من جانبين فالبيع والهبة والمقايضة تصرفات صادرة من الجانبين والإبراء والنزول عن الحق العيني تصرفات صادرة من جانب واحد فإذا كان العمل الذي صدر من المدين لا يعتبر تصرفا قانونيا بل واقعة مادية فلا يجوز الالتجاء إلى الدعوى البوليصية وعلى ذلك لو أتي المدين عملا غير مشروع أضر بالغير وترتب على ذلك التزامه بالتعويض فإن الدائن لا يستطيع أن يطعن في عمل المدين بالدعوى البوليصية ، حتى ولو كان التزامه بالتعويض قد أدي إلى إعساره .

٢- يجب ثانيا أن يكون التصرف الصادر من المدين تصرفا مفقرا

يكون التصرف مفقرا في حالتين :

أ-إذا انقص من حقوق المدين ومن أمثلة ذلك أن يخرج المدين مالا من ذمته بطريق الهبة أو البيع لأنه سيتمكن غالبا من إخفاء ثمن البيع بعيدا عن متناول الدائن .

ب- إذا زاد من التزامات المدين ومثال ذلك أن يبرم قرضا فيلتزم برد مبلغ القرض وقيام المدين بوفاء أحد دائنيه قبل حلول أجل دينه .

ثالثا: الشروط التي تتعلق بالمدين :

١- الإعسار أو زيادة الإعسار :

- يشترط لجواز الطعن في تصرف المدين بالدعوى البوليصية أن يكون قد ترتب على هذا التصرف إعسار المدين أو الزيادة في إعساره ويتحقق إعسار المدين إذا كانت أمواله لا تكفي للوفاء بما عليه من ديون وإذا تسبب تصرف المدين في إعساره بأن كان موسرا قبله ثم أعسر بسبب هذا التصرف كان من حق الدائن أن يطعن في هذا التصرف بالدعوى البوليصية .

٢- الغش والتواطؤ :

- لا يكفي أن يكون المدين معسرا وإنما يلزم أيضا أن يكون تصرفه منطويا على غش إذا كان معاوضة
- **أما إذا كان التصرف تبرعا**، جاز الطعن فيه بالدعوى البوليصية دون حاجة إثبات الغش وعلى ذلك يتعين التفرقة بين المعاوضات والتبرعات .

أ- إذا كان تصرف المدين معاوضة ، كالبيع ، اشترط المشرع أن يثبت الدائن غش المدين ويكفي لاعتبار التصرف منطويا على غش من المدين أن يكون هذا التصرف قد صدر منه وهو عالم أنه معسر فإذا أثبت الدائن ذلك قام هذا قرين على غش المدين.

ب- أما إذا كان تصرف المدين تبرعا ، كالهبة ، فإنه لا ينفذ في حق الدائن حتى ولو كان المتبرع له حسن النية ، أو ثبت أن المدين لم يرتكب غشا فشرط الغش إذن غير مطلوب إذا كان التصرف تبرعا والحكمة في ذلك واضحة فليس من المقبول عقلا أن يتبرع المدين وينفذ تبرعه في حق دائنيه ، وفي الوقت الذي يترتب على هذا التبرع عدم إمكان حصول الدائنين على حقوقهم فالأولي أن يقوم المدين بالوفاء بما عليه أولا قبل أن يتبرع والقاعدة أن دفع الضرر أولي من جلب المنفعة.

رابعا : تصرف خلف المدين إلي خلف أخر :

- قد تحدث في الواقع أن يتصرف المدين ، معاوضة أو تبرعا ثم يتصرف المتصرف إليه أي خلف المدين إلى شخص أخر أي خلف الخلف ، معاوضة أو تبرعا.

الفرض الأول :

- أن يكون التصرف الأول (الذي بين المدين والمتصرف إليه) تبرعا والتصرف الثاني (الذي بين المتصرف إليه والخلف) تبرعا أيضا في هذا الفرض يمكن الطعن بالدعوى البوليصية دون حاجة لتوافر الغش سواء عند المدين أو عند المتصرف إليه أو عند الخلف.

الفرض الثاني :

- أن يكون التصرف الأول معاوضة والتصرف الثاني معاوضة كذلك في هذا الفرض يلزم توافر الغش عند المدين أو يكون المتصرف إليه على علم بهذا الغش وأن يكون الخلف كذلك على علم بغش المدين وعلم المتصرف إليه بهذا الغش.

الفرض الثالث :

- أن يكون التصرف الأول تبرعا والتصرف الثاني معاوضة في هذا الفرض يمكن الطعن بالدعوى البوليصية دون حاجة لإثبات الغش لا عند المدين ولا عند المتصرف إليه ولكن يلزم إثبات غش الخلف .

الفرض الرابع :

- أن يكون التصرف الأول معاوضة والتصرف الثاني تبرعاً فهنا حتى يمكن الطعن بالدعوى البوليصية يلزم إثبات غش المدين ، وعلم المتصرف إليه بهذا الغش .

أثار الدعوى البوليصية

أولا : أثر الحكم بعدم النفاذ بالنسبة للدائنين

- يترتب على نجاح الدائن رافع الدعوى في دعواه ، اعتبار أن المال الذي تم التصرف فيه كأن لم يخرج قط من ذمة المدين فإذا كان المدين قد باع شيئا يملكه ، فيكون للدائن أن يعتبر هذا التصرف لم يبرم ويمارس سلطته على هذا الأساس .

ثانيا : أثر الحكم بعدم النفاذ في العلاقة بين المدين والمتصرف فيه

- العلاقة بين المدين ومن تصرف إليه فإن التصرف يبقي نافذا بينهما وعلى ذلك فإن ما يبقي من المال المتصرف فيه بعد أن يستوفي الدائن حقه ، يكون من حق المتصرف إليه فإذا كان التصرف المطعون فيه بيعا مثلا ، فإن الملكية تنتقل إلى المشترى ، ويكون ملتزما بدفع الثمن وبالتالي إذا نفذ الدائن على المبيع ، فإن ما يبقي من ثمن بيعه بالمزاد ، بعد استيفاء الدائن لحقه ، يكون ملكا للمشترى لا البائع .

تقادم الدعوى البوليصية

الدعوى البوليصية تسقط بحلول أقرب الأجلين :

١- انقضاء ثلاث سنوات من يوم علم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف .

٢- انقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور التصرف .

س٨: وضح ماهية دعوي الصورية مبيناً أنواعها وشروطها وأثارها؟

دعوى الصورية

معنى الصورية وأنواعها

يقصد بالصورية إظهار علاقة قانونية على غير حقيقتها فهي تتحقق إذا ما اتفق شخصان على إجراء مظهر لتصرف قانوني يخالف حقيقة العلاقة بينهما وتهدف في الغالب إلى إظهار أن مالا قد خرج من ملك المدين وبالتالي أصبح بعيدا عن متناول الدائنين والحقيقة أن التصرف الذي أجراه المدين بالنسبة لهذا المال تصرف صوري ، وأن المال محل التصرف لم يخرج من ملكه فيستطيع الدائن أن يثبت ذلك عن طريق رفع دعوى الصورية ويلزم لقبول دعوى الصورية توافر المصلحة لدى الطاعن وفي حدود هذه المصلحة .

والصورية نوعان

الصورية المطلقة

وفيها يوجد مظهر لتصرف قانوني لا وجود له في الحقيقة لأن المتعاقدين لم يقصدا بالتصرف الظاهر أن تترتب عليه آثار قانونية وكل ما قصد به هو إثبات أن التصرف الظاهر تصرف غير حقيقي ومن أمثلة الصورية المطلقة أن يبيع المدين جزءا من ماله لزوجته لكي يحول دون تنفيذ الدائنين عليه

الصورية النسبية

وتكون الصورية نسبية إذا كان من شأنها إخفاء حقيقة العلاقة بين الطرفين فالعلاقة موجودة فعلا ولكن على نحو يخالف ما أظهره الطرفان منها والصورية النسبية إما أن تكون بطريق التستر وأما أن تكون بطريق المضادة وإما أن تكون بطريق التسخير

الصورية بطريق التستر

هي التي يقصد بها إخفاء طبيعة التصرف ومثالها إخفاء الهبة في صورة عقد بيع

الصورية بطريق المضادة

وهي التي تنصب على شرط من شروط التصرف كأن يذكر في عقد البيع ثمن أكبر من الثمن الحقيقي لمنع الشفيع من الأخذ بالشفعة ، أو أقل من الثمن الحقيقي تهرباً من رسوم التسجيل ، وفي هذه الحالة يحفظ المتعاقدان بعقد مستتر (ورقة الضد) يبين فيه الثمن الحقيقي

الصورية بطريق التسخير

وتكون إذا كان القصد من الصورية إخفاء أحد طرفي التصرف وراء شخص أخر ومثال ذلك أن يمنع القانون أحد الأشخاص من شراء حق من الحقوق فيشترى هذا الحق باسم مستعار على أن ينقله بعد ذلك هذا الأخير إليه

شروط الصورية

١- اتجاه إرادة المتعاقدين نحو اتخاذ موقف حقيقي معين

كأن تتجه نيتهما إلى أن العقد الحقيقي هبة ، أو أن الثمن الذي اتفقا عليه في عقد البيع المبرم بينها هو مائة ألف جنيه

٢- اتجاه إرادة المتعاقدين نحو اتخاذ موقف أخر ظاهر

الصورية تفترض وجود عقد ظاهر يخفي عقد حقيقي ويستره كأن يكون العقد الظاهر هو بيع بينما اتجهت الإرادة في الحقيقة على أنه هبة.

٣- أن يبقي الموقف الحقيقي مستورا

فإن تضمن العقد الظاهر ما يفضح العقد الحقيقي فلا صورية ومثال ذلك أن يتضمن عقد البيع وهو العقد الظاهري ما يكشف أن العقد الحقيقي .

٤- معاصرة العقد الحقيقي للعقد الظاهر

- المقصود بذلك هو أن يكون نية الطرفين ، وقت إبرام العقد الصوري ، قد اتجهت إلى أن هذا العقد لن يسري في حقهما وإنما الذي يسرى هو عقد أخر .

أثر الصورية

أولا : أثر الصورية فيما بين المتعاقدين

- العبرة فيما بين المتعاقدين تكون بالعقد الحقيقي (المستتر) لا العقد الظاهر (الصوري) فإذا كان العقد الصوري بيعا ، فإنه لا ينقل الملكية ، بل تبقى الملكية للمتصرف والذي يعتد به في هذا الصدد هو العقد المستتر كما أنه هو الذي يسرى أيضا بالنسبة للخلف العام فإذا توفي البائع مثلا آلت ملكية المبيع إلى ورثته وهم خلفه العام وإذا توفي المشترى الصوري، فلا يستطيع ورثته أن يطالبوا بالمبيع على أساس العقد الصوري ، لأن الذي يسرى في حقهم هو العقد الحقيقي .

ثانيا : أثر الصورية بالنسبة للغير

- **الغير في نطاق الصورية هما ←** دائنو المتعاقدين ، والخلف الخاص لكل من المتعاقدين فللغير أن يتمسك بالعقد المستتر ، فدائن البائع الصوري يستطيع أن يطعن في العقد الظاهر ويتمسك بالعقد الحقيقي لكي يثبت أن المبيع لا زال في ملك مدينة كما للغير إذا كان حسن النية أن يتمسك بالعقد الظاهر ، فدائن المشترى الصوري يستطيع أن يتمسك بالعقد الظاهر ليثبت أن المبيع أصبح مملوكا لمدينة وبالتالي يستطيع التنفيذ عليه والمشترى من المشترى الصوري له أن يتمسك بالعقد الظاهر حتى تخلص له الملكية وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن ، فتمسك البعض بالعقد الصوري وتمسك آخرون بالعقد المستتر ، كانت الأفضلية لمن يتمسك بالعقد الصوري ، فمثلا إذا كنا بصدد بيع صوري وتمسك دائنوا البائع بالعقد الحقيقي ، لكي يبقي المبيع في ملك مدينهم ، بينما تمسك دائنوا المشترى بالعقد الظاهر ليمكنهم التنفيذ على المبيع فإن القانون يفضل من يتمسك بالعقد الظاهر وهم دائنوا المشترى.

س٩ : تكلم عن الحق في الحبس؟

الحق في الحبس

تعريف الحق في الحبس وطبيعته

- **الحق في الحبس←** هو وسيلة لضمان قيام المدين بتنفيذ ما عليه من التزام وذلك بأن يخول الدائن عندما يكون مدينا في الوقت ذاته بتسليم شئ لمدينة أن يمتنع عن تسليمه حتى يستوفي كامل حقوقه المرتبطة بهذا الشئ .
- من هذا يتضح أن الحق في الحبس يفترض وجود مدين ملتزم بتسليم شئ وهو في الوقت ذاته دائن لدائنه بحق مرتبط بهذا الالتزام ، فيكون له أن يحبس هذا الشئ تحت يده إلى أن يستوفي ماله من حق مثال ذلك البائع يلتزم بتسليم المبيع إلى المشترى ، فله أن يمتنع عن تسليمه حتى يستوفي الثمن.
- تتحقق هذه الصورة حينما يكون هناك شئ في حيازة شخص غير مالكه لأي سبب من الأسباب فيقوم هذا الحائز بانفاق مصروفات ضرورية أو نافعة في سبيل المحافظة على هذا الشئ من الهلاك أو التلف ثم يتعين رد هذا الشئ إلى مالكه ، أو إلى صاحب الحق في استرداده عموما ، فهنا يحق للحائز أن يحبس هذا الشئ حتى يقوم صاحب الحق برد المبالغ المستحقة له نظير قيامه بالمحافظة عليه.

شروط الحق في الحبس

الشرط الأول : وجود شئ مادي في يد الحابس يلتزم بتسليمه

- كل الأشياء المادية ، من منقولات وعقارات ، تصلح محلا للحبس ما لم يخرج بحكم الطبيعة أو بحكم القانون كالأموال العامة والأشياء التي لا يجوز الحجز عليها ولكن لا يعتبر الإنسان شيئا ، ولذلك لا يجوز حبسه بأي حال من الأحوال ، وعلى ذلك لا يجوز لمستشفي الولادة مثلا الامتناع عن تسليم المولود إلى أمه حتى تفي بنفقات الإقامة في المستشفي هذا ولا يشترط أن يكون الدائن الحابس حسن النية ، فقد يكون سئ النية فالمستأجر والحائز العرضي الذي يقيم على ملك الغير بناء أو غراساً دون علم المالك ، له حق حبس الشئ إلى أن يستوفي ما هو مستحق له .

الشرط الثاني : أن يكون حق الحابس مستحق الأداء قبل الدائن في الالتزام بالتسليم

- يجب أن يكون للحابس حق واجب الأداء في الحال فإن لم يكن حقه مستحق الأداء فإن ممارسة الحق في الحبس يكون سابقا لأوانه وعليه لو كان حق الدائن مؤجلا أو معلقا على شرط فلا يكون له استخدام الحق في الحبس ويشترط أيضا أن يكون حق الحابس محقق الوجود ، فلا يجوز لمن كان حقه محلا لمنازعة جدية أن يستعمل الحق في الحبس وعلى ذلك لا يجوز للمودع لديه حبس الوديعة بحجة أنه يستحق تعويضا قبل المودع ، إذا كان هذا التعويض محل منازعة قضائية لم يقض فيها بعد ولا يشترط في حق الحابس أن يكون معين المقدار ، كما لا يشترط أن تكون قيمة الشئ المحبوس متناسبة مع مقدار حق الحابس .

الشرط الثالث : أن يوجد ارتباط بين التزام الحابس وحقه

- لا يكفي أن يوجد التزام على الحابس ، وحق قبل دائنه وإنما يجب أن يوجد ارتباط بين هذين الدينين والارتباط قد يكون قانونيا ، وقد يكون ماديا .
- **الارتباط القانوني←** كالتزام البائع بنقل ملكية الشئ المبيع والتزام المشترى بدفع الثمن وعلى ذلك يحق للبائع حبس الشئ المبيع ، حتى يقوم المشترى بالوفاء بالثمن .
- **الارتباط المادي←** فلا ينشأ عن علاقة تبادلية بين الدينين وإنما عن واقعة مادية كما هو الحال بالنسبة لحائز الشئ أو محرزه ، إذا أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة فالمودع لديه له الحق أن يحبس الشئ المودع إلى أن يستوفي من المودع ما أنفقه من مصروفات ضرورية أو نافعة على هذا الشئ .

آثار الحق في الحبس

أولا : حقوق الحابس

- أول ما يرتبه الحق في الحبس من آثار هو حق الحابس في الامتناع عن تسليم الشئ المحبوس إلى صاحبه وذلك حتى يستوفي حقه كاملا من أصل وفوائد ومصروفات وعلى الحابس ألا يتعسف في استعمال حقه ، كما لو أصر على الحبس رغم تفاهة الباقي من الدين بالنسبة للالتزام في جملته وللحابس أن يتمسك بحقه في الحبس في مواجهة الغير ، كالخلف الخاص الذي تنتقل إليه ملكية الشئ المحبوس ، كما أن له أن يتمسك بحقه في مواجهة الراسي عليه المزاد والحق في الحبس لا يرتب للحابس حق امتياز على الشئ المحبوس وإنما يشاركه فيه سائر الدائنين الذين يقتسمونه معه قسمة غرماء .

ثانيا : واجبات الحابس

١) المحافظة على الشئ المحبوس :

- على الحابس أن يحافظ على الشئ وفقا لأحكام رهن الحيازة ويقتضي ذلك وجوب قيام الحابس يبذل عناية الشخص العادي في المحافظة على الشئ المحبوس وإذا كان الشئ المحبوس يخشي عليه الهلاك أو التلف مثل كمية من الخضروات يحبسها الناقل إلى أن يستوفي أجرة النقل فللحابس أن يحصل على إذن من المحكمة في بيعه إذا صار يهدده الهلاك أو التلف ، وينتقل الحق في الحبس من الشئ إلى ثمنه .

٢) تقديم حساب عن غلة الشئ المحبوس :

- إذا كان الشئ المحبوس ينتج غلة بطبيعته ، كأرض تزرع أو دار تسكن ، فليس للحابس أن يستولي عليها خصما من الدين بل كل ماله أن يحبسها كما يحبس العين فثمار الشئ لمالكه والملكية باقية للمالك وعلى الحابس أن يقدم حسابا عنها عند ردها مع رد الشئ عندما يستوفي حقه .

٣) رد الشئ المحبوس :

- أذا استوفي البائع ثمن العين المبيعة التي كان حابسا لها إلى أن يستوفي ماله من ثمن وجب عليه عندئذ رد العين المحبوسة إلى صاحبها .

انقضاء الحق في الحبس

١- انقضاء الحق في الحبس بطريق تبعي

- ينقضي الحق في الحبس بانقضاء الدين الذي يضمنه ، فطالما استوفي الحابس حقه لم يعد مبررا له الاستمرار في حبس الشئ عن مدينه .

٢- انقضاء الحق في الحبس بطريق أصلي

- وينقضي الحق في الحبس بصفة أصلية ، أي مع بقاء الدين قائما **لعدة أسباب هي :**

أ- تقديم تأمين كاف للوفاء بحق الحابس :

- فإذا قدم مالك العين المحبوسة تأمينا كافيا للوفاء بما عليه للدائن الحابس فهذا التأمين يقوم بنفس الدور الذي يقوم به الحق في الحبس وهو ضمان استيفاء الحابس لحقه ويستوي في ذلك أن يكون التأمين شخصيا كالكفالة أو عينيا كالرهن.

ب- هلاك الشئ المحبوس :

- إذا هلك الشئ المحبوس انقضي الحق في الحبس لانعدام المحل ولكن قد يترتب على الهلاك استحقاق تعويض أو مقابل كما لو كان الهلاك بخطأ شخص أجنبي فالتزم بالتعويض .

ج- إخلال الحابس بواجب المحافظة على الشئ المحبوس :

- إذا لم يقم الحابس بواجبه في المحافظة على الشئ المحبوس ، كان لصاحب الحق فيه أن يطلب من القضاء الحكم بانقضاء حقه في الحبس .

د- خروج الشئ من يد الحابس بإرادته :

- في هذه الحالة يكون الحابس قد تنازل عن حقه في الحبس ويتحقق ذلك إذا سلم الحائز الشئ المحبوس إلى مالكه قبل أن يستوفي حقه إذ في هذه الحالة يزول حقه في الحبس ولا يستطيع استرداده أما إذا خرج الشئ من يد الحائز خفية أي دون علمه فإن الحق في الحبس لا ينقضي بهذا الخروج ، بل يكون للحابس في هذه الحالة أن يطلب استرداد الشئ المحبوس ، وذلك خلال ثلاثين يوما من الوقت الذي علم فيه بخروجه أو خلال سنة من وقت خروجه أي الأجلين أقرب.

س١٠ : من وسائل المحافظة علي الضمان العام شهر الإعسار وضح ذلك؟

شهر الإعسار

الغرض من شهر إعسار المدين

- **فكرة الضمان العام ←** تعني أن للدائن أن يقتضي حقه جبرا بالتنفيذ على أي مال من أموال المدين الأمر الذي يسمح لأي دائن أن يتخذ إجراءات التنفيذ في غفلة من الأخرين وأن يستوفي حقه كاملا دون غيره وكل ما تقدم من وسائل للمحافظة على هذا الضمان العام لا تكفي في الواقع لحماية الدائن العادي حماية كافية فجاء تنظيم المشرع للإعسار المدني ، كوسيلة لضمان تنفيذ المدين لالتزامه، وحماية للدائنين من تصرفاته الضارة وتحقيق المساواة بينهم دون إرهاق لهم أو تكليفهم بما يشق عليهم من إجراءات .

شروط شهر الإعسار

١- أن يكون المدين معسرا إعسارا قانونيا

- المدين المعسر هو الذي تزيد ديونه على حقوق أما دعوى شهر الإعسار فتستلزم الإعسار القانوني ويتحقق ذلك حين تكون أموال المدين عاجزة عن الوفاء بديونه المستحقة الأداء ويكفي لإثبات إعسار المدين أن يقيم الدائن الدليل على ما في ذمة المدين من ديون وعلى هذا الأخير إذا أراد أن ينفي عن نفسه حالة الإعسار ليحول دون الحكم بشهرة ، أن يثبت أن له مالا يساوي قيمة الديون الحالة أو يزيد عليها .

٢- طلب شهر الإعسار

- يشترط أن يطلب الدائن أو المدين نفسه شهر الإعسار ، فلا تملك المحكمة أن تشهر الإعسار من تلقاء نفسها ، والغالب أن يطلب ذلك أحد الدائنين لكي يدرأ عن نفسه ما قد يتعرض له من أضرار إذا لجأ المدين إلى تهريب أمواله أضرارا بدائنيه وقد يكون طلب شهر الإعسار من المدين نفسه الذي قد تكون له مصلحة في ذلك كالحصول على آجال لديونه الحالة حتى يتمكن من تسوية حالته المالية أو تمكينه من الحصول على نفقة من إيرادته المحجوزة ويظل للمحكمة سلطتها التقديرية فقد ترفض الحكم به مراعية في ذلك الظروف التي أدت إلى الإعسار وموارد المدين المستقبلية ومصالح دائنيه المشروعة .

آثار شهر الإعسار

- يهدف إعسار المدين إلى تحقيق حماية للدائنين من تصرفات مدينهم كما يهدف إلى تحقيق المساواة بينهم

١- حماية الدائنين :

- يترتب على الحكم بشهر إعسار المدين ، أنه لا تسرى في حق الدائنين أي تصرف يبرمه المدين بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار إذا كان من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد في التزاماته على أن تصرف المدين في أمواله يكون نافذا ، بالرغم من شهر إعساره إذا كان هذا التصرف بثمن المثل وقام المشترى بإيداع الثمن خزانة المحكمة حتى يوزع وفقا لإجراءات التوزيع والمشرع قد راعي مصلحة المدين المعسر ، وحاجاته كإنسان فقرر أنه إذا أوقع الدائنون الحجز على إيراداته كان لرئيس المحكمة المختصة بشهر الإعسار (المحكمة الابتدائية التي يتبعها موطن المدين) أن يقرر للمدين بناء على عريضة يقدمها نفقة يتقاضاها من إيراداته المحجوزة .

٢- تحقيق المساواة بين الدائنين :

- سوي المشرع بين جميع الدائنين ، من كانت حقوقهم حالة أو كانت مؤجلة ولولا ذلك لتمكن الدائنون أصحاب الحقوق الحالة من استيفائها من أموال المدين عند التنفيذ عليها وقد لا يبقي منها بعد ذلك ما يكفي للوفاء لأصحاب الحقوق المؤجلة فالقانون قد أجاز للقاضي صراحة أن يحكم بإبقاء الأجل ، أو مدة بالنسبة للديون المؤجلة بل أجاز له أن يحكم بمنح المدين أجلا بالنسبة للديون الحالة .

انتهاء حالة الإعسار

١- انتهاء حالة الإعسار بحكم من القضاء :

- **وتحكم المحكمة بانتهاء حالة الإعسار في حالتين**

الحالة الأولي ← متى ثبت أن ديون المدين أصبحت لا تزيد على أمواله .

الحالة الثانية ← متى قام المدين فعلا بوفاء ديونه التي حلت دون أن يكون لشهر الإعسار أثر في حلولها .

٢- انتهاء حالة الإعسار بقوة القانون :

- تنتهي كذلك حالة الإعسار بقوة القانون إذا انقضت خمس سنوات على تاريخ التأشير بالحكم الصادر بشهر الإعسار ويتحقق ذلك ولو كان المدين لا يزال معسرا فعلا أي تزيد ديونه على حقوقه ، والعلة من ذلك أن مدة الخمس سنوات كافية ليقوم الدائنون باتخاذ الإجراءات اللازمة لاستيفاء حقوقهم ويترتب على انتهاء حالة الإعسار زوال كل ما رتبه من آثار بالنسبة للمدين فتعود له حريته في التصرف في أمواله .

أوصاف الالتزام

الشرط والأجل

التمييز بين الشرط والأجل :

- **الشرط كالأجل كلاهما أمر مستقبل** ← ولكن الشرط يختلف عن الأجل في أنه أمر غير محقق الوقوع وبذلك يكون مصير التزام المعلق على شرط مجهولا
- **الالتزام المضاف إلي أجل فمصيره معروف** ← إذ الأجل أمر محقق الوقوع والشرط كالأجل كلاهما وصف في الالتزام ولكنهما يختلفان في الأثر فالأجل لا أثر له في وجود الالتزام وعلى العكس فإن أثر الشرط يرد على وجود الالتزام ذاته ، لذلك جعل المشرع لتحقق الشرط أثرا رجعيا.

الشـــرط

التعريف بالشرط

- الشرط وصف يرد على الالتزام ، وهو أمر مستقبل غير محقق الوقوع يترتب على وقوعه وجود الالتزام إذا كان الشرط واقفا أو زواله إذا كان الشرط فاسخا.
- **الشرط إذن نوعان: شرط واقف و شرط فاسخ .**
- **مثال الشرط الواقف←** أن يعلق الأب الواهب هبته لأبنه على شرط نجاحه في الامتحان فالنجاح في الامتحان هو الشرط الواقف إذا تحقق ونجح الابن فقد وجد التزام الأب بالهبة .
- **مثال تعليق الالتزام على شرط فاسخ ←** أن يهب شخص أخر مالا ويشترط عليه استرداد هذا المال إذا رزق الواهب ولدا فإنجاب الواهب ولدا هو الشرط الفاسخ الذي يترتب على تحقيقه زوال ما ترتب على الهبة من آثار فيعود المال إلى الواهب وإذا تخلف الشرط الفاسخ ، بأن لم يرزق الواهب ولدا فإن الهبة تتأكد .

خصائص الشرط الصحيح

١- الشرط أمر مستقبل :

- يتعين أن يكون الشرط أمرا مستقبلا ، لأن الأمر المستقبل وحده هو الذي يمكن أن يكون غير محقق الوقوع فإذا كان الأمر ليس مستقبلا بل أمرا تم في الماضي لم يكن شرطا وعلى ذلك إذا تعهد شخص بدفع مبلغ من النقود لأبنه إذا نجح في الامتحان وثبت أن الابن كان قد نجح قبل صدور هذا التعهد ، فإن الالتزام يكون قد نشأ بسيطا ومنجزا لا معلقا على شرط .

٢- الشرط أمر غير محقق الوقوع :

- كذلك إذا كان الأمر المستقبل محقق الوقوع فإنه يعتبر أجلا لا شرطا وعلى ذلك إذا تعهد شخص لأخر أن يبيع له منزله إذا توفي جده خلال خمس سنوات أو إذا توفي جده قبل والده ، فإن ذلك يعد شرطا ، إذ يعد ذلك في الحالتين أمر غير محقق الوقوع .

٣- الشرط أمرا ممكنا :

- يجب أن يكون الشرط أمرا ممكنا ، فإذا كان غير ممكن بأن كان مستحيلا فإنه لا يصلح أن يكون شرطا فإذا كان الشرط واقفا فإن الالتزام لا ينشأ في أي وقت من الأوقات ومثال ذلك أن يتعهد شخص بإعطاء جائزة لمن يستطيع أن يكتب على صفحة الماء أما إذا كان الشرط فاسخا فإن الشرط يعتبر غير قائم ومثال ذلك أن يهب شخص لأخر شيئا ويشترط عودة هذا الشئ إلى ملكه إذا لم ينجح هذا الأخر في اختراع دواء يديم الحياة .

٤- ألا يكون تحقق الأمر متوقفا على محض إرادة المدين :

- لتحديد ما إذا كان الأمر المكون للشرط المعلق عليه الالتزام متوقفا على الإرادة المحضة للمدين أم لا ، فإنه يلزم في هذا الصدد التمييز بين صور **ثلاث للشرط :**

شرط احتمالي :

- هو شرط لا تساهم إرادة الأطراف بأي دور في تحققه أو تخلفه ومثاله تعليق استئجار سيارة على أن يصبح الجو صحوا وهذا النوع من الشرط يعد صحيحا سواء أكان شرطا فاسخا أم شرطا واقفا ، وهو يمثل الصورة النموذجية لتعليق الالتزام على تحققه أو تخلفه

شرط مختلط :

- هو الذي يكون متوقفا على إرادة أحد طرفي الالتزام وإرادة شخص من الغير ومثاله الهبة المعلقة على شرط الزواج من فتاة معينة ومثل هذا الشرط يعد صحيحا سواء أكان شرطا واقفا أم شرطا فاسخا .

شرط إرادي :

- وهو الذي يتوقف تحققه على إرادة أحد الطرفين دون تدخل إرادة الغير وهذا الشرط قد يكون شرطا إراديا بسيطا وقد يكون شرطا إراديا محضا.

- **الشرط الإرادي البسيط** ← الذي يتوقف على إرادة أحد الطرفين مضافا إليها القيام بعمل معين ومثاله أن يتعهد شخص لأخر بالعمل لديه إذا افتتح فرعا أخر لتجارته في مدينة بنها ومثل هذا الشرط صحيح ويجوز تعليق نشوء أو انقضاء الالتزام عليه.
- **أما الشرط الإرادي المحض**← الذي يتوقف على إرادة أحد المتعاقدين فقط ومثل هذا الشرط باطل ولا ينتج أي أثر إذا كان شرطا واقفا وكان تحققه متوقفا على إرادة المدين كما إذا قلت لك أهبك سيارتي إذا أردت أنا أما إذا كان الشرط الإرادي المحض فاسخا فإنه يكون صحيحا كأن يتفق المؤجر والمستأجر في عقد الإيجار على أن يكون لأي منهما الحق في فسخ العقد في أي وقت.

٥- أن يكون الأمر مشروعا :

- ويقصد بذلك ألا يكون الأمر المعلق عليه الالتزام مخالفا للنظام العام والآداب فإذا كان الأمر المعلق عليه الالتزام غير مشروع فلا يمكن اعتباره شرطا صحيحا ومثاله أن يهب شخص لأخر مبلغا من المال بشرط أن يقتل شخصا معينا .

الآثار التي تترتب على الشرط

أولا : آثار الشرط في فترة التعليق

أ) في حالة الشرط الواقف :

- الالتزام لا يكون موجودا أثناء فترة التعليق وإن كان محتمل الوجود **ويترتب على ذلك النتائج الآتية :**

١- لا يجوز للدائن أن يطالب المدين بالوفاء بحقه الذي سيوجد عند تحقق الشرط .
٢- لا يستطيع أن يباشر إجراءات التنفيذ على أموال المدين ، لأنه صاحب حق لم يوجد بعد في ذمة هذا المدين
٣- لا تبدأ مدة التقادم المسقط للحق المعلق على شرط واقف طوال فترة التعليق.
٤- حق الدائن له قيمة مالية ، فيجوز له أن يتصرف فيه أثناء حياته أو أن يوصي به وإذا توفي انتقل إلى الورثة
٥- يكون للدائن أن يتخذ الإجراءات التي تحافظ على حقه .

ب) في حالة الشرط الفاسخ :

- فإن الالتزام يكون أثناء فترة التعليق كالالتزام المنجز فعلا فيكون حق الدائن موجودا ونافذا ويقع على المدين واجب الوفاء به فإن امتنع كان للدائن أن يتخذ الإجراءات التنفيذية اللازمة لإجباره على الوفاء كرفع دعوى المطالبة بالحق .

ثانيا : آثار الشرط بعد انتهاء فترة التعليق

أ) آثر تحقق الشرط :

نفرق بين تحقق الشرط الواقف وتحقق الشرط الفاسخ

١-تحقق الشرط الواقف :

- إذا كان الشرط واقفا وتحقق ، فإنه يترتب على ذلك تأكيد وجود الالتزام وهذا يعني أن حق الدائن يصبح مؤكدا به أن كان حقا محتملا ويصبح حق الدائن مستحق الأداء ، ويترتب على ذلك نتائج عكس النتائج التي رأيناها في فترة التعليق في حالة الشرط الواقف **وهذه النتائج هي :**
  - ✓ يكون للدائن أن يتخذ إجراءات التنفيذ على أموال مدينة.
  - ✓ إذا كان المدين قد وفي فلا يجوز له أن يسترد ما وفاة لأنه يعتبر قد وفي بالتزام واجب عليه.
  - ✓ تبدأ مدة التقادم المسقط لحق الدائن.

٢-تحقق الشرط الفاسخ :

- إذا كان الشرط فاسخا وتحقق فإنه يترتب على ذلك زوال الالتزام ومعني ذلك أن حق الدائن الذي كان مؤكدا أثناء فترة التعليق يزول ويترتب على زوال حق الدائن على هذا النحو أن يلتزم برد ما أداه المدين أثناء فترة التعليق فإذا باع شخص شيئا لأخر ، وعلق البائع التزامه بنقل الملكية على شرط فاسخ هو ولادة طفله بعد البيع ففي هذه الحالة يكون التزام البائع بنقل الملكية نافذا ويتعين عليه الوفاء به وتنتقل الملكية إلى المشترى ولكن إذا تحقق الشرط الفاسخ بأن رزق طفلا ، فإن الالتزام بنقل الملكية يعتبر كأن لم يكن وتعود الملكية إلى البائع .

ب) أثر تخلف الشرط : نفرق بين أثر تخلف الشرط الواقف وأثر تخلف الشرط الفاسخ .

١-تخلف الشرط الواقف :

- إذا تخلف الشرط الواقف ، فإن الحق الذي كان معلقا عليه وقد كان محتملا يعتبر كأن لم يكن .

٢-تخلف الشرط الفاسخ :

- وإذا تخلق الشرط الفاسخ ، فإن وجود حق الدائن يتأكد بصفة نهائية ويترتب على ذلك أن الإجراءات والتصرفات التي أجراها الدائن أثناء فترة التعليق تبقي صحيحة ونافذة .

الاستثناءات من الأثر الرجعي للشرط

١- يجوز استبعاد الأثر الرجعي للشرط بناء على اتفاق من جانب المتعاقدين .
٢- يتم استبعاد الأثر الرجعي للشرط في بعض العقود كما في العقود الزمنية كعقد الإيجار .
٣- استبعاد الأثر الرجعي للشرط بالنسبة لأعمال الإدارة .
٤- استبعاد الأثر الرجعي للشرط إذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه .
٥- استبعاد فكرة الأثر الرجعي للشرط الواقف عند حساب مدة التقادم أثناء فترة التعليق .

س١١ : عرف الأجل مبيناً خصائصه وأسباب إنقضائه؟

الأجـــــل

تعريف الأجل وبيان خصائصه

- الأجل أمر مستقبل محقق الوقوع يترتب على وقوعه نفاذ الالتزام أو انقضاؤه

خصائص الأجل

١- الأجل أمر مستقبل

- والأمر المستقبل هو الذي لم يحل وقته بعد كتاريخ معين أو انقضاء فترة زمنية معينة فإذا كان الأمر الذي أضيف إليه الالتزام قد تحقق فإن الالتزام يكون قد نشأ منجزا ومثال ذلك أن يتعهد شخص لأخر بإهدائه شيئا ثمينا عند ظهور نتيجة الامتحان .

٢- الأجل أمر محقق الوقوع :

- ويكون الأمر محقق الوقوع إذا كان مقطوعا أنه سيقع حتما سواء أكان وقت وقوعه معروفا أم غير معروف كالوفاة فالالتزام المعلق على الوفاة التزام مضاف إلى أجل .

أقسام الأجل

الأجل ألاتفاقي :

- هو الذي يحدده المتعاقدان ؛ وقد يكون هذا التحديد صريحا وقد يكون ضمنيا ويستفاد ذلك من ظروف التعاقد ، فإذا اتفق شخص مقيم بالقاهرة مع تاجر بالإسكندرية على أن يورد له كمية من الأسماك ، فإن ظروف التعاقد تقتضي أن يكون تنفيذ الالتزام مؤجلا للفترة اللازمة لنقل الأسماك من الإسكندرية إلى القاهرة .

الأجل القانوني :

- هو الذي يفرض بنص القانون ويحدث ذلك عادة وقت الأزمات الاقتصادية فيصدر تشريع يقضي بتأجيل الوفاء ببعض الديون كما حدث بالنسبة لتأجيل الوفاء بديون سكان منطقة القناة أثناء الحرب .

الأجل القضائي :

- هو عبارة عن المهلة التي يمنحها القاضي للمدين للوفاء بالتزامه إذا رأي أن ظروفه تستدعي ذلك ولم يلحق الدائن منه ضررا جسيما ويسمي الأجل القضائي نظرة الميسرة .

أثار الأجل

أولا : آثار الأجل قبل حلوله

- إذا كان الالتزام مقترنا بأجل واقف ، فإنه لا يكون نافذا إلا في الوقت الذي ينقضي فيه الأجل على أنه يجوز للدائن حتى قبل انقضاء الأجل أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقوقه والدائن لا يستطيع إجبار المدين على الوفاء قبل حلول الأجل ولا أن يطعن في تصرفات المدين بالدعوى البوليصية .
- **أما إذا كان الأجل فاسخا فإن حق الدائن يكون موجودا ومؤكدا ونافذا**

ثانيا : أثار الأجل بعد انقضائه

- إذا كان الأجل واقفا فإن انقضاءه يترتب عليه أن يصبح الالتزام مستحق الأداء ويستتبع ذلك أن يكون للدائن أن يجبر المدين على التنفيذ إن لم يقم به باختياره .
- أما إذا كان الأجل فاسخا ، فإنه يترتب على حلوله زوال الالتزام المضاف إليه وعلى ذلك إذا التزم عامل بأن يعمل لحساب رب عمل لمدة عام ، وانتهي هذا العام فإن التزام العامل ينقضي كذلك .

أسباب انقضاء الأجل

أولا : حلول الأجل :

- انقضاء الأجل بحلوله يكون بمضي المدة المحددة له أو بحلول تاريخ الوفاء ، فإذا كان الالتزام مستحق الأداء بعد ستة شهور مثلا انقضي الأجل بانقضاء هذه المدة

ثانيا : النزول عن الأجل :

- ينقضي الأجل بالنزول إذا نزل عنه من تقرر الأجل لمصلحته ومثال ذلك القرض بدون فائدة فهنا يكون الأجل مقررا لمصلحة المدين المقترض فيكون له أن ينزل عن الأجل ويوفي الدين فوراً .

ثالثا : سقوط الأجل " يسقط حق المدين في الأجل في الحالات الآتية :

- شهر إفلاس المدين إذا كان تاجرا أو شهر إعساره إذا لم يكن كذلك ويجب أن يصدر حكم بذلك وفقا للقانون.
- إضعاف التأمينات ، والمقصود بذلك التأمينات الخاصة التي تضمن الوفاء بالدين للدائن كالرهن مثلا بحيث يصبح هذا التأمين أقل من قيمة الدين الذي يضمن الوفاء به .
- إذا لم يقدم المدين ما وعد بتقديمه من التأمينات فإذا كان المدين قد وعد بتقديم تأمين مقابل الأجل ، فإذا لم يف بوعده سقط الأجل .

تعـــــدد محـــــل الإلتـــــزام

الالتزام التخييري

- يكون الالتزام تخييريا إذا شمل محله عدة أشياء يكون واحد منها فقط هو الواجب الأداء وتبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا أداه ، كأن يلتزم شخص بإعطاء لوحة فنية معينة أو قطعة من الأثاث وفي هذه الحالة لا يلتزم المدين بإعطاء الإثنين معا ، وإنما تبرأ ذمته بالوفاء بواحدة منهما فقط.

لكن ما الحكم إذا امتنع من له الخيار عن استعمال خياره ؟

- فرق القانون بين حالة أن يكون الممتنع هو المدين ، **وحالة أن يكون الممتنع** هو الدائن وحكم الحالة التي يكون الخيار فيها للمدين ويمتنع أو يتعدد فيها المدنيون ، ولا يستطيعون الاتفاق فيما بينهم في هذه الحالة يتولي القاضي الاختيار بنفسه
- **أما إذا كان الخيار للدائن وامتنع عن استعمال حقه أو تعدد الدائنون ولم يتفقوا فيما بينهم** فإن الخيار في هذه الحالة لا يكون للقاضي وإنما ينتقل المدين لأن الأصل في الخيار أن يكون للمدين .

ما الحكم إذا استحال التنفيذ قبل استعمال الحق في الخيار ؟

- إذا حدث قبل استعمال الحق في الخيار أن استحال تنفيذ كل الأشياء المتعددة وكانت الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي فإن الالتزام ينقضي وفقا للقواعد العامة
- **أما إذا كانت الاستحالة راجعة إلى خطأ أحد المتعاقدين** فإذا كان الخيار للمدين وكانت الاستحالة راجعة إلى خطئه فإن المدين يكون مسئولا عن قيمة أخر شئ استحال تنفيذه وإذا كانت الاستحالة بخطأ المدين وكان الخيار للدائن فإن للدائن أن يطالب بقيمة ما هلك .

الالتزام البدلي

- يكون الالتزام بدلى عندما يكون للالتزام محل واحد هو المحل الأصلي ، ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدي بدلا منه شيئا أخر ومثال ذلك أن يلتزم المقترض برد القرض للمقرض عند حلول الأجل ولكنه يستطيع أن يفي بدلا منه شيئا أخر كدار أو سيارة أو قطعة أرض.

ومن هنا يبدو أن الالتزام البدلي يختلف عن الالتزام التخييري من عدة وجوه :

- في الالتزام التخييري يتعدد محل الالتزام ، ويكون الوفاء بالشئ الذي يقع عليه الاختيار صحيحا ومبرئا لذمة المدين أما في الالتزام البدلي فالمحل شئ واحد وهو الذي يحدد طبيعة الالتزام ولكن يكون للمدين أن يستبدل به شيئا أخر .
- في الالتزام التخييري ، يجوز للدائن أن يطالب المدين بأي من الأشياء المتعددة التي يشملها محل الالتزام ، أما في الالتزام البدلي ، فلا يكون له أن يطالب إلا بالمحل الأصلي للالتزام .
- إذا كان أحد الأمور التي يشملها محل الالتزام التخييري مستحيلا أو غير مشروع فإن هذا لا يؤدي إلى بطلان الالتزام بل ينحصر في الأشياء الأخرى الممكنة والمشروعة أما الالتزام البدلي فإنه يكون باطلا إذا كان محله الأصلي مستحيلا .
- هلاك أحد الأشياء في الالتزام التخييري ، لا يؤدي إلى انقضاء الالتزام في حين أن هلاك المحل الأصلي في الالتزام البدلي يؤدي إلى انقضائه .

تعـــدد طرفـــي الإلتـــــزام

التضامـــــن

س١٢ : تكلم عن التضامن السلبي مبيناً أثاره؟

التضامن بين المدينين "التضامن السلبي"

تعريف التضامن السلبي وتحديد مصدره

- يتحقق التضامن بين المدينين في حالة ما إذا كان كل من المدينين مسئولا في مواجهة الدائن عن الدين كله بحيث يجوز للدائن أن يطالب أيا منهم بالدين جميعه.

للتضامن بين المدينين مصدران :

- الاتفاق ونص القانون فيلزم الاتفاق على التضامن وقد يكون هذا الاتفاق صريحا وقد يكون ضمنيا ولكن يجب أن يكون هذا الاتفاق واضحا لاشك فيه وقد ينص القانون على تضامن المدينين في حالات معينة ومثال ذلك تضامن المسئولين عن العمل الضار في التزامهم بالتعويض عن الضرر وتضامن المهندس المعماري والمقاول عما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم فيما شيدوه من مباني.

آثار التضامن السلبي

أولا : في علاقة الدائن بالمدينين المتضامين :

- تحكم علاقة الدائن بالمدينين المتضامنين **ثلاثة قواعد أساسية هي :**

١- وحدة الدين :

- ويقصد بوحدة الدين أن كل من المدينين المتضامنين يلتزم بوفاة الدين كله للدائن
- **يترتب على ذلك ثلاث نتائج رئيسية:**

أ - أن وفاة أحد المدينين المتضامنين بالدين كله يبرئ ذمة الباقين .

ب- للدائن أن يطالب المدينين المتضامنين جميعا بوفاء كل الدين أو أن يطالب أحدهم به

ج- يستطيع المدين الذي يطالبه الدائن بالوفاء أن يدفع هذه المطالبة بأوجه الدفع الخاصة به وبأوجه الدفع المشتركة بين المدينين جميعا .

٢- تعدد الروابط :

- والمقصود بذلك أن كل مدين متضامن تربطه بالدائن رابطة مستقلة ومتميزة عن الروابط التي تربط كلا من المدينين الآخرين بالدائن .

أ- أوصاف الالتزام :

- فقد تكون رابطة أحد المدينين مضافة إلى أجل أو معلقة على شرط بينما تكون رابطة الآخرين منجزة وفي هذه الحالة لا يجوز للدائن أن يطالب المدين الأول إلا عند انقضاء الأجل أو تحقق الشرط ولكنه يستطيع مطالبة باقي المدينين فورا بوفاء كل الدين .

ب- عيوب الإرادة ونقص الأهلية :

- فإذا طالب الدائن المدين ناقص الأهلية أو الذي شاب إرادته عيب كان لهذا المدين أن يتمسك في مواجهة الدائن بنقص أهليته بقصد التوصل إلى إبطال العقد والتحلل من الالتزام
- أما المدينون الآخرون البالغون سن الرشد ، فلا يجوز لأي منهم إذا طالبه الدائن بالوفاء أن يحتج بنقص أهلية المدين الأول .

ج-انقضاء الالتزام :

- يترتب على اختلاف روابط المدينين المتضامنين إمكان انقضاء رابطة أحدهم مع بقاء روابط المدينين الآخرين قائمة ، إذا لم يتحقق سبب الانقضاء إلا بالنسبة للمدين الأول فمثلا إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين من الدين فإن الدين ينقضي بالنسبة لهذا المدين فلا يجوز للدائن أن يطالبه بعد ذلك بوفاء هذا الدين .

٣- النيابة المتبادلية فيما ينفع لا فيما يضر :

- مضمون هذه النيابة أن يكون كل مدين متضامن ممثلا للآخرين ونائبا عنهم فيما ينفعهم لا فيما يضرهم .

أ- انقطاع التقادم ووقفه :

- إذا اتخذ الدائن إجراء قاطعا للتقادم في مواجهة أحد المدينين المتضامنين فلن ينقطع التقادم إلا بالنسبة لهذا المدين فقط ، ويظل التقادم ساريا بالنسبة للباقين حتى يكتمل وذلك لأن المدين الذي انقطع التقادم بالنسبة له لا ينوب عن الباقين في أمر هو ضار بهم .

ب- خطأ أحد المدينين المتضامنين :

- فإذا ارتكب أحد المدينين خطأ فإنه هو وحده الذي يسأل عنه دون بقية المدينين

ج- الإعذار والمطالبة القضائية :

- فإذا أعذر الدائن أحد المدينين المتضامنين ، فإن هذا المدين وحده هو الذي يتحمل ما يترتب على ذلك من آثار ، فيصبح وحده مسئولا عن تبعة الهلاك من وقت الإعذار أما إذا أعذر أحد المدينين المتضامنين الدائن ، فإن هذا الإعذار يفيد بقية المدينين ، إذ ينقل تبعة الهلاك إلى الدائن وذلك يعتبر إجراء نافعا للمدينين فيسري في حكمهم جميعا .

د- الصلح :

- فإذا تصالح الدائن مع أحد المدينين المتضامنين ، فإن الصلح ينفذ في حق بقية المدينين المتضامنين ، بالقدر الذي يعتبر إجراء يحقق منفعة لهم كما لو تضمن تنازل الدائن عن جزء من الدين أما إذا تضمن الصلح التزاما في ذمة المدين كما لو اعترف المدين فيه بإدعاء كان محل منازعة ، فإن هذا الصلح لا ينفذ في حق المدينين المتضامنين إلا إذا قبلوه .

هـ- الإقرار واليمين :

- فإقرار المدين بالدين من شأنه أن يسئ إلى مركز المدينين المتضامنين حيث يترتب عليه ثبوت الالتزام فلا ينفذ بالتالي في مواجهتهم .

و- حجية الأحكام :

- إذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين وحدة دون أن يكون باقي المدينين داخلين في الدعوى فلا يسري هذا الحكم في حقهم ولا يحتج عليهم به أما إذا صدر الحكم لصالح أحد المدينين المتضامنين أفاد منه الباقون ، وذلك ما لم يكن الحكم مبينا على سبب خاص بالمدين الذي صدر الحكم لصالحه ، كما لو كان هذا المدين قاصرا ، فإن الحكم الصادر بالإبطال لصالحه لا يجوز للمدينين الآخرين أن يحتجوا به .

ثانيا : في علاقة المدينين المتضامنين فيما بينهم :

١- انقسام الدين بين المدينين المتضامنين :

- إذا وفي أحد المدينين المتضامنين كل الدين ، فإن الدين ينقسم بينهم ويفترض أن حصصهم متساوية إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك وقد يحدث أن يكون أحد المدينين معسرا وفي هذه الحالة تقسم حصته على سائر المدينين بما في ذلك المدين الموفي كل بقدر حصته واستثناء من قاعدة انقسام الدين بين المدينين المتضامنين يتحمل واحد فقد من هؤلاء المدينين كل الدين إذا كان هو وحده صاحب المصلحة فيه .

٢- رجوع المدين الموفي على المدينين الآخرين :

- إذا وفي أحد المدينين المتضامنين كان له الرجوع على الباقين كل بقدر حصته ويكون لهذا المدين أن يرجع على بقية المدينين بإحدى دعويين : الأولي هي الدعوى الشخصية باعتباره وكيلا أو فضوليا ، والثانية هي دعوى الحلول .

التضامن بين الدائنين " التضامن الإيجابي"

تعريف التضامن الإيجابي وتحديد مصدره :

- يتحقق التضامن الإيجابي في حالة تعدد الدائنين بدين واحد ، بحيث يكون لكل منهم الحق في أن يستوفي الدين كله من المدين ومصدره يكون اتفاق أو نص في القانون.

أثار التضامن الإيجابي :

أولا : في علاقة الدائنين المتضامنين بالمدين

١- وحدة الدين :

- ويقصد بوحدة الدين أن الدين يعتبر وحدة لا تقبل التجزئة في العلاقة بين الدائنين والمدين ويترتب على ذلك النتائج الثلاثة الآتية :

أ - أنه يجوز لكل دائن أن يطالب المدين بكل الدين

ب - يجوز للمدين أن يفي بالدين لأي واحد من الدائنين فتبرأ ذمته بذلك

ج - يستطيع المدين أن يحتج في مواجهة من يطالبه من الدائنين بأوجه الدفع الخاصة به وبأوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعا .

٢- تعدد الروابط :

أ - إذا كان الدين مؤجلا بالنسبة لأحد الدائنين ، فلا يجوز له أن يطالب باستيفائه قبل حلول الأجل ولكن ليس للمدين أن يتمسك بهذا الوصف إلا في مواجهة هذا الدائن .

ب - إذا انقضي الدين في علاقة المدين بدائن معين بالتجديد ، أو المقاصة ، أو الإبراء فيجوز لأي من الدائنين الأخرين أن يطالب بالدين منقوصا منه حصة الدائن الذي انقضي دينه .

ج - فإذا شاب إرادة المدين عيب معين كغلط ، أو إكراه في علاقته بأحد الدائنين فليس له أن يتمسك بحقه في الإبطال قبل غيره من الدائنين .

٣- النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر :

- يعتبر كل دائن نائبا عن سائر الدائنين وذلك بالنسبة للأعمال المفيدة لهؤلاء الدائنين أما بالنسبة للأعمال التي من شأنها الإساءة إليهم فتستبعد هذه النيابة التبادلية .

ثانيا : في علاقة الدائنين المتضامنين فيما بينهم

- الدين إذا كان وحدة لا تقبل التجزئة في علاقة الدائنين بالمدين ، إلا أنه ينقسم في علاقة الدائنين فيما بينهم ويترتب على هذا أن ما يستوفيه أحدهم يصير حقا لهم جميعا ويقسم بينهم بنسبة أنصابهم .

عدم قابلية الالتزام للإنقسام

تعريف الالتزام غير القابل للانقسام وأسبابه

- الالتزام غير القابل للانقسام هو التزام لا يمكن الوفاء به إلا دفعة واحدة

١- عدم الانقسام الطبيعي :

- يكون عدم الانقسام طبيعيا إذا كانت طبيعة الأداء محل الالتزام تستعصي على الانقسام ومثال ذلك التزام مؤجر الحصان أو السيارة بتسليم الشئ المؤجر فمن الواضح أنه إذا تعدد المؤجرون فلا يمكن لأي واحد منهم أن يتسلم جزءا من هذا الشئ .

٢- عدم الانقسام الإرادي أو الاتفاقي :

- يتحقق ذلك إذا كان محل الالتزام قابلا بطبيعة أن ينقسم ولكن إرادة ذوي الشأن اتجهت صراحة أو ضمنا إلى عدم جواز تقسيم أو تجزئة الوفاء به ومثال ذلك أن يشترى شخص قطعة أرض من عدة ملاك لإقامة مبني عليها كلها ففي هذه الحالة يعتبر التزام البائعين بتسليم الأرض غير قابل للانقسام .

آثار عدم القابلية للإنقسام

١- إذا تعدد المدينون بالتزام غير قابل للانقسام كان للدائن أن يرجع على أي من المدينين بالالتزام الكامل وإذا وفي أحد المدينين ، فإن وفاءه يعتبر مبرئا لذمته ، وذمة غيره من المدينين ويكون له أن يرجع على كل منهم بقدر حصته .

٢- إذا تعدد الدائنون كان لكل منهم أن يطالب بكل الدين ولكن إذا اعترض أحد الدائنين على أداء الالتزام لواحد منهم ، تعين على المدين أن يؤدي الدين للدائنين مجتمعين وطبيعي أنه إذا استوفي أحد الدائنين كل الدين ، كان لبقية الدائنين الرجوع عليه كل بقدر نصيبه .

انتقـــــال الالتـــــزام

س١٣ : تكلم عن حوالة الحق موضحاً شروطها وأثارها؟

حوالـــــة الحـــــق

تعريف حوالة الحق وأهميتها :

- **حوالة الحق←** عقد به ينقل الدائن حقه إلى شخص أخر يصبح دائنا مكانه ويسمي الدائن الأصلي المحيل والدائن الجديد المحال إليه والمدين المحال عليه وقد تتم الحوالة مقابل ثمن نقدي فتعتبر بيعا ويكون هدف الدائن الأصلي في هذه الحالة إما الحصول على مال حال أو تجنب مماطلة مدينة وقد يكون القصد من الحوالة هو وفاء المحيل بدين في ذمته للمحال إليه أما المحال إليه فتحقق حوالة الحق فائدة له إذ يشترى الحقوق أقل من قيمتها الاسمية.

شروط حوالة الحق

شروط انعقاد الحوالة

- يجب لانعقاد حوالة الحق أن تتوافر لها الأركان التي تتطلبها القواعد العامة لانعقاد العقود وهي التراضي والمحل والسبب ويجب لصحة الحوالة أن تتوافر الأهلية لدى طرفيها وأن تكون إرادة كل منهما سليمة خالية من العيوب.

الحقوق التي تجوز حوالتها والاستثناءات التي ترد عليها

- **الأصل←** أن جميع الحقوق الشخصية يجوز حوالتها.

- **إلا أنه يستثني من هذا الأصل** ← حقوق معينة لا يجوز للدائن أن يحول حقه إلى الغير في **الحالات الآتية :**

١- **إذا نص القانون على ذلك** ← ومن قبيل ذلك نص القانون المادة ٣٠٤ مدني الذي يقضي بعدم جواز حوالة الحق ، إلا بمقدار ما يكون منه قابلا للحجز .

٢- **إذا نص الاتفاق على عدم جواز الحوالة** ← قد يتفق المتعاقدان على عدم جواز انتقال الالتزام ، مما يترتب عليه عدم جواز حوالة الحق .

٣- **إذا اقتضت طبيعة الحق عدم حوالته** ← ويتحقق ذلك إذا كان لشخص الدائن أهمية خاصة بالنسبة للمدين ومثال ذلك أن يلتزم شخص بالانفاق على شخص أخر لصلة قرابة أو صداقة تربطهما ، فلا يجوز للدائن في هذه الحالة أن يحول حقه في النفقة إلى غيره.

شروط نفاذ الحوالة

أولا : نفاذ الحوالة قبل المدين

- الحوالة تتم بتراضي كل من الدائن المحيل والمحال إليه دون حاجة لرضاء المدين بها وقد تطلب المشرع أحد أمرين لنفاذ الحوالة في حق المدين .

١- قبول المدين للحوالة فلا يكفي أن يقرر المدين في سند الدين أنه راض مقدما بحوالة الحق للغير فالقبول قد يكون صريحا ، وقد يكون ضمنيا.

٢- لا يلزم دائما لنفاذ الحوالة في حق المدين أن يقبلها فيكفي أن يعلن بها فإذا ما قبل المدين الحوالة أو أعلن بها أصبحت نافذة في مواجهته.

ثانيا : نفاذ الحوالة قبل الغير

- لم يتطلب القانون لنفاذ الحوالة قبل الغير إجراء أخر غير قبول المدين أو إعلانه بالحوالة ولكن نفاذ الحوالة قبل الغير بقبول المدين يتطلب أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ والهدف من اشتراط ثبوت التاريخ في هذه الحالة هو منع أي تواطؤ يمكن أن يتم بين المحيل والمحال إليه إضرارا بحق الغير غير أن القانون

- **قد يتشدد في حالات خاصة فيتطلب لنفاذ حوالة الحق إجراء أخر فضلا عن الإجراءات السابقة :**

١- أنه إذا كان الحق المحال به هو الحق في الأجرة المعجلة لمدة تزيد على ثلاث سنوات فإنه يشترط لنفاذ حوالة الأجرة في هذه الحالة أن تسجل.

٢- أنه إذا كان حق الدائن ثابتا في ورقة تجارية ككمبيالة أو سند إذني أو شيك فإن الحوالة تنفذ في مواجهة المدين والغير عند تظهير الورقة مع توقيع صاحب الورقة .

آثار حوالة الحق

أولا : العلاقة بين المحيل والمحال إليه

١- انتقال الحق بتوابعه

- بمجرد انعقاد الحوالة ينتقل الحق المحال به من المحيل إلى المحال إليه وينتقل الحق إلى المحال إليه بما له من صفات ، فإذا كان حقا مدنيا أو تجاريا ، ظلت له هذه الصفة بعد انتقاله وينتقل الحق بتوابعه فإذا كانت هناك تأمينات تضمن الوفاء به ككفالة أو رهن أو امتياز ، بقيت هذه الضمانات .

٢- التزام المحيل بالضمان

أ- **المحيل** ← يضمن أولا أفعاله الشخصية التي من شأنها أن تؤدي إلى الإضرار بحق المحال إليه فيلتزم بالامتناع عن كل عمل من شأنه أن يمنع المحال إليه من استيفاء الحق من المدين كذلك يجب على المحيل أن يسلم إلى المحال إليه سند الدين فلا يجوز له أن يتلف هذا السند أو أن يمتنع عن تسليمه إليه والمحيل ضامن لأفعاله الشخصية حتى ولو كان قد اشترط عدم الضمان.

ب- إذا كانت الحوالة بعوض ، فإن المحيل لا يضمن إلا وجود الحق وقت الحوالة .

ت- أما إذا كانت الحوالة مجانية ، أي بغير عوض فإن المحيل لا يضمن حتى وجود الحق .

ثانيا : العلاقة بين المحال إليه والمحال عليه

١- قبل نفاذ الحوالة يكون المحيل هو الدائن في نظر المدين **أما بعد نفاذها** يكون الدائن هو المحال إليه ، **يترتب على ذلك** أنه إذا وفي المدين بالحق للمحيل قبل نفاذ الحوالة ، كان وفاؤه صحيحا وتبرأ ذمته ، أما إذا وفي المدين المحال عليه بالحق للمحيل بعد نفاذ الحوالة لم يكن وفاؤه صحيحا ومن ثم لا تبرأ ذمته .

٢- ينتقل الحق إلى المحال إليه بالحالة التي كانت عليها وقت نفاذها ، كما ينتقل بما يكفله من ضمانات فإذا كان مضمونا برهن أو امتياز أو كفيل بقيت هذه الضمانات بعد الانتقال إلى المحال إليه ولكن يجوز للمحال عليه أن يتمسك بهذا الانقضاء في مواجهة المحال إليه كما يكون للمحال عليه أن يتمسك في مواجهة المحال إليه بالدفوع الناشئة عن العقد مصدر الحق المحال به ، كأن يكون هذا العقد باطلا .

ثالثا : العلاقة بين المحيل والمحال عليه

- قبل نفاذ الحوالة في حق المحال عليه ، يكون المحيل هو صاحب الحق وبالتالي يستطيع أن يستوفيه من المحال عليه ، وأن يجبره على الوفاء ويجوز لدائني المحيل أن يحجزوا على هذا الحق تحت يد المحال عليه.

حوالـــــة الديـــــن

- المقصود بحوالة الدين ذلك العقد الذي بموجبه ينتقل الدين من ذمة المدين الأصلي إلى ذمة شخص أخر يحل محله ويصبح مدينا محالا عليه ، مع بقاء الدائن دون تغيير وبراءة ذمة المدين السابق .

انعقاد حوالة الدين

يتم انعقاد حوالة الدين بأحد طريقين :

الطريق الأول : الحوالة باتفاق بين الدائن والمحال عليه

- في هذا الفرض تنعقد الحوالة بعيدا عن المدين ، إذ يتفق الدائن مع شخص من الغير يسمي المحال عليه بأن يقوم هذا الأخير بسداد الدين الذي يشغل ذمة المدين ، ويعد هذا الاتفاق صحيحا ولا حاجة لرضاء المدين بل لا تأثير لرفضه ، فالقاعدة أن الوفاء يجوز أن يتم من غير المدين ولو كان ذلك بغير علمه أو دون إرادته .

ويترتب على نشأة الحوالة بهذا الطريق ما يلي :

١- براءة ذمة المدين الأصلي .

٢- انتقال الدين ذاته من المدين إلى المحال عليه وهو ينتقل بصفاته ، وضماناته ودفوعه

الطريق الثاني : الحوالة باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه

- وفي هذا الفرض تتم الحوالة وتنعقد بالاتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه ولكن يلزم هنا إقرار الدائن للحوالة كشرط لنفاذها في مواجهته .

آثار حوالة الدين

أولا : علاقة المدين الأصلي بالمحال عليه

- قبل إقرار الدائن بالحوالة ، فإنها لا تكون نافذة في مواجهته وعلى ذلك يبقي للدائن مطالبة المدين الأصلي بالوفاء بالدين .
- أما بعد إقرار الدائن للحوالة ، فإنه يصبح هذا الدائن في مواجهة المحال عليه ويصبح المدين الأصلي (المحيل) أجنبيا عنه فالدين الذي كان يثقل هذا الأخير انتقل بالإقرار إلى المحال عليه ، فيكون للدائن أن يطالبه بوفاء الدين وأن يجبره على هذا الوفاء .

ثانيا : علاقة الدائن بالمحال عليه

- قبل إقرار الدائن ، يعتبر الدين لا زال في ذمة المدين الأصلي فلا يكون للدائن أن يطالب المحال عليه بوفائه أما إذا أقر الدائن الحوالة فإن الدين ينتقل من المدين الأصلي إلى المحال عليه فيكون للدائن أن يطالب هذا الأخير بوفاء الدين وأن يجبره على هذا الوفاء.

ثالثا : علاقة الدائن بالمدين الأصلي

- إذا تمت الحوالة ولم يقرها الدائن فإن علاقته بالمدين الأصلي تبقي كما هي فيبقي له حق مطالبته بالوفاء بالدين رغم الحوالة أما إذا أقر الدائن الحوالة ، فتبرأ ذمة المدين الأصلي لأن المحال عليه أصبح هو المدين

انقضـــاء الالتـــزام

الوفـــــــــاء

الأحكام العامة للوفاء

طرفا الوفاء

- **طرفا الوفاء هما : الموفي والموفي له .**

١- الموفي :

ممن يكون الوفاء :

- الغالب أن يتم وفاء الالتزام من المدين نفسه ، ولكن ذلك ليس بشرط فالقاعدة هي جواز أن يتم تنفيذ الالتزام من قبل أي شخص ، بحيث لا يكون للمدين ولا للدائن أن يرفض هذا الوفاء واستثناء من قاعدة جواز الوفاء من الغير يجوز للدائن أن يرفض استيفاء الالتزام من غير المدين **في ثلاث حالات هي :**

١- **الحالة الأولي ←** إذا نص الاتفاق على وجوب أن يقوم المدين بتنفيذ الالتزام بنفسه .

٢- **الحالة الثانية←** إذا كانت طبيعة الالتزام تقتضي أن يقوم المدين بتنفيذه بنفسه كما لو كان المدين فنانا التزم بأداء عمل فني كرسم لوحة ، أو عمل تمثال .

٣- **الحالة الثالثة ←** إذا لم يكن للغير مصلحة في الوفاء واعترض المدين على قيامه بهذا الوفاء وأبلغ الدائن اعتراضه قبل حصول الوفاء .

ما يشترط في الموفي

١-توافر أهلية التصرف :

- فإذا كان الموفي ناقص الأهلية فإن الوفاء يكون قابلا للإبطال لمصلحته ، وفي هذه الحالة يحق له استرداد ما وفاه .

٢-ملكية الشئ الموفي به :

- إذا كان التزام المدين التزاما بإعطاء أي بنقل ملكية شئ وجب أن يكون الموفي مالكا للشئ الذي يوفي به فإن لم يكن مالكا لهذا الشئ فإن الملكية لن تنتقل إلى الموفي له وبالتالي لن يتحقق الوفاء بالالتزام ويستطيع الموفي له أن يتمسك ببطلان الوفاء لعدم ملكية الموفي لما وفاه .

٢- الموفي له :

١-الوفاء للدائن أو نائبه :

- لا يجوز بحسب الأصل أن يتم الوفاء لغير الدائن أو نائبه بحيث انه إذا تم الوفاء لغير الدائن فإن هذا الوفاء ، يكون عديم الأثر ويستطيع الدائن أن يطالب المدين بالوفاء له ويشترط لصحة الوفاء أن يكون الدائن أهلا للاستيفاء فإذا لم يكن الدائن أهلا للتصرف وجب أن يتم الوفاء لمن ينوب عنه كالولي أو الوصي .

٢-الوفاء لغير الدائن :

- رتب القانون على الوفاء لغير الدائن براءة ذمة المدين في ثلاث حالات :

أ- الحالة الأولى :

- إذا أقر الدائن هذا الوفاء : ذلك أن إقرار الوفاء الذي تم لغير الدائن يجعل هذا الوفاء ساريا في حق الدائن بأثر رجعي وعلة ذلك أن الموفي له يصبح بموجب هذا الإقرار وكيلا عن الدائن في استيفاء الدين .

ب-الحالة الثانية :

- إذا عادت على الدائن منفعة من هذا الوفاء : فتبرأ ذمة المدين بقدر المنفعة التي عادت على الدائن ومثال ذلك أن يقوم المدين بالوفاء لدائن الدائن فتعود على الدائن منفعة من هذا الوفاء بالقدر الذي برئت منه ذمته

ج-الحالة الثالثة :

- إذا كان الموفي له دائنا ظاهرا : والدائن الظاهر هو من يبدو أمام الناس بمظهر الدائن الحقيقي ، كالوارث الظاهر وتطبقا لنظرية الأوضاع الظاهرة فإن الوفاء للدائن الظاهر يبرئ ذمة المدين إذا كان حسن النية ، أي يعتقد عند الوفاء أنه يفي للدائن الحقيقي.
- ويترتب على صحة الوفاء في هذه الحالة أن الدائن الحقيقي لن يكون أمامه إلا الرجوع على الدائن الظاهر الذي تم الوفاء له بدعوى الإثراء بلا سبب إذا كان حسن النية ، أما إذا كان الدائن الظاهر سئ النية فإنه يكون قد ارتكب خطأ يستوجب مسئوليته طبقا للقواعد العامة في المسئولية التقصيرية .

٣-إجبار الدائن على استيفاء الدين :

- قد يحدث أن يتعنت الدائن فيرفض استيفاء الدين متعللا بحجة أو بأخرى وهناك طرق ثلاثة من شأنها إجبار الدائن على استيفاء حقه وهي: الأعذار والعرض الحقيقي ، والإيداع والحراسة .

أولا : إعذار الدائن :

- كما أن للدائن إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه أن يعذره فكذلك للمدين إذا لم يقم الدائن بما يلزم لإتمام الوفاء أن يعذره فالإعذار هنا هو إجراء يسجل المدين على الدائن رفضه لقبول الوفاء وهناك حالات ثلاث يعتبر الدائن فيها متعنتا في عدم قبول الوفاء .

- **الحالة الاولي** ← أن يرفض دون مبرر الوفاء المعروض عليه عرضاً صحيحاً .
- **الحالة الثانية** ← أن يرفض القيام بالأعمال اللازمة لإتمام الوفاء ، كما لو كان مشتريا لعقار ورفض الذهاب مع البائع إلى مصلحة الشهر العقاري للتسجيل .
- **الحالة الثالثة** ← أن يعلن الدائن أنه لن يقبل الوفاء عندئذ يسجل المدين على الدائن رفضه للوفاء بواسطة إعلان رسمي على يد محضر .

آثار إعذار الدائن وهي :

١) تحمل الدائن تبعة هلاك الشئ أو تلفه بعد أن كانت على المدين .
٢) وقف سريان الفوائد إذا كان الدين منتجا لفوائد .
٣) تخويل المدين حق اتخاذ إجراءات العرض الحقيقي والإيداع على نفقة الدائن
٤) حق المدين في مطالبة الدائن بتعويضه عن الأضرار التي أصابته من جراء رفض قبول الوفاء .

ثانيا : العرض الحقيقي :

- بعد إعذار الدائن يقوم المدين بعرض ما يريد الوفاء به عرضا حقيقيا أي فعليا ، ويحرر محضرا بالعرض يشتمل على بيان الشئ المعروض
- **فإن كان المعروض نقودا أو منقولات يمكن تسليمها** ← فإنها تعرض على الدائن في موطنه عرضا فعليا على يد محضر .
- **أما إذا كان الشئ المستحق لا يمكن تسليمه** ← في موطن الدائن كعقار فيحصل عرضه بمجرد تكليف الدائن بالحضور على يد محضر بتسليمه .

ثالثا : الإيداع والحراسة :

١- **إذا رفض الدائن العرض ، وكان المعروض نقودا ←** قام المحضر بإيداعها خزانة المحكمة في اليوم التالي لتاريخ محضر العرض على الأكثر وإذا كان المعروض شيئا أخر غير النقود ، جاز للمدين أن يطلب من قاضي الأمور المستعجلة الترخيص في إيداعه بالمكان الذي يعينه القاضي إذا كان ما يمكن نقله .

٢- **أما إذا كان الشئ معدا للبقاء ←** حيث وجد جاز للمدين أن يطلب وضعه تحت الحراسة .

٣- **وإذا كان المعروض شيئا مما يسرع إليه التلف ←** كالفاكهة والخضروات واللحوم ، كان للمدين بدلا من إيداعها ، أن يستأذن القضاء في بيعها وإيداع ثمنها خزانة المحكمة ويتم البيع بالمزاد العلني .

أثر العرض الحقيقي والإيداع :

- يترتب على العرض الحقيقي للشئ المستحق ثم إيداعه أو وضعه تحت الحراسة براء ذمة المدين من الدين ، ولو كان الدائن لم يتسلم الشئ من المكان المودع به أو من الحارس ، فالعرض الحقيقي والإيداع يقوم مقام الوفاء .

محـــل الوفـــاء

- **يحكم محل الوفاء قاعدتان أساسيتان ←** وجوب الوفاء بذات الدين المستحق ، ووجوب الوفاء بكل الدين المستحق

القاعدة الاولي : وجوب الوفاء بذات الدين المستحق :

- محل الوفاء هو عين ما التزم به المدين وإذا كان الأداء نقديا فالأصل أن يكون الوفاء بالعملة الوطنية وفي حالة تسليم شيك أو إرسال حوالة بريدية بقيمة الدين فإن ذمة المدين لن تبرأ إلا بقبض الدائن قيمته فعلا ، وإذا كان الشئ قيميا وتعين بذاته ، وجب على المدين تسليم ذات الشئ ، فلا يجبر الدائن على قبول شئ غيره ، ولو كانت قيمته تزيد على قيمة الشئ المستحق أما إذا كان الشئ مثليا وعين بنوعه ومقداره فقط وجب تسليم شئ من النوع المعين أو من نوع أعلى منه ولكن لا يجوز تسليم شئ من نوع أدني وإذا كان الشئ عقارا فإن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل وفقا لأحكام الشهر العقاري .

القاعدة الثانية : وجوب الوفاء بكل الدين المستحق:

- يجب على المدين أن يفي بكل الدين المستحق ، فلا يجوز له إجبار الدائن على قبول وفاء جزئي لحقه ويدخل في تحديد الدين المستحق ، ما يتبعه من ملحقات كفوائد ومصروفات ولكن قاعدة عدم تجزئة الوفاء ليست من النظام العام ، فهي مقررة لمصلحة الدائن ، فيجوز الخروج عليها إما بحكم الاتفاق أو بنص القانون .

١- وجود اتفاق :

- يجوز الاتفاق بين الطرفين على الوفاء الجزئي ويستوي أن يكون هذا الاتفاق صريحا أو ضمنيا .

٢- وجود نص قانوني :

- **أجاز المشرع للمدين تجزئة الوفاء ، بل ويجبر الدائن على قبول هذا الوفاء الجزئي في الأحوال الآتية :**

أ- **نظـرة الميسـر ←** فيجوز للقاضي أن يأمر بتقسيط الوفاء بالدين لمصلحة المدين حسن النية حيث يمنحه آجالا متعددة.

ب- **إذا كـان الـدين ثابتـا في كمبيالـة ←** وعرض المدين على حامل الكمبيالة في ميعاد استحقاقها جزءا من قيمتها ففي هذه الحالة لا يجوز لحامل الكمبيالة الامتناع عن استلام هذا الجزء.

ج- **إذا تعـدد الكفـلاء وكـانوا غـير متضـامنين ←** فهنا لا يجوز للدائن أن يرجع على أي منهم إلا بقدر نصيبه في الدين ، وهذا يعد وفاء جزئيا .

د- **المقاصـة ←** حيث ينقضي الدينان بقدر الأقل منهما فإذا كان الدين الذي على المدين أكبر من الحق له ضد الدائن ، فينقضي من الدين الأكبر الجزء المساوي لحق المدين ويبقي الجزء الأخر.

احتساب الخصم عند الوفاء الجزئي أو تعدد الديون :

- يكون الخصم من المصروفات فإن زاد عليها ما وفي به المدين خصمت الزيادة من الفوائد فإن بقي شئ بعد ذلك خصم من أصل الدين.

ظروف الوفاء

- المقصود بظروف الوفاء هو تحديد زمان الوفاء ومكان الوفاء ونفقات الوفاء وإثبات الوفاء .

أولا : زمان الوفاء

- القاعدة أن الوفاء بالالتزام يجب أن يتم فور نشوئه ، ما لم يكن معلقا على شرط أو مضافا إلى أجل ومع ذلك يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا ينفذ فيه التزامه يسمي الأجل القضائي أو نظرة الميسرة .

ثانيا : مكان الوفاء

- يجب الوفاء بالالتزام في المكان المتفق عليه فإذا لم يوجد اتفاق على ذلك وجب الرجوع إلى الأحكام التي أوردها القانون وهي تفرق بين ما إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات ، أو كان غير ذلك .
- فإذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات فيجب أن يسلم في المكان الذي كان موجودا فيه وقت نشوء الالتزام .
- أما في الالتزامات الأخرى ، فيجب أن يكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء .

ثالثا : نفقات الوفاء

- فإذا كانا بصدد عقد بيع وكان البيع شيئا معينا بالنوع فإن نفقات إفرازه وتعبئته وإعداده للتسليم تقع على عاتق البائع (المدين بالتسليم) وإذا كان محل الوفاء مبلغا من النقود ، فإن نفقات إذن البريد وإرساله يتحملها المدين

رابعا : إثبات الوفاء

- الوفاء تصرف قانوني يترتب عليه انقضاء الالتزام ويلزم بالتالي إثباته بالكتابة إذا زادت قيمته عن النصاب الجائز إثباته بشهادة الشهود وهو خمسمائة جنيه ويثبت الوفاء بالدين بمخالصة مؤرخة وموقعة عليها من الدائن .

الوفاء مع الحلول

معنى الوفاء مع الحلول

- دعوى الحلول أن يرجع على المدين بنفس الدين الذي كان للدائن والذي تم الوفاء به حيث يحل محل الدائن في هذا الدين .

حالات الوفاء مع الحلول

١- الحلول الاتفاقي

أولا : الحلول بالاتفاق مع الدائن :

- يستطيع من يفي دين غيره أن يتفق مع الموفي له على الحلول وبذلك يكون طرفا الاتفاق على الحلول هما الدائن والغير الموفي ، ولا يلزم بالتالي موافقة المدين .

ثانيا : الحلول بالاتفاق مع المدين

- ويجوز كذلك أن يتم الحلول بالاتفاق بين الموفي والمدين ، إذ يجوز للمدين الذي اقترض مالا وفي به الدين أن يحل المقرض محل الدائن الذي استوفي حقه ، ولو بغير رضاء هذا الدائن.

٢- الحلول القانوني : فمن وفي دين غيره يحل محل الدائن ، بحكم القانون في **الحالات الآتية :**

الحالة الأولي : الموفي ملزم بالدين مع المدين أو عنه :

- ويكون الموفي ملزما بالدين عن المدين ، إذا كان كفيلا شخصيا أو عينيا فإذا وفي المدين المتضامن كل الدين كان له أن يرجع بدعوى الحلول على شركائه في الدين كل بقدر حصته.

الحالة الثانية : الموفي دائن متأخر وفي لدائن متقدم :

- وتفترض هذه الحالة أن المدين مدين لأكثر من دائن ، وأن أحد هؤلاء الدائنين مقدم على الآخرين بما له من تأمين عيني يضمن الوفاء بحقه فإذا كان أ مدينا لكل من ب ، ج ، د بمبلغ مائة ألف جنيه وكان حق ب مضمونا برهن مقرر على عقار من عقارات المدين أ ففي هذه الحالة يكون ب دائنا متقدما على سائر الدائنين، ويحق له عند بيع العقار المرهون أن يستوفي حقه من ثمنه بالأولية على سائر الدائنين ، ولكن قد يرى ج أن الوقت غير مناسب للبيع لأن أثمان العقارات منخفضة ولذلك يقوم ج بوفاء الدين المستحق للدائن المرتهن ب ، فيحل محله ويصبح له دين مضمون برهن في المرتبة الأولي ، إلى جانب دينه الأصلي غير المضمون ويتريث في التنفيذ على العقار المرهون وبيعه بالمزاد العلني حتى يرتفع ثمن العقار فيبيعه ويضمن بذلك استيفاء حقوقه من ثمنه : حقه الأصلي ، وحقه الذي حل فيه محل الدائن المستوفي .

الحالة الثالثة : الموفي اشترى عقارا ودفع ثمنه لدائنين خصص العقار لضمان حقوقهم :

- تفترض هذه الحالة أن شخصا اشترى عقارا مرهونا ولكنه لا يقوم بدفع الثمن إلى البائع بل يدفع هذا الثمن للدائن أو الدائنين المرتهنين ، وذلك حتى يمنعهم من الحجز على هذا العقار وبيعه بالمزاد العلني استيفاء لديونهم .

الحالة الرابعة: وجود نص خاص يقرر للموفي الحلول محل الموفي له :

- قد يوجد نص خاص في القانون يقرر الحلول في حالة معينة مثال ذلك إذا أمن شخص على منزله أو متجره ضد الحريق وحدث الحريق بخطأ الغير ، فإن شركة التأمين تدفع مبلغ التعويض للمضرور ، وتحل محله قانونا في الرجوع على الغير المسئول عن الحريق.

آثار الوفاء مع الحلول

أولا : الأصل : انتقال حق الدائن إلي الموفي كاملا :

- ويترتب على حلول الموفي محل الدائن المستوفي في ذات الحق النتائج الآتية :

١- يحل الموفي محل الدائن في ذات حقه بما له من خصائص كما لو كان حقا تجاريا.
٢- يحل الموفي محل الدائن في الحق بما يلحقه من توابع كالفوائد التي يمنحها.
٣- يحل الموفي محل الدائن في الحق بما يكفله من تأمينات ، كرهن أو امتياز .
٤- يتقيد حق الموفي بما كان يقيد حق الدائن من دفوع .

ثانيا : الحالات التي ينتقل فيها حق الدائن إلي الموفي جزئيا

١- إذا كان الموفي قد وفي الدين للدائن بمبلغ أقل من قيمة الدين فإنه لا يرجع على المدين إلا بمقدار ما دفع للدائن .
٢- إذا كان الموفي أحد المدينين المتضامنين وقام بوفاء الدين كله للدائن فإنه لا يستطيع أن يرجع على باقي المدينين إلا بعد أن يستنزل حصته هو في الدين.
٣- إذا كان الموفي هو حائز العقار المرهون ، وقام بوفاء الدين كله للدائن فإنه لا يستطيع أن يرجع على حائز لعقار أخر مرهون في ذات الدين إلا بقدر حصة هذا الحائز بحسب قيمة ما حاز من عقار .
٤- إذا وفي الغير للدائن جزءا من حقه وحل محله فيه فلا يضار الدائن بهذا الوفاء ويكون في استيفاء ما بقي له من حق مقدما على من وفاه .

إنقضاء الإلتزام بما يعادل الوفاء

الوفاء بمقابل

معني الوفاء بمقابل

- وفاء الالتزام بمقابل يتم إذا قبل الدائن في استيفاء حقه مقابلا استعاض به عن الأداء المستحق له أصلا ، واستوفي هذا المقابل فعلا ومثال ذلك أن يكون شخص مدينا لأخر بمبلغ من النقود وعند الاستحقاق لا يجد المدين لديه النقود التي يفي بها ، فيعرض على الدائن شيئا كسيارة أو منزل مثلا ، ويقبل الدائن ذلك ، ثم يتسلم السيارة أو المنزل فعلا.

شروط الوفاء بمقابل

الأول : اتفاق الدائن مع المدين على الوفاء بمقابل :

- فيجب لتحقق الوفاء بمقابل أن يتراضي الدائن والمدين عليه فلا يجبر الدائن على قبول عوض عن الأداء الأصلي ، ولو كانت قيمته أعلى والاتفاق على الوفاء بمقابل ينبغي أن يستكمل أركانه وشروط صحته ، ويلزم بالتالي أن يكون الرضاء سليما ، خاليا من العيوب ، وأن تتوافر أهلية التصرف لدى الطرفين .

الثاني : استيفاء الدائن للمقابل فعلا :

- يجب أن يستوفي الدائن المقابل فعلا وقت الاتفاق مع المدين ، بحيث يتعاصر الوفاء مع الاتفاق

طبيعة الوفاء بمقابل

- الوفاء بمقابل هو عمل مركب من تجديد الالتزام بتغيير محله ووفاء بالالتزام الجديد فالدائن والمدين يتفقان أولا على تجديد الالتزام بتغيير محله فينقضي الالتزام الأصلي بالتجديد وينشأ الالتزام جديد .

أثار الوفاء بمقابل

أولا : نقل الملكية :

- حيث إن الوفاء بمقابل ينطوي على نقل ملكية الشئ المستحق كمقابل فإن هذا يعني سريان أحكام البيع وأحكام انتقال الملكية بوجه عام مع مراعاة أهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق ، وضمان العيوب الخفية.

ثانيا : الوفاء بالدين الجديد :

- يترتب على حصول الوفاء بمقابل انقضاء التزام المدين بالأداء الأصلي ، فهو بمثابة وفاء .

التجديد والإنابة في الوفاء

- **التجديد** ← اتفاق على استبدال التزام جديد بالتزام قديم ويترتب عليه انقضاء الالتزام القديم (القائم) ونشوء التزام جديد محله .

شروط التجديد

أولا : وجود التزام قديم

- فيفترض وجود التزام تتجه نية الأطراف إلى انقضائه ، حتى يمكن تصور التجديد أو الاستبدال إذ لا تجديد ولا استبدال على معدوم وعلى ذلك يبطل التجديد إذا انقضي الالتزام الأصلي قبل الاتفاق على التجديد أو كان هذا الالتزام باطلا .

ثانيا : نشوء التزام جديد

- يشترط للقول بتجديد الالتزام أن ينشأ التزام أخر يستبدل به الالتزام القديم ، فإن لم ينشأ التزام جديد فلا تجديد، ويبقي الالتزام القديم قائما وقد يتم التجديد بتغيير أحد طرفيه الدائن أو المدين أو تغيير الدين ذاته .

١- **التجديد بتغيير الدين** ← ومثال ذلك أن يتفق على إلزام المدين بنقل ملكية الشئ بدلا من التزامه بدفع مبلغ نقدي .

٢- **التجديد بتغيير المدين** ← إذا اتفق الدائن مع أجنبي على أن يكون هذا الأجنبي مدينا مكان المدين الأصلي ، وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأصلي دون حاجة لرضائه.

٣- **التجديد بتغيير الدائن** ← ويتحقق ذلك إذا اتفق الدائن والمدين وأجنبي على أن يكون هذا الأجنبي هو الدائن الجديد .

ثالثا : نية التجديد

- يجب أن تكون نية التجديد واضحة فالأصل ألا يكون هناك تجديد حتى يقوم الدليل على العكس

وترتيبا على ذلك لا تكون نية التجديد متوافرة في الحالات الآتية :

١- كتابة سند بدين موجود من قبل فالكتابة لا تعدو أن تكون اعترافا بالالتزام .

٢- تحرير سند إذني بثمن المبيع فإذا سلم البائع المشترى كمبيالات بقيمة الثمن فلا يعد ذلك تجديدا للثمن بقرض بل تعتبر الكمبيالات في هذه الحالة سندات بالثمن .

٣- وكذلك بالنسبة للإجارة فإذا انتهت مدتها وحرر بالأجرة المتأخرة سند فهذا لا يعد تجديدا بل يبقي للدين صفة دين الأجرة .

آثار التجديد

يترتب على التجديد أثران :

- أحدهما مسقط ، وهو انقضاء الالتزام القديم والأخر منشئ وهو نشوء الالتزام الجديد ويتعين التمييز في هذا الصدد بين التأمينات التي قدمها المدين والتأمينات المقدمة من الغير ككفيل شخصي أو عيني .

أولا : التأمينات المقدمة من المدين

١- فإذا كان التجديد بتغيير المدين ، فإن انتقال التأمينات يتم اتفاق بين الدائن والمدين والاتفاق على بقاء التأمينات بعد التجديد يجب ألا يضر بالغير .

٢- وإذا كان التجديد بتغيير المدين ، تم انتقال التأمينات العينية باتفاق بين الدائن والمدين الجديد ، دون حاجة لرضاء المدين القديم .

٣- وإذا كان التجديد بتغيير الدائن ، فإن الاتفاق على انتقال التأمينات يكون بين المدين والدائن الأصلي والدائن الجديد

ثانيا : التأمينات المقدمة من الغير

- إذا كانت التأمينات مقدمة من الغير ، كالكفيل الشخصي ، أو العيني فلا تنتقل هذه التأمينات إلي الالتزام الجديد إلا إذا رضي بذلك الكفلاء ، أو المدينون المتضامنون .

الإنابة في الوفاء

تعريف الإنابة :

- تكون هناك إنابة في الوفاء إذا حصل المدين على رضاء دائنة بشخص ثالث يلتزم بوفاء الدين بدلا من المدين فهي تفترض **وجود ثلاثة أشخاص :**

١- **الشخص الاول** ← المدين ويسمي (المنيب)

٢- **الشخص الثاني** ← الدائن ويسمي (المناب لديه)

٣- **الشخص الثالث** ← الغير الذي يلتزم بالدين بدلا من المدين ويسمي (المناب).

الإنابة الكاملة والإنابة الناقصة :

١- **ففي الإنابة الكاملة** ← تؤدي الإنابة إلى براءة ذمة المنيب قبل المناب لديه ، لأنها تعتبر تجديدا للدين بتغيير المدين والأصل أنه يترتب على التجديد انقضاء الالتزام القديم ونشوء التزام جديد فلا يستطيع الدائن أن يرجع إلا على المدين الجديد .

٢- **أما في الإنابة الناقصة** ← فهي لا تتضمن تجديدا للدين ولذلك فالأثر الذي يترتب عليها هو إضافة مدين جديد إلى جانب المدين الأصلي ، فيكون للدائن مدينان ، يستطيع أن يطالب أيا منهما وإذا وفي أحدهما برئت ذمة الأخر .

التزام المناب التزام مجرد :

- أي التزام يصح بصرف النظر عن وجود سبب له أو عدم وجوده وبصرف النظر عن كون الباعث عليه مشروعا أو غير مشروع ومعني ذلك أن التزام المناب قبل المناب لديه لا يتأثر بالعلاقة بين المنيب والمناب ،فإذا كان المناب مدينا للمنيب وكان هذا الدين باطلا فإن المناب لا يستطيع أن يتمسك شئ من هذا في مواجهة المناب لديه ، بل يجب عليه أن يوفي ثم يرجع بعد ذلك على المنيب .

س١٤ : عرف المقاصة مبيناً أنواعها؟

المقاصـــة

تعريف المقاصة ، وأهميتها وأنواعها

- **المقاصة** ← هي طريق من طرق انقضاء الالتزام ، حين يصبح المدين دائنا لدائنه فينقضي الدينين بقدر الأقل منهما ، ويتعين على المدين بالجزاء الباقي أن يفي به بالطريق العادي .

وتبدو أهمية المقاصة في أنها تحقق ميزتين :

١- **الميزةالأولي** ← تسهيل الوفاء بالالتزام ، تقوم المقاصة بوظيفة الوفاء المزدوج ، فهي تقضي على الدين الأقل كلية ، وتقضي جزئيا على الدين الأكبر وبطريقة تلقائية سهلة فإذا كان (أ) دائنا لـ(ب) بمبلغ ١٠٠٠جنيه ، ثم أصبح (ب) دائنا لـ (أ) بمبلغ ٦٠٠جنيه ، فتقع المقاصة بين هذين الدينين ، لينقضيا بقدر الأقل منهما فلا يبقي على (ب) واجب الوفاء سوي بمبلغ ٤٠٠جنيه.

٢- **الميزة الثانية** ← تحقق للدائن أفضلية على سائر الدائنين ففضلا عن كون المقاصة أداة وفاء فإنها تعتبر من ناحية أخرى أداة ضمان لأنها تخول الدائن أن يستأثر بالدين الذي في ذمته للطرف الأخر دون غيره من دائني هذا الأخير ، وذلك عن طريق خصم ماله من حق في مواجهته مما هو مدين به نحوه ، الأمر الذي يقيه احتمال مزاحمة سائر دائنيه له .

أنواع المقاصة :

- **المقاصة ثلاثة أنواع:**

المقاصة القانونية	المقاصة القضائية	المقاصة الاختيارية
هي التي يتم فيها انقضاء الدينين بقوة القانون	هي التي تقع بحكم من القضاء	هي التي تتم بإرادة ذوي الشأن

المقاصة القانونية

أولا : شروط المقاصة القانونية

الشرط الأول : التقابل بين الدينين

- يجب لوقوع المقاصة أن يوجد دينان متقابلان ويتحقق هذا الشرط إذا كان كل من طرفي المقاصة دائنا للأخر في شخصه ، ومدينا له في شخصه .

الشرط الثاني : التماثل في المحل

- لا يتصور وقوع المقاصة بقوة القانون إلا إذا كان الدينان متماثلان ويتحقق التماثل إذا كان محل كل منهما نقودا أو مثليات متحدة في النوع والجودة فلا تقع المقاصة بين مبلغ من النقود وكمية من القمح .

الشرط الثالث : خلو الدينين من النزاع

- يشترط لوقوع المقاصة بقوة القانون أن يكون كل من الدينين المتقابلين خاليا من النزاع أي محققا فإذا كان أحد الدينين متنازعا عليه سواء في وجوده أو في مقداره فلا تقع المقاصة بقوة القانون .

الشرط الرابع : استحقاق الدينين للأداء

- يلزم لوقوع المقاصة أن يكون كل من الدينين المتقابلين مستحق الأداء ذلك لأن المقاصة وفاء مزدوج للدينين المتقابلين فإذا كان أحدهما غير مستحق الأداء ، كأن كان معلقا على شرط واقف لم يتحقق بعد أو كان مضافا إلى أجل لم يحل بعد فلا تقع المقاصة بينهما بقوة القانون .

الشرط الخامس : صلاحية كل من الدينين للمطالبة به قضاء

- يقصد بهذا الشرط أن يكون الإجبار على التنفيذ ممكنا بالنسبة لكل من الدينين وعلى ذلك لا تجوز المقاصة بين التزام طبيعي وأخر مدني.

الشرط السادس : قابلية كل من الدينين للحجز

- فصاحب الحق غير الجائز الحجز عليه ، لا يمكن التمسك في مواجهته بالمقاصة ، بين هذا الحق وبين ما عليه من دين للمدين به فلا يجوز للزوج أن يتمسك بالمقاصة بين ماله من دين في مواجهة زوجته ، وبين ما هو ملتزم به نحوها من دين النفقة ، لأن حقها في النفقة من الحقوق التي لا يجوز الحجز عليها .

استثناء بعض الديون من المقاصة :

١- إذا كان أحد الدينين شيئا نزع دون حق من يد مالكه وكان مطلوبا رده فيتعين على المدين هنا أن يرد هذا الشئ وتمتنع عليه المقاصة.

٢- إذا كان أحد الدينين شيئا مودعا أو معارا عارية استعمال وكان مطلوبا رده فليس للمودع لديه أو المستعير أن يتمسك بالمقاصة القانونية في مواجهة مالك الشئ فالشئ أمانة في يده مما يقتضي رده لصاحبه في جميع الأحوال .

ثانيا : الآثار التي تترتب علي المقاصة

١- وجوب التمسك بالمقاصة :

- لا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها فالمقاصة ليست من النظام العام ولا يجوز للقاضي ، ولو توافرت شروطها أن يقضي بها من تلقاء نفسه ولما كانت المقاصة ليست من النظام العام ، فإنه يجوز لمن تقررت لمصلحته أن ينزل عنها بعد ثبوت حقه فيها والنزول عن المقاصة يكون صراحة وقد يكون ضمنيا.

٢- انقضاء الدينين بمقدار الأقل منهما

- يترتب على توافر شروط المقاصة ، والتمسك بها انقضاء الدينين فإن كانا متساويان في المقدار انقضيا بأكملهما ، وإن كانا مختلفان انقضي الدين الأقل أما الدين الأخر فينقضي منه جزء يعادل مقدار الدين الأول ، ويبقي الجزء الباقي قائما.

√ **ويلاحظ** : أن انقضاء الدينين المتقابلين بالمقاصة يعتبر متحققا ليس من وقت التمسك بالمقاصة بل من الوقت الذي توافرت فيه جميع شروط المقاصة وترتيبا على ذلك أنه لو توافرت شروط المقاصة في ٢٠٠٥/١/١ ثم حصل التمسك بها في ٢٠٠٧/١/١ فإن انقضاء الدينين يعتبر حاصلا من ٢٠٠٥/١/١ ويترتب على ذلك أنه إذا كان أحد الدينين أو كلاهما منتجا لفائدة فإن سريانها يقف اعتبارا من ٢٠٠٥/١/١ ولا تستحق أية فوائد عن المدة التالية لانقضاء الدينين من هذا التاريخ.

٣- عدم جواز التمسك بالمقاصة إضرارا بحقوق الغير

- القاعدة تقضي بأنه لا يجوز أن تقع المقاصة إضرارا بحقوق كسبها الغير وتجد هذه القاعدة تطبيقين :

التطبيق الأول : يتعلق بعدم جواز التمسك بالمقاصة إضرارا بالدائن الحاجز

✓ إذا قام دائن للدائن بتوقيع حجز على ما لهذا الدائن من حق قبل المدين ، فإن هذا الحجز يمنع المدين من الوفاء لدائنه فإذا حدث بعد ذلك أن نشأ لهذا المدين حق في ذمة دائنه المحجوز على ماله فلا يجوز لهذا المدين أن يتمسك بالمقاصة ، لأن التمسك بها من شأنه أن يؤدي إلى انقضاء الحق المحجوز عليه تحت يده وذلك يضر بالدائن الحاجز .

التطبيق الثاني :

✓ فيتمثل في عدم جواز التمسك بالمقاصة في مواجهة المحال له فإذا توافرت شروط المقاصة ولكن قبل أن يحصل التمسك بها قام أحد طرفيها بتحويل حقه للغير وقبل المدين هذه الحوالة فلا يكون له إذا طالبه المحال إليه بما في ذمته أن يتمسك في مواجهته بالمقاصة التي كان له أن يتمسك بها قبل قبوله للحوالة .

المقاصة الاختيارية والمقاصة القضائية

المقاصة الاختيارية :

- يجوز للطرفين الاتفاق على إيقاع المقاصة بين ما لكل منهما من حق في مواجهة الأخر وما عليه من دين له ومثل هذا الاتفاق يكون صحيحا ، وتسمي المقاصة هنا بالمقاصة الاتفاقية أو الاختيارية وهي تتميز عن المقاصة القانونية بأن آثارها لا تترتب إلا منذ تاريخ الاتفاق عليها ويلاحظ أنه يسرى على هذا النوع من المقاصة أيضا قاعدة عدم جواز وقوع المقاصة إضرارا بحقوق كسبها الغير .

المقاصة القضائية :

- المقاصة القضائية : هي التي تقع بحكم المحكمة عندما يتخلف شرط من شروط المقاصة القانونية يمكن أن يستكمله القاضي فإذا طالب الدائن مدينه بدين عليه فتقدم المدعي عليه بطلب عارض مدعيا بحق له على المدعي الذي ينازع في وجوده أو في مقداره فلا تقع المقاصة لوجود النزاع في أحد الدينين ولكن يكون للمحكمة أن تفصل في النزاع فإذا انتهت إلى وجود الحق المتنازع عليه وعينت مقداره حكمت بالمقاصة عليه .

اتحاد الذمة

المقصود باتحاد الذمة وحالاته

- يتم اتحاد الذمة إذا اجتمعت صفتا الدائن والمدين في شخص واحد ويتحقق ذلك حين يتوفي الدائن ويرثه المدين ، فيترتب على ذلك أن يرث المدين الحق الذي كان للدائن ولما كان من غير المتصور أن يطالب الشخص نفسه فإن الدين ينقضي باتحاد الذمة وقد يتحقق اتحاد الذمة عن طريق الوصية إذا أوصي الدائن للمدين بالدين إذ يصبح المدين بعد وفاة الموصي دائنا لنفسه بالدين الموصي به ويتم اتحاد الذمة كما في حالة الميراث وقد يقع اتحاد المذمة حال الحياة مثل شراء المستأجر العين المؤجرة من المالك المؤجر ، فتجتمع صفتا المؤجر والمستأجر لدى نفس الشخص

الفرق بين اتحاد المذمة والمقاصة

- **ففي المقاصة←** يوجد دينان متقابلان على شخصين كل منهما دائن ومدين للأخر فيؤدي تقابل الدينين إلى انقضائهما بقدر الأقل منهما .
- **أما في اتحاد الذمة←** فلا يوجد إلا دين واحد بين شخصين أحدهما دائن غير مدين والأخر مدين غير دائن ، ثم يختفي أحدهما فتقوم صفتا الدائن والمدين في الشخص الأخر ، فينقضي الدين.

آثار اتحاد الذمة

- يؤدي اتحاد الذمة إلى انقضاء الدين وبالقدر الذي اتحدت فيه الذمة فإذا توفي الدين بمبلغ ١٠٠٠جنيه فورثه المدين بهذا المبلغ وكان هو الوارث الوحيد ، انقضي الدين كله بإتحاد الذمة أما إذا كان المدين يرث نصف التركة فإن الدين ينقضي باتحاد الذمة في حدود النصف ليبقي للوارث الأخر أن يرجع على المدين بمبلغ ٥٠٠جنيه وإذا كان الدين ينقضي باتحاد الذمة إلا أنه قد يعود إلى الظهور ثانية ومثال ذلك كما لو أوصي الدائن للمدين بالدين ثم تبين بعد ذلك بطلان الوصية.

إنقضاء الإلتزام دون الوفاء

الإبـــــراء

- **الإبراء←** نزول الدائن دون مقابل عن الحق الذي له قبل المدين ومن هذا التعريف نتبين أن الإبراء تصرف قانوني صادر عن إرادة منفردة هي إرادة الدائن وأيضا الإبراء تصرف تبرعي إذ يتضمن نزول الدائن عن حقه الشخصي قبل المدين بدون مقابل الإبراء وعلى ذلك فأنه يسرى على الإبراء الأحكام الموضوعية للتبرعات فيشترط أن تتوافر لدى الدائن أهلية التبرع ويجوز الطعن في الإبراء بالدعوى البوليصية دون حاجة إلى إثبات غش الدائن ولا يشترط فيه شكل خاص فهو إذن تصرف رضائي ويترتب على الإبراء انقضاء الالتزام .

استحالة التنفيذ

ينقضي الالتزام إذا أصبح تنفيذه مستحيلا .

أولا : شروط استحالة تنفيذ الالتزام

١- أن تكون الاستحالة طارئة بعد نشوء الالتزام فإذا كانت الاستحالة موجود من قبل نشوئه فإن الالتزام لا ينشأ أصلا .

٢- أن تكون الاستحالة دائما أما الاستحالة المؤقتة فلا يترتب عليها انقضاء الالتزام وإنما مجرد تنفيذه بصفة مؤقتة بحيث إذا زال الحادث الطارئ الذي أدي إلى هذه الاستحالة يعود الالتزام واجب التنفيذ .

٣- أن تكون الاستحالة بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه كقوة قاهرة أو خطأ الدائن أما إذا تسبب المدين بخطئه في استحالة تنفيذ الالتزام ، فإن الالتزام لا ينقضي ويلزم المدين بتنفيذ التزامه بمقابل .

ثانيا : حالات بقاء الالتزام رغم استحالة تنفيذه

حالة الاتفاق :

- يظل المدين ملزما بالدين إذا اتفق مع الدائن على أن يتحمل نتيجة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة وعندئذ يصبح المدين ملتزما بتنفيذ التزامه عن طريق التعويض.

حالة إعذار المدين :

- إذا أعذر الدائن المدين ثم استحال تنفيذ الالتزام بعد الأعذار فإن الالتزام لا ينقضي ويبقي المدين مسئولا عن تنفيذ الالتزام بطريق التعويض ما لم يثبت أن الشئ كان يهلك كذلك عند الدائن ولو سلم إليه .

حالة السارق :

- إذا سرق شخص شيئا ، فإنه يلتزم برده ، فإذا هلك الشئ ولو بسبب أجنبي أوضاع بأية صورة كانت فإن تبعة الهلاك تقع على السارق ويبقي مسئولا عن التعويض .

س١٥ : تكلم عن التقادم المسقط مبيناً حالات التقادم الخمسي؟

التقادم المسقط

تعريف التقادم المسقط والاعتبارات التي يقوم عليها :

- **التقادم المسقط** ← هو مضي مدة معينة على استحقاق الدين دون أن يطالب به الدائن الأمر الذي يترتب عليه سقوط حقه في المطالبة به بعد ذلك ويرجع اعتبار مرور الزمن عن طرق انقضاء الالتزام إلى عدة اعتبارات أهمها :

١- **قرينة الوفاء** ← فقد اعتبر المشرع أن سكوت الدائن لفترة معينة عن المطالبة بحقه أنه قد استوفاه فعلا.

٢- **تجنب المنازعات التي يصعب الفصل فيها** ← فالسماح للدائن بمطالبة مدينه مهما طالت المدة التي مضت منذ وقت استحقاق الدين يهدد استقرار المعاملات ويشغل القضاء بمنازعات يصعب إثبات الحقوق فيها لبعد زمن استحقاقها.

٣- **منع تراكم الديون على المدين** ← ففي بعض الأحيان يرى المشرع حماية المدين تقرير سقوط الديون بالتقادم ، وذلك منعا لتراكمها عليه لمصلحة دائن مهمل في المطالبة بحقه.

٤- **قرينة الإبراء** ← فعدم مطالبة الدائن بحقه لمدة طويلة قد يرجع إلى نزوله عن هذا الحق أي إبراء المدين به.

مدد التقادم المسقط

تحديد مدة التقادم المسقط :

- **القاعدة العامة** أن المدة التي يتقادم الالتزام بانقضائها هي خمس عشرة سنة من وقت استحقاق الدين غير أن المشرع ، بالإضافة إلى هذه القاعدة العامة ، يحدد مددا لانقضاء بعض الالتزامات\
- **كاستثناء على تلك القاعدة .**

أولا : التقادم الخمسي: تتقادم بخمس سنوات أربع طوائف من الحقوق هي :

١- الحقوق الدورية المتجددة

- **المقصود بالحق الدوري ←** الحق الذي يستحق في مواعيد متتالية منتظمة مثل الأجرة والفوائد ، والمرتبات ، والمعاشات ، والأقساط .
- **المقصود بالحق المتجدد ←** فهو الحق الذي يؤدي في موعده دون أن ينتقص من أصله مثل فوائد الديون فهي تستحق بصفة متكررة منتظمة ومتجددة ، دون أن تؤدي إلى الانتقاص من أصل الحق وقد اعتبر المشرع من قبيل الحقوق الدورية المتجددة التي تتقادم بخمس سنوات : أجرة المباني والأراضي الزراعية ، والفوائد ، والإيرادات المرتبة ، والمهايا ، والأجور ، والمعاشات.
- **والعلة** من تقصير مدة تقادم الحقوق الدورية المتجددة ترجع إلى طبيعتها فنظرا لأنها تتجدد فقد خشي المشرع أن يترتب على عدم استيفاء كل حق في موعده تراكمها فترة بعد فترة ، بحيث يرهق المدين أن يؤديها كلها دفعة واحدة .
- **تستثني من نطاق الحقوق الدورية المتجددة** ، الريع المستحق في ذمة الحائز سئ النية والريع الواجب على ناظر الوقف أداؤه للمستحقين ، فهذه الديون لا تعتبر في الواقع ديونا دورية متجددة فالتزام المدين بأدائها للدائن لا يكون دوريا بل يلزم المدين هنا بأداء دين واحد مصدره العمل غير المشروع أو الإثراء بلا سبب ، ولا يتقادم حق الدائن فيه إلا بمضي خمس عشرة سنة .

٢- حقوق بعض أصحاب المهن الحرة :

- تتقادم بخمس سنوات حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء ووكلاء التفليسة والسماسرة والأساتذة والمعلمين على أن تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاء عما أدوه من عمل من أعمال مهنتهم وما تكبدوه من مصروفات.
- ويلاحظ أنه يشترط لكي يطبق التقادم الخمسي **توافر الشرطين الآتيين :**

✓ **الشرط الأول ←** أن يكون الحق واجبا لأحد أصحاب المهن الذين ورد ذكرهم في النص على سبيل الحصر .

✓ **الشرط الثاني ←** أن تكون هذه الحقوق مستحقة لهم جزاء عما أدوه من عمل من أعمال مهنتهم وما تكبدوه من مصروفات يتطلبها أداء هذا العمل والعلة من تقصير مدة التقادم بالنسبة لحقوق أصحاب المهن الحرة هي أن الوفاء بهذه الحقوق يتم عادة في وقت قصير ، وأن العادة لم تجر على إثباتها في سندات مكتوبة ، فإذا مضت خمس سنوات على استحقاقها فإن ذلك يقوم قرينة ودليلا على أن الوفاء بها قد تم ، ولذلك يسقط حق الدائن في المطالبة بها .

٣- الحقوق الناشئة عن الأوراق التجارية

- ومثالها حق حامل الكمبيالة أو السند الأذني أو الشيك قبل الساحب الذي حرر هذه الورقة وهذا التقادم يقوم على قرينة الوفاء .

٤- الضرائب والرسوم المستحقة للدولة

- تسقط الضرائب والرسوم المستحقة سنويا للدولة بمضي خمس سنوات يبدأ حسابها في نهاية السنة المالية التي تستحق عنها .

ثانيا : التقادم الثلاثي

تتقادم بثلاث سنوات مجموعة من الحقوق :

١- المجموعه الأولي :- الضرائب والرسوم المطلوب استردادها من الدولة :

- ففي حالة دفع ضرائب أو رسوم للدولة بغير حق أو زيادة عما هو مستحق فإن التقادم يسري من يوم دفعها ومدته ثلاث سنوات .

٢- المجموعه الثانية :- الدعاوي الناشئة من عقد التأمين :

- تتقادم هذه الدعاوي بانقضاء ثلاث سنوات من وقت وقوع الواقعة التي تولدت عنها هذه الدعاوي .

٣- المجموعه الثالثة :- الحق في التعويض :

- عن عمل غير مشروع وحق المفتقر في الإثراء بلا سبب والحقوق الناشئة عن الفضالة فهذه الحقوق تسقط بمضي ثلاث سنوات من وقت العلم بأسبابها أو بمضي خمس عشرة سنة من وقت استحقاها .

ثالثا : التقادم الحولي

تسقط بمضي مدة سنة الحقوق الآتية :

١- حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها لأشخاص لا يتجرون في مثل هذه الأشياء .
٢- حقوق أصحاب الفنادق ، والمطاعم عن أجر الإقامة وثمن الطعام وعلى ما صرفوه لحساب عملائهم .
٣- حقوق العمال والخدم والإجراء من أجور يومية وغير يومية

ويتأسس هذا التقادم على قرينة الوفاء ، حيث إن العادة تجرى على الوفاء بهذه الحقوق دون تأخير

وبناء على ذلك تترتب النتائج الآتية :

١- إذا حرر سند بالحق ، فلا يتقادم إلا بانقضاء خمس عشرة سنة .
٢- يجب أن يعزز المدين تمسكه بانقضاء سنة بأن يحلف يمينا على أنه أدي الدين فعلا فإذا نكل عن حلف هذه اليمين بقي الدين قائما في ذمته ، والقاضي يوجه هذه اليمين (وتسمي يمين الاستيثاق) من تلقاء نفسه للمدين .
٣- يمتنع التمسك بالتقادم الحولي ، إذا اعترف المدين صراحة أو ضمنا بعدم الوفاء بالدين

مدد التقادم من النظام العام :

- النصوص المحددة لمدد تقادم كل نوع من أنواع الالتزام تعتبر من النظام العام فلا يجوز إذن الاتفاق على تعديل مدة التقادم بالإطالة أو التقصير وأي اتفاق على شئ من ذلك يقع باطلا.

حساب مدة التقادم

أولا : كيفية حساب المدة

- لا يحسب اليوم الأول الذي يستحق فيه الالتزام لأنه يكون ناقصا دائما فإذا كان استحقاق الالتزام يوم ٢٠٠٥/١/١ ، فإن مدة التقادم تحسب ابتداء من ٢٠٠٥/١/٢ وينبغي لاستكمال مدة التقادم أن ينقضي أخر يوم فيها ، وإذا كان أخر يوم من أيام المدة عطلة فلا يحسب هذا اليوم ويستكمل المدة بضم أول يوم عمل بعد انقضاء أيام العطلة اما ما يتخلل مدة التقادم من عطلات رسمية أو أعياد فتدخل في حساب هذه المدة .

ثانيا : بدء سريان التقادم

- إذا كان الالتزام معلقا على شرط واقف أو مضافا إلى أجل فلا تبدأ مدة التقادم إلا من تاريخ تحقق الشرط أو انقضاء الأجل فقبل ذلك لا يكون الالتزام مستحق الأداء ولا يكون في استطاعة الدائن المطالبة بحقه

س١٦ : تكلم عن وقف التقادم وإنقطاعه؟

وقف التقادم وانقطاعه :

أولا : وقف التقادم :

المقصود بوقف التقادم :

- يقصد بوقف التقادم ← وجود مانع يترتب عليه تعطيل سريانه فترة ما فلا تحسب المدة التي حدث خلالها المانع ، ويظل التقادم موقوفا طالما بقي هذا المانع فإن زال عاد التقادم إلى السريان.

أسباب وقف التقادم

١- **المانع المادي** ← ومثال المانع المادي ألا يستطيع الدائن أن يطالب بحقه أمام القضاء بسبب تعطل أعمال المحاكم نتيجة حرب أو ثورة.

٢- **المانع الأدبي** ← ويقصد بالمانع الأدبي وجود علاقة وطيدة بين الدائن والمدين تجعل من الحرج البالغ على الدائن أن يطالب مدينه بالدين وهذا شأن العلاقة الزوجية وعلاقة الإبن بأبيه.

سبب خاص لوقف التقادم الطويل :

- وهو خاص بالتقادم الذي تزيد مدته على خمس سنوات وهو لا يطبق إلا إذا كان الدائن غير كامل الأهلية ، أو كان غائبا ، أو محكوما عليه في جناية وليس له نائب يمثله قانونا فعدم وجود نائب يمثل من لا تتوافر فيه الأهلية ، أو الغائب ، أو المحكوم عليه بجناية يعتبر سببا لوقف التقادم الذي مدته خمس عشرة سنة فقط .

أثر وقف التقادم :

- ينحصر وقف التقادم في تعطيل سريان المدة أثناء قيام المانع الذي أدي إلى الوقف ، بحيث تحسب المدة السابقة ، كما تحسب المدة اللاحقة .

ثانيا : انقطاع التقادم :

- انقطاع التقادم هو زوال المدة التي مضت منذ أن بدأ التقادم إلى أن تحقق سبب انقطاعه إذ تعتبر هذه المدة كأن لم تكن وتبدأ مدة تقادم جديدة بعد زوال السبب الذي أدي إلى الانقطاع والفرق يبدو واضحا بين الانقطاع والوقف ، ذلك أن وقف التقادم لا يؤدي إلى محو المدة السابقة بل تضم هذه المدة إلى المدة اللاحقة لانتهاء فترة الوقف بينما لا يدخل في حساب مدة التقادم إلا المدة اللاحقة لزوال سبب الانقطاع .

أسباب انقطاع التقادم :

١- الإجراء الذي يتخذه الدائن :

أ- المطالبة القضائية :

- لكي يقطع الدائن التقادم ، لابد من المطالبة القضائية أي رفع دعوى أمام القضاء للمطالبة بحقه ويتم رفع دعوى القضائية بإيداع صحيفتها قلم كتاب المحكمة بعد أداء الرسم كاملا وعلى ذلك لا يكفي لقطع التقادم المطالبة التي لا تكون في صورة دعوى ولا يكفي إنذار المدين بالوفاء حتى ولو كان الإنذار على يد محضر ويلزم أن تكون صحيفة الدعوى صحيحة .

ب- التنبيه :

- إذا كان بيد الدائن سند تنفيذي ، كحكم أو سند رسمي ، فإنه لا يلجأ إلى رفع دعوى وإنما ينبه على المدين بالوفاء ، والتنبيه إجراء سابق على الحجز ويترتب عليه نفس الأثر الذي يترتب على المطالبة القضائية وهو قطع التقادم ولكن يشترط أن يكون التنبيه صحيحا حتى يرتب هذا الأثر .

ج- الحجز :

- يؤدي الحجز إلى قطع التقادم ، سواء أكان حجزا تنفيذيا أي يسبقه تنبيه بقطع التقادم أم كان حجزا تحفظيا ، وهو الذي لا يسبقه مثل هذا التنبيه فينقطع التقادم من وقت الحجز.

د - تقدم الدائن لقبول حقه في تفليس أو في توزيع :

- ينقطع التقادم منذ طلب الدائن دخول حقه في تفليسة مدينة أو طلبه الاشتراك في توزيع أموال مدينة عند التنفيذ عليها.

٢- إقرار المدين بحق الدائن :

- ينقطع التقادم بإقرار المدين بحق الدائن ، والإقرار تصرف قانوني انفرادي يصدر من جانب واحد هو المدين ويستلزم توافر أهلية التصرف لدى المدين المقر ولا يشترط في الإقرار القاطع للتقادم أن يكون صريحا ، فيجوز أن يكون ضمنيا ومثال ذلك أن يقوم المدين بوفاء جزء من الدين كما لا يشترط في الإقرار شكلا معينا فهو تصرف رضائي فلا يشترط أن يكون مكتوبا .

أثر انقطاع التقادم :

- إذا انقطع التقادم زالت المدة السابقة على الانقطاع فلا يعتد بها في حساب مدة التقادم الجديد الذي يبدأ عقب زوال سبب الانقطاع والقاعدة أن مدة التقادم الجديد تكون هي مدة التقادم الأول على أنه استثناء

من هذه القاعدة تتغير مدة التقادم الجديد عن مدة التقادم القديم التي ورد عليها الانقطاع وذلك في حالتين :

١- **الحالة الأولي** ← إذا كانت مدة التقادم سنة واحدة ، وانقطع هذا التقادم بإقرار المدين فإن مدة التقادم الجديد تصبح خمس عشرة سنة .

٢- **الحالة الثانية** ← إذا كانت مدة التقادم أقل من خمسة عشرة سنة وانقطع التقادم بالمطالبة القضائية ثم صدر حكم نهائي لصالح الدائن بالدين فإن مدة التقادم الجديد التي تسرى ابتداءه من تاريخ صدور هذا الحكم تكون مدة خمس عشرة سنة .

أثار التقادم

أولا : ما يترتب على التقادم

١- انقضاء الالتزام :

- يترتب على التقادم انقضاء الالتزام وترتب على ذلك أنه لا يجوز إجبار المدين على الوفاء بالالتزام لا عينا ولا عن طريق التعويض .

٢- تخلف التزام طبيعي :

- إذا كان الالتزام ينقضي بالتقادم فإنه يترتب على انقضائه التزام طبيعي في ذمة المدين ومحل هذا الالتزام هو محل الالتزام المنقضي فإذا قام المدين بالوفاء بهذا المحل ، فإنه لا يكون متبرعا ، بل موفيا لالتزام عليه

٣- الأثر الرجعي للتقادم :

- يكون لانقضاء الالتزام أثر رجعي ، ويمتد ذلك إلى الفوائد وغيرها من الملحقات ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات .

ثانيا : كيفية إعمال قواعد التقادم

١- وجوب التمسك بالتقادم :

- الأثر المترتب على التقادم وهو انقضاء الالتزام فيجب لتحقق هذا الأثر أن يتمسك المدين بالتقادم أي أن يعبر المدين عن رغبته في الاستفادة من التقادم بالقضاء على الالتزام وبراءة ذمته ويترتب على ضرورة التمسك بالتقادم أنه لا يجوز للمحكمة أن تقضي بالتقادم من تلقاء نفسها .

٢- من له التمسك بالتقادم :

- للمدين أو خلفه أن يتمسك بالتقادم لدفع مطالبة الدائن بالدين ويتقرر ذلك أيضا لكل من له مصلحة فيه وبصفة خاصة يجوز لدائني المدين أن يتمسك بالتقادم إذا كانت لهم مصلحة فيه .

٣- كيفية التمسك بالتقادم وموعده :

- يتم التمسك بالتقادم في صورة دفع يتقدم به المدين على المحكمة عندما يطالب الدائن بالوفاء بالالتزام ، ولكن يجوز أن يتم التمسك بالتقادم في صورة دعوى مبتدأة يرفعها المدين بطلب براءة ذمته نتيجة لانقضاء الالتزام بالتقادم.
- الدفع بالتقادم من الدفوع الموضوعية ولذلك أجاز المشرع التمسك به في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف ولكن نظرا لأن الدفع بالتقادم هو من الدفوع المتعلقة بموضوع الدعوى ، فلا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض .

٤- النزول عن التقادم :

- شرع التقادم أساسا لمصلحة المدين ، ومن ثم يجوز له أن ينزل عنه والنزول عن التقادم تصرف قانوني يصدر بإرادة المدين المنفردة ويتعين لصحة هذا النزول أن يكون إرادة المدين سليمة خالية من العيوب وأن تتوافر لديه أهلية التصرف ولا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه .

ملحوظة هامة

✍ لا يجوز النزول عن التقادم إضرارا بحق الدائنين فإذا كان المدين معسرا فإن نزوله عن التقادم يضر بالدائن والنزول لا ينفذ في حق الدائنين إذا صدر إضرارا بهم

القسم الثاني
(قانون الإثبات)

الفهرس

السؤال	الصفحه
س١ : عرف الاثبات مبيناً اهميته وكيفية تنظيمه ؟	ص ٣
س٢ : وضح دور القاضي في الاثبات؟	ص٦
س٣ : تكلم عن محل الاثبات بالتفصيل؟	ص ٨
س٤ : تكلم عن عبء الاثبات مبيناً تطبيقاته ؟	ص١٠
س٥ : عرف الكتابة في الاثبات مبيناً اهميتها وشروطها؟	ص١٢
س٦ : تكلم عن المحررات الرسمية؟	ص ١٤
س٧ : تكلم عن المحررات العرفية مبيناً انواعها؟	ص ١٦
س٨ : تكلم عن الحالات التي لا يجوز فيها الاثبات بشهادة الشهود؟	ص ٢٣
س٩ : عرف القرائن مبيناً انواعها؟	ص ٢٩
س١٠ : تكلم بالتفصيل عن حجية الامر المقضي؟	ص٣١
س١١ : عرف الاقرار مبيناً الطبيعة القانونية له ومحله؟	ص ٣٦
س١٢ : وضح انواع الاقرار؟	ص ٣٨
س١٣ : عرف اليمين الحاسمة مبيناً الطبيعة القانونية لها متحدثاً بالتفصيل عنها؟	ص ٤١

شرح قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية

س١ : عرف الاثبات مبيناً اهميته وكيفية تنظيمه؟

ماهية الإثبات وتنظيمه التشريعي

أولاً: ماهية الإثبات:

- **الإثبات لغة ←** الدوام والاستقرار، وهو مشتق من الفعل الثلاثي ثبت.
- **الإثبات بصفة عامة ←** إقامة الدليل على حدوث، أو عدم حدوث واقعة معينة، أياً كان نوعها: علمية، أو تاريخية، أو قانونية.
- **الإثبات في الفقه الإسلامي ←** إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددتها الشريعة على حق أو على واقعة معينة تترتب عليها آثار.
- **الإثبات القضائي ←** إقامة الدليل، أمام القضاء، بالطرق المحددة قانوناً، على وجود واقعة قانونية، ترتب في مواجهة من ينكرها أثراً قانونياً لمن يدعيها.
- **إثبات الحق يكون بإثبات مصدره←** فمن يدعي أن له مبلغاً عند شخص معين، يجب عليه أن يثبت مصدر هذا المبلغ، وهل هو عقد بيع أم قرض، أم تعويض عن عمل نافع أو ضار.
- **يختلف الإثبات القضائي عن الإثبات بالمعنى العام←** الذي يعتبر خالياً من كل قيد ولا يكون أمام القضاء، وذلك كالإثبات العلمي أو الإثبات التاريخي، فالغرض من الإثبات غير القضائي هو البحث عن الحقيقة المجردة من أي سبيل، ولا يكون أمام القضاء، كما أنه لا يكون بوسائل محددة.

ثانياً: أهمية الإثبات القضائي:

- تعتبر نظرية الإثبات من أهم النظريات القانونية، وأكثرها تطبيقاً من الناحية العملية على المنازعات أمام المحاكم المختلفة. وترتبط أهمية الإثبات ارتباطاً وثيقاً بالقاعدة التي تقضي بأنه لا يجوز للإنسان في المجتمعات المتحضرة أن يقتضي حقه بيده، وإنما يتعين عليه الالتجاء إلى القضاء، وأن يقنع القاضي بوجود حقه الذي ينازعه فيه الغير، وإلا فإن الحق الذي يدعيه – مع التسليم بوجوده في الواقع إنما يصبح هو والعدم سواء، طالما لم يتمكن من إقامة الدليل عليه، وبالتالي يستوي حق لا وجود له، مع حق لا دليل عليه.
- تبدو أهمية الإثبات أمام القضاء، في أن من يطالب آخر بحق يجب عليه إثباته وإلا فلن يقضي له به؛ فإذا كان لشخص عند آخر مبلغ ١٠٠٠٠٠ جنيه مثلاً، ولم يكن لديه أي دليل، لم يكن لحقه أية قيمة عملية؛ ولذلك يقال: إن الحق يتجرد من كل قيمة إذا لم يقم الدليل على الحادث الذي يستند إليه، فالدليل هو قوام حياة الحق، ومعقد النفع منه، حتى صدق القول: بأن الحق مجرداً من دليله يصبح عند المنازعة فيه هو والعدم سواء.

ثالثاً: تنظيم الإثبات ومذاهبه:

- حرصت جميع القوانين على تنظيم الإثبات، نظراً لما له من أهمية عملية بالغة؛ لأنه يهدف إلى الكشف عن الحقيقة، توصلاً إلى إقرار الحقوق لأصحابها، وفي سبيل ذلك يمكن أن تتعدد الطرق لمحاولة الوصول إلى حقيقة قضائية تتطابق وحقيقة الواقع .
- في سبيل تمكين القاضي من تحري حقيقة ما يعرض عليه، لم تأخذ القوانين بطريقة واحدة في تنظيم مسائل الإثبات، بل تتعدد مذاهب التنظيم القانوني للإثبات، تبعاً لقدر الحرية المتروك للقاضي؛ فمنها ما يطلق يد القاضي في تحري الحقيقة، ومنها ما يقيد سلطة القاضي، ويوجد بين هذا وذاك نظام مختلط ي جمع بين هذا التقييد وذلك الإطلاق، **وذلك كما يلي:**

١] نظام الإثبات الحر أو المطلق:

- يتيح هذا النظام للأفراد إثبات حقوقهم بالطرق التي يرونها، فيكون الإثبات بأية وسيلة تفضي إلى اقتناع القاضي. وطالما أن القاضي يصل إلى هذه الغاية، وهي الاقتناع، فلا تهم الوسيلة. ويترك للقاضي مطلق الحرية في تقدير هذه الأدلة، بحيث يكون له أن يأخذ بها، أو يرفضها تبعاً لاقتناعه بها.
- ويكون للقاضي في هذا النظام دوراً إيجابياً في تسيير الدعوى وفي استجماع الأدلة حتى يكون اقتناعه، كما يمكنه أن يحكم بعلمه الشخصي عن وقائع الدعوى.
- وهذه الطريقة وإن كانت لها ميزة إطلاق سلطة القاضي في تحري الحقيقة، إلا أن القاضي قد يسيء استخدام السلطة المطلقة الممنوحة له في تقدير الأدلة التي يتقدم بها الخصوم. فضلاً عن أن هذه الطريقة في الإثبات لا تجعل الخصوم يطمئنون إلى مراكزهم في الدعوى، وذلك لعدم تأكدهم من أن القاضي سيقتنع بما يقدمونه من أدلة مهما بلغت هذه الأدلة من قوة، وهذا يمثل خطراً على الثقة في المعاملات، وعلى استقرار الروابط القانونية بما تفسحه للقاضي من تحكم، وبما يصاحبها من اختلاف في التقدير بين القضاة. وهو الأمر الذي من شأنه أن يشجع المماطلين على المنازعة في الحق الثابت أملاً في الإفادة من اختلاف القضاة في التقدير، مما يؤدي إلى الإخلال بالثقة والاستقرار في المعاملات.

٢] نظام الإثبات الجامد أو المقيد:

- يوجد نظام آخر في الإثبات مناقض للنظام السابق، هو نظام الإثبات الجامد أو المقيد. ووفقاً لهذا النظام يعين القانون وسائل إثبات الوقائع القانونية، ويحدد قيمة كل دليل منها، ولا يقبل من الأفراد أن يثبتوا حقوقهم إلا بهذه الوسائل، ولا يستطيع القاضي أن يعطي أي دليل منها قيمة أكثر من القيمة التي يقررها القانون للدليل.
- موقف القاضي في هذا النظام موقف سلبي محض، حيث لا يترك له أية سلطة تقديرية، ويترك للخصوم تقديم الأدلة، ويقوم هو بتقدير الأدلة .
- هذا النظام، وإن كان يضمن استقرار المعاملات ويكفل الاطمئنان للمتقاضين ويضمن عدم تحكم القضاة، إلا أنه قد يحول بين القاضي والوصول إلى الحقيقة، بما يؤدي إلى وقوع الظلم على بعض المتقاضين، حيث يجد القاضي نفسه مجبراً على أن يقضي لأحد الخصوم أو عليه، مع يقينه بأن ما يقضي به، وإن اتفق مع قواعد الإثبات المحددة قانوناً، إنما هو مخالف للحقيقة. وهو ما يؤدي إلى وجود اختلاف شاسع بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية في كثير من الحالات، ولذلك لا يتصور وجود تشريع يأخذ بهذا المذهب على إطلاقه.

٣] نظام الإثبات المختلط:

- يقف هذا النظام موقفاً وسطاً بين نظام الإثبات المطلق ونظام الإثبات المقيد، حيث يأخذ ما فيهما من مزايا، ويتلافى ما يوجه إليهما من عيوب؛ فهو يأخذ بمبدأ حياد القاضي ويحدد الأدلة، كما يعين قوة بعضها في الإثبات. وهو بذلك يحقق الاستقرار في التعامل ويتجنب تحكم القاضي، ولكنه في الوقت نفسه يخفف من مساوئ الإثبات المقيد بإعطاء القاضي سلطة واسعة في تقدير الأدلة التي لم يحدد لها القانون قوة معينة، كشهادة الشهود؛ فحيث تجوز الشهادة يجوز للقاضي أن يأخذ بها أو يطرحها، كما أن له عند اختلاف الشهود أن يغلب شهادة القلة على شهادة الكثرة.
- هذا النظام في الإثبات هو الذي تأخذ به التشريعات اللاتينية، كالقانون الفرنسي والقانون الإيطالي والقانون البلجيكي، كما أخذ به قانون إثبات المواد المدنية والتجارية في جمهورية مصر العربية، وكذا قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية الإماراتي الصادر بالقانون الاتحادي رقم ١٠ لسنة ١٩٩٢، وسائر القوانين العربية.

رابعاً: مدى تعلق قواعد الإثبات بالنظام العام:

- قد تكون قواعد الإثبات قواعد شكلية خاصة بالإجراءات، وقد تكون قواعد موضوعية.
- **وتعتبر القواعد الإجرائية** ← من النظام العام، ولا يجوز الاتفاق على خلاف ما قرره القانون بشأنها، لتعلقها بنظام التقاضي مثل: إجراءات التحقيق، والطعن بالتزوير، وتحقيق الخطوط.
- **القواعد الموضوعية في الإثبات** ← وهي القواعد التي تتعلق بمحل الإثبات وعبئه وطرقه، فلا تتعلق بالنظام العام، ولذا يجوز الاتفاق على مخالفتها، حيث أنها تقررت لحماية المصلحة الخاصة للطرف المستفيد بها، وبالتالي يجب تمسك الخصم بها، وليس على القاضي تطبيق أحكامها من تلقاء نفسه، كما يجوز الاتفاق الصريح أو الضمني على التنازل عن الحق في التمسك بها، فيجوز الاتفاق على قبول الشهادة في الإثبات أياً كانت قيمة التصرف القانوني، أو بما يخالف أو يجاوز الدليل المكتوب، كما يجوز الاتفاق على وجوب الإثبات الكتابي، فيما يمكن إثباته في الأصل بشهادة الشهود.

بيد أنه يجب إعمال عدة قيود في هذا الشأن:

١- لا يجوز الاتفاق على إهدار حجية المحرر الرسمي إلا بالطعن عليه بالتزوير، وبالتالي فلا يجوز الاتفاق على استبعاد هذه الحجية بالمحرر العرفي أو الشهادة وذلك مراعاة لاعتبارات الثقة في المحرر الرسمي الذي حرره الموظف العام أو الشخص المكلف بخدمة عامة في حدود اختصاصه وسلطاته، وبالمراعاة للأوضاع التي حددها القانون.

٢- عدم إهدار حقوق الدفاع، فلا يجوز الاتفاق على تشديد حجية دليل الإثبات إلى الحد الذي يمتنع معه الدليل المضاد، وبالتالي لايجوز الاتفاق على تقييد سلطة القاضي فيما يتعلق بتقدير قيمة الشهادة في الإثبات.

٣- للمحكمة أن تقضي بحجية الأمر المقضي من تلقاء نفسها، وبالتالي تعد حجية الأمر المقضي من النظام العام، وعلة ذلك هو احترام حجية الحكم السابق صدوره بشأن الدعوى، لأن هذه الحجية أجدر بالاحترام، وأكثر اتصالاً بالنظام العام، نظراً لما يترتب على إهدارها من تأبيد المنازعات وعدم استقرار الحقوق لأصحابها.

القواعد العامة في الإثبات

س٢ : وضح دور القاضي في الاثبات؟

دور القاضي في الإثبات (مبدأ حياد القاضي)

أولاً: المقصود بمبدأ حياد القاضي:

- **يقصد بمبدأ حياد القاضي←** أن القاضي يجب أن يقف من عبء الإثبات موقفاً سلبياً، فيقتصر دوره على تلقي الأدلة التي يقدمها الخصوم بالطرق والإجراءات التي يحددها القانون، ليقضي بموجبها وفق ما لها من قيمة حددها المشرع، دون أن تكون له في ذلك أية سلطة تقديرية، كما يمتنع عليه أن يبادر من جانبه إلى جمع أدلة غير التي قدمت من الخصوم في الدعوى، أو أن يقضي فيها بعلمه الشخصي.

ثانياً: مدى تطبيق مبدأ حياد القاضي:

- تبنى المشرع المصري والمشرع الإماراتي المذهب الوسط في الإثبات، الذي ينطلق أساساً من مبدأ حياد القاضي، وإن اعترفا له مع ذلك بسلطة محدودة في توجيه الدعوى، واستكمال الأدلة، وتقدير قيمة بعضها، وهو ما يؤدي إلى أن يتسم موقف القاضي في هذا الشأن بالإيجابية، بحيث لم يعد موقفه يتسم بالسلبية عندما يتم الأخذ بنظام الإثبات المقيد.

ومن أهم مظاهر هذا الدور الإيجابي للقاضي ما يلي:

١- **سلطة المحكمة في العدول عما أمرت به من إجراءات الإثبات←** بشرط أن تبين أسباب العدول بمحضر الجلسة، ولا ضرورة لبيان الأسباب إذا كان العدول عن إجراء اتخذته من تلقاء نفسها بغير طلب من الخصوم، كما يجوز للمحكمة ألا تأخذ بنتيجة إجراء الإثبات بشرط أن تبين أسباب ذلك في حكمها.

٢- **يجوز للقاضي أن يوجه اليمين المتممة إلى أي من الخصمين←** وذلك فيما يجوز إثباته بشهادة الشهود، وذلك استكمالاً لدليل تقدم به أحد الخصوم ورآه القاضي غير كاف لتكوين عقيدته في الدعوى.

٣- **للمحكمة من تلقاء نفسها أن تقضي بالإثبات بشهادة الشهود←** في الأحوال التي يجيز القانون فيها الإثبات بهذا الطريق متى رأت في ذلك فائدة للحقيقة. كما يكون لها في جميع الأحوال كلما قضت بالإثبات بشهادة الشهود أن تستدعي للشهادة من ترى لزوماً لسماع شهادته إظهاراً للحقيقة.

٤- **للقاضي سلطة استنباط قرائن أخرى للإثبات←** وذلك في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود.

٥- **سلطة المحكمة أن تأمر بحضور الخصم لاستجوابه←** سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب خصمه، وعلى من تقرر استجوابه أن يحضر الجلسة التي حددها القرار.

٦- **سلطة المحكمة في عدم توجيه اليمين الحاسمة←** إذا كان الخصم متعسفاً في توجيهها.

٧- **سلطة المحكمة، بناء على طلب أحد الخصوم أو من تلقاء نفسها←** أن تقرر الانتقال لمعاينة المال المتنازع فيه أو تندب لذلك أحد قضاتها، وتحرر المحكمة أو القاضي محضراً يبين فيه جميع الأعمال المتعلقة بالمعاينة. وللمحكمة أو لمن تندبه من قضاتها تعيين خبير للاستعانة به في المعاينة، ولها سماع من ترى سماعه من الشهود، وتكون دعوة هؤلاء للحضور بطلب ولو شفوياً من كاتب المحكمة.

دور الخصوم في الإثبات

- يجب لمعرفة دور الخصوم في الإثبات، تناول عدة مبادئ هي: مبدأ المجابهة بالدليل، وعدم جواز اصطناع الشخص دليلاً لنفسه، وعدم جواز إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه، **وذلك كمايلي:**

مبدأ المجابهة بالدليل	مبدأ عدم جواز اصطناع الشخص دليلاً لنفسه	مبدأ عدم جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه

أولاً: مبدأ المجابهة بالدليل:

- **يقصد بمبدأ المجابهة بالدليل←** أن كل دليل يقدم في الدعوى من أحد الخصوم، يجب أن يطرح على الخصم الآخر لمناقشته وإبداء الرأي بشأنه، لأن دور القاضي، وإن اقتصر على تلقي أدلة الخصم وتكوين اقتناعه منها في الحدود التي رسمها القانون، إلا أنه لايمكن أن يأخذ بهذه الأدلة مسلم بها .
- **هذا المبدأ من المبادئ الجوهرية في التقاضي←** لأنه إذا كان الإثبات واجباً على الخصم الذي يدعي حقاً ما، إذ يتعين عليه إقامة الدليل على الواقعة المنشئة لهذا الحق، إلا أنه يجب أن يقبل مناقشة خصمه وتفنيده للدليل الذي قدمه، وأن يكون مستعداً للرد على هذه المناقشة وذلك التفنيد. وذلك تحقيقاً لمبدأ المواجهة بينهم مراعاة للقواعد الأساسية التي تكفل عدالة التقاضي، والذي يستلزم تمكين الخصوم من الإلمام بما يبدى ضدهم، وتمكينهم من الدفاع في شأنه في وقت مناسب.
- **يقوم هذا المبدأ في جوهره على←** وجوب عدم بناء الحكم على وقائع لم تعط الفرصة للخصوم في مناقشتها، ذلك أنه أحد المبادئ الملزمة لجميع الجهات القضائية حتى في حالة عدم وجود نص صريح يقرره، فهو فوق القانون المكتوب بوصفه التعبير الفني عن القاعدة العليا لاحترام حقوق الدفاع، فيعتبر ضماناً أساسياً لفكرة العدل الأولية .

ثانياً: مبدأ عدم جواز اصطناع الشخص دليلاً لنفسه:

- **هذه القاعدة هي قاعدة بديهية←** لأن الشخص لا يمكن أن يلتزم إلا بقوله أو فعله، ولا يمكن أن يكون ملتزماً بقول غيره أو فعله، وبالتالي فإن الدليل الذي يحتج به على الخصم يجب أن يكون صادراً منه أو منسوباً إليه، ولا قيمة لما يصنعه الخصم بنفسه من وسائل، ويسميها أدلة، ويحتج بها على الطرف الآخر؛ فمثل هذه الوسائل لا يمكن أن يصدق عليها وصف الدليل.
- كما تشكل هذه القاعدة عماد نظام الإثبات الذي لا يتصور بدونها .

الاستثناء على هذه القاعدة:

توجد عدة استثناءات محدودة على هذه القاعدة، وهي:

١- تعتبر دفاتر التجار حجة للتاجر عما ورده لعملائه، وإن كانت حجة ناقصة، يجوز أن يستكملها القاضي بتوجيه اليمين المتممة لأي من الطرفين، كما أنها حجة قاصرة على ما يجوز إثباته بالبينة فقط.

٢- تكون دفاتر التجار الإلزامية سواء أكانت منتظمة أم غير منتظمة حجة على صاحبها التاجر فيما استند إليه خصمه التاجر أو غير التاجر على أن تعتبر القيود التي في مصلحة صاحب الدفاتر حجة له أيضاً.

ثالثاً: مبدأ عدم جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه:

- يعد هذا المبدأ مكملاً للمبدأ السابق، فطالما أن مدعي الحق هو الذي يتحمل عبء إثبات الواقعة المنشئة له، دون أن يكون بإمكانه أن يصطنع على هذا الحق دليلاً لنفسه، ودون أن يطمع في معاونة القاضي له في تقديم أدلة من عنده على هذا الحق، وهو الأمر الذي يتطلب ألا يكون في إمكان المدعي إجبار خصمه على تقديم ما يكون تحت يده من أدلة تفيده في ادعائه.
- يجد هذا المبدأ تبريره في أن من حق كل خصم أن يحتفظ بمستنداته الخاصة به، وليس لخصمه أن يلزمه بتقديم مستند تحت يده، لا يريد تقديمه.
- بيد أن هذا المبدأ لايتعارض من أن يستمد الخصم دليلاً مما قدمه خصمه عن طواعية منه في الدعوى من مستندات، كان يعتقد أنها تؤيد ادعاءاته، وللمحكمة أن تكون عقيدتها من هذه المستندات ضد من قدمها. ولذلك توجد استثناءات على هذه القاعدة.

الاستثناءات على هذه القاعدة:

- إذا كان الأصل هو عدم جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه، فإن ثمة استثناءات ترد عليه، وتقتضيها اعتبارات خاصة، حيث يجوز لأحد طرفي الخصومة أن يجبر الخصم على تقديم ما تحت يديه من محررات منتجة في الدعوى في عدة حالات وهي:

١- إذا كان القانون يجيز مطالبة الخصم بتقديم المحرر أو تسليمه، حيث يجوز للمحكمة في حالات معينة أن تأمر من تلقاء نفسها بالاطلاع على دفاتر التاجر أو تأمر بتقديمها، وذلك لإثبات حق مدعي به، أو لاستخراج بيانات تتعلق بالدعوى.

٢- إذا كان المحرر مشتركاً بين الخصمين، وهو يكون كذلك إذا كن لمصلحتها، أو كان مثبتاً لحقوقهما والتزاماتهما المتبادلة، مثل المستندات المتعلقة بأعمال شركة بين الخصمين.

٣- إذا قدم الخصم محرراً للاستدلال به في الدعوى، فلا يجوز له سحبه بغير رضاء خصمه إلا بإذن كتابي من القاضي، بعد أن تحفظ منه صورة في ملف الدعوى، يؤشر عليها قلم الكتاب بمطابقتها للأصل.

محل الإثبات

س٣ : تكلم عن محل الاثبات بالتفصيل؟

أولاً: ماهية محل الإثبات:

محل الإثبات ← الواقعة القانونية المنشئة للحق أو الأثر القانوني، وليس الحق أو الأمر المدعى به.

- فمن يدعي أن له ديناً في ذمة آخر عليه أن يثبت مصدر الدين، أي أن يثبت الواقعة القانونية التي أنشأت الدين، سواء كان ذلك تصرفاً قانونياً كالعقد، أم واقعة مادية ترتب عليها قيام هذا الدين في ذمته كالفعل الضار. هذا هو ما ينبغي إثباته .

ثانياً: تعريف الواقعة القانونية وأنواعها:

- **الواقعة القانونية** ← أمر إرادي أو غير إرادي يحدث، فيرتب عليه القانون أثراً معيناً. هذا الأثر قد يكون نشوء الحق، أو انقضاؤه، أو نقله، وعلى ذلك فالواقعة القانونية ليست مصدراً للحق فقط، وإنما قد تكون سبباً في انقضائه أو نقله.
- والوقائع القانونية التي تعتبر مصدراً للحقوق، إما أن تكون وقائع مادية، أو تصرفات قانونية.
- **الوقائع المادية** ← تشمل الوقائع الطبيعية، كالوفاة التي يترتب عليها انتقال حقوق المتوفى إلى الورثة، أو الفيضانات والزلازل والبراكين والحروب. كما تشمل الأفعال المادية التي تصدر من الإنسان كالفعل الضار، حيث يترتب على ذلك نشوء حق للمضرور في مطالبة مرتكب الفعل الضار بالتعويض.
- **أما التصرف القانوني (الوقائع القانونية)** ← اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين، وهو إما أن يصدر من جانبين، كما في البيع والإيجار، وإما أن يصدر من جانب واحد كما في الوصية.

ملحوظة هامة

- **تقسيم الوقائع القانونية إلى←** وقائع مادية وتصرفات قانونية له أهمية في الإثبات؛ فالوقائع المادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات، لأن طبيعة هذه الوقائع تأبى أن يتطلب المشرع بشأنها دليلاً معيناً. وعلى عكس ذلك التصرفات القانونية، لأن الإرادة هي التي تتحكم في وجودها وفي تحديد آثارها، ولذلك نجد أن المشرع يتطلب أساساً الكتابة لإثباتها، ولا يسمح بشهادة الشهود إلا إذا تجاوز قيمة التصرف القانوني حداً معيناً.

ثالثاً: الشروط اللازم توافرها في الواقعة محل الإثبات:

١-أن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى:

- يشترط أن تكون الواقعة محل الإثبات متصلة بالحق المتنازع فيه اتصالاً وثيقاً، بحيث تفيد في الفصل في الدعوى، ويتحقق ذلك عندما يرد الإثبات على الواقعة القانونية المنشئة للحق مثل: العقد مصدر الحق المتنازع فيه أو الفعل الضار. والحكمة من هذا الشرط هي حرص المشرع على عدم إضاعة وقت القضاء فيما لا جدوى من وراء إثباته.
- إذا كان الإثبات يرد على واقعة أخرى غير منشئة للحق، فيجب أن يكون ثبوتها مفيداً في جعل الواقعة الأصلية قريبة الاحتمال والتصديق .

٢-أن تكون الواقعة منتجة في الدعوى:

- يشترط أن تكون الواقعة منتجة في الدعوى، أي أن يستدل منها على ثبوت الحق المتنازع فيه، أما إذا كانت الواقعة، لا تؤثر في الفصل في الدعوى، فلا فائدة من إثباتها؛ فإذا ادعى طرف النزاع أنه اكتسب ملكية الحق المتنازع فيه بالتقادم الطويل، فلا يجديه نفعاً إثبات حيازته لمدة تقل عن خمس عشر سنة.

٣-أن تكون الواقعة جائزة القبول:

- يشترط أن يجيز القانون إثبات الواقعة، ومن ثم لا يجوز الاستناد إلى واقعة يحظر القانون إثباتها تحقيقاً لأغراض مختلفة فيحظر القانون إثبات الواقعة لمخالفتها للنظام العام والآداب، وبالتالي فلا مجال لإثبات دين قمار، أو حق ناشئ عن التصرف في تركة إنسان على قيد الحياة.
- كما لا يجوز أيضاً إفشاء أسرار المهنة؛ ولا يجوز لأحد الزوجين إفشاء ما أبلغه به الزوج الآخر أثناء قيام العلاقة الزوجية بينهما. كما لا تقبل شهادة الموظفين والمستخدمين والمكلفين بخدمة عامة ولو بعد تركهم العمل عما يكون قد وصل إلى علمهم في أثناء قيامهم به من معلومات ولم تأذن السلطة المختصة في إذاعتها. ومع ذلك فلهذه السلطة أن تأذن لهم في الشهادة بناء على طلب المحكمة أو أحد الخصوم.

٤-أن تكون الواقعة متنازعاً فيها:

- بمعنى أن تكون محل إنكار من جانب الخصم؛ أما إذا سلم أطراف الدعوى بواقعة معينة، ولم يتم إثارة خلاف بشأنها، فلا تكون محلاً للنزاع، ولا مجال للمحكمة لأن تتصدى لوقائع غير متنازع بشأنها، لأنها بذلك تكون قد خالفت القانون باقتضائها دليلاً على أمر معترف به، بما يؤدي لإضاعة الوقت دون فائدة.

٥-أن تكون الواقعة محددة:

- يجب أن يضمن المدعي دعواه واقعة محددة، بحيث تكون الواقعة واضحة الحدود ظاهرة المعالم
- **الواقعة المجهولة←** لا تقبل الإثبات، لأن الإثبات تأكيد ويقين، والمجهول لا يكون كذلك إلا بعد أن ترتسم حدوده وتتضح معالمه.
- فمن يدعي ملكية عقار معين يجب عليه أن يقيم الدليل على واقعة محددة كانت سبباً في ملكيته له، مثل الميراث أو الوصية أو التقادم.
- إذا كانت الدعوى تستند إلى عقد كمصدر للحق، فيجب أن يوضح المدعي عما إذا كن عقد بيع أم مقايضة أم هبة، وكذا محل العقد وشروطه، حتى يمكن إثباته بالأدلة المقررة قانوناً.

ملحوظة هامة

- يهدف هذا الشرط الذي تقتضيه طبيعة الأشياء إلى ضمان التأكد من أن الأدلة التي سيقدمها المدعي في الدعوى، إنما تتعلق بذات الواقعة المرتبة للأثر القانوني الذي يدعيه، حتى يتجه الإثبات إلى حدود معروفة مقدماً، بحيث يفوت على الخصم المماطلة والتسويف وإطالة أمد النزاع بغير داع.

عبء الإثبات

س ٤: تكلم عن عبء الاثبات مبيناً تطبيقاته؟

أولاً: ماهية عبء الإثبات:

- **يقصد بعبء الإثبات** ← تحديد الخصم الذي يجب عليه أن يقوم بالإثبات. ولا يعتبر حقاً للخصم إلا إذا كانت لديه وسائل اكيدة وميسورة لإقناع القاضي.
- **يلاحظ ان** ← علي الدائن اثبات الإلتزام وعلي المدين إثبات التخلص منه ويقع عبء الاثبات علي من يدعي خلاف الظاهر .
- **إذا كان الأصل أن عبء الإثبات يقع على عاتق المدعي** ← إلا أن المشرع رأى في حالات معينة أن عبء إثبات الوقائع القانونية قد يبلغ حداً من الصعوبة بحيث يجعل من المتعذر على المدعي القيام به؛ فقرر إعفائه من عبء الإثبات، وذلك عن طريق قرينة قانونية يستطيع أن يتمسك بها، فيعفيه ذلك من تقديم الدليل الذي كان عليه تقديمه لولا وجود هذه القرينة.
- **من أمثلة هذه القرائن القانونية** ← القرينة التي أنشأها القانون لصالح المستأجر، والتي تقضي بأن الوفاء بقسط من الأجرة يعد قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة على هذا القسط.

ثانياً: تطبيقات عبء الإثبات:

[١] تطبيقات عبء الإثبات في الحقوق الشخصية:

- الأصل هو براءة الذمة المالية من الدين، وبالتالي فإن من يدعي مديونية شخص، فيكون إدعائه على خلاف الأصل، ويتحمل المدعي عبء الإثبات. ويترتب على هذه القاعدة النتائج الآتية:

أ-إثبات المدعي للعقد المنشئ للحق والوقائع المثبتة لأركان المسئولية المدينة :

- إذا كان الإدعاء بحق يستند إلى عقد بيع مثلاً، فيجب على المدعي إثبات قيام هذا العقد وإلا فإنه يخسر دعواه، وإذا كان يستند إلى عقد تأمين، فيقع عليه عبء إثبات الحادث المؤمن منه، وتوافر شروط الخطر المحدد بالعقد.
- أما إذا كان المدعي يطالب بتعويض، فيقع عليه عبء إثبات أركان المسئولية المدنية بصدور فعل ضار من جانب المدعى عليه، والضرر الذي يدعيه، وعلاقة السببية بينهما.

ب-إثبات المدعي الدائن إخلال المدين بالتزامه التعاقدي:

- يقع على الدائن عبء إثبات إخلال المدين بالتزامه التعاقدي، ويتوقف عبء الإثبات على ما إذا كان حق المدعي يتمثل في التزام المدين بتحقيق نتيجة أم ببذل عناية، وذلك كما يلي:

-عبء الإثبات في الالتزام بنتيجة:

- يلتزم المدين بتحقيق النتيجة التي تعهد بها، كالتزام الناقل في عقد النقل بتوصيل الراكب سالماً إلى محطة الوصول، أو توصيل البضائع إلى المكان المتفق عليه، فإذا لم تتحقق النتيجة اعتبر المدين مخطئاً، حتى ولو كان قد بذل في تحقيقها عناية الرجل المعتاد. ويكفي إثبات الدائن للعقد المنشئ لهذا الالتزام، بغير حاجة إلى إثبات وقوع خطأ من جانب المدين.
- **يعد الالتزام بالامتناع عن عمل** ← التزام بتحقيق غاية وهي الامتناع عن العمل، فلا تبرأ ذمة المدين إذا أثبت الدائن الإخلال بالالتزام، ويقع على عاتق المدين أن يثبت تحقق النتيجة أو السبب الأجنبي حتى تنتفي علاقة السببية بين الخطأ الذي وقع بالفعل بإتيان العمل الممنوع وبين الضرر الذي يدعيه الدائن .

-عبء الإثبات في الالتزام ببذل عناية:

- **يلتزم المدين ببذل العناية اللازمة←** مثل التزام الطبيب تجاه مرضاه، فهو التزام ببذل عناية تبرأ ذمته منه إذا بذل الجهد أو العناية الفنية التي تقتضيها أصول المهنة باعتباره السلوك الفني المألوف من أوسط الأطباء علماً وكفاية ويقظة، ولكنه يسأل عن خطئه المهني مسئوليته عن خطئه العادي سواء كان يسيراً أو جسيماً طالما أن ذلك الخطأ ظاهر لا يحتمل نقاشاً فنياً تختلف فيه الآراء العلمية للأطباء، فإذا كانت المسألة العلمية يتنازعها رأيان أو أكثر بينهما اختلاف ظاهر، ورأي الطبيب في سبيل علاج مريضه إتباع إحدى تلك النظريات التي قال بها العلماء، ولو لم يستقر عليها رأيهم ولم يتبع نظرية أخرى في ذات الوضع الفني، فلا لوم على الطبيب ولا يعتبر إتباعه لذلك المنهج دون غيره، خطأ في حد ذاته بل يجب أن يثبت أنه لم يتبع الأصول الفنية التي قررها علماء تلك النظرية التي أخذ بها لأن الخطأ المهني ولو كان يسيراً يجب أن يكون ثابتاً ثبوتاً ظاهراً بصفة قاطعة لا احتمالية فلا يسأل الطبيب عندئذ إلا إذا ارتكب خطأ لا يأتيه من له إلمام بالفن الطبي إلا عن رعونة وعدم تبصر أو إهمال.
- **يقع على عاتق المريض عبء إثبات←** انحراف الطبيب عن عناية الشخص المعتاد في مستوى تخصصه، وفقاً للظروف الخارجية المحيطة. ويقع على عاتق الطبيب الحصول على رضاء المريض على العلاج والمخاطر التي يستتبعها، ويقع عليه عبء إثبات الحصول على هذا الرضا.
- لا يعد سكوت المريض تعبيراً كافياً عن الرضا بالعلاج، إلا أنه توجد بعض الظروف المادية المصاحبة لتنفيذ العقد قد تشير إلى رضاء المريض بالعلاج، مثل اصطحاب الزوج لزوجته للمستشفى لإجراء عملية عاجلة لها، وعدم الاعتراض على قيام الطبيب بالعلاج.

جـ-الأصل صحة العقد المنشئ للالتزام:

- **الأصل ←** اكتمال العقد لأركانه وشروط صحته، ويقع عبء الإثبات على من يدعي تخلف أحد أركان العقد، أو من يدعي نقص أهليته أو وجود عيب من عيوب الإرادة.

د-الأصل قيام عقد معاوضة:

- **الأصل ←** في العقود أنها تتم على سبيل المعاوضة، وبالتالي يقع عبء الإثبات على من يدعي نية تبرع العاقد، وما يترتب على ذلك من إعمال الآثار القانونية المترتبة على عقود التبرع، فيما يتعلق بالأهلية والغلط الجوهري المؤثر في إرادة المتعاقد.

هـ-الأصل سلامة الشيء المبيع من العيب الخفي:

- يلتزم المشتري بإثبات شروط التزام البائع بضمان العيوب الخفية، وإثبات وجود العيب قبل تسلم المبيع. وفي حالة ظهور عيوب في الشيء في وقت لاحق على التسليم، فإن مسئولية البائع عن هذه العيوب تتوقف على مدى نجاح المشتري في إثبات وجود أصل العيب في وقت سابق على التسليم. وعلى العكس يقع على عاتق البائع إثبات علم المشتري بالعيب، وللبائع أن يستعين بكافة طرق الإثبات، لأن العلم بالعيب واقعة مادية لا تخضع لقيود الإثبات.

[٢] تطبيقات عبء الإثبات في الحقوق العينية:

- تتمثل أهمية عبء الإثبات بشأن الحقوق العينية في الحيازة، فيما يتعلق بإثبات المدعي حق الملكية على عقار في حيازة غيره، بالإضافة إلى اكتمال عناصرها المؤدية الي اكتساب حق الملكية بالتقادم فالثابت أصلاً هو الوضع الظاهر وذلك كما يلي :-

أ-المدعي بحق الملكية علي عقار في حيازة غيره :

- **الأصل ←** في الحقوق العينية ان حائز الشئ يكون مالكاً له وبالتالي فإن من يدعي ملكية عقار ليس في حيازته فإن ادعاؤه يكون علي خلاف الظاهر ويقع عليه عبء الاثبات فإذا ادعي غير الحائز ملكيته للعين تعين عليه اثبات دعواه .

ب-عبء اثبات عناصر الحيازة اللازمة لإكتساب ملكية العقار بالتقادم :

- **يقع عبء اثبات الاعمال المادية في الحيازة←** علي عاتق المدعي من حيث مباشرتها بما يتفق مع السلطات المقررة للمالك وهذه السلطات هي الاستعمال والاستغلال والتصرف وكذا صحة هذه الحيازة من حيث هدوئها واستقرارها وعلانيتها ووضوحها .
- **اما بالنسبة للعنصر المعنوي للحيازة وهو ←** نية التملك فيطبق بشأنها القاعدة العامة التي تقضي بأن عبء الاثبات يقع علي من يدعي أمراً علي خلاف الأصل وبالتالي يقع علي عاتق الحائز العرضي كالمستأجر عبء إثبات تحول حيازته العرضية الي حيازة قانونية تتم لحسابه منكراً حق المالك علي الشئ .
- **ملحوظة ←** الأصل هو توافر العنصر المعنوي في الحيازة لدي الحائز مادياً علي الشئ وانه يباشر حيازته لحساب نفسه ويمثل ذلك الوضع الغالب وبالتالي فإن العنصر المعنوي في الحيازة أمر مفترض ولا يكلف الحائز المادي بإثباته ويقع عبء الإثبات علي من يدعي أن الحيازة المادية تنطوي علي حيازة عرضية بإعتبار ان ذلك يمثل أمراً علي خلاف الأصل .

طرق الإثبات

س٥ : عرف الكتابة في الاثبات مبيناً اهميتها وشروطها؟

ماهية الكتابة وأهميتها وشروطها

أولاً: مفهوم الكتابة:

- **الكتابةُ←** ما يخطه الإنسان ليثبت به أمراً له أو عليه. وينصرف لفظ الكتابة إلى أوسع معانيه، فهو يشمل كل ما يحرر دون اشتراط شكل ما، أو وجود توقيع، ولذلك استعمل المشرع عبارة كل كتابة، وقد تكون هذه الكتابة سنداً، أو مذكرة شخصية، أو مجرد علامة ترمز للاسم، أو توقيعاً، أو غير ذلك.
- **يمكن تعريف الكتابة بأنها←** مجموعة الرموز المرئية التي تعبر عن القول أو الفكر.
- ويمكن أن تتم الكتابة بأية وسيلة سواء بالرصاص أو المداد، وبأية لغة محلية أو أجنبية، أو حتى بالرموز المختصرة ما دامت مفهومة من الطرفين.
- بل إنه لا يشترط أن تكون الكتابة بخط من تشهد عليه الورقة، فقد تكون هذه الأخيرة بخط غيره، ولو كان هذا الأخير هو من يتمسك بالورقة.
- وليس هناك في اللغة أو القانون ما يتطلب أن تكون الكتابة على الورق فقط، بل من الجائز أن تكون على الورق، أو الخشب، أو الحجر، أو الرمال، أو الجلد؛ وهي قد تتخذ شكل مخطوطة يدوية، أو أي شكل آخر.

ثانياً: أهمية الكتابة في الإثبات:

- تحتل الكتابة المرتبة الأولى بين أدلة الإثبات، وتعتبر هي وسيلة الإثبات الأكثر شيوعاً بين الأفراد والأفضل لهم من أجل إثبات معاملاتهم المختلفة، حيث يمكن عن طريقها تحديد مركز الشخص تحديداً واضحاً، وعلى نحو يتلافى ما قد يطرأ من نسيان أو موت الشهود إذا تقادم العهد على الواقعة المراد إثباتها.
- وجعل المشرع المصري الإثبات بالكتابة وجوبياً في شأن المعاملات المدنية التي تجاوز قيمتها خمسمائة جنيه، أو كانت غير مقدرة القيمة.
- وإذا كان المشرع جعل الكتابة وسيلة الإثبات الرئيسة فيما يتعلق بالتصرفات القانونية، واعترف لها بقوة إثبات مطلقة، في حين لا يكون للشهادة، أو القرائن القضائية، إلا قوة إثبات محدودة، فإن الكتابة مع ذلك ليست حجة مطلقة في الإثبات؛ لأنه يجوز إثبات عكسها، وإن كان ذلك بطرائق مختلفة بحسب نوع هذه الأوراق.

ثالثاً: شروط الكتابة في الإثبات:

- يشترط في الكتابة عدة شروط حتى تؤدي وظيفتها القانونية في الإثبات **وذلك كما يلي:**

أن تكون الكتابة مقروءة | **استمرار الكتابة ودوامها** | **عدم قابلية الكتابة للتعديل**

١-أن تكون الكتابة مقروءة:

- يشترط في الكتابة حتى تصلح كدليل في الإثبات أن تكون مقروءة، وواضحة بحيث يمكن فهمها وإدراك محتواها، ويستوي في ذلك أن تكون على دعامة ورقية أو إلكترونية، أو أن يكون قد تم تدوينها بحروف، أو بيانات، أو رموز.
- إذا كان هذا الشرط يتوفر في الكتابة التقليدية مثل الكتابة المدونة على الأوراق، إلا أنه تمشياً مع هذا المفهوم، فإن البيانات الإلكترونية رغم أنها تكون في صورة غير مادية، بل وقد تكون مشفرة، إلا أنها يمكن قراءتها باستخدام الحاسوب، وبالتالي يكون لها قيمة وحجية قانونية في الإثبات متى أمكن فك هذا التشفير، بحيث يصبح في صورة بيانات مقروءة بصورة واضحة، ويمكن فهمها وإدراكها بالنسبة للإنسان.

٢-استمرار الكتابة ودوامها:

- يجب لكي تحقق الكتابة وظيفتها في الإثبات، أن تدون على دعامة تحفظها لفترة طويلة من الزمن بحيث يمكن الرجوع إليها عند الحاجة. ويستوي في ذلك أن تكون على دعامة ورقية، أو دعامة إلكترونية مثل: حفظها على ذاكرة الحاسوب، أو الأقراص الممغنطة (CD-Rom)، أو البريد الإلكتروني.
- قد يبدو لأول وهلة أن هذه الصفة لا تتوافر في الكتابة الإلكترونية؛ نظراً لأن الدعائم الإلكترونية التي تحفظ الكتابة تتصف بالحساسية؛ مما قد يعرضها للتلف بسبب سوء التخزين، أو بسبب تغير قوة التيار الكهربائي.
- يمكن لمقدمي خدمات التصديق الإلكتروني أن يقوموا بعملية حفظ البيانات، والمعلومات الإلكترونية المتعلقة بشهادات التوثيق التي يصدرونها، وذلك لمدة مناسبة تتواءم مع مدة تقادم التصرف الثابت بشهادة التوثيق؛ وبالتالي فإن هذه الطريقة من شأنها أن تضفي على الكتابة الإلكترونية درجة عالية من الأمان، والاحتفاظ بالمعلومات المدونة لأطول فترة ممكنة.
- **من هنا فإن وظيفة مقدمي خدمات التصديق الإلكتروني** لا تقتصر فقط على التصديق على المحررات الإلكترونية، وإنما يمكن أن يخول إليهم أيضاً وظيفة الاحتفاظ بهذه البيانات والمعلومات لمدة معينة.

٣- عدم قابلية الكتابة للتعديل:

- يشترط في الكتابة حتى تصلح كدليل في الإثبات أن تكون خالية من أي عيب يؤثر في صحتها، وبالتالي ينبغي أن تكون خالية من الكشط والمحو والتحشير؛ فإذا كانت هناك أية علامات تدل على التعديل في بيانات المحرر فإن هذا ينال من قوته في الإثبات.
- **تنص المادة ٢٨ من قانون الإثبات المصري على ان** ← للمحكمة أن تقدر ما يترتب على الكشط والمحو والتحشير وغير ذلك من العيوب المادية في المحرر من إسقاط قيمته في الإثبات أو إنقاصها، وإذا كانت صحة المحرر محل شك في نظر المحكمة جاز لها من تلقاء نفسها أن تدعو الموظف الذي صدر عنه أو الشخص الذي حرره ليبدي ما يوضح حقيقة الأمر فيه.
- قد يبدو لأول وهلة أن هذا الشرط لا ينطبق إلا على الكتابة التقليدية حيث إنها تتم على مستند مادي يمكن أن يكشف عن مثل هذه التعديلات. بيد أن الكتابة الإلكترونية، وبالرغم من أنها تكون على وسيط غير مادي، إلا أن نظم المعلومات الحديثة، بما تتيحه من تقنيات متطورة يمكن لها أن تكشف عن أي تعديل في البيانات الإلكترونية، وأن تحدد بدقة البيانات المعدلة، وتاريخ تعديلها. كما أن الاستعانة بجهات التصديق الإلكتروني يمكن أن يحل هذه المشكلة حيث يمكن الاستعانة بها عند إدعاء أي طرف من الأطراف المتعاقدة أن هناك عبثاً أو تعديلاً في بيانات المحرر الإلكتروني.

القواعد العامة في الإثبات بالمحررات الورقية

س٦ : تكلم عن المحررات الرسمية؟

المحررات الرسمية

أولاً: تعريف المحررات الرسمية:

- **المحررات الرسمية** ← التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن، وذلك طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه.
- **من أمثلة المحررات الرسمية** ← العقود الرسمية التي تتم أمام الموثق بمصلحة التوثيق المختصة، ويعتبر هذا العقد الرسمي حجة على الكافة بما أثبت فيه على يد الموظف المختص، ولا يمكن إنكار حجيته إلا عن طريق الطعن فيه بالتزوير.

ثانياً: شروط المحرر الرسمي:

١- **أن يصدر المحرر الرسمي من موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة** ← يجب أن يصدر المحرر الرسمي من موظف عام وفقاً لمفهوم القانون الإداري، ويكفي صدوره من شخص مكلف بخدمة عامة كالخبير غير الحكومي المنتدب من المحكمة للقيام بمهمة معينة.

يلاحظ أن ← المحرر يكون عرفي قبل تدخل الموظف العام، مثل الدعوى التي يحررها محامي المدعي ويوقع عليها قبل تقديمها إلى قلم كتاب المحكمة.

٢- **صدور المحرر الرسمي من الموظف العام في حدود اختصاصاته وسلطته** ← يجب أن يصدر المحرر الرسمي من موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة مختص نوعياً ومكانياً بتحريره، وأن يكون ذلك في حدود سلطته الوظيفية، وأن يكون قائماً بالعمل وقت تحريره. ويفقد المحرر صفته الرسمية إذا صدر من موظف صدر قرار بوقفه عن العمل أو عزله أو نقله متى تم إبلاغه بهذا القرار.

أما إذا كان قد حرره في الفترة ما بين صدور القرار المذكور وإبلاغه به، فإن المحرر يكون صحيحاً إذا كان ذوي الشأن فيه حسني النية. كما يفقد المحرر أيضاً صفته الرسمية إذا صدر من موظف غير مختص بتحريره، ولذلك تنعدم الصفة الرسمية للأوراق الصادرة من أحد المحضرين إذا قام بها خارج اختصاصه المكاني.

٣- **مراعاة الأوضاع القانونية المقررة في تحرير المحرر الرسمي** ← يجب على الموظف العام مراعاة الأوضاع القانونية المقررة بشأن المحررات التي يقوم بها، كأن يشترط المشرع كتابة المحرر باللغة العربية، وأن يكون محدد التاريخ، ومرقم الصفحات وخالياً من الكشط أو التحشير أو الإضافة.

جزاء تخلف شروط المحرر الرسمي:

- يفقد المحرر صفته الرسمية إذا لم يحرره موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة، أو لم يكن الموظف العام مختصاً بتحريره، أو تخلف إجراء جوهري فيه، كما لو أغفل الموظف توقيعه أو توقيع ذوي الشأن، أو تاريخ المحرر.
- **ويرى جانب من الفقه بأن المحرر الرسمي يكون باطلاً** ← إذا تخلف عنه الشرط الأول أو الثاني، أما فيما يتعلق بالشرط الثالث وهو مراعاة الأوضاع والإجراءات القانونية في تحرير المحرر الرسمي، فيفرق الفقه بين الأوضاع والإجراءات الجوهرية وهذه هي التي يترتب على تخلفها بطلان المحرر الرسمي، وبين الإجراءات والأوضاع غير الجوهرية ولا يترتب على تخلفها بطلان المحرر.
- **مثال الأوضاع الجوهرية** ← البيانات العامة الواجب ذكرها في المحرر الرسمي مثل: تاريخ التوثيق، واسم الموثق، وأسماء أصحاب الشأن، والتوقيعات اللازمة، وتحريره باللغة العربية.
- **مثال الإجراءات والأوضاع غير الجوهرية** ← والتي لا يترتب عليها بطلان المحرر هي: عدم سداد الرسم المقرر، وترقيم الصفحات والإضافة والتحشير والكشط.
- ويلاحظ أن بطلان المحرر الرسمي لا يفقده كل قيمة، إذ يمكن أن يكون له قيمة المحرر العرفي بشرط أن يوقع عليه ذوو الشأن. كما أن بطلان المحرر الرسمي لا يستتبع بالضرورة بطلان التصرف القانوني ذاته .

ثالثاً: حجية المحررات الرسمية في الإثبات:

- يصدر المحرر الرسمي عن موظف عام يوليه المشرع ثقته، وبالتالي يقرر المشرع للمحرر الرسمي حجية قوية في الإثبات. وتنص المادة ١١ من قانون الإثبات على أن: المحرر الرسمي حجة على الكل بما دُون فيه من أمور قام بها محرره، في حدود مهمته، أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره، ما لم يتبين تزويره بالطرق المقررة قانوناً.

ونعرض فيما يلي: لحجية أصل المحرر الرسمي في الإثبات، ثم حجية صورته في الإثبات، وذلك كما يلي:

١-حجية النسخة الأصلية للمحرر الرسمي في الإثبات:

- يكون لأصل المحرر الرسمي الحجية الكاملة في الإثبات في مواجهة كافة الناس بما دون فيه، بيد أن هذه الحجية لا تشمل كافة البيانات الواردة في المحرر، **حيث ينبغي التفرقة بين نوعين من البيانات:**

أ-النوع الأول :- البيانات التي يدرجها الموظف العام بنفسه :

- تكون للمحررات الرسمية حجية في الإثبات بالنسبة لما دون فيها من أمور قام بها الموثق في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره. وإذا أراد شخص أن يطعن في صحة هذا النوع من البيانات فليس أمامه سوى الطعن بالتزوير. ويدخل تحت هذه الطائفة نوعان من البيانات: نوع يقوم الموظف بتدوينه في حدود مهمته، وبيانات عن أمور وقعت من ذوي الشأن في حضوره.
- **ومن أمثلة البيانات التي يحررها الموظف في حدود سلطته مثل:** توقيع الموظف، وتوقيع ذوي الشأن، وتاريخ المحرر، حيث يتحقق الموظف من صحة هذه البيانات، وتقتصر الحجية هنا على البيانات التي تدخل في حدود المهمة المكلف بها الموظف.
- وتتقرر الحجية أيضاً للبيانات التي يثبتها الموظف العام، وتتعلق بوقائع مادية تمت من ذوي الشأن أمامه، أو أقوال سمعها بنفسه، كالبيان الخاص بتسليم المشتري الثمن للبائع أمام الموظف، أو إقرار البائع أمام الموظف بتسلم الثمن. فكل البيانات التي يدرجها الموثق بنفسه، أو تقع من ذوي الشأن ويدركها الموثق بسمه وبصره تكون حجة إلى أن يطعن فيها بالتزوير.

ب-النوع الثاني :-البيانات التي يدرجها الموظف العام مما يدلي به ذوو الشأن من أقوال، أو عما يقع منهم من أفعال :

- تصدرت هذه البيانات من ذوي الشأن، ويكون على الموظف أن يدونها تبعاً لإقرارهم فقط، فليس عليه أن يتحقق من صحتها. ويعتبر ما جاء بهذه البيانات صحيحاً حتى يقوم من ينكر صحتها بإثبات عكسها بطرق الإثبات العادية دون حاجة إلى الطعن بالتزوير، لأن الطعن في هذه البيانات بخلاف الحالة السابقة لا يتضمن مساساً بأمانة الموظف وصدقه؛ فإذا أقر البائع أمام الموثق أنه قبض الثمن، فإن واقعة قبض الثمن ذاتها لم تقع أمام الموثق، فهو لم يتحقق منها، وبالتالي يجوز نقض البيانات الصادرة من ذوي الشأن بإقامة الدليل على عكسها دون حاجة إلى الطعن بالتزوير.
- وبالتالي فإن البيانات التي ترد على لسان ذوي الشأن، تعتبر صحيحة حتى يقوم الدليل على عكسها، وأن تدوينها في ورقة رسمية لا يضفي عليها قوة خاصة بالنسبة إلى حقيقة ما تنطوي عليه. ونظراً لأن هذه البيانات قد أثبتت في المحرر كتابةً، فإنه لا يجوز لمن أدلى بها تحت مسئوليته أن يثبت عكسها إلا عن طريق الكتابة أيضاً.

٢-حجية صور المحررات الرسمية في الإثبات:

- يغلب في العمل ألا يتسلم ذوو الشأن أصول المحررات الرسمية التي تحمل توقيعهم، وتوقيع الموظف المختص، وإنما يتسلمون صوراً منها. ولا تثبت الحجية لصور المحرر الرسمي إلا إذا كانت رسمية، وهذا يتطلب أن تصدر هذه الصورة من موظف مختص يقرر بأن هذه الصورة مطابقة لأصل المحرر المحفوظ لديه. وتتوقف مدى حجية صورة المحرر الرسمي في الإثبات على وجود أصل المحرر الرسمي أو عدم وجوده

ذلك كما يلي:

أ-وجود أصل المحرر الرسمي:

- وهذه هي الحالة الغالبة، فقلما ينعدم أصل المحرر الرسمي الذي يبقى محفوظاً في جهة التوثيق، ولا يفقد إلا لأسباب قهرية كالحريق أو السرقة. فإذا وجد أل المحرر، وتم أخذ صورة رسمية من هذا الأصل، اعتبرت هذه الصورة مطابقة للأصل.
- ويفترض مطابقة الصورة للأصل، فإذا نازع في ذلك أحد ذوي الشأن وجب على المحكمة مراجعة الصورة على الأصل لكي تتحقق من مطابقتها له. فإذا كانت مطابقة لأصل المحرر الذي صدرت عنه، فإن حجيتها تكون مطلقة على الكافة، أما إذا لم تكن مطابقة بأن شاب بعض بياناتها شيء من التغيير أو الكشط أو التحشير، فإن حجيتها تكون بالقدر الذي تتطابق فيه مع أصل المحرر، وتفقد البيانات غير المطابقة الحجية.

ب-عدم وجود أصل المحرر الرسمي:

- وهذا الفرض هو أمر نادر الحدوث، وفي حالة تحققه فإنه يتعذر بداهة مطابقة الصورة على الأصل، وقد نظم المشرع هذا الفرض بموجب المادة ١٣ من قانون الإثبات، حيث فرق المشرع بين ثلاثة أنواع من الصور، **وذلك كما يلي:**
- **الصورة الرسمية الأصلية←** المنقولة من الأصل مباشرة سواء وضعت عليها الصيغة التنفيذية أم لا وتكون لها حجية هذا الأصل، متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل؛ فإذا وجد فيها ما يدعو إلى الشك فيها أو العبث بها، كوجود كشط أو محو أو تحشير، فتسقط حجيتها في هذه الحالة.
- **الصورة الرسمية الثانية المأخوذة من الصورة الأصلية←** في هذه الحالة لا تكون الصور مأخوذة من الأصل مباشرة، ويكون لها الحجية ذاتها للصور المأخوذة عنها، ولكن هذا يستلزم وجود الصور الأصلية التي أخذت منها حتى يمكن المراجعة عليها إذا طلب أحد ذوي الشأن ذلك. أما إذا فقدت الصورة الأصلية، فإن الصور المأخوذة عنها لا يكون لها حجية عند المنازعة فيها، ولا يعتد بها إلا على سبيل الاستئناس.
- **الصورة الرسمية الثالثة←** وهي المأخوذة من الصورة الرسمية الثانية، فهي صورة صورة الصورة، ولذلك فلا يعتد بها إلا على سبيل الاستئناس، حيث تعتبر كقرينة لا تكفي وحدها للإثبات، بل يلزم تكملتها بأدلة أخرى تبعاً لظروف كل دعوى.

المحررات العرفية

س٧: تكلم عن المحررات العرفية مبيناً انواعها؟

تعريف المحررات العرفية وأنواعها:

- **يقصد بالمحررات العرفية←** الأوراق المكتوبة التي تصدر من الأفراد، دون أن يتدخل موظف عام في تحريرها، ويكتبها الأفراد بقصد حسم ما قد يثور بينهم من منازعات حول أمر معين، ولا تتوافر فيها جميع الضمانات التي تحيط بالمحررات الرسمية، ولا يشترط فيها أن تكون في شكل معين.
- **وتنقسم المحررات العرفية إلى نوعين←** **محررات عرفية معدة للإثبات**، وتكون موقعة ممن يحتج بها عليه، فهي أدلة مهيأة سلفاً؛ **ومحررات عرفية غير معدة للإثبات**، ولذلك يغلب ألا تكون موقعة، ومع ذلك يمنحها القانون حجية في الإثبات تتفاوت قوة وضعفاً بحسب ما يتوفر لها من عناصر الإثبات، فهي أدلة عارضة، ومن البديهي ألا يعترف المشرع لكلا النوعين بقوة واحدة في الإثبات. وإذا أطلق لفظ المحرر العرفي دون تخصيص، فإن المقصود به النوع الأول من المحررات العرفية

المحررات العرفية المعدة للإثبات

أولاً: تعريف المحررات العرفية المعدة للإثبات:

- المحررات العرفية المعدة للإثبات هي: التي تكون موقعة من ذوي الشأن، ولا تتوافر لها مقومات المحررات الرسمية، وتعتبر هذه المحررات حجة على من صدرت منهم، وتعتبر أدلة كاملة ولها حجية في الإثبات.

ثانياً: شروط المحررات العرفية المعدة للإثبات:

١-الكتابة:

- تعتبر الكتابة أهم وسيلة في الإثبات، لما توفره للخصوم من ضمانات لا توفرها لهم غيرها من الأدلة، فهي تتميز عن الشهادة بعدم إمكان تحريفها، كما أنها دليل يعد مقدماً أي قبل نشوء النزاع، حيث يتعاصر في إعداده مع تكوين التصرف القانوني، ويدون فيه كل من الطرفين ما اتفق عليه بكل وضوح. وقد جعلها القانون الدليل الأصلي في الإثبات وقرر لها قوة إثبات مطلقة، حيث يمكن أن تثبت بها كافة الوقائع القانونية، سواء كانت أعمال مادية أو تصرفات قانونية. بينما لا يكون للشهادة أو القرائن القضائية إلا قوة إثبات محدودة.
- لا يستثنى من وجوب إثبات التصرفات القانونية بالكتابة، إلا التصرفات قليلة القيمة التي لا تزيد قيمتها على ١٠٠٠ جنيه، فقد أجاز القانون إثباتها بالبينة نظراً لقلة قيمتها، كذلك يستثنى من وجوب الإثبات بالكتابة التصرفات التجارية مهما بلغت قيمتها، وذلك لما تتطلبه التجارة من سرعة في المعاملات.

يتمثل المحرر العرفي في كتابة معينة تتم بأية لغة، فلا يؤثر على حجية المحرر العرفي كتابته باللغة الأجنبية، إلا أنه قد يلزم ترجمته إلى اللغة العربية حتى يمكن عرضه على المحكمة المختصة للفصل في أي نزاع بشأنه. وقد يشترط القانون كتابة المحرر باللغة العربية مثل عقد العمل.

- لا يهم الصيغة المستخدمة أو طريقة الكتابة، فيستوي أن يكون مكتوباً بالحاسوب أو بالطباعة، أو بخط اليد، سواء كان بخط من نسب إليه المحرر، أو بخط الطرف الآخر، أو بخط وكيل أحد الطرفين أو شخص من الغير.
- لا يؤثر على صحة المحرر عدم تضمنه تاريخ تحريره أو مكان صدوره، أو توقيع شهود عليه، بيد أن هذه البيانات لها أهمية كبيرة، ويفضل تدوينها للحيلولة دون وجود غموض أو لبس في المحرر، لاسيما وأن تاريخ المحرر يوضح عما إذا كان الطرفين بالغين سن الرشد من عدمه.

٢-التوقيع:

- يلزم في المحرر العرفي أن يكون موقعاً ممن ينسب إليه، حتى يمكن الاحتجاج به في مواجهته، لأن وضعه على المحرر يعبر عن رضاء الموقع، ويجعل من صدرت عنه الكتابة ملتزماً بما جاء بها، فهو الذي يعطي لتلك المحررات حجيتها الكاملة في الإثبات.
- ويجب أن يصدر التوقيع من المدين في العقد الملزم لجانبين، كما يلزم توقيع المتعاقدين على المحرر المثبت لعقد ملزم لجانبين، أما توقيع الغير على محرر مكتوب ليس طرفاً فيه، فيعتبر من قبيل الشهادة.
- كما يجب أن يصدر التوقيع من الشخص الذي ينسب إليه التوقيع، فلا يجوز التوكيل في التوقيع، إلا أنه يجوز للوكيل التوقيع باسمه هو مبيناً صفته نيابة عن الأصيل، وليس له أن يوقع بإمضاء الموكل.
- لا يشترط أن يكون التوقيع مقروءاً، مبيناً لاسم صاحبه، أو أن يتم على مطبوعات تحمل اسمه، بل يمكن أن يكون: بالإمضاء، أو ببصمة الإصبع، أو بالختم. إلا أنه لاي صح التوقيع برسم معين نظراً لما يحيط ذلك من شك حول ارتضاء الشروط المبينة بالمحرر.
- يجب أن يوضع التوقيع في الجزء من المحرر الذي يفيد علم صاحبه بمضمونه وقبوله له، وهو ما يتحقق عادة بوضع التوقيع في آخر الكتابة. أما إذا وجدت كتابة في المحرر تالية على التوقيع، فيترك لقاضي الموضع سلطة تقدير مدى قيمة هذه الكتابة في الإثبات.
- تفقد الورقة حجية المحرر العرفي، إذا خلت من توقيع المنسوب إليه، ومع ذلك يجوز اعتبار الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة عند توافر شروط ذلك، كما تصلح كقرينة في الإثبات في حالة عدم تطلب دليل كتابي.

ثالثاً: حجية المحررات العرفية المعدة للإثبات:

١-الاحتجاج بالمحرر العرفي في مواجهة من وقع عليه شخصياً:

- يفتقر المحرر العرفي للضمانات التي تتوفر في المحرر الرسمي، حيث يصدر من شخص عادي تكون له مصلحة فيما هو مدون به، ولذلك نفرق في هذا الشأن بين حالة إقرار الموقع بصحة توقيعه، وبين إنكاره لهذا التوقيع:

أ-الاعتراف الصريح بصحة التوقيع:

- لا يكون المحرر العرفي حجة على من نسب إليه إلا إذا أقره، فتصبح له حجية كالمحرر الرسمي؛ ويستوي أن يكون هذا الإقرار صريحاً أو ضمنياً، كما لو ناقش موضوع المحرر الذي يحتج به عليه، وليس له بعد ذلك الاعتراف أن ينكر صدوره منه.

ب-إنكار التوقيع:

- لايحتج بالمحرر العرفي على من صدر منه إذا أنكره، وينصب الإنكار على صدور التوقيع منه، وقد قضى بأن: الورقة العرفية حجة بما دُون فيها على من نسب إليه توقيعه عليها ما لم ينكر صدورها منه.
- ويشترط أن يكون الإنكار قد جاء بصورة صريحة جازمة، وللمحكمة أن تفصل في الطعن بالإنكار بناء على مستندات الدعوى ووقائعها، إذا كانت تتضمن ما يفيد صدور المحرر من المنسوب إليه من عدمه، ويجوز لها الاستعانة بشهادة الشهود لإثبات واقعة التوقيع على الورقة العرفية، أو البصمة المطموسة، أو اتخاذ إجراءات تحقيق الخطوط والاستعانة بقسم أبحاث التزييف والتزوير لبيان صدور التوقيع من الطاعن بالإنكار من عدمه.

٢-الاحتجاج بالمحرر العرفي في مواجهة ورثة الموقع أو خلفه:

- إذا احتج أحد الخصوم بالمحرر العرفي في مواجهة ورثة من نسب إليه التوقيع، فلا يحتاج الورثة في هذه الحالة للطعن بالإنكار، ويكفي أن ينفوا علمهم بأن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هي لمن تلقي عنه الحق، ويكون لهم الحق في أن يطعنوا بالجهالة على توقيع مورثهم، وذلك بحلف يمين بعدم علمهم بأن الخط أو التوقيع صادر من مورثهم أو سلفهم، فيزول عن الورقة العرفية قوتها في الإثبات بصورة مؤقتة، ويقع عبء إثبات صحة هذه الورقة على من يستند إليها، ويجوز للقاضي أن يحقق الدفع بالجهالة، ويستمع لأقوال الشهود أو يستعين بقسم أبحاث التزييف والتزوير.
- ويكون للمحرر العرفي حجية في الإثبات بالنسبة لأطرافه، وبالنسبة للغير، إذا ثبت صدوره ممن نسب إليه، وذلك: بعدم الطعن عليه بالإنكار، أو بناء على التحقيق الذي تستمع فيه المحكمة لأقوال الشهود، أو بناء على تقرير قسم أبحاث التزييف والتزوير. كما أنه ليس لمن ناقش موضوع المحرر أن ينكر ما نسب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة، أو أن يتمسك بعدم علمه بأن شيئاً من ذلك قد صدر ممن تلقى عنه الحق.

٣-حجية المحرر بالنسبة للغير:

- **يقصد بالغير** ← كل من لم يكن طرفاً في المحرر ويتقرر له حق معين بقيام التصرف القانوني، كالدائن أو الخلف الخاص، ولا يقصد بالغير هنا الأجنبي عن التصرف المدون في المحرر إذ لن يحتج عليه بالتصرف.
- القاعدة أن البيانات الوارد في المحرر العرفي تكون حجة على الكافة بجميع مشتملاتها، إلا أنه يستثنى من ذلك تاريخ المحرر، فلا يكون حجة على الغير إلا إذا كان هذا التاريخ ثابتاً.
- يتم ثبوت تاريخ المحرر العرفي بعدة طرق منها: قيد المحرر في السجل المعد لذلك بجهة التوثيق، أو إثبات مضمون المحرر في ورقة أخرى ثابتة التاريخ، أو التأشير على المحرر العرفي من موظف عام مختص، أو من يوم وفاة أحد ممن لهم على المحرر أثر معترف به من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة أو من يوم أن يصبح مستحيلاً على واحد من هؤلاء أن يكتب أو يبصم لعلة في جسمه، أو وقوع حادث يكن قاطعاً في كتابة المحرر قبل وقوعه.
- **الحكمة من هذه القاعدة**: أنه يمكن بسهولة لطرفي المحرر أن يغيرا من حقيقة التاريخ الذي نشأ فيه التصرف موضوع المحرر العرفي .

المحررات العرفية غير المعدة للإثبات

أولاً: تعريف المحررات العرفية غير المعدة للإثبات:

- **يقصد بالمحررات العرفية غير المعدة للإثبات←** الأوراق التي لم يقصد محررها عند كتابتها أن تكون دليلاً للإثبات، ويغلب فيها أن تكون غير موقعة من ذوي الشأن، ومع ذلك يجعل لها القانون حجية معينة في الإثبات، لا يبلغ في معظم الأحيان مبلغ الدليل الكتابي الكامل، كما تختلف قوتها بحسب ما يتوافر لها من عناصر في الإثبات.

ثانياً: أنواع المحررات العرفية غير المعدة للإثبات:

١-الرسائل والبرقيات:

أ-الرسائل:

- تنص المادة ١٦ من قانون الإثبات على أن: تكون للرسائل حجية المحرر العرفي في الإثبات، إذا كان موقعاً عليها من المرسل، ويشترط لذلك أن تكون الرسالة قد خرجت من حوزة المرسل بإرادته، وأن يكون وصولها إلى من يتمسك بها بطريق مشروع. أما إذا كانت الرسالة غير موقعة من المرسل، ولكنها محررة بخط يده، فإنها تصلح مبدأ ثبوت بالكتابة.
- يتضح من هذا النص أن للمرسل إليه أن يحتج بالرسالة على مرسلها إذا كانت موقعة من الأخير، حيث يكون للرسائل في هذه الحالة قيمة المحرر العرفي من حيث الإثبات. شريطة أن تكون قد وصلت للمرسل إليه بطريق مشروع، وألا يكون من شأن التمسك بها إفشاء سر المرسل.
- فإذا كانت الرسالة تتضمن معلومات سرية، فيتعين موافقة كل من المرسل والمرسل إليه لتقديمها كدليل في الإثبات. إلا أنه يجوز للمرسل إليه أن يحتج بالرسالة السرية، دون حاجة لموافقة المرسل إذا كانت تتضمن حقيقة التصرف المستتر الدال على صورية تصرف قانوني سبق إبرامه بينهما، وتكون في هذه الحالة ورقة ضد.

ب-البرقيات:

- جعل المشرع للبرقيات قيمة المحرر العرفي في الإثبات، إذا كان أصلها مودعاً في مكتب التصدير، وموقعاً عليه من مرسلها. وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك.
- وإذا لم يوجد أصل البرقية في مكتب التصدير، أو كان الأصل المودع في مكتب التصدير لا يحمل توقيع المرسل أو نائبه، لا تكون للبرقية قيمة في الإثبات إلا على سبيل الاستئناس، باعتبارها قرينة قضائية لا تكفي وحدها كدليل في الإثبات، لأنه يستحيل في حالة عدم وجود الأصل التحقق من تطابق صورة البرقية مع الأصل، كما أن في حالة عدم توقيعها لايمكن التحقق من نسبتها لمرسلها.

٢-دفاتر التجار:

- بموجب أحكام القانون التجاري، فإنه ينبغي على التجار أن يمسكوا دفاتر معينة، ويدونوا فيها كل البيانات المتعلقة بتجارتهم، حتى يتضح على وجه الدقة المركز المالي لكل منهم، وتختلف هذه الدفاتر بحسب طبيعة كل تجارة وأهميتها، وقد أوجب القانون على التجار مراعاة إجراءات معينة في استعمال الدفاتر بما يبعث على الثقة فيها إلى حد ما.

بسبب ما يتوافر لهذه الدفاتر من ضمانات؛ فإن القانون يعتبرها حجة على التجار، وحجة لهم في بعض الحالات؛ حيث تنص المادة ١٧ من قانون الإثبات على أن:

١- دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار، ومع ذلك فإن البيانات المثبتة فيها عما ورده التجار تصلح أساساً يجيز للقاضي أن يوجه اليمين المتممة إلى أي من الطرفين، وذلك فيما يجوز إثباته بشهادة الشهود.

٢- تكون دفاتر التجار الإلزامية حجة لصاحبها التاجر ضد خصمه التاجر، إذا كان النزاع متعلقاً بعمل تجاري، وكانت الدفاتر منتظمة. وتسقط هذه الحجية بالدليل العكسي ويجوز أن يؤخذ هذا الدليل من دفاتر الخصم المنتظمة.

٣- وتكون دفاتر التجار الإلزامية منتظمة كانت أو غير منتظمة حجة على صاحبها التاجر فيما استند إليه خصمه التاجر أو غير التاجر على أن تعتبر القيود التي في مصلحة صاحب الدفاتر حجة له أيضاً.

٤- ويجوز تحليف أحد الخصمين التاجرين على صحة دعواه إذا استند إلى دفاتر خصمه وسلم مقدماً بما ورد فيها، ثم امتنع الخصم دون مبرر عن إبراز دفاتره.

- الاحتجاج على التاجر بدفاتره أمر جوازي للقاضي، فله أن يأخذ به إذا اطمئن إليه أو لا يأخذ به، وطالما أن الأمر جوازي للمحكمة فلا حرج عليها إن مالت لجانب دون الآخر في هذا الشأن، ولا يمكن الادعاء عليها في هذا بمخالفة القانون. ولصاحب الدفاتر، ولو كانت منتظمة، أن يثبت عكس ما ورد فيها بجميع طرق الإثبات.
- يجوز للتاجر أن يحتج لمصلحته بالبيانات الواردة في دفاتره التجارية بالنسبة للأعمال التجارية، إذا كان الخصم تاجراً، أما إذا كان الخصم غير تاجر، فليس له أن يحتج بها إلا إذا تعلقت بما ورده لعملائه، وكانت قيمتها في حدود النصاب الجائز إثباته بشهادة الشهود، ويستكمل القاضي هذا الدليل بيمين متممة لأي من الطرفين.

٣-الدفاتر والأوراق المنزلية:

- يقصد بالدفاتر والأوراق الخاصة: الأوراق الخاصة بغير التجار، والتي يقوم الناس بتدوينها فيما يتعلق بشئونهم الخاصة، أياً كان نوعها: كالمذكرات، والمفكرات الخاصة، وأوراق الحساب، وتتضمن بيانات تتعلق بحقوق الشخص والتزاماته قبل الغير.
- والقاعدة أنه لايجوز للشخص أن يحتج لمصلحته بالبيانات التي كتبها في دفاتره أو أوراقه الخاصة، إعمالاً لمبدأ أنه لا يجوز للشخص أن يصطنع دليلاً لنفسه بنفسه. إلا أن القانون اعتبرها حجة على من صدرت منه،

ودليلاً ضده في الحالتين الآتيتين:

- **الحالة الأولى←** إذا أورد فيها صراحة أنه استوفى دينه، إذ يعتبر هذا بمثابة إقرار منه، ولا يتصور أن يثبت الشخص هذا في أوراقه إلا إذا كان الوفاء قد تم بالفعل.
- **الحالة الثانية←** إذا أورد فيها صراحة أنه قصد بما دونه أن يقوم مقام السند لمن أثبت حقاً لمصلحته، وهي حالة نادرة في العمل، لأن الشخص إذا قصد بها أن تقوم مقام السند؛ فإنه سيوقع عليها، وبالتالي ستكون الورقة الموقعة دليلاً كتابياً كاملاً، ولا حاجة إلى الاستناد إلى هذا النص الاستثنائي.
- في الحالتين إذا كان ما ورد من ذلك غير موقع ممن صدرت منه، جاز له إثبات عكسه بكافة طرق الإثبات. كما يجوز إثبات عكس ما ورد في هذه الأوراق الخاصة بجميع طرق الإثبات، كأن يثبت الشخص أن ما دون بهذه الأوراق كان مجرد مشروع لم يتم، أو أنه عدل من مضمونه، أو حرره على سبيل الخطأ.
- لا تصلح الدفاتر والأوراق الخاصة، في غير هاتين الحالتين، لأن تكون دليلاً كاملاً في الإثبات، إلا أنه يجوز للقاضي أن يعتد بما ورد فيها كقرينة ضد صاحبها فيما يجوز إثباته بشهادة الشهود، وقد يعتبرها مبدأ ثبوت بالكتابة، يكمل بالشهادة فيما يجب إثباته بالكتابة، متى توافرت شروط ذلك.

٤-التأشير على سند الدين بما يفيد براءة ذمة المدين:

- يحدث أحياناً أن يقوم المدين بسداد الدين على دفعا، ويكون الدائن محتفظاً بسند الدين، فيؤشر الدائن على السند بما يفيد الوفاء بدفعة أو أكثر من الدين انتظاراً للوفاء بباقي الدين، وهذا التأشير يعتبر قرينة على الوفاء، وإن كان قرينة تقبل العكس. وقد يكون التأشير على سند في يد الدائن نفسه.
- والأصل أن إثبات براءة ذمة المدين يتم بمخالصة تكون في يده وموقعاً عليها من الدائن، بيد أن المشرع قد خرج على هذا الأصل في حالتين نص عليهما في ١٩ من قانون الإثبات، واكتفى بالتأشير على سند في يد الدائن، أو سند أو مخالصة في يد المدين، وذلك كما يلي:

أ-التأشير على سند في يد الدائن:

- إذا لم يخرج سند الدين من حيازة الدائن، فإن للمدين أن يحتج بالتأشير على هذا السند بما يفيد براءة ذمته، ويكفي في هذا التأشير أية عبارة تفيد براءة الذمة، ولا يشترط أن يكون هذا التأشير بخط الدائن أو موقعاً عليه منه، لأن وجود سند الدين تحت يد الدائن وعدم خروجه من حيازته قط، يفيد أن التأشير ببراءة ذمة المدين قد تم برضائه، حتى ولو كان بغير خطه. أما إذا أثبت الدائن خروج السند من حيازته، ولو لفترة وجيزة تكفي لكتابة هذا التأشير انتفت بذلك هذه الحجية.
- يظل للتأشير ببراءة ذمة المدين حجيته حتى ولو تم شطبه أو محوره، لأنه لا يجوز أن يعتد بشطب أو محو يسهل على الدائن القيام به على سند موجود في يده. إلا أنه يجوز للدائن أن ينقض هذه الحجية بكافة طرق الإثبات.

ب-التأشير على سند أو مخالصة في يد المدين :

- يجوز للمدين أن يحتج ببراءة ذمته من الدين، إذا تم ذلك بخط الدائن حتى ولو كان ذلك بغير توقيعه، ويشترط أن يتم هذا التأشير بخط الدائن نفسه، لأن وجود السند في يد المدين يجعل من السهل عليه أن يستكتب شخصاً آخر بما يفيد براءة الذمة، ويستوي أن يكون هذا السند هو النسخة الأصلية لسند الدين، أو مخالصة بجزء من الدين سبق أن وقع عليها الدائن، ثم يقوم بعد ذلك بالتأشير على جزء منها باستيفاء جزء آخر من الدين.
- ويشترط كذلك خلافاً للحالة السابقة ألا يكون هناك محو أو شطب، حيث نزول حجية هذا التأشير ببراءة ذمة المدين إذا تم شطبه أو محوه، لأن الشطب أو المحو على سند موجود في يد المدين لا يمكن أن يفهم منه إلا أن الوفاء لم يتم.

شهادة الشهود

ماهية شهادة الشهود

أولاً: تعريف شهادة الشهود:

- **شهادة الشهود** ← إخبار الشخص أمام القضاء بواقعة حدثت من غيره ويترتب عليها حق لغيره .

بعض النقاط الهامة :

١. لم يستلزم القانون شروطا معينة في الشاهد لقبول شهادته، فيما عدا ما نصت عليه المادة (٤١) من قانون الإثبات في شأن شهادة الموظفين والمستخدمين والمكنين بخدمة عامة.
٢. القرابة وعلاقة التبعية أو عدم الأمانة ليست مانعا في مفهوم هذا القانون من أداء الشهادة التي يترك أمر تقديرها والأخذ بها من عدمه لمحكمة الموضوع
٣. تقدير أقوال الشهود والأخذ بأقوال شاهد دون آخر من سلطة محكمة الموضوع طالما لم تخرج بأقوال الشاهد عما يؤدي إليه مدلولها
٤. لا تتصور الشهادة - بداهة - إلا أمام مجلس القضاء، ما دام أنها تفترض بالضرورة سبق وجود نزاع.
٥. ما يدلي به الشخص أمام القضاء لا يعتبر من قبيل الشهادة إلا إذا كان يرتب حقا لغيرهم وفي ذمة غيره، أما إذا كان يرتب حقا له أو عليه، فإنه يكون إدعاء في الحالة الأولى، وإقرار في الحالة الثانية
٦. ما يدلي به الشخص من أقوال أمام جهات أخرى وليس القضاء كالشرطة، فلا يصدق عليه وصف الشهادة بمفهوم الإثبات.
٧. تؤدي الشهادة شفاهة ولا يجوز الاستعانة بمذكرات مكتوبة إلا بإذن المحكمة او القاضي المنتدب .

ثانيا: صور شهادة الشهود :

- **تتعدد صور الشهادة كما ما يلي:**

الشهادة المباشرة	الشهادة غير المباشرة	شهادة التسامع

(١) الشهادة المباشرة:

- يغلب في شهادة الشهود أن تكون مباشرة، وذلك بأن يخبر الشاهد بما وقع من الغير، فأدركه بحواسه وذلك بسمعه أو بصره حسب الواقعة التي يشهد عليها .
- **مثال ذلك** ← يشهد تعاقدًا، أو حادثة فيروى ما سمعه أو رآه.

٢) الشهادة غير المباشرة:

- **الشهادة غير المباشرة** ← التي تكون سماعية، كان يروي الشخص بما سمع رواية عن الغير عن الواقعة المراد إثباتها، فالشاهد في هذه الحالة ما هو إلا ناقل إلى مجلس القضاء ما سمعه من الغير عن الواقعة، وهذه الشهادة وإن كانت جائزة، إلا أنها تعتبر أقل قيمة من الشهادة الأصلية المباشرة في الإثبات، ويقدر القاضي مدى قيمتها في الإثبات .

٣) شهادة التسامع:

- وفي هذا النوع لا يروي الشخص بما رآه أو سمعه مباشرة، ولا بما سمعه عن طريق شخص معين، وإنما يروي ما يتسامعه الناس عامة وشاع بينهم عن الواقعة المراد إثباتها، فيقول: سمعت أن الناس يقولون عن هذا الأمر كذا دون أن يستطيع إسناد ذلك إلى شخص معين أو أشخاص معينين.
- وهي لا تعتبر شهادة بالمعنى القانوني ولا تكون لها حجية الشهادة، وخاصة في المسائل المدنية .

ثالثا: سلطة القاضي في تقدير شهادة الشهود:

- يتمتع قاضي الموضوع بسلطة واسعة في تقدير قيمة شهادة الشهود في الإثبات فله أن يأخذ بها، أو يطرحها جانبًا، مهما كان عدد الشهود، وأيا كانت صفاتهم أو سمعتهم أو مركزهم الاجتماعي، طالما كانت لا تتفق مع ظروف الدعوى، ولا توحي بالثقة فيها، مما يجعل عدم اطمئنانه هذا سائغا عقلا، ومبنياً على أسباب تحمله فتقدير أقوال الشهود، تستقل به محكمة الموضوع استناداً إلى ما تطمئن إليه من أدلة الدعوى متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة بما له أصل ثابت في الأوراق .
- استقرت أحكام القضاء على أن المحكمة الموضوع السلطة التامة في تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة ومنها شهادة الشهود والترجيح بينها والأخذ بما تراه راجحًا منها؛ إذ إنها لا تقضي إلا على أساس ما تطمئن إليه وتثق به .
- تظل سلطة القاضي وحريته في تقدير قيمة الشهادة في الإثبات، حتى ولو تراضي الخصوم على قبول شهادة شاهد معين .

ملحوظة هامة

- تختلف شهادة الشهود عن الكتابة من حيث سلطة القاضي في تقديرها، فالكتابة إذا لم يذكرها الخصم، أو يدعى تزويرها تكون ملزمة للقاضي. وذلك عكس شهادة الشهود التي تخضع لتقدير القاضي، ولا يكون لها قوة إثبات مطلقة، فيستطيع أن يأخذ بها، أو يتركها إذا ما ثاوره شك في صحتها، كما أن له أن يغلب شهادة القلة على شهادة الكثرة إذا وجدها أكثر إقناعا، ولا رقابة المحكمة النقض عليه في ذلك.

الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود بحسب الأصل

أولاً: الوقائع المادية:

- الوقائع المادية هي التي يرتب عليها القانون أثراً معيناً. وتشمل الوقائع المادية التي تحدث بفعل الطبيعة، كالزلازل والفيضانات والبراكين والوفاة التي يترتب عليها انتقال حقوق المتوفى إلى الورثة؛
- **كما تشمل الأفعال المادية** التي تصدر من الإنسان كالحيازة والتسليم والاستيلاء والفعل النافع والفعل الضار كارتكاب جريمة، حيث يترتب على ذلك نشوء حق للمضرور في مطالبة مرتكب الجريمة بالتعويض.
- **توجد وقائع يمكن بحسب الأصل إثباتها عن طريق شهادة الشهود** ← حيث رأى المشرع أنه لا يمكن، أو لا يلزم فيها، تقديم دليل كتابي. وعلة ذلك أن طبيعة الوقائع المادية لا تسمح غالباً بإعداد دليل كتابي سابق على وقوعها، وذلك نظراً لعدم توقع حدوثها أصلاً. فكيف يمكن إعداد دليل كتابي لحدوث فيضان أو وقوع زلزال أو إصابة شخص في حادث أليم. ولذلك فإن القاعدة بالنسبة للوقائع المادية أنه يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات ومنها شهادة الشهود، والتي يكون لها في هذه الحالة قوة إثبات مطلقة.

ثانياً: التصرفات التجارية:

- يجوز إثبات التصرفات القانونية التجارية بشهادة الشهود، حيث منح المشرع للشهادة قوة مطلقة في إثبات هذه التصرفات مهما كانت قيمتها، دون أن يقيدها المشرع بحد معين أو قيمة معينة، وحتى لو انصرف الإثبات إلى ما يخالف ما هو ثابت بالكتابة.
- وعلة ذلك أن طبيعة المعاملات التجارية تقتضي السرعة والتيسير والبساطة في إجرائها، كما أن سرعة إجرائها لايجعل للنسيان سبيلاً إلى أطرافها، بما يتنافي مع تطلب الكتابة لإثباتها.
- وإذا كان هذا هو الأصل، **فإن المشرع يتطلب على سبيل الاستثناء إثبات بعض المسائل التجارية بالكتابة** كما هو الحال في الأوراق التجارية، كالشيك والكمبيالة والسند الأذنى، وفي هذه الحالة يجب التقيد بإثبات هذه المسائل بالكتابة.
- **ويلاحظ أن المرجع في تحديد ما إذا كان العمل تجارياً أم لا**، هو نصوص قانون التجارة، ولا صعوبة بطبيعة الحال إذا كان العمل تجارياً بالنسبة للجانبين. **أما إذا كان مختلطاً**، بمعنى أن يكون أحد طرفيه تاجراً والآخر غير تاجر، فإن قواعد الإثبات المدني تطبق في شأن من كان العمل مدنياً في مواجهته وهو التاجر، وعلى العكس يستفيد من تسهيلات القواعد التجارية في الإثبات، من كان العمل تجارياً في مواجهته وهو غير التاجر. فإذا باع مزارع محصوله لتاجر، فهو تصرف تجاري بالنسبة للتاجر، وتصرف مدني بالنسبة للمزارع، والذي يستطيع أن يثبت في مواجهة التاجر تسليم المحصول له بكافة طرق الإثبات بما فيها شهادة الشهود، حتى ولو زادت قيمة المحصول على ٥٠٠ جنيه، في حين لا يمكن للتاجر أن يثبت في مواجهة المزارع أنه دفع الثمن إلا بالكتابة.

الحالات التي لا يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود

س٨: تكلم عن الحالات التى لا يجوز فيها الاثبات بشهادة الشهود؟

بشهادة الشهود بالنسبة للتصرف الذي تجاوز قيمته ٥٠٠ جنيه، أو غير محدد القيمة:

- تنص المادة ١/٦٠ على أنه: في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على خمسمائة جنيه أو كان غير محدد القيمة، فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقض بغير ذلك.
- **يتضح من هذه المادة←** أنه لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود إذا زادت قيمة التصرف القانوني على خمسمائة جنيه، أو كان التصرف القانوني غير مقدر القيمة، بل يلزم الإثبات بالكتابة في هذه الحالة. وقد ساوى المشرع في هذا الشأن بين النوعين؛ **من أمثلة التصرفات غير مقدرة القيمة**: الالتزام بعدم البناء، أو بهدم محل تجاري، أو تقديم شهادة طبية أو علمية. وللقاضي أن يقدر قيمة التصرف سواء بنفسه أو بواسطة أهل الخبرة، ولا يتقيد في ذلك بتقدير الخصوم أنفسهم.
- **يجوز الإثبات بشهادة الشهود، فيما تزيد قيمته على خمسمائة جنيه أو كان غير مقدر القيمة←** إذا وجد اتفاق أو نص يقضي بشهادة الشهود أو رأت المحكمة سماع الشهود لأسباب وجيهة. والنص على ذلك مصدره أحكام الشريعة الإسلامية في قول رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، ومن البينة الأساسية فيها، المقدمة على حلف اليمين، سماع شهود المدعى، كما أنه من الأسباب الوجيهة الأخذ بأحكام الشيعة الإسلامية خاصة فيما يتعلق بعقود التبرع الشرعية كالهبة والوصية.

يجب مراعاة عدة قواعد عند تحديد قيمة التصرف القانوني، وذلك كما يلي:

١-العبرة بقيمة التصرف القانون وقت صدوره:

- تقدر قيمة الالتزام وقت إبرام التصرف القانوني وليس من وقت المطالبة بتنفيذه، ولا يعتد بما يلحق بهذه القيمة من زيادة أو نقص بعد صدور التصرف القانوني بسبب تقلب الأسعار. وبالتالي إذا كانت قيمة الالتزام لا تزيد على ٥٠٠ جنيه وقت صدور التصرف، جاز إثباته بالشهادة، ولو تجاوزت قيمته بعد ذلك هذا المقدار نتيجة لتقلبات الأسعار والعكس صحيح.

٢-العبرة بأصل الالتزام ذاته بغير ضم الملحقات إلى الأصل:

- لا يدخل في تحديد قيمة الالتزام ملحقات الشيء ولا الفوائد الناتجة عنه، ومن ثم يجوز الإثبات بشهادة الشهود متى كانت قيمة الالتزام الأصلي لا تجاوز ٥٠٠ جنيه، حتى ولو كان المدعي يطالب في دعواه بأكثر من هذا المبلغ، متى كانت الزيادة ناشئة عن ضم الفوائد أو الملحقات إلى أصل قيمة الالتزام. كأن يطالب المدعي بتعويض يزيد في قيمته عن ٥٠٠ جنيه نتيجة إخلال المدعي عليه بتنفيذ التزامه الأصلي الذي يقل قيمته عن هذا المبلغ.

٣-العبرة بقيمة كل تصرف قانوني على حدة:

- إذا اشتملت الدعوى على عدة طلبات ناشئة عن مصادر متعددة، جاز الإثبات بشهادة الشهود في كل طلب لا تزيد قيمته على ٥٠٠ جنيه، حتى ولو كانت هذه الطلبات في مجموعها تزيد على تلك القيمة، أو كان منشؤها علاقات بين الخصوم أنفسهم، أو تصرفات من طبيعة واحدة. فيعتد بقيمة كل تصرف قانوني على حدة، عند تحديد النصاب الجائز إثباته بشهادة الشهود، حتى ولو كانت المطالبة بحقوق ناشئة عن مصادر متعددة ذات طبيعة واحدة، كما لو طالب المدعي في دعواه بحقوقه الناشئة عن عدة عقود بيع قام بإبرامها، فتقدر قيمة كل عقد بيع على حدة لتحديد نصاب الشهادة.
- ويعتبر الوفاء بالالتزام كل لا يتجزأ، وتكون العبرة في إثبات الوفاء الجزئي بقيمة الالتزام الأصلي؛ فإذا كانت قيمة الدين تزيد على نصاب الشهادة؛ فيلزم الإثبات بالكتابة للوفاء بقسط منه، حتى ولو كانت قيمة القسط لا تزيد على هذا الحد.

ثانياً: عدم جواز الإثبات فيما يخالف أو يجاوز الدليل الكتابي إلا بالكتابة:

- تنص المادة ١/٦١ من قانون الإثبات على أنه لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود ولو لم تزيد القيمة على ٥٠٠ جنيه فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي.
- **يتضح من هذا النص←** أن المشرع يعتبر الكتابة دليلاً أقوى من شهادة الشهود، ومن ثم قيد من قوة الشهادة لصالح الكتابة، حيث لا يجوز الإثبات بالشهادة فيما يخالف أو يجاوز ما هو ثابت بالكتابة.
- ويقتصر تطبيق هذا القيد على التصرفات المدنية،ولا يسري على التصرفات التجارية، حيث يجوز إثبات عكس الكتابة فيها بكافة طرق الإثبات.

يجب لتطبيق هذا القيد توافر الشروط الآتية:

١-وجود محرر مكتوب موقع ممن نسب إليه:

- فيشترط أن يوجد دليل كتابي معد مقدماً للإثبات، ويقتضي ذلك أن يكون موقعاً ممن نسب إليه، ويستوي أن يكون المحرر رسمياً أو عرفياً، ويشمل ذلك بعض المحررات العرفية غير المعدة للإثبات مثل: الرسائل الموقعة من مرسلها، والبرقيات الموقعة التي يحتفظ مكتب التصدير بأصلها. ولا يجوز في هذه الحالة قبول شهادة الشهود لإثبات ما يخالف أو يجاوز المحرر.
- ولا تسري هذا القيد بالنسبة للأوراق المكتوبة الأخرى، فيجوز إثبات ما يخالفها أو يجاوزها بشهادة الشهود، مثل: الأوراق المنزلية، والدفاتر التجارية، والتأشير ببراءة ذمة المدين، ومبدأ الثبوت بالكتابة.

٢-أن يكون المراد إثباته مخالف أو مجاوز لمضمون المحرر:

- تتمثل مخالفة الدليل الكتابي في تكذيب ما اشتمل عليه من بيانات، كالادعاء بأن حقيقة العقد أو أحد شروطه تختلف عما ثبت في المحرر، ولذلك لا يجوز إثبات ما يخالف أحد بيانات المحرر إلا بالكتابة، فلا يجوز إثبات ما يخالف تاريخ المحرر إلا بالكتابة.
- ويتضمن تجاوز الدليل الكتابي تعديل أو إضافة لما اشتمل عليه المحرر، كالادعاء بالاتفاق على فوائد لم تذكر في المحرر، أو ادعاء البائع بعدم استيفاء جزء من الثمن يتعارض مع المخالصة المكتوبة الموقعة منه باستيفائه الثمن كاملاً.
- أما إذا كان المراد إثباته لا يتضمن مخالفة أو مجاوزة للدليل المكتوب، فتسري بشأنه القواعد العامة في الإثبات، فإذا كان الأمر يتعلق بتحقق سبب لانقضاء الالتزام، فيجوز إثبات الوفاء بالالتزام بشهادة الشهود إذا لم يجاوز نصاب الشهادة، حتى ولو كان التصرف القانوني المنشئ للالتزام مكتوباً.
- كما أن الادعاء بوجود عيب من عيوب الإرادة لا يتضمن مخالفة للدليل الكتابي، لأنها تعتبر وقائع مادية، وبالتالي يجوز إثبات الإكراه والتغرير والغبن والغلط بجميع طرق الإثبات بما فيها شهادة الشهود.

٣-أن يكون مدعي مخالفة أو مجاوزة الدليل المكتوب طرف في المحرر:

- ينحصر نطاق تطبيق قاعدة عدم جواز إثبات ما يخالف أو يجاوز الدليل المكتوب إلا بالكتابة في الحالة التي يكون فيها الشخص طرف في التصرف القانوني الثابت في المحرر، أما بالنسبة للغير، فإنه لا يكون طرفاً في التصرف القانوني، وبالتالي فلا يتقيد بهذه القاعدة، ويجوز له إثبات ما يخالف أو يجاوز المحرر المكتوب بكافة طرق الإثبات بما فيها شهادة الشهود. فإذا ادعى شخص من الغير بوجود قد صوري ليس طرفاً فيه كالشفيع، فيجوز له إثبات الصورية بكافة طرق الإثبات.

٤-عدم وجود غش أو تحايل على القانون:

- إذا تضمن المحرر بيانات تعد تحايلاً على القانون، بقصد استبعاد تطبيق قواعد تتعلق بالنظام العام، فيجوز لطرف التصرف القانوني أن يثبت هذا التحايل بكافة طرق الإثبات، بما في ذلك شهادة الشهود: كأن يكون سبب التصرف غير مشروع بأن يتضمن فوائد ربوية تتجاوز الحد الأقصى المقرر قانوناً. أو أن يكون سبب الدين هو القمار، فيثبت الطرفين على خلاف الحقيقة أنه قرض للتحايل على القانون، ففي هذه الحالة يكون لكل من المتعاقدين أن يثبت السبب الحقيقي، وهو القمار وليس القرض، بكافة طرق الإثبات.

٥-الحصول على المحرر العرفي بطريق مشروع:

- لا يجوز للطرف الذي حصل على المحرر العرفي بطريق غير مشروع، أن يتمسك بما تضمنه هذا المحرر من دليل، كما يمتنع عليه أن يدفع بعدم جواز إثبات عكس ما يشتمل عليه إلا بالكتابة، كأن يتم الحصول على المحرر بغير علم الخصم أو رضاه، حيث يعتبر ذلك من قبيل الغش في الحصول على المحرر، وبالتالي يجوز إثبات ما يخالفه بشهادة الشهود.

الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود على سبيل الاستثناء

- يجوز الإثبات بشهادة الشهود على سبيل الاستثناء في بعض الحالات، يكون الأصل فيها هو الإثبات بالكتابة، فقد يوجد دليل كتابي غير كامل يجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال، وهذا ما يسمى بمبدأ الثبوت بالكتابة، وفي هذه الحالة تكمل الشهادة دليلاً ناقصاً. وقد يكون هناك مانع مادي أو أدبي من الحصول على دليل كتابي للإثبات. وقد يفقد السند الكتابي بعد الحصول عليه بسبب أجنبي، وفي الحالتين الأخيرتين، تحل شهادة الشهود في الإثبات محل الدليل الكتابي، نظراً للظروف التي حالت دون تقديمه. وقد ترى المحكمة لأسباب وجيهة السماح بالإثبات بالشهادة، وقد يطعن في الدليل الكتابي بأنه يتضمن ما يحظره القانون، أو مخالف للنظام العام والآداب، ونعرض فيما يلي لكل حالة من هذه الحالات:

أولاً: مبدأ الثبوت بالكتابة:

١-تعريف مبدأ الثبوت بالكتابة:

- يقصد بمبدأ الثبوت بالكتابة: كل كتابة تصدر من الخصم، ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال.

٢-مبرر مبدأ الثبوت بالكتابة:

- يستند هذا المبدأ على أساس أن من شأن وجود مبدأ الثبوت بالكتابة أن يجعل من الأمر الذي يدعيه المكلف بالإثبات، قريب الاحتمال، مما يبرر الاكتفاء في استكمال اقتناع القاضي بأدلة في الإثبات أقل قوة من الكتابة، كالشهادة، لاسيما وأن خطر الشهادة في هذا المجال يكون محدوداً، ما دام أنها لن تكون الدليل الوحيد في الدعوى، وإنما تعزز دليلاً موجوداً، وإن كان غير كامل، وهو مبدأ الثبوت، الذي يعزز بدوره صدق أقوال الشهود.

٣-شروط مبدأ الثبوت بالكتابة:

- **يشترط لكي يوجد مبدأ الثبوت بالكتابة توافر الشروط الآتية:**

أ-وجود كتابة:

- يشترط أن توجد ورقة مكتوبة تصلح لأن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة، ولا يشترط فيها أن تتضمن بيانات معينة، أو شكل معين. ويستوي أن تكون مؤرخة أم غير مؤرخة، ما دام أن دلالتها على قرب احتمال المدعى عليه ليست رهن صدورها في تاريخ معين. وقد تكون هذه الورقة سنداً غير موقع أو دفاتر تجارية أو مذكرات خاصة، أو مراسلات، أو أقوالاً في محضر تحقيق، كل هذا يصلح لأن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة، طالما أن الورقة ليست دليلاً كاملاً بالنسبة لموضوع الدعوى. ولا يلزم أني ستخلص مبدأ الثبوت بالكتابة من ورقة واحدة، فقد يستخلص من عدة أوراق متفرقة، حتى ولو كانت كل ورقة منها لا تكفي بمفردها لاستخلاصه.

ب-أن تكون الكتابة صادرة من الخصم:

- يجب أن تكون الكتابة صادرة من الخصم الذي يحتج عليه بها، ويمكن أن تكون الكتابة صادرة من الخصم شخصياً، أو من نائبه في حدود نيابته، أو من وكيله أو وليه أو وصيه طالما أنها كانت في حدود الوكالة أو الوصاية. كما أن الورقة الصادرة من المورث، يمكن أن يحتج بها في مواجهة خلفه العام.
- وتعتبر الورقة صادرة من الخصم، حتى ولو لم تكن بخطه ولا تحمل توقيعه، حين تتم بإملائه، كالأقوال التي يدلي بها في محضر تحقيق، أو في محضر جلسة أحد الدعاوى، أو الخطاب الذي يمليه شخص لا يعرف القراءة والكتابة على آخر. وهي تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة إذا كانت تجعل المدعى به قريب الاحتمال طالما لا يمكن اعتبار هذه الأقوال إقراراً كاملاً.
- يجب أن يعترف الخصم بالورقة حتى تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة، فإذا أنكرها الخصم او طعن عليها بالتزوير-حين تكون ورقة رسمية- ، فإنه لا يعتد بها إلا إذا ثبت صحتها. وتعد مسألة اعتبار الكتابة صادرة من الخصم من عدمه، مسألة قانون يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة محكمة النقض.

جـ-أن يكون من شأن الكتابة الصادرة من الخصم جعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال:

- يجب أن يكون من شأن الكتابة الصادرة من الخصم، جعل الواقعة المراد إثباتها مرجحة الحدوث، ووجود مظنة على صحتها، وبذلك تعتبر دليلاً كتابياً ناقصاً يمكن تكملته بشهادة الشهود. ولا يلزم أن تكون الورقة قاطعة الدلالة على حقيقة الادعاء، لأن مبدأ الثبوت لن يكون الدليل الوحيد الذي يؤسس عليه القاضي حكمه، وإنما سيستكمل عقيدته بالشهادة أو القرائن.
- يمكن أن تعتبر الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة حتى ولو كانت تشير إلى الواقعة المراد إثباتها بطريقة سلبية، كمن يكتب رسالة إلى الدائن يذكر فيها الدين الثابت في ذمته دون أن يحدد مقدار الدين وشروطه، حيث يمكن للمدعي أن يثبت بالشهادة مقدار هذا الدين وشروطه.
- تعد مسألة تقدير أن الورقة من شأنها جعل الواقعة المراد إثباتها قريبة الاحتمال مسألة متروكة لمحكمة الموضوع، لفهم الواقع في الدعوى وتمحيص أدلتها والأخذ بما تطمئن إليه منها وصولاً إلى وجه الحق في الدعوى بغير رقابة عليها في ذلك من محكمة النقض متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة لها أصلها الثابت بالأوراق وتؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها بما يكفي لحمله؛ وذلك بخلاف الشرطين السابقين، فقد يقتنع القاضي بصحة الواقعة، وقد لا يقتنع، فيزول ما لمبدأ الثبوت بالكتابة من أثر؛ وقد يرى إحالة الدعوى للتحقيق.

٤-ما يترتب على وجود مبدأ الثبوت بالكتابة:

- إذا توافرت الشروط آنفة الذكر كان للمدعي أن يطلب من القضاء السماح له بالإثبات بالشهادة أو القرائن لاستكمال أدلة الورقة، ويكون للقاضي أن يجيبه إلى طلبه، أو يرفض طلبه، إذا ما استخلص من ظروف الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدته، على أن يبين في حكمه الأسباب التي دعته إلى هذا الرفض.
- ولا يجوز للقاضي أن يرخص من تلقاء نفسه بالإثبات بالشهادة إذا لم يطلب ذلك المكلف بالإثبات؛ وإن جاز له أن يعتبر الورقة التي يقدمها الخصم كدليل في الدعوى مبدأ ثبوت بالكتابة، حتى ولو لم يتمسك من قدمها بذلك، وأن يستكمل دلالتها بما يتوافر لديه في الدعوى من قرائن لتكوين عقيدته.
- تقدير كون التصرف أو الوقائع المراد إثباتها قريبة الاحتمال أو بعيدة الاحتمال بحيث لا ترى المحكمة سبيلاً إلى الالتجاء إلى البينة لإثبات الواقعة محل النزاع هو مما تستقل به محكمة الموضوع دون معقب عليها من محكمة النقض متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة لها ما يساندها في الأوراق.

ثانياً: المانع من الحصول على دليل كتابي:

- يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة، إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي.

١-المانع المادي:

- المانع المادي هو الذي ينشأ عن ظروف خارجية توجد على غير العادية عند إبرام التصرف القانوني، بحيث لا يتمكن معها ذوو الشأن من الحصول على دليل كتابي يثبت حقهم.
- **مثال ذلك:** ما ينشأ من التصرفات عند الحوادث المفاجئة أو الكوارث أو الحرائق أو حوادث الغرق؛ وكذا الحالات التي لا يسعف الوقت على الحصول على الدليل الكتابي، كالوديعة الاضطرارية التي تتم في ظروف يخشى فيها على الشيء من خطر داهم، أو إقراض شخص في مطار قبيل إقلاع الطائرة بلحظات. كما تنص بعض التشريعات على أن عدم وجود شخص يستطيع كتابة السند يعد مانعاً مادياً من الحصول على دليل كتابي.

٢-المانع الأدبي:

- المانع الأدبي هو الذي ينشأ لاعتبارات وظروف نفسية تقوم في الوقت الذي يتم فيه التصرف، فتحول دون الحصول على دليل كتابي.
- **مثال ذلك:** وجود صلة قرابة كالبنوة والأخوة، أو مصاهرة، أو خطبة، أو زوجية بين طرفي التصرف، والصلة بين الطبيب بمريضه، والمخدوم بخادمه، وصلة ذوي النفوذ بمن يدينون لهم بالولاء والاحترام.
- وينبغي أن ينظر إلى قيام المانع الأدبي في كل حالة على حدة، فما يعد مانعاً أدبياً في حالة قد لا يكون كذلك في حالة أخرى، متى قامت ظروف معينة لا تجعل منه مانعاً أدبياً؛ فإذا كانت علاقة الزوجية مانعاً أدبياً، إلا أنها لا تعتبر كذلك في بعض الظروف، فهي لا تحول من طلب سند مكتوب بالوفاء ما دام أصل الدين كان ثابتاً بالكتابة.
- ويتعين على من يريد الإفادة من هذا الاستثناء أن يقيم الدليل على وجود المانع الذي حال بينه وبين الحصول على الدليل الكتابي. ويبقى في النهاية تقدير قيام المانع رهن السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، والذي يتعين عليه أن يقيم قضاءه على أسباب سائغة.

ثالثاً: فقد الدائن سنده الكتابي بسبب أجنبي لا يد له فيه:

- يجوز الإثبات بشهادة الشهود، فيما كان يجب إثباته بالكتابة، إذا فقد الدائن سنده الكتابي بسبب أجنبي لا يد له فيه.
- والفرض هنا أن الدائن كان بيده فعلاً سنده الكتابي، ولكنه فقد منه لسبب أجنبي لا يد له فيه، وأن القواعد المتعلقة بالدليل الكتابي قد روعيت، ولكن الإثبات بالكتابة يمتنع بسبب فقد هذا الدليل.

يتعين على من يريد الإفادة من هذا الاستثناء توافر شرطين:

١- **الشرط الأول :- سبق وجود سند كتابي←** يتعين على المدعي أن يقيم الدليل على سبق حصوله على سند كتابي كامل يستجمع شروط الصحة التي حددها القانون، وكذلك مضمون هذا السند. ويلزم في السند الواجب الإثبات أن يكون دليلاً كتابياً، فلا يكفي أن يثبت المدعي أن السند المفقود كان مجرد مبدأ ثبوت بالكتابة، لأن من حصل على دليل كتابي كامل لا يعتبر مقصراً، وهو شخص جدير بالحماية القانونية.

٢- **الشرط الثاني :- فقد السند الكتابي بسبب أجنبي←** يجب على المدعي أن يقيم الدليل على السند الذي كان قد حصل عليه إثباتاً لحقه، والسبب الذي أدى إلى فقده، ويتعين أن يكون الفقد بسبب أجنبي، وألا يكون هذا الفقد راجعاً إلى خطئه ولو لمجرد إهمال أو تراخ، لأنه حينئذ لا يكون جديراً بما يقدمه له المشرع من حماية بمنح هذا الاستثناء. ويلاحظ أن إثبات فقدان السند الكتابي بسبب أجنبي يتعلق بوقائع مادية، يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات.

رابعاً: إذا رأت المحكمة لأسباب وجيهة السماح بالإثبات بالشهادة:

- يجوز الإثبات بشهادة الشهود، فيما كان يجب إثباته بالكتابة، إذا رأت المحكمة لأسباب وجيهة السماح بالإثبات بالشهادة. بشرط أن تكون مستندة في ذلك إلى أسباب سائغة، تدعو المحكمة إلى مثل هذا الخروج عن القواعد العامة في الإثبات، ويجب أن تضمن حكمها هذه الأسباب حتى تخضع في تقديرها لرقابة محكمة النقض.
- وتستند هذه الحالة إلى الأصل المقرر في الشريعة الإسلامية، والذي يقضي بجواز إثبات ما يخالف الدليل الكتابي بالشهادة، باعتبار أن الشهادة هي الأصل والأقدم في الإثبات من الكتابة.
- **ينتقد جانب من الفقه هذا الاستثناء على سند من القول←** بأنه يعطي للمحكمة سلطة تقديرية واسعة، مما يعد خروجاً خطيراً على مذهب الإثبات المقيد، وأنه يستغرق كل الاستثناءات السابقة، ويفتح الباب على مصراعيه للإثبات بالشهادة في الحالات التي يلزم فيها الإثبات بالكتابة.
- **يرى جانب آخر من الفقه نؤيده ←** أن هذا الاستثناء يتفق مع الأصل المقرر في الشريعة الإسلامية، وأن سلطة المحكمة ليست طليقة فيه من كل قيد، بل هي مطالبة بأن تستند في قرارها بالسماح بالشهادة، فيما يلزم إثباته بالكتابة، إلى أسباب سائغة وقوية، وتخضع في تقديرها لهذه الأسباب لرقابة محكمة النقض.

خامساً: إذا طعن في الدليل الكتابي بأنه يتضمن ما يحظره القانون أو مخالف للنظام العام أو الآداب العامة:

- يجوز الإثبات بشهادة الشهود، فيما كان يجب إثباته بالكتابة، إذا طعن في الدليل الكتابي بأنه يتضمن ما يحظره القانون أو مخالف للنظام العام أو الآداب العامة. فيجوز للمدعي إثبات الغش والتحايل على القانون بجميع طرق الإثبات بما فيها الشهادة، مثل إثبات قيام الدائن بعد تسلمه قيمة الدين بتمزيق ورقة أوهم أنها سند المديونية، ثم يتضح بعد ذلك احتفاظه بسند الدين والمطالبة بقيمته مرة أخرى. أو لم حرر شخص على نفسه سند دين ذكر فيه أنه قرض، في حين أنه دين قمار، فيجوز للمدعي إثبات ذلك بالشهادة، لأن سبب الالتزام مخالف للقانون.

القرائن وحجية الأمر المقضي

س٩: عرف القرائن مبيناً انواعها؟

القرائن

تعريف القرائن وأنواعها:

١-تعريف القرينة لغة:

- القرينة مشتقة من الفعل الثلاثي قرن، وقَرن الشيء بالشيء: أي وصله به، ويقرن: أي يجمع؛ وأقرن له: أي أطاقه وقوى عليه؛ والقرين: الصاحب؛ وقرينة الرجل: امرأته.

٢-تعريف القرينة قانوناً:

- لم يضع المشرع تعريفاً للقرينة؛ **بينما عرفها جانب من الفقه بأنها:** ما يستخلصه القاضي أو المشرع من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول. وهذا الاستنباط قد يقوم به المشرع نفسه وينص عليه في القانون، وفي هذه الحالة نكون بصدد قرائن قانونية، وقد يقوم القاضي بالاستنباط، فنكون بصدد قرائن قضائية.
- **عرفت محكمة النقض المصرية القرينة بأنها←** استنباط الشارع أو القاضي لأمر مجهول من واقعة معلومة.

القرائن القضائية

أولاً: تعريف القرينة القضائية:

- **القرينة القضائية:** نتيجة يستنبطها القاضي من وقائع وملابسات الدعوى المطروحة أمامه والثابتة فعلاً، لمعرفة واقعة أخرى متنازع عليها.
- ويستنبط القاضي القرائن القضائية من ظروف كل دعوى على حدة، وبديهي أنه لا يجوز له ذلك إلا في الحالات التي يكون له فيها حرية تقدير الدليل، أي في حالة جواز الإثبات بشهادة الشهود، لأن القرائن القضائية لا تجوز إلا حيث يجوز الإثبات بشهادة الشهود.
- **من أمثلة القرائن القضائية←** أن يستخلص القاضي من صلة القرابة قرينة على صورية التصرف، فالمدعي الذي يطعن في صورية تصرف صدر من المدعي عليه، قد يستند في دعواه إلى وجود صلة قرابة بين المتصرف والمتصرف إليه، فإذا ثبتت علاقة القرابة، كالبنوة مثلاً، جاز للقاضي استنباط صورية العقد من هذه الواقعة؛ فالواقعة المعلومة هي القرابة التي يثبتها المدعي، أما الصورية فهي التي تستنتج، من قيام صلة القرابة؛ فالقرابة قرينة على الصورية.
- **يلاحظ أن ←** القرائن القضائية لا يمكن حصرها، لأن الأمر موكول فيها إلى إعمال فكر القاضي وفطنته في ظروف الدعوى وملابساتها، وما هو ثابت من أوراقها ليختار من وقائعها الثابتة، واقعة يعتبر ثبوتها قرينة على ثبوت الواقعة المدعاة.

ثانياً: سلطة القاضي بشأن القرائن القضائية:

- يتمتع القاضي بسلطة واسعة في استنباط كل قرينة لم يقررها القانون، وسلطته في هذا الاستنباط مطلقة. حيث يترك لتقديره حرية اختيار أية واقعة من الوقائع الثابتة أمامه لكي يستنبط منها القرينة، كما أن له سلط واسعة في استنباط ما تحتمله الوقائع من دلالة، ثم بعد ذلك هو حر في تكوين عقيدته، فقد تقنعه قرينة واحدة قوية الدلالة، وقد لا يقتنع بقرائن متعددة ضعيفة الدلالة، ولا يخضع في تقديره هذا لرقابة محكمة النقض.

ثالثاً: حجية القرائن القضائية في الإثبات:

- تقوم القرائن القضائية بدور عملي كبير في الإثبات، وذلك نظراً لتعذر وصعوبة الإثبات المباشر، الذي ينصب على ذات الواقعة المطلوب إثباتها، في كثير من الأحيان، فيلجأ المدعي إلى إثبات وقائع مجاورة وملازمة للواقعة المتنازع عليها، بحيث يستنتج منها القاضي ثبوت الواقعة المتنازع عليها.
- يؤدي اللجوء إلى القرائن كوسيلة للإثبات إلى توسيع سلطة القاضي في عملية الإثبات، الأمر الذي يؤدي للتخفيف من نظام الإثبات المقيد، والتخفيف من عبء الإثبات الواقع على الكلف به، حيث يكتفي منه بما يجعل دعواه قريبة الاحتمال، فيتم نقل عبء الإثبات على خصمه.
- لكن نظراً لأن الإثبات بالقرائن القضائية يتم عن طريق الاستنباط، فإنه يقوم أساساً على الظن والترجيح، ولذلك من المحتمل أن يخطئ القاضي في عملية الاستنباط، لهذا كانت دلالة القرائن القضائية في الإثبات دلالة ضعيفة، فهي مجرد دليل مقنع للقاضي، وهو الأمر الذي حدا بالمشرع إلى عدم جواز الإثبات بها إلا في بعض الحالات التي يتعذر فيها أو لايلزم تقديم دليل كتابي، وهي بصفة عامة الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود.

القرائن القانونية

أولاً: تعريف القرائن القانونية:

- القرائن القانونية هي ما يستنبطه المشرع بنفسه تأسيساً على فكرة الاحتمال والترجيح من واقعة ثابتة ومعلومة للدلالة على أمر مجهول يراد إثباته.
- **من أمثلة القرائن القانونية** ← القرينة التي قررها المشرع من أن وصول التعبير عن الإرادة إلى من وجه إليه هذا التعبير قرينة على علمه به، فالواقعة التي تثبت هي وصول التعبير عن الإرادة، ويستنبط منها المشرع واقعة أخرى هي العلم بهذا التعبير. وكذا القرينة التي أنشأها القانون المدني المصري لصالح المستأجر، والتي تعتبر الوفاء بقسط من الجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة، وهذه قرينة بسيطة لأن القانون يجيز إقامة الدليل على ما يخالفها.
- ويلزم لقيام القرينة القانونية وجود نص خاص يقررها، ولهذا يجب تفسير النصوص المقررة لقرائن قانونية تفسيراً ضيقاً.

ثانياً: دور القرائن القانونية في الإثبات:

- تنص ٩٩ من قانون الإثبات على أن القرائن التي ينص عليها القانون تغني من قررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات.
- ويتضح من هذا النص أن القرينة القانونية تغني من تقررت لمصلحته من عبء إثبات الواقعة التي يدعيها، فالقانون هو الذي يتكفل باعتبار الواقع المراد إثباتها ثابتة بقيام القرينة. ولكن ينبغي ألا يفهم من ذلك أن المدعي يعفي من عبء الإثبات تماماً، وإنما يكلفه القانون بإثبات واقعة أخرى غير الواقعة الأصلية المتنازع عليها؛ فإن قام بذلك أعفاه المشرع من عبء إثبات الواقعة الأصلية، واعتبر أن ثبوت تلك الواقعة قرينة على ثبوت الواقعة الأصلية.

ثالثاً: حجية القرائن القانونية في الإثبات:

- تقوم القرائن القانونية على فكرة الاحتمال والترجيح، ولذلك فالأصل أن كل قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك. ومع ذلك فإنه يفرق في هذا الصدد بين القرائن القانونية البسيطة والقرائن القانونية القاطعة، وذلك كما يلي:

١-القرائن القانونية البسيطة:

- الأصل أن تكون القرائن القانونية بسيطة – غير قاطعة أي تقبل إثبات عكسها، لأنها ليست إلا احتمال يقيمه المشرع على الترجيح، وقد يخطئ هذا الاحتمال، وقد يتفق مع الحقيقة، ولذلك يجب إفساح المجال لمن قامت ضده أن يقيم الدليل على عدم مطابقة القرينة لحقيقة الواقع.

- **من أمثلة القرائن القانونية البسيطة←** ما تنص على المادة ١٣٧ من القانون المدني المصري بأن كل التزام لم يذكر له سبب في العقد، يفترض أن له سبباً مشروعاً، ما لم يقم الدليل على غير ذلك. ويفترض في العقود وجود منفعة المشروعة ما لم يقم الدليل على عكس ذلك، ولذلك أعفى المشرع المدعي من إثبات وجود هذه المنفعة التي افترضها القانون في العقد، ولكن هذا الافتراض قابل لإثبات العكس، حيث منح المشرع لمن يقوم ضده هذا الافتراض إمكانية إثبات عكسه، باتباع القواعد العامة في الإثبات.

٢-القرائن القانونية القاطعة:

- إذا كان الأصل في القرائن القانونية أنها بسيطة أي تقبل إثبات العكس، إلا أن المشرع يرى في بعض الأحيان عدم الإخلال ببعض القرائن فيجعلها غير قابلة لإثبات العكس نظراً لما لها من أهمية خاصة .فيسلب من تقوم ضده هذه القرينة من إمكانية إثبات عكسها، وبالتالي تصبح هذه القرينة بمقتضى هذا الحظر من جانب المشرع قرينة قاطعة.
- **من أمثلة القرائن القانونية القاطعة←** ما تقضي به المادة ١٧٨ من القانون المدني المصري والتي تنص على أنه كل من كان تحت تصرفه أشياء تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها أو آلات ميكانيكية، يكون ضامناً لما تحدثه هذه الأشياء أو الآلات من ضرر إلا ما لا يمكن التحرز منه. وذلك مع عدم الإخلال بما يرد في هذا الشأن من أحكام خاصة. حيث قرر المشرع بموجب هذا النص قرينة قانونية قاطعة، مقتضاها افتراض مسئولية حارس الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة، وإلزامه بالتعويض دون اشتراط العمد أو التعدي، ولا يمكن للمسئول التخلص من هذا الضمان إلا إذا أثبت أن الضرر قد حدث بسبب أجنبي لا يد له فيه.
- **يلاحظ أنه←** إذا كانت القرائن القانونية القاطعة غير قابلة لإثبات العكس، فليس معنى ذلك أنها لاتدحض أبداً، لأن القرائن هي مجرد طريق للإثبات، والأصل أنه لا يوجد طريق للإثبات يبلغ حد اليقين المطلق، وبالتالي يجوز دحض أي طريق من طرق الإثبات. وإذا كان من الجائز دحض القرينة القانونية القاطعة بالإقرار أو اليمين. وعلى ذلك ففي حالة المسئولية القائمة عن فعل الأشياء التي تتطلب لحراستها عناية خاصة، فإن المسئول لا يستطيع إثبات عكس القرينة القاطعة، إلا أنه يمكن دحضها وذلك بإقرار يصدر من خصمه –من تقررت القرينة لصالحه؛ أو بيمين توجه إلى هذا الخصم فينكل عنها، لأن القرينة وجدت لإعفاء من تقررت لصالحه من الإثبات، فإذا نقضها بإقراره أو يمينه، لم يعد هناك محل لإعفائه من إثبات لم يقبل هو أن يعفي نفسه منه.

س١٠ : تكلم بالتفصيل عن حجية الامر المقضي؟

حجية الأمر المقضي

أولاً: تعريف حجية الأمر المقضي:

- **يقصد بحجية الأمر المقضي←** أن الحكم القضائي النهائي الصادر في قضية معينة، يكون له حجية على صحة ما فصل فيه، فلا يجوز التشكيك في ذلك بأية وسيلة، ولا يمكن العودة إلى مناقش المسائل التي فصل فيها هذا الحكم. ولا يجوز لأي من طرفي الدعوى المنازعة فيما تم الفصل فيه مرة أخرى أمام القضاء بدعوى جديدة، وإذا رفعت مثل هذه الدعوى من جديد، فإنها تكون غير مقبولة لسبق الفصل فيها، ويحق لكل من كان طرفاً في النزاع الذي حكم فيه أن يدفع هذه الدعوى بحجية الأمر المقضي.
- لا يقتصر الأمر على تمسك الخصوم بحجية الأمر المقضي، وإنما للمحكمة أن تقضي بهذه الحجية من تلقاء نفسها، حتى ولو لم يتمسك بها أحد الخصوم، إذا كانت الدعوى قد رفعت بعد سابقة صدور حكم في موضوعها، مع وحدة الخصوم والسبب.

ثانياً: أساس حجية الأمر المقضي:

- نظم المشرع حجية الأمر المقضي بموجب المادة ١٠١ من قانون الإثبات، حيث تكون الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي حجة بما فصلت فهي من الحقوق، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية، ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم، وتعلق بذات الحق محلاً وسبب.
- ولا يتحقق المنع من إعادة نظر النزاع في المسألة المقضي فيها، إلا إذا انكشف للقاضي أن القضاء في الدعوى الجديدة لايعدو أن يكون هو ما سبق الحكم فيه أو مناقضاً له.

قد أخذ المشرع بهذه القاعدة تحقيقاً لهدفين:

١- راعى المشرع أن الحكم القضائي يفترض أنه عنوان للحقيقة، وأن هناك اعتبارات تتصل بالصالح العام تتطلب وضع حداً للخصومات، ولا يتأتى ذلك إذا كان القانون يسمح بتجديد المنازعات إلى ما لا نهاية برفع دعاوى جديدة عن ذات الوقائع التي سبق عرضها على المحاكم وتم الفصل فيها بأحكام قضائية.

٢- توفير وقت القضاء وجهده، وكفالة الثقة والاحترام لأحكامه، وتجنب صدور أحكام متناقضة تفقد المتقاضين ثقتهم بأحكام القضاء، وتؤدي إلى الفوضى.

ثالثاً: القوة التي يمنحها القانون لحجية الأمر المقضي:

- تختلف حجية الأمر المقضي عن دور القرينة، فالقرينة تؤدي إلى قيام دليل يساعد على حل النزاع، بينما تفترض قاعدة حجية الأمر المقضي أن نزاعاً قد فصل فيه، ولا جدوى من تقديم دليل في شأنه؛ فدور القاعدة ينحصر في الحيلولة دون معاودة المنازعة في أمر فصل فيه، وليس هذا من قبيل الدليل، لأن الدليل الحقيقي سبق أن قدم وانتهى أمره، ولم تعد المسألة متعلقة بدليل يقام، وإنما بمبدأ يطبق.
- وتتعلق حجية الأمر المقضي بالنظام العام، ولذلك لا يمكن دحضها حتى بالإقرار واليمين، ولا يجوز للخصوم الاتفاق على التنازل عن التمسك بها، وللقاضي أن يقضي بها من تلقاء نفسه، كما يكون للخصوم أن يتمسكوا بها لأول مرة أمام محكمة النقض.

رابعاً: التمييز بين حجية الأمر المقضي وقوة الأمر المقضي:

- كثيراً ما يقع اللبس بين حجية الأمر المقضي وقوة الأمر المقضي، **فحجية الأمر المقضي** تثبت لأي حكم قطعي يفصل في خصومة من وقت صدوره، حتى ولو كان غير نهائي أي قابل للطعن فيه بطرق الطعن العادية وهي المعارضة والاستئناف، فيظل الحكم حجة إلى أن يلغي نتيجة الطعن فيه، فيزول الحكم وتزول الحجية.
- **أما قوة الأمر المقضي** ← فلا تثبت إلا للأحكام النهائية التي استنفدت طرق الطعن العادية، وبالتالي فإن كل حكم له قوة الأمر المقضي يحوز حجية الأمر المقضي في نفس الوقت، ولكن العكس غير صحيح.

خامساً: شروط قيام حجية الأمر المقضي:

- يشترط لقيام حجية الأمر المقضي توافر شروط تتعلق بالحكم، وشروط تتعلق بالدفع بحجية الأمر المقضي، وذلك كما يلي:

١-الشروط المتعلقة بالحكم:

- لا تثبت حجية الأمر المقضي إلا للأحكام القضائية القطعية، والأصل أنها لا تثبت إلا لمنطوق الحكم دون أسبابه، وبالتالي يشترط أن يكون الحكم قضائياً، وأن يكون قطعياً، وأن يكون التمسك بالحجية في المنطوق دون الأسباب، وذلك كما يلي:

أ- يجب أن يكون حكماً قضائياً :

- يشترط لكي تثبت حجية الأمر المقضي وجود حكم قضائي نهائي، أي حكم صادر من جهة قضائية بموجب سلطتها القضائية، يستوي في ذلك أن تكون هذه الجهة من جهات القضاء العادي كالمحاكم المدنية والمحاكم الإدارية، أو من جهات القضاء الاستثنائي كالمحاكم العسكرية، بشرط ألا تجاوز هذه الجهات الاستثنائية حدود اختصاصاتها.
- بالتالي فإن القرارات التي تصدر من جهة إدارية أو هيئة تأديبية لا يحوز حجية الأمر المقضي .
- لا يكفي أن يكون الحكم صادراً من جهة قضائية فقط، بل يجب أن يكون صادراً منها بموجب سلطتها القضائية، لا بموجب سلطتها الولائية.
- كما يجب أن تكون لهذه الجهة القضائية الولاية في الحكم الذي أصدرته، فإذا لم يكن لهذه المحكمة ولاية، فلا يكون لحكمها حجية الأمر المقضي، وعلى ذلك لا يكون لحكم صادر من محكمة مدنية في مسألة تدخل في ولاية القضاء الإداري حجية الأمر المقضي.

ب- يجب أن يكون حكماً قطعياً :

- يشترط لكي يحوز الحكم حجية الأمر المقضي أن يكون قطعياً، والحكم القطعي هو الذي يحسم النزاع في موضوع الدعوى أو في جزء منه، أو في دفع من الدفوع الشكلية أو الموضوعية، مثل الحكم الذي يصدر للمدعي طلباته أو بجزء منها، أو الحكم بعدم الاختصاص.
- **أما الأحكام القطعية** ← التي لا تثبت في الخصومة على وجه حاسم، فلا تحوز حجية الأمر المقضي، مثل ذلك الأحكام التهديدية، فالحكم الصادر بالغرامة التهديدية لا يحوز حجية الأمر المقضي.
- كما لا تعتبر الأحكام الصادرة قبل الفصل في موضوع الدعوى أحكاماً قطعية، ولا تحوز حجية الأمر المقضي، والأحكام الصادرة قبل الفصل في موضوع الدعوى هي: الأحكام التحضيرية، والأحكام التمهيدية، والأحكام الوقتية.
- **والأحكام التحضيرية** ← هي التي تسبق الحكم في موضوع الدعوى، وتعتبر تحضيراً له دون أن تبين رأي المحكم في النزاع مثل: الحكم بإحالة الدعوى إلى التحقيق.
- **أما الأحكام التمهيدية** ← فهي التي تسبق الفصل في موضوع الدعوى، ولكنها تبين رأي المحكمة في النزاع، كالحكم بندب خبير لتقدير قيمة الضرر الذي أصاب المدعي، فهذا الحكم يكشف عن رأي المحكمة واتجاهها إلى القضاء بالتعويض، ولكن المحكمة تستطيع العدول عن هذا الحكم.
- **والأحكام الوقتية** ← هي التي تسبق الحكم في الموضوع بشأن مسألة وقتية لا تمس الموضوع، كالحكم بتعيين حارس قضائي على عين متنازع عليها حتى يفصل في موضوع الدعوى. كما يعتبر الحكم الصادر من قاضي الأمور المستعجلة أو في المسائل المستعجلة حكماً وقتياً، ولا تكون له حجية الأمر المقضي.
- **يلاحظ أنه** ← إذا كان يشترط في الحكم أن يكون قطعياً، فإن حجية الأمر المقضي تثبت له حتى ولو كان قابلاً للطعن فيه بالمعارضة أو الاستئناف، فقد سبق وأن ذكرنا أنه لا يلزم أن يكون الحكم نهائياً أي حائزاً لقوة الأمر المقضي، فالحجية تثبت للأحكام حتى ولو لم تكن نهائية.

جـ- يلزم أن يكون التمسك بالحجية في منطوق الحكم دون أسبابه :

- الأصل أن الحجية لا تثبت إلا لمنطوق الحكم دون أسبابه، حيث يتكون الحكم من ثلاثة أجزاء هي: الوقائع، والأسباب، والمنطوق وهو خلاصة ما تراه المحكمة في الدعوى، وهو الذي تتمثل فيه الحقيقة القضائية. ويشترط لكي تثبت الحجية لمنطوق الحكم أني كون قد ورد فيه بصيغة الحكم والفصل نتيجة لبحث وموازنة، بمعنى أن تكون المرافعة تناولته، وأن تكون المحكمة حققته.
- وتثبت الحجية للمنطوق الصريح أو الضمني للحكم، والمنطوق الضمني هو ما يعتبر نتيجة حتمية للمنطوق الصريح، فالحكم الذي يقضي بصحة الإجراءات التي اتخذت تنفيذاً لسند معين ينطوي على قضاء ضمني بصحة هذا السند.
- إذا كان الأصل أن الحجية لا تثبت إلا لمنطوق الحكم دون أسبابه، فإنها استثناء من هذا الأصل، تثبت لأسباب الحكم إذا كانت مرتبطة بالمنطوق ارتباطاً وثيقاً، بحيث لا يقوم الحكم إلا بها.
- **مثال ذلك** ←، إذا اقتصر المنطوق على الحكم بالتعويض للمدعي، وتبين من أسباب الحكم أن المحكمة انتهت فيها إلى ثبوت خطأ المدعي عليه، وأن هذا هو أساس الحكم بالتعويض، كانت للأسباب فيما يتعلق بنسبة الخطأ إلى المدعى عليه حجية الأمر المقضي. **أما وقائع الحكم**، فالأصل أنه لا حجية لها، ولكنها قد تحوز هذه الحجية في بعض الأحوال، إذا تبين أنها تكمل المنطوق، بحيث يكون ناقصاً بدونها.

٢-الشروط المتعلقة بالدفع بحجية الأمر المقضي:

- **يشترط لكي تحوز الأحكام حجية الأمر المقضي، أن تكون هذه الأحكام قد فصلت في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم، وتعلق بذات الحق محلاً وسبباً، وذلك كما يلي:**

أ-اتحاد الخصوم:

- القاعدة أن الأحكام لا تكون حجة إلا بين أطرافها، ويعبر عن ذلك بمبدأ نسبية حجية الأمر المقضي، بمعنى أن حجية الأحكام نسبية، فهي لا تتقرر إلا بالنسبة لأطراف الدعوى التي صدر فيها الحكم. وعلى ذلك لا يمكن الدفع بحجية الأمر المقضي، في دعوى جديدة تتناول ما سبق الفصل فيه، إلا إذا كان الخصوم في الدعوى الجديدة هم أنفسهم الذين كانوا في الدعوى السابقة.
- والعبرة في اتحاد الخصوم هو اتحادهم بصفاتهم لا بأشخاصهم، فإذا صدر حكم في دعوى رفعها وصي عن أحد الخصوم ضد الآخر، فإن أثرها يعود مباشرة إلى الأصيل- القاصر، ولا يجوز لهذا القاصر بعد بلوغه سن الرشد أن يرفعها مرة أخرى بصفته الشخصية، لأنه كان طرفاً في النزاع السابق.

ب-اتحاد المحل:

- يقصد بمحل الدعوى أو موضوعها بصفة عامة: الحق الذي يطلبه الخصم أو المصلحة التي يسعى إلى تحقيقها، سواء كان هذا الحق أو تلك المصلحة متعلقة بشيء مادي أم لا.
- **يقصد بمحل الدعوى أو موضوعها في هذه الحالة←** الطلبات التي طلبت في الدعوى، ولا يقصد بمحلها أو موضوعها مجرد الشيء المادي الذي تنصب عليه الدعوى في النهاية؛ لأن الشيء الواحد قد يكون موضوعاً لمجموعة من الحقوق.
- ويشترط للدفع بحجية الأمر المقضي، أن يكون محل الدعوى الجديدة هو نفس محل الدعوى التي فصل فيها الحكم السابق، بمعنى أن يكون موضوع الدعوى الجديدة هو ذات موضوع الدعوى السابقة التي صدر فيها الحكم الحائز للحجية.
- ويلاحظ أن العبرة هي بطلبات الخصوم التي فصل فيها الحكم، فإذا احتفظ المدعي لنفسه بالحق في بعض الطلبات، فإن الحكم في الطلبات التي أوردها في دعواه لا يمنع من رفع دعوى جديدة للمطالبة بما احتفظ به، فإذا طالب المدعي مثلاً برد العين المغصوبة، واحتفظ لنفسه بالحق في طلب الريع فيما بعد، فيحق له بعد ذلك أن يرفع دعوى للمطالبة بذلك الريع دون أن يتمسك قبله بحجية الأمر المقضي.

ج-اتحاد السبب:

- **يقصد باتحاد السبب←** اتحاد الأساس القانوني الذي تبنى عليه الدعوى؛ **فالسبب هنا هو** المصدر الذي يتولد عنه موضوع الدعوى؛ فمن رفع دعوى مطالباً فيها بإثبات ملكيته لشيء معين تأسيساً على أنه تملكه بالميراث عن والده، فرفضت دعواه؛ فإنه لا يجوز للمدعي أن يرفع دعوى جديدة للمطالبة بملكية العين استناداً إلى واقعة الميراث عن والده، لأن السبب في الدعويين واحداً. ولكنه يمكن لذات الشخص أن يرفع دعوى أخرى للمطالبة بملكية العين ذاتها استناداً إلى اكتسابها بالتقادم.
- **يتضح من ذلك أنه يوجد فرق بين المحل والسبب←** لأن الطلب قد يكون واحداً في الدعويين، ويكون كذلك عن نفس الشيء، ولكن أساسه يختلف، فلا يكون للحكم الأول حجية في الدعوى الثانية. فإذا تم رفع دعوى للمطالبة ببطلان تصرف على أساس وجود أحد عيوب الإرادة كالإكراه، كان موضوع الدعوى هنا هو البطلان، وسبب الدعوى هو الإكراه. فإذا رفضت، فليس هناك ما يمنع من رفع دعوى للمطالبة بالبطلان- نفس موضوع الدعوى الأولى ولكن على أساس الغلط أو التغرير والغبن، لأن هذه أسباب مغايرة للسبب الأول.
- **كما يوجد فرق بين السبب والدليل←** فالعبرة بوحدة السبب في الدعويين لا بوحدة الدليل، فلو رفع شخص دعوى طالباً فيها براءة ذمته من على أساس الوفاء، وطلب إثبات ذلك بشهادة الشهود، ولكن المحكمة لم تقتنع بشهادتهم ورفضت الدعوى؛ فإنه لا يجوز لهذا الشخص أن يعود ويرفع دعوى جديدة ويطلب فيها براءة ذمته على أساس الوفاء، ويقدم دليلاً جديداً كسند مكتوب أو يستند إلى شهادة شهود آخرين.

سادساً: حجية الحكام الجنائية أمام المحاكم المدنية:

١-ارتباط الدعوى المدنية بالدعوى الجنائية:

- ترجع أهمية تحديد حجية الحكم الجنائي أمام المحاكم المدنية إلى أنه قد يقع فعل، تنشأ عنه دعويان: إحداهما دعوى جنائية والأخرى دعوى مدنية، فإذا قاد شخص سيارته برعونة وإهمال، فتسبب في صدم شخص وإصابته، فإن هذا الفعل يعد جريمة ينشأ عنها دعوى جنائية لتوقيع العقاب على مرتكبها، كما يترتب عليه دعوى مدنية لمطالبته بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بالمصاب.

هنا يثور التساؤل عن أثر الحكم الصادر في الدعوى الجنائية على دعوى التعويض المرفوعة أمام المحكمة المدنية؟

- لا جدال في أن الدعويين الجنائية والمدنية تختلفان من حيث موضوع كل منهما، كما تختلفان من حيث الخصم: **فموضوع الدعوى الجنائية** هو توقيع العقاب على المتهم، **أما موضوع الدعوى المدنية** فهو التعويض. **والخصم في الدعوى الجنائية** هي النيابة العامة التي تمثل المجتمع، **أما الخصم في الدعوى المدنية** فهو المجني عليه الذي يطالب بالتعويض عن الضرار التي لحقت به.
- ومع ذلك فإن للأحكام الجنائية حجيتها أمام المحاكم المدنية، ولكن هذه الحجية التي منحها المشرع للأحكام الجنائية لا تقوم على أساس حجية الأمر المقضي، ولكنها تقوم على أساس آخر متعلق بالنظام العام.
- وتعرف هذه القاعدة بأن الجنائي يوقف المدني، حيث يلتزم القاضي المدني بوقف الدعوى المدنية المنظورة أمامه، إذا كان الفصل فيها يتعلق بالفصل في الدعوى الجنائية، إلى أن تحكم المحكمة الجنائية بحكم نهائي وبات، فيتقيد به القاضي المدني حتى لا تتعارض الأحكام. ويشترط لهذا الإيقاف أن يكون الفعل واحداً في الدعويين المدنية والجنائية، وأن تكون الدعوى الجنائية قد أقيمت قبل رفع الدعوى المدنية أو أثناء السير فيها، ولم يفصل فيها بحكم نهائي. ويكون لأي من الخصوم تعجيل الدعوى بمجرد زوال سبب الوقف.

٢-مدى حجية الحكم الجنائي أمام المحكمة المدنية:

- نظمت المادة ١٠٢ من قانون الإثبات مدى حجية الأحكام الجنائية أمام المحاكم المدنية حيث نصت على أنه لا يرتبط القاضي المدني بالحكم الجنائي إلا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضرورياً.
- وتكون للحكم الجنائي حجيته في الدعوى المدنية، كلما كان قد فصل فصلاً لازماً في وقوع الفعل المكون للأساس المشترك بين الدعويين الجنائية والمدنية وفي الوصف القانوني لهذا الفعل ونسبته إلى فاعله، فإذا فصلت المحكمة الجنائية في هذه الأمور، فإنه يمتنع على المحكمة المدنية أن تعيد بحثها، وعليها أن تلتزمها في بحث الحقوق المدنية المتصلة بها، لكي لا يكون حكمها مخالفاً للحكم الجنائي السابق له.
- تقتصر حجية الحكم الجنائي أمام المحكمة المدنية على ما قد يكون قد فصل فيها من وقائع، فتقوم هذه الحجية كلما فصل في وقوع الفعل الذي يكون الأساس المشترك لكلتا الدعويين الجنائية والمدنية، وفي الوصف القانوني لهذا الفعل ونسبته لفاعله، وفي إدانة المتهم في هذا الفعل أو عدم إدانته.
- يلزم للاحتجاج بالحكم الجنائي أمام المحاكم المدنية، أن يكون الحكم نهائياً وباتاً، أي استنفد طرق الطعن العادية وهي المعارضة والاستئناف، وكذا طرق الطعن غير العادية وهي النقض، أو فوات مواعيدهم. كما يلزم أن يكون سابقاً في صدوره على الحكم المدني الذي يراد تقييده، وليس لاحقاً عليه.

يجب التفرقة بين حالة الأحكام الجنائية الصادرة بالإدانة، وحالة الأحكام الجنائية الصادرة بالبراءة، وذلك كما يلي:

- **الحالة الأولى←** إذا كان الحكم الجنائي قد صدر بإدانة المتهم ونسب إليه ارتكابها، فإنه يتعين على القاضي المدني أن يتقيد بهذا الحكم، ويكون أمامه سوى تقدير قيمة التعويض المترتب على هذه الجريمة.
- **الحالة الثانية←** أما إذا صدر الحكم الجنائي بالبراءة، فإنه يجب التفرقة بين فرضين:
- **الفرض الأول←** إذا كان أساس حكم البراءة هو أن المتهم لم يرتكب الفعل، وتم نفي التهمة عنه، فيتقيد القاضي المدني بهذا الحكم، ويرفض الحكم بالتعويض في هذه الحالة.
- **الفرض الثاني←** أما إذا كان أساس حكم البراءة هو أن الفعل لا يعاقب عليه القانون الجنائي، فلا يكون لهذا الحكم حجية أمام المحكمة المدنية، ولا يتقيد به القاضي المدني، لأن دور القاضي الجنائي في هذه الحالة اقتصر على الفصل في الواقعة الجنائية، دون الفصل في نسبتها إلى المتهم، وبالتالي يجوز للقاضي المدني أن يحكم على المتهم بالتعويض.
- ويستوي في هذه الحالة أن يكون الحكم صادراً بالبراءة لأن الفعل غير معاقب عليه في القانون لكونه لايصدق عليه وصف الجريمة، أو أن يكون الحكم صادراً بانقضاء الدعوى الجنائية بمضي المدة، لأنه إذا كانت الوقائع لا تشكل جريمة جنائية، فقد تمثل فعلاً ضاراً يستوجب المسئولية المدنية. كما أن انقضاء الدعوى الجنائية بمضي المدة، لا يؤدي إلى انقضاء الدعوى المدنية، وذلك لأن الدعوى المدنية تسير في ركاب الدعوى الجنائية، وتكون تابعة لها في البقاء وليس الانقضاء.

الإقــرار

س١١: عرف الاقرار مبيناً الطبيعة القانونية له ومحله؟

ماهية الإقرار

أولاً: تعريف الإقرار:

- **الإقرار ←** إخبار الإنسان عن حق عليه لآخر. ويرتب أثراً قانونياً في مواجهته، حيث تثبت الواقعة المدعى بها في حقه، ويعفى مدعيها من عبء إثبات صحتها متى توافرت فيه شروطاً معينة.

ويعد الإقرار طريق غير عادي واحتياطي للإثبات .

ثانياً: الطبيعة القانونية للإقرار:

- يتضمن الإقرار سواء أكان قضائياً أم غير قضائي نزول المقر عن حقه في مطالبة خصمه بإثبات ما يدعيه، وهو بهذه المثابة ينطوي على تصرف قانوني من جانب واحد، ينعقد بالإرادة المنفردة للمُقر، متى كان صادراً عن إرادة غير مشوبة بأي عيب من عيوب الإرادة، ومتى صدر من بالغ عاقل يعي مرمى إقراره وإلزام نفسه به، متى لم يكن أثره متعدياً إلى الغير؛ ولا يتعارض مع عدم جواز الرجوع في الإقرار أن يطعن المُقر بأن إقراره قد وقع نتيجة غلط أو تدليس أو إكراه، أو أنه صدر منه وهو ناقص الأهلية.
- كما يلزم أن يصدر الإقرار من المُقر بقصد الاعتراف بالحق المدعى به لخصمه، وأن يكون ذلك على سبيل الجزم واليقين، تعبيراً عن إرادة جدية حقيقية. وأن يكون المُقر جاداً في قصده، فلا يعتبر إقراراً بالمعنى القانوني، ما قد يصدر من الخصم أو محاميه من عبارات تهكمية أو على سبيل السخرية والمزاح، أو ما يصدر عن فاقد إدراك بسبب السكر أو التنويم المغناطيسي.

- **الأصل ←** أن يصدر الإقرار من ذي الشأن نفسه، فهذا الأخير هو الذي يكون بوسعه أن يقدر ما يدلي به من اعترافات. إلا أنه يجوز أن يصدر من النائب بشرط أن يكون صدوره منه في حدود ما له من سلطة التصرف في أموال الأصيل. وإذا صدر الإقرار من وكيل، فيتعين أن ينص سند وكالته على الإقرار عن الموكل، وأن يتم الإقرار في الحدود المسموح له بها.
- نظراً لأن الإقرار عمل انفرادي، فإن حجيته قاصرة، تقتصر على المقر. ويرتب آثاره دون حاجة إلى قبوله من المقر له، والذي يستفيد منه، فيتمسك به، إن رأى ذلك في صالحه، أو يتغاضى عنه ويقيم الدليل على ما يدعيه بما يتوفر لديه من أدلة جائزة، أو أن يكذب ما يضر به مما ورد فيه، لأن الإقرار، إن كان يلزم من صدر عنه، إلا أنه لايلزم بداهة من صدر له.

ثالثاً: محل الإقرار:

- يجوز أن يثبت الإقرار جميع الوقائع القانونية، سواء أكانت أعمال مادية أو تصرفات، ويستثنى من ذلك الحالة التي يستلزم القانون في الواقعة المعترف بها وسيلة خاصة لإثباتها، لا يحل محلها الإقرار. ويجوز أن يثبت بالإقرار التصرفات القانونية أياً كانت قيمتها. إلا أنه توجد بعد الحالات التي لا تعتبر إقراراً بالمعنى القانوني، كتصريحات الخصم بشأن القانون الواجب التطبيق أو فحوى قواعده، حتى ولو كانت هذه التصريحات مفيدة لخصمه، لأنها لا تعدو سوى أن تكون مجرد آراء لا تُلزم من أصدرها ولا تقيد القاضي.

رابعاً: إثبات الإقرار:

- يحتاج الإقرار في بعض الحالات إلى إثبات، لأنه إذا كان لا يجوز للمقر أن يرجع في إقراره، إلا أنه قد ينكر واقعة صدروه منه أصلاً، فيتعين عندئذ على من يتمسك به أن يقيم الدليل على وجوده.
- **ولا توجد صعوبة في إثبات الإقرار إذا كان كتابياً ←** خاصة إذا كان إقراراً قضائياً، حيث يتم إثباته في محضر الجلسة، وهو محرر رسمي، فلا يكون بإمكان من ينسب إليه أن ينفي صدوره منه إلا عن طرق الطعن بالتزوير. أما إذا كان الإقرار مدوناً في محرر عرفي، فإنه يجوز لمن ينسب إليه أن ينكر واقعة صدوره منه، لتطبق في هذا الشأن أحكام المحررات العرفية.
- **ولكن الصعوبة تثور إذا كان الإقرار شفوياً ←** وصدر عن المقر خارج مجلس القضاء، حيث لا يجوز إثبات مثل هذا الإقرار بالبينة، إلا إذا كانت الواقعة موضوع الإقرار مما يجوز إثباته بالبينة.
- ويلاحظ أن المدعي عليه قد يقر أمام القاضي بصدور إقرار شفوي منه خارج مجلس القضاء، عندئذ يكون هذا الإقرار غير القضائي قد ثبت في حقه بإقراره القضائي، لكنه يظل غير قضائي على حاله، لأنه ليس إقراراً بالحق المتنازع فيه، ولكنه إقراراً بالإقرار الصادر خارج مجلس القضاء.

س١٢: وضح انواع الاقرار؟

نوعا الإقرار

أولاً: الإقرار القضائي:

١-تعريف الإقرار القضائي:

- اعتراف من الخصم بحق عليه لآخر، بقصد اعتبار هذا الحق ثابتاً في ذمته على سبيل الجزم واليقين، وإعفاء الدائن من إثباته، ويصدر أمام القضاء أثناء السير في الدعوى التي حصل فيها الادعاء.

٢-شروط الإقرار القضائي:

أ-أن يصدر الإقرار من خصم في الدعوى:

- يشترط أن يصدر الإقرار من خصم يدعى عليه بواقعة معينة في الدعوى، لأنه هو الذي يملك الاعتراف بها، ويستوي أن يصدر الإقرار من الخصم شخصياً، أو من نائب عنه يكون له حق الإقرار. فإذا لم يصدر الإقرار من خصم في الدعوى، وإنما صدرت أقوال من شاهد مثلاً، فلا تعد أقواله إقراراً بالمعنى الذي نقصده هنا.

ب-أن يصدر الإقرار أمام القضاء:

- يجب أن يصدر الإقرار أمام جهة قضاء عادي أو استثنائي، أو أمام هيئة محلفين، وهذا هو ما يميز الإقرار القضائي عن الإقرار غير القضائي. أما إذا صدر الإقرار أمام جهة ليس لها سلطان الحكم في المنازعات مثل الجهة الإدارية أو الشرطة أو النيابة العامة، فلا يعتبر إقراراً قضائياً، لأن هذه الجهات ليس لها ولاية الفصل في المنازعات.

جـ-أن يصدر الإقرار أثناء سير الدعوى المتعلقة بالواقعة المقر بها:

- يجب أن يصدر الإقرار القضائي في الفترة التي تبدأ من تاريخ رفع الدعوى وحتى وقت النطق بالحكم فيها، فيصح أن يرد الإقرار في صحيفة الدعوى التي يرفعها المقر، أو في المذكرات التي تليها، أو في الطلبات الختامية، أوي قع شفاهة أمام المحكمة أثناء استجواب الخصم.
- ولا يعد الإقرار الذي يصدر في إحدى الدعاوى، إقراراً قضائياً في دعوى أخرى، لأن قوة الإقرار القضائي مقصورة على الدعوى التي يصدر بشأنها، أما بالنسبة لغيرها من الدعاوى فيكون إقراراً غير قضائي.

د-أن يفيد إثبات الحق المقر به على سبيل الجزم واليقين:

- يشترط لصحة الإقرار أن يفيد إثبات الحق المقر به على سبيل الجزم واليقين، فإذا ما شابه مظنة أو اعتوره شك، فلا يؤخذ به صاحبه.

٣-حجية الإقرار القضائي في الإثبات:

أ-الإقرار القضائي حجة قاطعة على المقر:

- يكون الإقرار القضائي حجة قاطعة على المقر، فلا يستطيع الرجوع فيه أو تعديله. لأنه يجعل الواقعة المقر بها في غير حاجة إلى إثبات من جانب مدعيها. وهو أمر منطقي في الواقع، فليس بعد اعتراف المدعى عليه بالواقعة المدعاة، من دليل على صدق الادعاء. ويتعين على القاضي تبعاً لذلك، أن يعتبر هذه الواقعة ثابتة به، في مواجهة المقر، ويحكم بمقتضى الإقرار، بصرف النظر عن مدى اقتناعه الشخصي بصحته.
- يترتب على كون الإقرار القضائي حجة قاطعة على المقر، أن يتقيد به المقر فلا يستطيع الرجوع فيه أو تعديله، ولا أن يثبت عدم صحته. وهذا يفترض أن الإقرار قد صدر صحيحاً مستوفياً لشروطه وهي: صدوره منش خص لديه الأهلية اللازمة، وسلامة إرادته من العيوب؛ فحجية الإقرار لا تمنع المقر من التمسك ببطلانه لنقص أهليته أو لعدم سلامة إرادته من العيوب.

ب-عدم جواز تجزئة الإقرار القضائي:

- **القاعدة في الإقرار** ← أنه لايتجزأ على صاحبه، فلا يستطيع من يتمسك بالإقرار، أن يأخذ منه ما يفيده ويترك ما يكون مناقضاً لادعائه، وهو أمر مبرر في الواقع، حيث ترتبط أجزاء الإقرار في قصد المقر، بما يتعين معه أن تعتبر وحدة واحدة؛ للخصم أن يأخذ بها بأكملها أو يطرحها؛ فلو أقر شخص بأنه كان مديناً بألف درهم وأنه قام بالوفاء بهذا الدين، فلا يستطيع الخصم أن يتمسك بواقعة الإقرار بالمديونية، ويترك واقعة الوفاء. ويقسم الإقرار في نطاق هذه القاعدة إلى ثلاثة أنواع هي: الإقرار البسيط، والإقرار الموصوف، والإقرار المركب، وذلك كما يلي:
- **الإقرار البسيط** ← ويقصد به الاعتراف بما يدعيه الخصم دون إضافة أو تعديل، وفي هذه الحالة لا مجال للبحث في تجزئة الإقرار، كأن يدعي الدائن أنه أقرض المدعى عليه مبلغاً معيناً بفائدة معينة؛ فيعترف المدعى عليه بذلك دون تعديل.
- **الإقرار الموصوف** ← الذي يعترف فيه المُقر بما يدعيه المدعي مع إضافة وصف آخر يعدل منه، مما يغير من تكييف الواقعة المدعاة أو من أثرها القانوني. كأن يدعي الدائن أن له ديناً منجزاً، فيقر به المدعى عليه، ولكنه يضيف إلى ذلك أنه دين معلق على شرط أو مضاف إلى أجل. أو أن يدعي الدائن أن له ديناً بفائدة، فيقر به المدعى عليه، لكنه يضيف أنه بدون فائدة.
- وحكم الإقرار الموصوف أنه لا يجوز تجزئته على المقر، فلا يجوز للمقر له أن يأخذ الجزء الذي يفيده، ويطرح الجزء الذي لا يفيده، وإنما يتعين عليه إذا نازع في الجزء الذي أضافه المُقر أن يثبت صحة إدعائه.
- **الإقرار المركب** ← الاعتراف بالواقعة المدعاة، مع إضافة واقعة أخرى جديدة نشأت بعدها، يترتب على ثبوتها، أن تعدم أثر الواقعة المدعاة أو على الأقل تعدله. كأن يعترف المدين بالدين، مع إضافة أنه انقضى بالوفاء أو الإبراء. ويتشابه الإقرار المركب مع الإقرار الموصوف في أنه لا يجوز تجزئته، ولكنه يختلف عنه من حيث أن الإقرار الموصوف إنما هو إقرار بالواقعة المدعى بها، مع إضافة عنصر آخر معاصر لها من وقت نشؤها، فالأجل أو الشرط قد اقترن كل منهما بالدين من وقت نشوئه. **أما الإقرار المركب** فإنه وإن كان يتضمن اعترافاً بالواقعة الأصلية أيضاً، إلا أن الواقعة الأخرى غير معاصرة للواقعة الأصلية ، فهي لا تقترن بها وقت نشوئها، ولكنها تقع بعدها، فالوفاء واقعة طارئة بعد وجود المديونية.

أما عن حكم الإقرار المركب، فيجب أن يتم التفرقة بين صورتين:

- **الصورة الأولى** ← وترتبط فيها الواقعة الجديدة التي أضيفت إلى الواقعة الأصلية بها ارتباطاً وثيقاً بحيث لا يتصور فيها وجود إحدى الواقعتين عن الأخرى، وفي تلك الحالة يعتبر الإقرار غير قابل للتجزئة. كأن يدعي الدائن بمبلغ معين، فيقر المدعى عليه بالمديونية، ثم يضيف أنه وفى بالدين. حيث ينطوي الإقرار على واقعتين هما: القرض، والوفاء، ويوجد ارتباط لا يقبل التجزئة بين الواقعتين، إذ لا يتصور الوفاء بالدين إلا إذا وجد الدين. وبالتالي يوجد تلازم وثيق بين الواقعتين، ولا تصح فيهما التجزئة.
- **الصورة الثانية** ← وهي التي لا يوجد فيها ارتباط بين الواقعة الجديدة والواقعة الأصيلة التي أقر بها، بحيث أن وجود إحداهما لا يستلزم حتماً وجود الأخرى. وفي تلك الحالة فإن الإقرار المركب يكون قابلاً للتجزئة. كأن يدعي شخص أنه دائن لآخر، فيقر المدعى عليه بذلك ثم يضيف أنه يداينه هو الآخر، ويطلب إجراء المقاصة، فهنا يمكن تصور وجود واقعتين لا ارتباط بينهما، ولا تستلزم إحداهما وجود الأخرى، ومن ثم فإنه يجوز تجزئة ذلك الإقرار، لأن معنى المقاصة وجود دين آخر في ذمة الدائن للمدين، وهذا الدين لا يستلزم وجود الدين الأول، فيعتبر دين القرض ثابتاً بالإقرار، ويقع على عاتق المقر عبء إثبات أن له ديناً في ذمة المقر له.

ثانياً: الإقرار غير القضائي:

ونعرض فيما يلي: لتعريفه، وحكمه:

١] تعريف الإقرار غير القضائي:

- الإقرار غير القضائي هو الذي يصدر خارج مجلس القضاء، أو يصدر في دعوى أخرى لا تتعلق بموضوع الإقرار. **ومن صوره**: الإقرار الوارد بأحد الشكاوى الإدارية، والإقرار المكتوب في خطاب، والإقرار المكتوب الذي يصدر في غير مجلس القضاء.
- ولا يشترط في الإقرار غير القضائي أن يكون صادراً للمقر له، بل يجوز استخلاصه من أي دليل أو ورقة تكون مقدمة إلى جهة أخرى، ما دامت نية المقر وقصده قد اتجها إلى أن يؤخذ بإقراره.
- ويخضع الإقرار غير القضائي للقواعد العامة في الإثبات، ويقع على عاتق من يدعي صدور إقرار غير قضائي عبء إثبات صدوره من المقر، فإذا كانت قيمة الدعوى تقل عن ٥٠٠ جنيه، جاز إثبات الإقرار الصادر من الخصم بشهادة الشهود والقرائن، أما إذا زادت القيمة على ذلك، فلا يجوز الإثبات إلا بالكتابة وفقاً للقواعد العامة.

٢] حجية الإقرار غير القضائي في الإثبات:

- لم تتضمن نصوص قانون الإثبات تنظيماً للإقرار غير القضائي، واقتصرت على تعريفه.

أما الفقه فقد اختلف حول حجيته إلى رأيين:

- **الرأي الأول←** يرى أصحاب هذا الرأي أن الإقرار غير القضائي ليست له حجية الإقرار القضائي، وإنما يخضع لتقدير المحكمة، لها أن تأخذ به أو أن تطرحه، كما أن لها الحق في تطبيق قاعدة عدم جواز تجزئة الإقرار، أو أن تقبل تجزئته. وأخذت محكمة النقض المصرية بهذا الرأي حيث قضت بأن الإقرار القضائي يخضع لتقدير القاضي الذي يجوز له تجزئته والأخذ ببعضه، دون البعض الآخر. كما أن له مع تقدير الظروف التي صدر فيها، أن يعتبره دليلاً كاملاً، أو مبدأ ثبوت بالكتابة، أو مجرد قرينة، أو لا يأخذ به أصلاً.
- **الرأي الثاني←** يرى الرأي الغالب في الفقه أن الفرق بين الإقرار القضائي وغير القضائي يكمن فقط في الظروف التي يصدر فيها كل منهما، فصدور الإقرار القضائي في مجلس القضاء يعطيه القدر الكافي من الثقة والجدية. **أما الإقرار غير القضائي**، فلا تتوافر فيه نفس ضمانات الإقرار القضائي، ومن ثم يجب على القاضي أن يتحقق من وجوده ومن الخصائص التي تجعل منه إقراراً حقيقياً. وللقاضي في هذه المرحلة أن يطرح الإقرار غير القضائي إذا تبين له عدم وجوده أو عدم احتوائه على خصائص الإقرار الصحيح. أما إذا تأكد القاضي من صحة الإقرار فإنه يلتزم بالأخذ به، وتكون له نفس حجية الإقرار القضائي.

اليمين

س١٣: عرف اليمين الحاسمة مبيناً الطبيعة القانونية لها متحدثاً بالتفصيل عنها؟

اليمين الحاسمة

أولاً: تعريف اليمين الحاسمة:

- **اليمين الحاسمة** ← وسيلة إثبات- اقتضتها العدالة وأقرها القانون يوجهها أحد الخصمين للآخر، محتكماً إلى ضمير خصمه، إذا تعذر عليه تقديم الدليل الذي يتطلبه القانون لإثبات دعواه، لحسم النزاع القائم بينهما، في مقابل الاحتفاظ للخصم الآخر بالإثبات بذات الطريق وذلك برد اليمين والاحتكام إلى ذمة من وجهها إليه. ومن ثم فهي وسيلة إثبات شخصية تتعلق بشخص المحتكم لضميره، وبتوجيهها إليه، تقتضي أن يحلفها بنفسه دون سواه.

ثانياً: الطبيعة القانونية لليمين الحاسمة:

- لا تعد اليمين الحاسمة من طرق الإثبات العادية، وإنما هي طريق احتياطي وغير عادي للإثبات، يلجأ إليه الخصم إذا عجز عن إثبات حقه، محتكماً إلى ذمة وضمير خصمه، وذلك بأن يوجه إليه اليمين الحاسمة طالباً منه أن يحلف على واقعة معينة تؤدي إلى ثبوت حقه أو فقده؛ فإذا حلف من وجهت إليه اليمين ثبت حقه وخسر المدعى دعواه، وإن نكل على اليمين، أي رفض أن يحلف، خسر حقه، وحكم لمن وجه اليمين بما يدعيه. ولا يسمح بالعودة للتعرض لإثبات ما تم الحلف عليه.
- وتوجيه اليمين وردها هو تصرف قانوني مصدره الإرادة المنفردة للخصم الذي يوجه اليمين لخصمه، أو للخصم الذي يرد اليمين على خصمه. ويترتب على اليمين آثار قانونية حددها القانون. وساوى المشرع بين الطرفين من يحث احتكام كل منهما إلى ذمة الآخر، فأجاز لمن وجهت إليه اليمين أن يردها على من يوجهها.

ثالثاً: توجيه اليمين الحاسمة:

١-من يوجه اليمين الحاسمة:

- يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر. فالخصم الذي يقع عليه عبء إثبات واقعة قانونية، ولا يكون في استطاعته تقديم دليل على ما يدعيه أن يوجه اليمين الحاسمة بشأنها .فإذا لم يطلبها الخصم، فلا يجوز للمحكمة أن توجهها من تلقاء نفسها. ولا يستطيع القاضي أن يجبر أحد الخصمين إلى الاحتكام إلى ضمير الخصم الآخر.
- ونظراً لما قد يترتب على توجيه اليمين الحاسمة من أن يخسر من وجهها دعواه، فيجب أن يكون من يوجهها أهلاً للتصرف في الحق موضوع اليمين، وأن تكون إرادته خالية من عيوب الإرادة. ولا يجوز للوصي أو القيم أو وكيل الغائب توجيه اليمين، فيما يتعلق بأعمال التصرف التي لا تدخل في سلطة أي منهم، إلا بإذن من المحكمة. كما لا يجوز للوكيل أن يوجه اليمين الحاسمة باسم موكله إلا إذا وكل في توجيهها وكالة خاصة، ينص فيها على حق توجيه اليمين.
- أما الولي فيجوز له توجيه اليمين الحاسمة، لأنه يملك التصرف في أموال المولي عليه وفي حدود سلطته

٢-إلى من توجه اليمين الحاسمة:

- توجه اليمين إلى شخص الخصم الآخر في الدعوى المنكر لما هو مدعي به عليه، لأن الأمر يتعلق بذمة الخصم نفسه. ويجب أن يكون هذا الخصم خصماً حقيقياً وأصيلاً في الدعوى، مع ضرورة استمرار هذه الصفة فيمن توجه إليه اليمين حتى تمام حلفها، **أما إذا زالت عنه هذه الصفة** قبل حلفه اليمين فلا يجوز تحليفه اليمين. ويترتب على ذلك أنه لا يجوز توجيه اليمين إلى النائب القانوني أو الوكيل بصفتهم هذه. كما لا يجوز توجيهه إلى الورثة عن واقعة شخصية للمورث.
- لأن حلف اليمين أمر شخصي لا تجوز فيه النيابة، إلا إذا كانت الواقعة قد حدثت من النائب شخصياً لا من الأصيل، كاستلامه جزءاً من الدين الذي للأصيل، فيجوز في هذه الحالة تحليف النائب اليمين الحاسمة، على ألا يضار الأصيل بنتيجتها. ويجب أن يكون من وجهت إليه أهلاً للتصرف في الحق موضوع اليمين وقت أداء اليمين، وأن تكون إرادته خالية من عيوب الإرادة وقت الحلف باليمين لا وقت توجيه اليمين إليه، لأن من توجه إليه اليمين الحاسمة إما أن يحلفها، أو يردها أو ينكل عنها. وفي حالة تعدد الخصوم المدعى عليهم، فيجب توجيه اليمين الحاسمة إلى كل منهم، ولا يكفي أن يحلف أحدهم أو بعضهم عن الباقين، لأن حلف اليمين أمر شخصي.

٣-دور القاضي في توجيه اليمين الحاسمة:

- إذا كان لكل من الخصمين الحق في أن يوجه اليمين إلى الآخر، ويتعين على القاضي أن يستجيب لطلبه، ولا يمتنع عن توجيهها، متى توافرت شروط اليمين في موضوعها وأطرافها. إلا أن هذا لا يعني انتفاء كل دور للقاضي في هذا الشأن، حيث يقوم القاضي بدور إيجابي في الإثبات، وذلك بالرقابة على الخصم في توجيه اليمين، ويكون له الحق في منع توجيه اليمين، إذا تخلف شرط أو أكثر من الشروط اللازم توافرها لتوجيه اليمين.
- كما يجوز للقاضي أيضاً أن يمنع توجيه اليمين الحاسمة إذا اتضح له من ظروف وملابسات الدعوى أن الخصم متعسف في توجيه اليمين الحاسمة.

رابعاً: موضوع اليمين الحاسمة:

- تنصب اليمين الحاسمة على واقعة قانونية يدعيها المدعي وينكرها المدعى عليه، ويحتاج المدعي دليل إثباتها. كما يمكن أن يكون موضوع اليمين الحاسمة حق يدعيه المدعي وينكره المدعى عليه، ويعجز المدعي عن إثباته، فيطلب من المدعى عليه أن يحلف بأنه ليس مديناً بهذا الحق، كأن يكون الحق مثلاً مبلغاً من النقود. ولا يصلح النص القانوني أو القاعدة القانونية المراد تطبيقها لأن تكون موضوعاً لليمين الحاسمة، لأنها مسألة من مسائل القانون، واستخلاص حكم القانون وتطبيقه وتفسيره من اختصاص قاضي الموضوع، ولا شأن للخصوم به، وتتشابه اليمين الحاسمة في هذا الشأن مع الإقرار.

يشترط في الواقعة التي توجه اليمين الحاسمة بالنسبة لها ما يأتي:

١- **أن تتعلق الواقعة بشخص من وجهت إليه اليمين**← يجوز لكل من الخصمين في أية حالة كانت عليها الدعوى أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر بشرط أن تكون الواقعة التي تنصب عليها اليمين متعلقة بشخص من وجهت إلهي، وإن كانت غير شخصية له انصبت على مجرد علمه بها. ويتضح من هذا النص أنه يشترط في الواقعة التي تنصب عليها اليمين أن تكون متعلقة بشخص الحالف، فإذا لم تكن الواقعة متعلقة بشخص من وجهت إليه اليمين، فيمكن أن توجه إليه اليمين ليحلف على مجرد علمه بالواقعة .

٢- **ألا تكون الواقعة مخالفة للنظام العام**← يشترط ألا تكون الواقعة التي تنصب عليها اليمين محالفة للنظام العام؛ فلا يجوز أن يطلب شخص من آخر أن يحلف على دين قمار، أو توجيهها عن واقعة لو صحت لكانت جريمة.

٣- **أن تكون الواقعة محل اليمين منتجة في الدعوى←** يشترط في الواقعة محل اليمين أن يكون متنازع في شأنها، وأن يتوقف عليها الفصل في النزاع، حيث يترتب على ثبوتها أو نفيها، حسم النزاع ولو جزئياً. والمقصود بالمنازعة التي توجب على المدعي إثبات الواقعة، مجرد الإنكار وليس إثبات العكس فيكفي إنكار الواقعة لاعتبارها غير ثابتة؛ فإذا خلت الواقعة من النزاع فلا يمكن أن تكون محلاً له، وجيب على القاضي اعتبارها ثابتة، ولا يجوز له أن يجعل ثبوتها محل تقدير من جانبه دون حاجة لإقرار المدعي عليه أو اعترافه بها، بل يكفي سكوته؛ فالحق الذي لم ينكر هو حق مكتسب، والواقعة غير المتنازع فيها يجب اعتبارها مطابقة للحقيقة.

خامساً: مدى جواز الرجوع في توجيه أو رد اليمين الحاسمة:

- يجوز للخصم الذي وجه اليمين أو ردها أن يعدل عنها، إذ لم يقبل من وجه إليه أن يحلف اليمين. أما إذا استجاب الخصم الذي وجهت إليه اليمين، ورضي أن يحلفها، فلا يجوز للطرف الآخر أن يرجع في توجيهه أو رده لها، وينطبق ذات الحكم في حالة الرد. وإذا رجع من وجه اليمين أو من ردها بعد أن قبل خصمه أن بالفعل رفضت دعواه، لأن توجيه اليمين أو ردها معناه ترك ما عداها من طرق الإثبات.

وأساس هذا الحكم يرجع إلى أمرين:

- **الأمر الأول←** أن اليمين الحاسمة هي دليل احتياطي، لا يلجأ إليها الخصوم، إلا عند الإنكار، وانعدام الأدلة الأخرى الكافية لإثبات الحق محل الادعاء، وأن استبدال الخصم هذه الأدلة باليمين الحاسمة فيها، إسقاط للحق في الاستناد إليها، وهذا الإسقاط معلق على شرط، وهو قبول الخصم حلف اليمين الموجه إليه، فإذا قبل الخصم حلف اليمين الموجه تحقق الشرط.
- **الأمر الثاني←** هو أن توجيه اليمين الحاسمة أو ردها، معلقان على شرط قبول الخصم الآخر حلف اليمين، فإذا ما صدر منه هذا القبول فقد تحقق الشرط، ومن ثم امتنع الرجوع في اليمين الحاسمة، أما إذا لم يقبل من وجهت إليه اليمين الحاسمة أو ردت عليه، فإن الرجوع عنها يبقى مفتوحاً أمام من وجهها أو ردها، لأن الشرط الذي علق عليه حظر الرجوع لم يتحقق والعبرة في قبول اليمين الحاسمة، هي بالقبول التام لليمين، أما إذا كان القبول جزئياً أو مع تعديل أو مع التحفظ فلا يمنع من الرجوع في اليمين الحاسمة.

سادساً: آثار توجيه اليمين الحاسمة:

- يترتب على توجيه اليمين الحاسمة، وفقاً للقواعد التي قررها القانون في هذا الشأن، أحد الأمور الآتية: إما أن يحلفها من وجهت إليه، وإما أن يردها، وإما أن ينكل عنها، **وذلك كما يلي:**

١-حلف اليمين:

- إذا وجهت اليمين أو ردت، وكان توجيهها صحيحاً مستوفية شروطها، ولم ينازع فيها من وجهت إليه أو ردت عليه، وكان حاضراً بنفسه جلسة توجيه اليمين، التزم بحلفها، وانحسم النزاع نهائياً لصالحه، وخسر من وجه اليمين أو ردها دعواه، حيث يقيد حلف اليمين المحكمة، فيتعين عليها بأن تحكم لصالح من حلفها، لأن اليمين الحاسمة من الأدلة المقيدة لسلطة المحكمة في مجال الإثبات.
- ولا يجوز بعد ذلك لمن خسر الدعوى أن يعود إلى مخاصمة من حلف اليمين مرة أخرى في نفس الموضوع لكي يثبت كذب اليمين، سواء عن طريق دعوى جديدة، أو عن طريق الطعن في الحكم الذي صدر بناء على حلف اليمين.
- لكن إذا ثبت كذب اليمين بحكم جنائي؛ فإن للخصم الذي أصابه ضرر منها أن يطالب بالتعويض، مع حقه في الطعن على الحكم الذي صدر ضده بالطرق المقررة قانوناً، طالما كانت مواعيد الطعن لم تنقض.

٢-رد اليمين:

- يجوز لمن وجهت إليه اليمين أن يردها على خصمه، ويتعين على من ردت عليه اليمين أن يحلفاه، فلا يستطيع أن يردها ثانية، فإذا لم يحلفها ونكل عنها خسر عدواه، وتعين على القاضي الحكم عليه.
- على أنه لا يجوز رد اليمين إذا انصبت على واقعة لا يشترك فيها الخصمان بل يستقل بها شخص من وجهت إليه اليمين. ومن ذلك مثلاً حالة ما إذا وجه الشفيع اليمين للمشتري في شأن مقدار الثمن، فلا يجوز للمشتري أن يرد اليمين على الشفيع، لأن الشفيع أجنبي على الاتفاق الخاص بالثمن.

٣-النكول عن اليمين:

- النكول عن اليمين هو واقعة مادية سلبية تتضمن إقراراً ضمنياً من الناكل بصحة إدعاء من وجه اليمين بداءة أو ردها، ولذلك يلزم لصحة النكول ما يلزم لصحة الإقرار من شروط. ويعتبر نكولاً عدم الحضور في اليوم المحدد لحلف اليمين بدون عذر شرعي، أو الامتناع عن الحلف في الجلسة المخصصة لذلك. وإذا نكل من وجهت إليه اليمين عن الحلف خسر دعواه، سواء كان الناكل هو من وجهت إليه اليمين أو من ردت إليه. ويترتب على نكول من وجهت إليه اليمين أو من ردت عليه أن يحسم النزاع بصفة انتهائية، كما هو الشأن تماماً بالنسبة لحالة الحلف.

سابعاً: إجراءات توجيه اليمين الحاسمة:

نظم قانون الإثبات إجراءات توجيه وأداء اليمين الحاسمة بموجب المواد ١٣٢-١٣٠ على النحو التالي:

١- يجب على الخصم الذي يوجه اليمين الحاسمة إلى خصمه الآخر، أن يبين بدقة الوقائع التي يريد استحلاف خصمه عليها، وأن يذكر بوضوح صيغة هذه اليمين. وللمحكمة أن تعدل الصيغة التي يعرضها الخصم بحيث توجه بوضوح ودقة الواقعة المطلوب الحلف عليها.

٢- إذا لم ينازع من وجهت إليه اليمين، لا في جوازها ولا في تعلقها بالدعوى، وجب عليه إن كان حاضراً بنفسه أن يحلفها فوراً أو يردها على خصمه، وإلا اعتبر ناكلاً.

٣- وإذا نازع من وجهت إليه اليمين في جوازها أو في تعلقها بالدعوى ورفضت المحكمة منازعته وحكمت بتحليفه، بينت في منطوق حكمها صيغة اليمين، ويعلن هذا المنطوق للخصم إن لم يكن حاضراً بنفسه، ويتبع ما صن عليه في الفقرة السابقة.

٤- إذا كان لمن وجهت إليه اليمين عذر يمنعه من الحضور انتقلت المحكمة أو ندبت أحد قضاتها لتحليفه.

٥- تكون تأدية اليمين بأن يقول الحالف- أقسم بالله العظيم-، ويذكر الصيغة التي أقرتها المحكمة. ولمن يكلف حلف اليمين أن يؤديها وفقاً للأوضاع المقررة في دينه إذا طلب ذلك.

٦- ويعتبر في حلف الأخرس ونكوله ورده لليمين إشارته المعهودة، إن كان لا يعرف الكتابة؛ فإن كان يعرفها فحلفه ونكوله ورده بها.

٧- ويحرر محضر بحلف اليمين يوقعه الحالف ورئيس الجلسة والكاتب.

اليمين المتممة

أولاً: تعريف اليمين المتممة وطبيعتها:

- **اليمين المتممة** ← التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه إلى أي من الخصمين، ليكمل اقتناعه إذا كان لديه دليل ناقص في الدعوى.

- **تختلف هذه اليمين عن اليمين الحاسمة في أنها←**

- لا توجه من خصم لخصم، وإنما يوجهها القاضي من تلقاء نفسه، كما لا يترتب عليها حسم النزاع، فللقاضي مطلق التقدير في ألا يتقيد بنتيجتها، فله أن يقضي بموجبها، أو أن يرفض الأخذ بها. كما أن اليمين المتممة تكمل دليلاً ناقصاً، أما اليمين الحاسمة، فتقوم وحدها دليلاً يستبعد أي دليل آخر.

ثانياً: توجيه اليمين المتممة:

- يتمتع القاضي بحرية توجيه اليمين المتممة، متى توافرت شروط معينة، وذلك كما يلي:

١-حرية القاضي في توجيه اليمين المتممة إلى أي من الخصمين:

- يتمتع القاضي بسلطة تقديرية في توجيه اليمين المتممة، إذا كانت هناك حاجة إلى توجيهها، ويقوم القاضي بتوجيهها من تلقاء نفسه، ولا يتقيد في ذلك بطلب الخصوم، وله حرية تحديد شخص من توجه إليه، فهو لا يلتزم بتوجيهها إلى الخصم المكلف بالإثبات، وإنما له أن يوجهها إلى أي من الخصمين، بحسب ما يتراءى له من ظروف النزاع، ومقدار ما يوحي به كل من الخصمين من ثقة.

٢-شروط توجيه اليمين المتممة:

- **يشترط في توجيه اليمين المتممة←** ألا يكون في الدعوى دليل كامل، وألا تكون خالية من أي دليل، لأنها لا يمكن أن تكون الدليل الوحيد في الدعوى؛ فهي لا تكون متممة، بالمعنى الدقيق للفظ، إلا إذا كان في الدعوى أدلة ولكنها ناقصة، كمبدأ ثبوت بالكتابة في دعوى يلزم فيها تقديم دليل كتابي، أو شهادة ناقصة، أو قرينة ضعيفة.
- إذا ما توافرت الشروط السابقة، فإنه يجوز للقاضي أن يوجه اليمين المتممة في أية حالة تكون عليها الدعوى حتى يصدر حكم نهائي حائز لقوة الأمر المقضي، ويجوز توجيهها لأول مرة أمام محكمة الاستئناف. وإذا وجهها القاضي فيجوز له الرجوع فيها.

ثالثاً: آثار توجيه اليمين المتممة:

- نظراً لأن اليمين المتممة توجه من القاضي، ولذلك لا يجوز للخصم الذي وجهت إليه هذه اليمين أن يردها على الخصم الآخر، لأن القاضي هو الذي يختار أي من الخصمين توجه إليه، وذلك بخلاف اليمين الحاسمة.
- لا تعتبر اليمين المتممة حجة قاطعة، فهي لا تقيد القاضي ولا الخصوم، فللقاضي مطلق الخيار في الاعتداد بها أو التجاوز عنها، وله أن يقضي على أساس اليمين المتممة، أو على عناصر إثبات أخرى، سواء اجتمعت له قبل أداء هذه اليمين أو بعد أدائها. كما أنه لا يلزم أن يحكم بالضرورة لمصلحة من حلفها، أو ضد من رفض الحلف.
- كما يجوز لخصم من حلفها أن يثبت عكس دلالتها، وإذا صدر الحكم بناء عليها، جاز له أن يطعن عليه بالاستئناف لإثبات كذب هذه اليمين.

رابعاً: صورة خاصة لليمين المتممة – يمين التقويم:

- نظم المشرع صورة خاصة لليمين المتممة هي يمين التقويم، وهي لا توجه إلا إلى المدعي لتحديد قيمة المدعى به، ولا يجوز للقاضي أن يوجه إلى المدعى اليمين المتممة لتحديد قيمة المدعى به، إلا إذا استحال تحديد هذه القيمة بطريقة أخرى، ويحدد القاضي في هذه الحالة حداً أقصى للقيمة التي يحلف عليها المدعي.
- وتواجه هذه الحالة الفرض الذي يكون فيه موضوع الدعوى استرداد شيء استحال الوفاء به عيناً، فيطالب صاحبه بقيمته، ومع أن أصل حقه فيه ثابت، ولكن نظراً لاستحالة تقدير قيمته لسبب ما، فإن القاضي يستعين بيمين هذا المدعى للوصول إلى ذلك التقدير.
- لا يتقيد القاضي بهذه اليمين، فيكون له أن يقضي بمبلغ يختلف عن المبلغ الذي حلف عليه المدعي، إذا رأى أنه مبالغاً في تقديره، ولذلك يجب على القاضي أن يحدد للمدعي حداً أقصى للقيمة التي يصدق فيها بيمينه، كما يجوز للمحكمة الاستئنافية أن تزيد أو تنقص ما قضت به محكمة أول درجة.ويجوز للمدعي أن يرفض أداء هذه اليمين، دون أن يترتب على ذلك انتقاص طلبه أو خسارة دعواه.