

النظرية العامة للالتزام
أحكام الالتزام
مع
المستحدث في تعديلات 2016 للتقنين المدني
الفرنسي

2024-2023

في ظل اتجاه الدولة لتطوير التعليم الجامعي وتطبيقاً لمنهج التحول الرقمي في التدريس؛ اتخذ المجلس الأعلى للجامعات قراراً بضرورة تحويل الكتاب الجامعي» المصاحب لمقرر دراسي «والذي يمثل المحتوى الرقمي للمحاضرات التي يتضمنها مقرر دراسي إلى إلكتروني يمكن تحميله من المنصات التعليمية ومن المكتبة الرقمية. جامعة الإسكندرية لا تسمح بالنسخ غير القانوني للكتاب الجامعي الرقمي وقد روعي في هذا الكتاب احترام حقوق الملكية الفكرية للغير، كما يسمح للمطلع على الكتاب استخدامه وفقاً لترخيص المشاع الإبداعي الموضح عليه.



النظرية العامة للالتزام

أحكام الالتزام

مقدمة

من خلال هذه المقدمة نود أن نعرض لثلاث نقاط على التوالي أولاً: تعريف الالتزام وكيفية عمل نظرية الالتزام. ثانياً: أحكام الالتزام وقانون الائتمان. ثالثاً: موضوع وخطة الدراسة.

أولاً: تعريف الالتزام وكيفية عمل نظرية الالتزام:

يمكن تعريف الالتزام بأنه "رابطة قانونية بين شخصين، يلتزم بمقتضاها أحدهما، ويسمى المدين، بأن يقوم بأداء مالى معين لمصلحة شخص آخر، ويسمى الدائن، ويكون المدين مسؤولاً عن دينه، كقاعدة عامة، فى كافة أمواله. (1)" ويجب أن نشير منذ البداية إلى أن هذه الرابطة لها وجهان: إذا نظرنا إليها من ناحية الدائن فتسمى بالحق الشخصى أو حق الدائنية، وذلك لأن للدائن بمقتضاها الحق فى مطالبة المدين بما عليه من أداء، ووسيلته فى ذلك، كقاعدة عامة، الدعوى. وإذا نظرنا إليها من ناحية المدين تسمى التزاماً وذلك لأن المدين هو الذى يقع عليه عبء الوفاء بالأداء الذى التزم به للدائن. وعلى ذلك فالالتزام هو الوجه السلبي للحق الشخصى، فالحق للدائن والالتزام على المدين. (2) وهذا التعريف يكشف لنا عن ثلاث خصائص للالتزام وهى:

1 الالتزام رابطة قانونية بين شخصين الدائن والمدين:

وتعتبر هذه الرابطة هى جوهر الالتزام، وذلك راجع إلى أن طبيعة الالتزام تحتم أن يتعين، منذ البداية، أحد طرفي الرابطة أو العلاقة، وهو المدين. كما يلزم أن يتعين الدائن كأصل عام منذ البداية، وإن كان من الممكن أو من المتصور أن يكون قابلاً للتعيين فى المستقبل، على أن يلزم فى جميع الأحوال أن يكون معيناً هو الآخر وقت التنفيذ. وتحديد شخص المدين فى الالتزام منذ البداية باعتباره الطرف الذى يقع على عاتقه أداء معين فى مواجهة الدائن يعتبر الخط الفاصل بين الحق الشخصى والحق العيى. فإن الحق الشخصى أو حق الدائنية يوجد واجب خاص يقع على عاتق شخص معين هو المدين، أما فى حالة الحق العيى، فإنه يوجد واجب عام على الكافة باحترام ما للشخص من سلطة مباشرة على شئ معين، وبالتالي فلا يوجد مدين بذاته. كما أن الواجب الخاص الذى يقع على المدين فى الالتزام يكون عنصراً سلبياً فى ذمة المدين، بينما الواجب العام على الكافة لا يدخل ضمن عناصر أية ذمة مالية لمن يقع عليهم هذا الواجب. وإذا كان أهم ما يميز الالتزام أنه رابطة بين شخصين، إلا أن أهم ما يميز هذه الرابطة أنها رابطة قانونية. فالالتزام واجب قانونى، أى أنه واجب يكفل القانون احترامه، والقاعدة أن الوسيلة إلى ذلك هى الدعوى، يمنحها القانون لصاحب الحق الدائن، ليقتضى حقه من مدينه. لكن إذا كان كل التزام واجباً فإنه ليس كل واجب التزاماً. فالالتزام واجب قانونى (3) وهذا ما يميزه عن غيره من الواجبات الخلقية والمجاملات. فالالتزام واجب قانونى يرتب أثراً تحميه الدولة ويمكن المطالبة به أمام القضاء وذلك بخلاف الواجبات الخلقية والمجاملات.

غير أنه فى بعض الأحوال يكتفى القانون بحماية ناقصة، وهذا هو الالتزام الطبيعى. فالالتزام الطبيعى التزام قانونى، أى على المدين واجب قانونى، فإذا أداه باختياره قاصداً أن يوفى التزاماً طبيعياً لا يعتبر متبرعاً، ولا يجوز له أن يسترد ما أداه. أما إن لم يوف به المدين باختياره فليس للدائن من سبيل إلى إجباره على الوفاء، وذلك لأن حماية القانون لا تتوافر كاملة. (4)

(1) إسماعيل غانم، فى النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، فقرة 165، ص 30. وانظر فى الفقه الفرنسى:

1. Alex Weill et François, Terré, droit civil, les obligations, 4e éd. No 1 p. 1.

(2) انظر. A. Weill, F. Terré, op. Cit.

(3) انظر. Nean Carbonnier, Droit Civil, les obligations, t. 4 p; 16.

(4) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 5 ص 13. أستاذنا الدكتور توفيق فرج، دروس فى النظرية العامة للالتزام، 1981، ص 10، 11.

2 الطبيعة المالية للالتزام:

الخصيصة الأساسية للالتزام هى مالية الأداء الذى يلتزم به المدين. فالالتزام واجب قانونى يمكن تقديره بالنقود. لذلك فإن الالتزام يكون عنصراً سلبياً فى ذمة المدين، وفى المقابل يعتبر عنصراً إيجابياً باعتباره حقاً فى ذمة الدائن. هذه الخصيصة الأساسية للالتزام هى التى تميز الالتزام عن الواجبات القانونية الأخرى التى لا يكون الأداء فيها مالياً كواجب الخدمة العسكرية، وواجبات الأسرة، كواجب الزوجة طاعة زوجها، وواجب الأبناء طاعة الأب، كل هذه الواجبات تعتبر واجبات قانونية لكنها لا تعتبر التزاماً بالمعنى الفنى الدقيق.

3 مسئولية المدين فى تنفيذ التزامه فى جميع أمواله:

هذا العنصر يفسر كيف تعمل نظرية الالتزام، بل كيف يعمل النشاط الاقتصادى كله، وخاصة الائتمان، كما أن هذا العنصر يكشف عن أهمية نظرية الالتزام ليس فى الوقت الحاضر فحسب، بل فى القوانين القديمة.

فى القانون الرومانى كان الالتزام فى البداية عبارة عن علاقة شخصية محضة، مصدرأ للسلطة، قيدأ قانونياً يتحول إلى استرقاق المدين أو قتله فى حالة عدم تنفيذه. فقد كانت الأنظمة القانونية التى لم تبلغ بعد حداً من التطور لا تملك من الوسائل الفنية والقانونية ما يكفل تنفيذ الالتزام دون اعتداء على شخص المدين، وسجنه واسترقاقه بواسطة الدائن. وبالرغم من قسوة ووحشية هذه الوسائل القانونية فإن فعاليتها لم تكن بالقدر الكافى. هذه الوسائل القانونية كانت تتفق، بطبيعة الحال، مع عقلية هذا العصر وتدل على افتقار هذه الأنظمة إلى الصياغة القانونية المتطورة.

أما فى المجتمعات الحديثة فقد أصبح الالتزام علاقة بين ذمتين، وسيلة مجردة يتحقق بواسطتها تبادل بعض القيم الاقتصادية. علاوة على ذلك أصبح الانتقام من المدين لا يمثل أى قيمة لدى الدائن. حيث أن كل ما يهم هذا الدائن هو الحصول على حقوقه التى كان ينتظرها ويرتب حياته عليها. كما أن استرقاق المدين أو سجنه وبيعه أصبح يتعارض مع التطور الحديث للنظام العام أو الآداب.

ولذلك فإن القوانين الحديثة تقدم من الوسائل الفنية والقانونية ما يضمن بفعالية احترام تنفيذ الالتزام دون مساس بشخص المدين، وذلك لتحفظ التوازن فى الحياة القانونية والاقتصادية ولتحميها من الاضطراب وذلك على النحو الذى سوف نراه على مدار هذه الدراسة لأحكام الالتزام.

فإن لم تُجَد هذه الوسائل فى حمل المدين على التنفيذ أو إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً، حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالالتزامه. فإن لم يقم المدين بالتنفيذ العينى أو بمقابل طوعاً واختياراً فليس أمام الدائن إلا أن يلجأ إلى التنفيذ الجبرى. والتنفيذ الجبرى، عيناً كان أو بمقابل، يكون على أموال المدين لا على شخصه. وهذه الأموال هى الضامنة للوفاء بالتزاماته. وهذا ما يسمى بالضمان العام كما سوف نرى فيما بعد.

والضمان العام يعنى أن أموال المدين جميعاً ضامنة للوفاء بديونه، وأن جميع الدائنين متساوون فى هذا الضمان إلا من كان له حق التقدم طبقاً للقانون.

مقتضى ذلك أنه إذا لم يقم المدين بالتنفيذ العينى أو بمقابل طوعاً واختياراً فإنه يتم الحجز على أمواله بمقتضى حكم من القضاء أو أى سند تنفيذى آخر، وبيعها بالمزاد العلنى، ويحصل جميع الدائنين، على قدم المساواة، على حقوقهم من حصيلة هذا البيع. فإذا كانت هذه الحصيلة كافية للوفاء بحقوق الدائنين كاملة كان بها وانتهى الأمر. وإذا لم تكن هذه الحصيلة كافية للوفاء بحقوقهم كاملة توزع هذه الحصيلة عليهم بنسبة دين كل منهم، أى تقسم قسمة غرماء فيما بين الدائنين.

إلى جانب حق الضمان العام للدائنين يوجد الضمان الخاص الذى يخول للدائن الأولوية والتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالبيين له فى المرتبة. ويستطيع الدائن أن يحصل على هذه الوسائل القانونية للتقدم إما بمقتضى اتفاق خاص مع الدائن، كما هو الحال بالنسبة للرهن، الرسمى والحيازى، وإما بمقتضى حكم من القضاء، كحق الاختصاص، وإما بحكم القانون لصفة فى الدين، كما هو الحال بالنسبة لحقوق الامتياز.

والدائن المزود بأحد هذه الحقوق يستطيع أن يحصل على كامل حقه من قيمة العين أو الأعيان المحملة بهذا الحق بالأولوية على الدائنين العاديين والدائنين التالبيين له فى المرتبة. فإن لم تكن قيمة هذه العين أو الأعيان تكفى للوفاء بكامل حقه فإن الدائن يرجع بما تبقى له على الضمان العام لمدينه باعتباره دائناً عادياً، ويخضع عندئذ لمبدأ المساواة بين الدائنين.

ثانياً: أحكام الالتزام وقانون الائتمان:

إن النظرية العامة للالتزام تتضمن الأصول العامة التى تشترك فيها الالتزامات رغم اختلاف صورها العملية، ولذلك فإن نظرية الالتزام تعد، بحق، العماد الذى يركز عليه النشاط الاقتصادى والمالى فى المجتمع. كما أن أحكام الالتزام، بصفة خاصة، تعتبر حجر الزاوية فى قانون الائتمان وذلك من عدة نواح:

1. فمن خلال دراستنا لأحكام الالتزام سنقف طويلاً أمام حق الضمان العام للدائنين ووسائل حمايته والمحافظة عليه. فحق الضمان العام يمثل النطاق العام لحماية الدائن، أو الحد الأدنى لهذه الحماية. كما أن حق الضمان العام يفسر لنا بوضوح كيف يعمل النشاط الاقتصادى فى المجتمع ككل.

2. إن دراسة الوسائل والأساليب الفنية التى تعمل على وصول الدائن إلى حقه وكذلك دراسة وسائل حمل المدين على تنفيذ الالتزام، كالحق فى الحبس، والتهديد المالى، والشرط الجزائى وما إلى ذلك، تكشف عن التنظيم القانونى الذى يعمل الائتمان من خلاله.

3. نحن نعلم أن الائتمان يقوم على الثقة، وأن هذه الثقة ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالعقد والزمن. بمعنى أنه لا يتصور الائتمان بدون وجود عنصر الزمن، لأن الائتمان يفترض أن يكون أداء أحد الطرفين ممتداً فى الزمن، وبالتالي قصد المستقبل. ولذلك سوف نجد أن دراسة الأجل فى أحكام الالتزام هى دراسة لأهم أجزاء الائتمان، وإن كانت دراستنا له هنا تتسم بالطابع الفنى المحض.

4. إن دراسة وسائل ضمان تنفيذ الالتزام كالضامن والتضامن، وعدم القابلية للانقسام والدعوى المباشرة، والإنابة الناقصة، والمقاصة، تشكل أهم عناصر قانون الائتمان.

5. إن دراسة انتقال الالتزام تشكل حجر الزاوية فى قانون الائتمان .فالائتمان لا ينهض ولا ينتشر إلا عن طريق تسهيل تداول الحقوق.

ناهيك عن الدراسات التفصيلية للأليات الأخرى والتي تعمل على تشجيع الائتمان وتسهيله. (5)

ثالثاً :موضوع وخطة الدراسة:

نتناول فى هذا الجزء دراسة أحكام الالتزام، وهى دراسة الالتزام مجرداً عن مصدره، ولذلك كانت معظم قواعده عامة التطبيق على كافة صور الالتزام أياً كان المصدر الذى نشأ عنه .وإذا كانت قواعد نظرية الالتزام، فى قسميها، تتميز بأن التجريد فيها .وبالتالى التعميم، قد بلغ حداً لم يبلغه فى أى فرع آخر من فروع القانون، فإن القسم الثانى من هذه النظرية والمتعلق بالأحكام يعتبر أكثر تجريداً وعمومية من القسم الأول.

ولذلك فإن هذه الدراسة ستتناول، أولاً :آثار الالتزام، فندرس فيه آثار الالتزام البسيط، ثم نعقبها بدراسة للالتزام فى صورته المركبة نتيجة وصف من الأوصاف أو قيد من القيود .ثانياً :ندرس انتقال الالتزام سواء من ناحيته الإيجابية، أى حوالة الحق أو من ناحيته السلبية، أى حوالة الدين أو انتقال المركز العقدى بما يتضمن من حقوق والتزامات وغيرها فى التنازل عن العقد .ثالثاً :ندرس الأسباب المختلفة لانقضاء الالتزام.

وعلى ذلك ستكون خطة الدراسة على النحو التالى:

القسم الأول :آثار الالتزام.

الباب الأول :آثار الالتزام بوجه عام.

الباب الثانى :الأوصاف والقيود المعدلة لأثر الالتزام.

القسم الثانى :انتقال الالتزام

الباب الأول :حوالة الحق.

الباب الثانى :حوالة الدين.

الباب الثالث :التنازل عن العقد.

القسم الثالث :انقضاء الالتزام

الباب الأول :انقضاء الالتزام بالوفاء.

الباب الثانى :انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء.

الباب الثالث :انقضاء الالتزام دون وفاء أو ما يعادل الوفاء.

الباب الأول أثر الالتزام بوجه عام

من الناحية الاقتصادية، يبين هذا الباب الأساس الذى يركز عليه التنظيم القانونى الذى يعمل من خلاله الائتمان، كما أن النظم القانونية المختلفة التى يتضمنها هذا الباب تفسر لنا بوضوح كيف يعمل النشاط الاقتصادى والمالى فى المجتمع بصفة عامة.

من الناحية الفنية، يمثل هذا الباب الإطار العام الذى يعمل من خلاله الالتزام، أياً كان مصدره، وأياً كانت صورته العملية . وفى هذا الباب ندرس تنفيذ الالتزام، سواء من حيث أنواع هذا التنفيذ وكيفية هذا التنفيذ ووسائله، ثم نعرض بعد ذلك للوسائل العامة لضمان تنفيذ الالتزام، فندرس حق الضمان العام للدائنين، ووسائل حماية وضمان الدائن. وعلى ذلك ستكون خطة الدراسة فى هذا الباب كالتالى:

الفصل الأول :تنفيذ الالتزام.

المبحث الأول :التنفيذ العينى.

المبحث الثانى :التنفيذ بمقابل.

الفصل الثانى :الوسائل العامة لضمان تنفيذ الالتزام.

المبحث الأول :حق الضمان العام للدائنين.

المبحث الثانى :وسائل الحماية والضمان المقررة للدائن.

الفصل الأول تنفيذ الالتزام

دراسة تنفيذ الالتزام تقتضى منا التعرض للأنواع المختلفة لهذا التنفيذ، والتركيز بصفة خاصة على الأهمية الاقتصادية للتنفيذ الاختيارى.

(5)انظر مؤلفنا، نحو قانون خاص بالائتمان، منشأة المعارف.1990

1 التنفيذ العيني والتنفيذ بمقابل: التنفيذ العيني هو الأصل: (6)

إن القوانين المدنية الحديثة تقدم من الوسائل الفنية والقانونية ما يضمن بفعالية احترام تنفيذ الالتزام دون مساس بشخص المدين، وذلك لتحفظ التوازن في الحياة القانونية والاقتصادية ولتحميها من الاضطراب. فظرة فاحصة إلى القوانين المدنية الحديثة نجد أن الشغل الشاغل للشارع هو العمل على تنفيذ الالتزامات بدقة وانتظام لما في ذلك من أهمية قصوى للالتزام. وما تهدف إليه هذه القوانين في الأصل هو التنفيذ العيني للالتزام، أي يقوم المدين بأداء عين ما التزم به، لأن الدائن عند إبرامه عقداً من العقود مثلاً يهدف إلى شيء معين وينتظر أداء محدد يرتب كل شؤنه عليه. ولذلك نجد أن المشرع ينص في المادة 203/ 1 من التقنين المدني على أن "يجبر المدين بعد إعداره .. على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، متى كان ذلك ممكناً" ويؤكد المشرع هذا المعنى بنصه في المادة 215 مدني على أنه "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه".

نخلص من كل هذه النصوص أنه طالما أن التنفيذ العيني ممكن فإن المدين يجبر على هذا التنفيذ، ولا يلجأ القاضى إلى التنفيذ بطريق التعويض إلا إذا استحال التنفيذ العيني. وهذا واضح من المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري، حيث يقول: "إذا كان تنفيذ الالتزام يدخل في حدود الإمكان فمن حق الدائن أن يستأديه ومن حق المدين أن يعرض القيام به، وليس يجوز العدول عن هذا التنفيذ إلى طريق التعويض إلا بتراضى المتعاقين. ذلك أن التعويض لا ينزل من التنفيذ العيني منزلة التزام تخييرى أو التزام بدلى، فهو ليس موكولاً للتخيير، لأن رخصة العدول عن الوفاء عيناً إلى الوفاء بمقابل غير ثابتة لأى من المتعاقدين سواء فى ذلك المدين أو الدائن. فمن واجب الأول أن يعرض الوفاء عيناً ومن واجب الثانى قبول هذا الوفاء. وهو ليس بالبديل لأن المدين لا يملك العوض النقدي ما بقى الوفاء العيني ممكناً". (7)

فالتنفيذ العيني هو الذى يتفق أكثر مع حقيقة الالتزام، وهو الذى يتفق أيضاً مع الهدف الأسمى للقانون الخاص بصفة عامة. ذلك لأن التنفيذ عن طريق التعويض ليس إلا وسيلة احتياطية، لا تعطى إلا إشباعاً نسبياً للدائن، ولا يهدف فى النهاية إلا إلى أن يعيد التوازن النسبى لذمة الدائن، ولذلك فهو ليس كافياً ولا وافياً أولاً: لأنه لا يضع فى الاعتبار إلا مصلحة الدائن الخاصة بإعطائه تعويضاً، بالرغم من الآثار الممتدة لعدم التنفيذ فى الحياة القانونية. ثانياً: أنه لا يمكن أن يحكم على المدين بالتعويض إذا كان عدم التنفيذ راجعاً إلى سبب أجنبى لا يد له فيه) م 215 مدني مصرى. (ثالثاً: أنه فى حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه فإن مقدار التعويض الممنوح للدائن يمكن أن ينقص أو أن يلغى نهائياً نتيجة للشروط المحددة للتعويض بحد أقصى) م 223 مدني - م 225 مدني، أو للشروط المعفية من المسؤولية) م 217/ 2 مدني (يضاف إلى ذلك أن المشرع قد يتدخل فى بعض الأحيان ليحدد متى تنعقد أو لا تنعقد المسؤولية ويحدد قيمة التعويض. رابعاً: أن المادة 221/2 مدني تقصر نطاق التعويض بصدد الالتزام العقدى على الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد وذلك فى غير حالتى الغش والخطأ الجسيم. خامساً: يجب ألا ننسى أن فى منح القاضى تعويضاً للدائن عند عدم التنفيذ لا يفعل أكثر من تحويل حقه إلى دين محله مبلغ من النقود، وما يتضمن ذلك من مخاطر إعسار الدين ومزاحمة باقى الدائنين له.

(7) تنص المدة 1342 مدني فرنسى بعد تعديله فى 2016 فى فقرتها الأولى على أن "الوفاء هو التنفيذ الاختيارى للأداء"، وتنص المادة 1217 من ذات التقنين على أنه "يجوز للطرف الذى لم يتم تنفيذ الالتزام نحوه، أو تنفيذه بشكل غير كامل أن يرفض تنفيذ التزامه أو يوقف تنفيذه - يطالب بالتنفيذ الجبرى العيني".

(6) [نقض 16/5/1991 س 42 ص. 1131]

(6) [نقض 16/5/1991 س 42 ص. 1131]

2 التنفيذ الاختيارى والتنفيذ الجبرى (8):

التنفيذ الاختيارى يكون بوفاء المدين بما التزم به فإذا كان قد التزم بإعطاء شيء فيكون الوفاء بتسليم هذا الشيء والمحافظة عليه حتى تمام التسليم

(م 206 مدني (وإذا كان قد التزم بعمل فيكون الوفاء بالقيام بهذا العمل. وإذا كان قد التزم بالامتناع عن عمل فيكون الوفاء باحترام هذا الالتزام وعدم إتيان ما من شأنه مخالفته. (9)

ويعد التنفيذ الاختيارى استجابة لعنصر المديونية فى الالتزام. والتنفيذ الاختيارى للالتزام هو الوفاء بالالتزام وقد كان المنطق يقتضى أن ندرس التنفيذ الاختيارى، الوفاء، قبل التنفيذ الجبرى. ومع ذلك نحن لا نميل إلى هذا الاتجاه وذلك لسببين: الأول، علمى، وهو أن الفقه فى مجموعه جرى على دراسة الوفاء من بين أسباب انقضاء الالتزام سيراً على المنهج الذى اتبعه المشرع المصرى فى هذا الصدد. الثانى، عملى، وهو ما لمسناه من خلال تجربتنا العملية فى تدريس مادة أحكام الالتزام، من أن ابتداء هذه الدراسة بدراسة الوفاء يعد أمراً صعباً على طلاب السنة الثانية، وذلك لما تتسم به أحكام الوفاء من تفصيلات دقيقة، وتجريد وعمومية، مما يصعب على هؤلاء الطلاب استيعابها بسهولة فى بداية الدراسة.

أما بالنسبة للتنفيذ الجبرى، فقد يكون، كقاعدة عامة، بعين ما التزم به المدين وبالشروط التى نشأ بها التزامه، أى يكون تنفيذاً عينياً. لكن فى بعض الأحيان قد يستحيل التنفيذ العيني للالتزام أو يكون فيه مساساً بشخص المدين أو مرهقاً له. وفى هذه

الأحوال يقتصر الدائن على الحصول على مقابل لما التزم به المدين، فيسمى التنفيذ تنفيذاً بمقابل أو تنفيذاً بطريق التعويض . هذا التعويض، إما أن يكون تعويضاً عن عدم التنفيذ أو تعويضاً عن التأخير في هذا التنفيذ. التنفيذ الجبرى، عيناً كان أو بمقابل، يكون على أموال المدين لا على شخصه. وهذه الأموال هي الضامنة للوفاء بالتزاماته وهذا ما يسمى بالضمان العام.

والقاعدة أن التنفيذ الجبرى، يتم، كقاعدة عامة، عن طريق السلطة العامة، من خلال ممثل لها وهو المحضر. هذا المحضر يقوم بالتنفيذ تحت إشراف القضاء. فالدائن ليس له أن يقوم بالتنفيذ بنفسه، حيث أن القاعدة فى القوانين الحديثة أنه لا يجوز للشخص أن يستأدى حقه بنفسه.

ومما هو جدير بالذكر أن الدائن لا يستطيع أن يلجأ إلى التنفيذ الجبرى بواسطة المحضر إلا إذا كان حقه محقق الوجود، أى غير متنازع فيه منازعة جدية، ومعلوم المقدار، وحال الأداء، وثابتاً فى سند تنفيذى.

(9) انظر أستاذنا الدكتور أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة 155 ص. 130

(8) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 5 ص. 510

(8) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 5 ص. 510

3 الأهمية الاقتصادية للتنفيذ الاختيارى:

إن الأثر المادى والمباشر للالتزام هو تنفيذه تنفيذاً اختيارياً. فتنفيذ الالتزام من جانب المدين، هو النهاية الطبيعية المنتظرة من جانب الدائن.

ففى نطاق الالتزامات التعاقدية، والتي تشكل أساس النشاط الاقتصادى فى أى مجتمع، نجد أن الدائن فى لحظة ارتباطه بالمدين لم يكن يدور بخله عدم تنفيذ المدين لالتزامه وإلا لما كان تعاقد معه أصلاً. وإنما يقدم الدائن على التعاقد وفى ذهنه أن تنفيذ الالتزام من جانب المدين أمراً مفترضاً، ولذلك يقوم بترتيب شؤنه على هذا الأساس.

وفى مجال من أهم المجالات، وهو الائتمان، نجد أنه عندما يمنح الدائن ائتمانه للمدين لا يمنحه بسبب وجود جزاءات فعالة عند عدم التنفيذ وإنما يمنحه أساساً لثقتة فى تنفيذ مدينه لالتزاماته.

بلا شك نستطيع أن نقول أن الحق لا يوجد إلا من خلال جزاء يعمل على حمايته. فهذا الجزاء هو الذى يعطى للحق قوته. لكن نحن نعلم أيضاً أنه ليس الجزاء وحدة الذى يدفع الدائن إلى منح الائتمان، بل أن الجزاء يمكن أن يكون مصدر إعاقة للائتمان. ويصبح الجزاء كذلك عندما يتسم بالشدة المبالغ فيها بحيث يؤدي إلى اضطراب فى نشاط المدين أو حياته الخاصة، أو عندما يتسم بالتجاوز أو عدم التناسب مع قيمة الدين، أو عندما يكون غير ملائم لشخص المدين أو للطائفة التى ينتمى إليها هذا المدين.

ولذلك فإنه لا ينبغى الاعتقاد بأن الجزاء مهما كانت قسوته والحقوق والوسائل المتعلقة بذمة المدين مهما كان نطاقها يمكن أن تكفى لحفز الدائن من الناحية القانونية على منح ائتمانه للمدين. إذ أنه يوجد بالنسبة له، علاوة على ذلك، التنفيذ العينى أو المباشر، حيث توجد قيمة العقد فى ذاته هذه الثقة فى أن العقد ليس مجرد كلمة عديمة الجدوى، ولكن تطبيقاً للقوانين المعترف بمصادقيتها، وأن الاتفاق الإرادى له قوة ملزمة فى ذاته، وأن المدين لا يستطيع أن يتنصل من هذا الاتفاق. فالانطباع لدى الأطراف بأنهم هم الذين ينشئون القانون الذى يحكم علاقاتهم يعتبر أحد العوامل الأساسية لمنح الائتمان. (10)

المبحث الأول التنفيذ العينى

القاعدة أن المدين يجبر، بعد إعداره (11)، على تنفيذ التزامه، متى كان ذلك ممكناً. وعلى ضوء هذه القاعدة يجب أن ندرس أولاً: شروط التنفيذ العينى، وثانياً: كيفية التنفيذ العينى.

المطلب الأول شروط التنفيذ العينى

تنص المادة 203 من التقنين المدنى على أنه "1" يجبر المدين بعد إعداره طبقاً للمادتين 219 ، 220 على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، متى كان ذلك ممكناً 2. على أنه إذا كان فى التنفيذ العينى إرهاب للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدى، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً (12).".

على ضوء هذا النص نستطيع أن نستخلص أنه يشترط فى التنفيذ العينى، إلى جانب مطالبة الدائن به، وإعذار للمدين على النحو الذى سنبينه فيما بعد، ثلاثة شروط: الأول، أن يكون التنفيذ العينى ممكناً. الثانى: ألا يكون التنفيذ العينى مرهقاً للمدين. والثالث: ألا يكون فى إيجاب المدين على التنفيذ العينى مساس بحريته الشخصية.

(10) انظر مؤلف: نحو قانون خاص بالائتمان، منشأة المعارف. 1990

(11) الإعذار شرط للحكم بالتنفيذ العينى وليس شرطاً لقبول الدعوى نقض 20/2/1991

س 42 ص. 523

(12) تنص المادة 1221 من التقنين المدنى الفرنسى بعد تعديله فى 2016 على أنه "يجوز للدائن بالتزام معين، بعد إعذار المدين، المطالبة بالتنفيذ العينى إلا إذا كان هذا التنفيذ مستحيلًا أو كان هناك عدم تناسب واضح بين كلفته بالنسبة للمدين وفائدته بالنسبة للدائن "الشيء الذى يمكن أن يثير الجدل فكرة كلفة التنفيذ العينى بالنسبة للمدين ألا يعتبر ذلك تائراً بفكرة التحليل الاقتصادى للقانون الشائعة فى النظام الأمريكى.

أولاً: أن يكون التنفيذ العيني ممكناً:

ويقصد بذلك ألا يكون التنفيذ العيني للالتزام مستحيلاً. فإذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلاً امتنع الحكم على المدين بالتنفيذ العيني. واستحالة التنفيذ قد ترجع إلى فعل المدين، وقد ترجع إلى سبب أجنبي فإذا كانت الاستحالة بفعل المدين فإنه لم يعد أمام الدائن إلا المطالبة بتنفيذ الالتزام بطريق التعويض. أما إذا كانت الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه، فإن الالتزام ينقضى دون أن يلزم المدين بدفع شيء.

وإمكان التنفيذ العيني يرجع إلى طبيعة الالتزام ومداه والوسائل المادية اللازمة لهذا التنفيذ. (13) ففي الالتزام يدفع مبلغ من النقود يعتبر التنفيذ العيني ممكناً دائماً، فإعسار المدين لا يمكن أن يعتبر من قبيل استحالة التنفيذ العيني، لأنه لا يكفي لاعتبار تنفيذ الالتزام مستحيلاً أن يكون من الصعب استيفاؤه لإعسار قد يعقبه يسار. لذلك لا يتصور بصدد هذا الالتزام إلا التنفيذ العيني، وبالتالي لا يتصور فيه التعويض عن عدم التنفيذ، خصوصاً وأن القاعدة في التعويض أن يكون بمبلغ من النقود. وإنما يكون التعويض في هذا الالتزام عن التأخير فحسب.

أما في غير الالتزام بدفع مبلغ من النقود فإنه من المتصور أن يصبح التنفيذ العيني مستحيلاً بفعل المدين (14) ومع ذلك فإنه بصدد هذه الالتزامات نجد أن المشرع قد رصد، في بعض الأحوال، من الوسائل القانونية ما يسمح بإدراك التنفيذ العيني على النحو الذي سوف نراه عند الحديث عن موضوع التنفيذ العيني. (15)

(13) السنهوري، المرجع السابق، فقرة 785، ص. 764.
(14) انظر في تفصيل ذلك إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 7 ص 11 وعبد المنعم البدرأوى، المرجع السابق، فقرة 16 ص 28، أستاذنا الدكتور أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة 167 ص. 143.
(15) انظر السنهوري، المرجع السابق، فقرة 785، ص. 764.

ثانياً: ألا يكون في التنفيذ العيني إرهاباً للمدين:

قد لا يكون التنفيذ العيني مستحيلاً ولكن فيه إرهاباً للمدين بحيث يترتب على إجباره عليه ضرر فادح لا يتناسب مع ما يحيق الدائن من جراء التخلف عن الوفاء عيناً. وهذا الشرط يعد نموذجاً للموازنة بين مصالح كل من المدين والدائن، وإن كان المشرع في النهاية قد غلب مصلحة الدائن، كما هو الشأن في الغالب في نطاق الائتمان المدني. فقد أجاز المشرع للمدين أن يقتصر على دفع تعويض نقدي، إذا كان في التنفيذ العيني إرهاباً للمدين ولكن ذلك مشروط بأن لا يكون في هذا العدول عن التنفيذ العيني إلى التعويض إلحاق ضرر جسيم بالدائن. فإذا كان الأمر كذلك وجب الرجوع إلى الأصل وهو التنفيذ العيني، حتى ولو كان مرهقاً للمدين، لأنه إذا كان الخيار في هذه الحالة بين إرهاب المدين أو تحميل الدائن ضرراً جسيماً، فإن القاضي يرجح الأولى عن الثانية لأن الدائن أولى بالرعاية، حيث أنه لا يطالب إلا بحقه وبدون تعسف من جانبه. ويعتبر هذا الحكم تطبيقاً لمبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق. ومن التطبيقات التشريعية ما تقضى به المادة 1018/2 مدني أنه عند مخالفة قيود البناء يجوز المطالبة بإصلاحها عيناً، ومع ذلك يجوز الاقتصار على الحكم بالتعويض إذا رأت المحكمة ما يبرر ذلك. (16)

(16) انظر السنهوري، المرجع السابق، فقرة 787، ص. 766.

ثالثاً: ألا يكون في إجبار المدين على التنفيذ العيني مساس بحريته الشخصية:

وقد لا يكون التنفيذ العيني مستحيلاً أو مرهقاً، ولكنه يقتضي تدخل المدين شخصياً، وبصر المدين على عدم التنفيذ. في هذه الحالة يكون في جبر المدين على التنفيذ العيني مساس بحريته الشخصية عندئذ يمتنع التنفيذ العيني الجبري ويقتصر الدائن على طلب التعويض لأن القهر، في مثل هذه الحالة، يكون غير منتج. ومثال ذلك التزام الفنان أو الطبيب أو المدرس الخاص. على أنه يلاحظ أنه إذا كان لا يجوز في مثل هذه الأحوال قهر المدين بطريق مباشر على الوفاء، إلا أن المشرع قد هيا للدائن وسيلة غير مباشرة لحث المدين شخصياً على القيام بالتنفيذ العيني وهي وسيلة الغرامة التهديدية. فإن لم تفلح هذه الوسيلة فلا سبيل إلا التعويض يحكم به القاضي مراعيّاً فيه الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدا من المدين على النحو الذي سوف نراه تفصيلاً فيما بعد.

المطلب الثاني كيفية التنفيذ العيني

التنفيذ العيني للالتزام يتوقف على طبيعة محله. ولذلك يجب أن نعرض أولاً لموضوع التنفيذ العيني، فإذا ما انتهينا من ذلك يجب أن نتعرف على وسائل التنفيذ العيني، أي الوسائل التي رصدها المشرع لحمل المدين على التنفيذ العيني.

الفرع الأول موضوع التنفيذ العيني

التنفيذ العيني هو تنفيذ المدين عين ما التزم به. وعلى ذلك فلمعرفة موضوع التنفيذ العيني وكيفية القيام به لابد من الرجوع إلى محل الالتزام، وذلك لمعرفة ما يجب أن يقوم به المدين.

وتنقسم الالتزامات من حيث محلها إلى أنواع ثلاثة:

1. الالتزام بنقل حق عيني أو انشائه (الالتزام بإعطاء).

2. الالتزام بعمل.

3. الالتزام بامتناع عن عمل ([17]).

(17) [تعديلات سنة 2016 للتقنين المدني الفرنسي هجرت هذا التقسيم الثلاثي للالتزام، فالمادة 1101 من التقنين المدني الفرنسي الجديدة بصدد تعريفها للعقد لم تذكر على الإطلاق هذا التقسيم الثلاثي للالتزام الذي يمكن أن ينشأ عن العقد أو تعديله أو نقله أو انقضاءه حيث نازع بعد الفقهاء في هذا التقسيم انظر:

Note M. FabreMagnan, le maythe de l'obligation de donner RYD civ. 1996. 85.

أولاً: الالتزام بنقل حق عيني أو إنشائه) الالتزام بإعطاء:]

تتوقف كيفية التنفيذ العيني للالتزام بإعطاء على نوع المحل الذي يرد عليه هذا الالتزام. ولذلك يختلف تنفيذ هذا الالتزام باختلاف ما إذا كان الشيء محل التزام منقولاً أو عقاراً:

1 فإذا كان الشيء الذي يقع عليه الالتزام بإعطاء منقولاً، وكان معيناً بالذات ومملوكاً للمدين، اعتبر الالتزام منفذاً بمجرد نشوئه، وبقوة القانون. فتنقل ملكية المنقول المعين بالذات من البائع الذي كان مالكا له إلى المشتري مثلاً بمجرد العقد. وكذلك الحال بالنسبة لكافة الحقوق العينية الأخرى. ولا يشترط القانون أى شرط خاص لانتقال الملكية أو الحق العيني، فيعتبر المشتري مالكا للمبيع بمجرد العقد ولو لم يكن قد استلمه بعد من البائع

(م 204 مدني، قارن م 1196/1 مدني فرنسي الجديدة. (18) [18])

أما بالنسبة للالتزام المدين بتسليم المنقول، فإنه التزام بعمل، يمكن تنفيذه بعد ذلك جبراً على المدين. ذلك أن الالتزام بإعطاء يتضمن دائماً التزام المدين بالمحافظة على الشيء وبتسليمه) م 206 مدني، م 1197 مدني فرنسي الجديدة.)

فإذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالنوع، كبيع كذا كمية من الغلال، فإن الحق العيني لا ينتقل إلا بإفراز الشيء ولو قبل التسليم. ذلك أن الحق العيني سلطة مباشرة على الشيء. فلكي توجد هذه السلطة يجب أن يكون محلها محدداً بالذات، ولا يتم هذا التحديد أو التعيين بالذات إلا بعملية الإفراز فلو أن شخصاً باع لآخر خمسين أردباً من القمح، وجب إفراز الكمية حتى يتعين المبيع، وبمجرد الإفراز تنقل الملكية إلى المشتري ولو قبل التسليم.

إذا لم يتم المدين بتنفيذ التزامه بإفراز الشيء جاز للدائن أن يطالبه بالتنفيذ عيناً أو تعويضاً. والتنفيذ العيني يكون بحصول الدائن على شيء من النوع ذاته من الأسواق على نفقة المدين، بعد استئذان القضاء أو دون استئذانه في حالة الاستعجال. وللدائن كذلك أن يطالب المدين بقيمة الشيء فيكون التنفيذ في هذه الحالة بطريق التعويض، وليس أساسه أن التنفيذ العيني قد أصبح مستحيلاً، وإنما مرجعه أن الدائن قد ارتضاه ولم يمتنع فيه المدين ما دام هذا لم يعرض التنفيذ العيني. وفي الحالتين يكون للدائن أن يقضى فوق ذلك تعويضاً عما أصابه من ضرر من جراء التأخير في التنفيذ) م 205/ 2 مدني. (19) [19])

2 إذا كان الشيء الذي يقع عليه الالتزام بإعطاء عقاراً، كدار أو أرض محددة، فلا يكفي أن يكون العقار معيناً بالذات حتى ينتقل الحق العيني الأصلي إلى الدائن، وإنما يلزم القيام بإجراء معين لنقل الحق العيني الأصلي على هذا العقار، وهذا الإجراء هو الشهر أو العلانية عن طريق تسجيل التصرف المنشئ له في سجلات الشهر العقاري. وعلى ذلك فعقد البيع الوارد على عقار لا ينقل الملكية بذاته وبمجرد نشوء الالتزام، بل يقتصر على إنشاء التزام على البائع بنقلها. هذا الالتزام يمكن تنفيذه تنفيذاً عينياً جبراً على البائع. فإذا امتنع البائع من القيام بإجراءات التسجيل مع المشتري لنقل الملكية إليه، فإن المشتري يستطيع أن يلجأ إلى القضاء ويطلب التنفيذ العيني للالتزام جبراً على البائع، ووسيلته إلى ذلك دعوى صحة ونفاذ عقد البيع. فإذا صدر الحكم فيها بصحة عقد البيع ونفاذه يستطيع المشتري أن يسجل هذا الحكم، فتنقل إليه الملكية، وبذلك يقوم تسجيل الحكم مقام تسجيل العقد ذاته، وبذلك يتم التنفيذ العيني قهراً على المدين.

ويلاحظ أنه بالنسبة للحقوق العينية التبعية، كالرهن الرسمي والرهن الحيازي العقاري وغيرهما، فلا يشترط الشهر لنشوئها فيما بين المتعاقدين. غير أنه لا يحتج بهذا الحق في مواجهة الغير إلا إذا أشهر بطريق القيد. وحيث أن الحق العيني التبعية لا تظهر فائدته للدائن إلا بالاحتجاج به على الغير، أي الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة، بما له من الأفضلية، والمتصرف إليه بما له من حق التبعية. لذلك فإن التزام المدين بإنشاء حق رهن لدائنه يبقى غير نافذ إلى أن يتم القيد.

(18) [ولا يغير من هذا الحكم أن البائع قد يبيع المنقول مرة ثانية إلى مشتر ثان يتسلمه وهو حسن النية فتنقل إليه الملكية بمقتضى قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز) م 976 مدني (وذلك لأنه ليس معنى هذا أن الملكية لم تنتقل إلى المشتري الأول نتيجة لعدم تسلمه المبيع، وإنما انتقلت الملكية إليه بمجرد العقد ما دام المبيع منقولاً معيناً بذاته، أما المشتري الثاني، فلم يتلق الملكية من البائع بمقتضى البيع الثاني، إذ أنها قد زالت من البائع بمقتضى البيع الأول، بل يرجع سبب اكتسابه الملكية إلى واقعة الحيازة المستندة إلى سبب صحيح والمقتربة بحسن النية.

(19) [أنظر أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة 172 ص 148، إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 9 ص 17. في هذا الإطار أقدم المشرع الفرنسي في تعديلاته سنة 2016 على خطوة جريئة بأن وضع قاعدة عامة في قانون العقود وهي إمكانية إنقاص الثمن في حالة التنفيذ الناقص من جانب الدائن بعدما كانت قاصرة على حالات خاصة مثل المادة 1644 مدني فرنسي والتي تسمح بذلك في حالة العيوب الخفية وكذلك المادة L.21710 من تقنين الاستهلاك والخاصة بالضمان في الأحوال المخصصة = للاستهلاك والواردة في التوجيه الأوروبي. 1999/44/CE. وهذا يعد إنتصاراً للتصرف بالإرادة المنفردة وترسيخاً لصورة من صور العدالة الخاصة.

فالمادة 1223 من التقنين الفرنسي الجديدة تنص على أنه "يجوز للدائن، بعد إعدار المدين، قبول التنفيذ الناقص للعقد مع تخفيض متناسب للثمن " وإذا لم يتم الوفاء بعد، للدائن أن يخطر مدينه بقراره بتخفيض الثمن في أقرب وقت."

ثانياً :الالتزام بعمل:

أياً كان مضمون الالتزام بعمل سواء كان التزام ببذل عناية أو التزاماً بتحقيق نتيجة، فإن تنفيذ هذا الالتزام يقتضى صدور عمل إيجابى من المدين لذلك إذا لم يقم به المدين فإنه قد يتعذر، فى بعض الأحوال، الحصول على التنفيذ العينى جبراً عليه، لما فى هذا التنفيذ من مساس بحريته الشخصية. للوقوف على كيفية التنفيذ العينى للالتزام بعمل فإنه يجب التمييز بين فروض ثلاثة:

الفرض الأول : إذا كان يمكن تنفيذ الالتزام عيناً دون تدخل شخصى من جانب المدين .وفى هذا الفرض إذا قدر الدائن أن طبيعة الالتزام تسمح بأن يكون التنفيذ العينى كافياً حتى ولو قام به غير المدين، وامتنع المدين عن التنفيذ استطاع الدائن أن ينفذ الالتزام على نفقة المدين بعد استئذان القضاء، أو دون استئذانه فى حالة الاستعجال .ومثال ذلك تعهد مقاول ببناء منزل أو شق مصرف، أو التزام المؤجر بالقيام بالترميمات الضرورية فبالنسبة للدائن لا أهمية لشخص من يقوم بالبناء أو الترميم . لذلك يجوز للدائن أن يطلب ترخيصاً من القضاء فى تنفيذ الالتزام على نفقة المدين، بل ويجوز للدائن فى حالة الاستعجال أن ينفذ الالتزام على نفقة المدين دون ترخيص من القضاء) م 209 مدنى (من ذلك ما إذا ترتب على عدم قيام المؤجر بالترميمات الضرورية إن انفجرت مواسير المياه مثلاً) (20م) 568 مدنى.

الفرض الثانى : إذا كان تنفيذ الالتزام عينياً غير ممكن دون تدخل شخصى من المدين .كما إذا نص الاتفاق أو استوجب طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه فى هذه الحالة يمكن للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين) م 208 مدنى .(كما لو كان المدين ممثلاً أو مغنياً أو مصوراً .فإذا امتنع المدين عن القيام بالعمل المطلوب منه، فلا يمكن إجباره على التنفيذ العينى .إذ أن الإجبار فى هذه الحالة فيه مساس بحرية المدين الشخصية علاوة على أنه غير منتج .ولذلك يقتصر الدائن فى هذه الحالة على التنفيذ بطريقة التعويض .ومع ذلك يجوز أن يستعمل القاضى وسيلة الغرامة التهديدية لحمل المدين على التنفيذ العينى كما سوف نرى فيما بعد.

الفرض الثالث : أن تكون طبيعة الالتزام تسمح بأن يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ العينى .(21م) مثال ذلك هو امتناع البائع عن القيام بإجراءات تسجيل المبيع لنقل الملكية للمشتري، فى هذه الحالة يلجأ الدائن للقضاء ليحصل على الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع .فإذا حصل على هذا الحكم فإنه يقوم مقام عقد البيع الصالح للتسجيل وتنتقل الملكية بتسجيل الحكم ومن لحظة التسجيل دون حاجة إلى تدخل البائع .ومن ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة 102 مدنى من أنه إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه الموعد له طالباً تنفيذ الوعد وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة قام الحكم متى حاز قوة الشئ المقضى به مقام العقد الموعود به.

(20) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 11، ص 20. رغم أن التقنين الفرنسى بعد تعديله سنة 2016 لم يعد يأخذ بهذا المسمى إلا أن المادة 1222 الجديدة تنص على أنه "يجوز للدائن أيضاً، بعد إعدار المدين، وخلال مهلة وبكفء معقولتين، أن يقوم بنفسه بتنفيذ الالتزام، أو مطالبة المدين برد المبالغ التى انفقها لهذا الغرض " "يجوز للدائن أن يطلب من القضاء الزام المدين بأن يدفع مقدماً المبالغ اللازمة لهذا التنفيذ أو هذه الازالة".

(21) نفق 2/3/1986 س 37 ص 288.

ثالثاً :الالتزام بالامتناع عن عمل:

أن محل الالتزام فى هذه الحالة هو امتناع المدين عن القيام بعمل معين، ولذلك فإن مجرد قيام المدين بذلك العمل يعتبر إخلال بالالتزام ويرتب مسئوليته، ويكون بذلك ملزماً بالتعويض .لكن ليس معنى ذلك أن التنفيذ العينى يصبح مستحيلاً، فى كل الأحوال استحالة مادية بمجرد إخلال المدين بالتزامه، لأنه قد يكون التنفيذ العينى ممكناً بالنسبة للمستقبل عن طريق إزالة ما وقع مخالفاً للالتزام (22)، بل إن للدائن أن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين بعد الحصول على ترخيص من القضاء . واستئذان القضاء واجب دائماً ولو كانت الإزالة المطلوبة على وجه الاستعجال لما قد تؤدى إليه من أعمال العنف. (23) إذا استحال التنفيذ العينى لأن ما وقع من مخالفة لا يمكن تداركه، كما لو أفشى طبيب سراً من أسرار مهنته، أو كان فى التنفيذ العينى مساس بحرية المدين الشخصية، كما لو أخل ممثل بالتزام عليه بعدم التمثيل فى مسرح معين إذ يستحيل منعه من التمدادى فى المخالفة إلا بالحجر على حريته، أو كان فى التنفيذ العينى إرهاب للمدين لا يتناسب والفائدة التى ستعود منه على الدائن .(24) فى هذه الأحوال يكتفى القاضى بأن يحكم بتعويض نقدى .وفى جميع الأحوال للقاضى سلطة تقدير واسعة.

الفرع الثانى وسائل حمل المدين على التنفيذ العينى

التنفيذ العينى قد يكون اختياراً، يقوم به المدين طوعاً، وقد يكون جبراً على المدين .ووسائل التنفيذ الجبرى متعددة، منها المباشر، كوسيلة التنفيذ القهرى عن طريق السلطة العامة كأن يجبر المدين على تسليم الأرض التى التزم بتسليمها للدائن قهراً، وقد يكون التنفيذ الجبرى عن طريق الحجز على أموال المدين كما هو الغالب فى الحياة العملية، وقد يقوم الدائن بتنفيذ الالتزام على نفقة المدين، وقد يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ العينى، وقد يتكفل القانون نفسه بإجراء التنفيذ العينى، كانتقال ملكية المنقول المعين بالذات إلى الدائن بحكم القانون من وقت العقد، كل ذلك على النحو السابق بيانه .إلى جانب ذلك توجد

وسائل غير مباشرة للتنفيذ العيني، وهى الوسائل التى تعمل على حث أو حمل المدين على التنفيذ العيني. هذه الوسائل هى أولاً: الإكراه البدنى، ثانياً: التهديد المالى أو الغرامة التهديدية.

أولاً: الإكراه البدنى

كان المدين فى العصور القديمة يلتزم بالدين فى جسمه لا فى ماله. وقد كان الالتزام فى البداية عبارة عن علاقة شخصية محضة، ومصدراً للسلطة وقيداً قانونياً يتحول إلى استرقاق المدين أو قتله فى حالة عدم تنفيذه لالتزاماته. فقد كانت الأنظمة القانونية التى لم تبلغ حداً من التطور، لا تملك من الوسائل الفنية والقانونية ما يكفل تنفيذ الالتزام دون اعتداء على شخص المدين وسجنه واسترقاقه بواسطة الدائن. وبالرغم من قسوة ووحشية هذه الوسائل فإن فعاليتها لم تكن بالقدر الكافى، وإن كانت تتمتع بنوع من الزجر وتحقق بالتالى نوعاً من الوقاية. هذه الوسائل القانونية كانت تتفق مع عقلية العصر وتدل على افتقار هذه الأنظمة إلى الصياغة القانونية المتطورة.

فى المجتمعات الحديثة تطورت فكرة الالتزام، وبالتالي تطورت فكرة الجزاء، وأصبح المدين يلتزم فى ماله لا فى شخصه، وجزاء عدم تنفيذ الالتزام تعويض لا عقوبة. علاوة على ذلك أصبح الانتقام من المدين لا يمثل أى قيمة لدى الدائن، ولكن كل ما يهم الدائن هو حصوله على حقوقه التى كان ينتظرها ويرتب حياته عليها (25)، ولذلك فإن القوانين الحديثة قد تخلصت تقريباً من كل أثر للإكراه البدنى. وإن كان هناك بعض الحالات فى بعض القوانين الوضعية، فإنها لا تمثل إلا استثناء من الأصل. ومثال ذلك فى دين النفقة والحضانة والرضاعه والمسكن، إذا كان المحكوم عليه قادراً على القيام بما حكم به، وأمرته المحكمة بذلك فلم يمتثل، صدر حكم حبسه، ولا تزيد مدة الحبس عن ثلاثين يوماً، يخلى سبيله بعد انتهائها أو قبل انتهائها إذا أثر عليه الضغط فأدى ما حكم به أو أحضر كفيلاً. وحبس المدين فى هذه الحالة لا يعفيه من تنفيذ الحكم عليه بطريق الحجر على أمواله ومثال ذلك أيضاً جواز الإكراه البدنى لتحصيل المبالغ الناشئة عن الجريمة المقضى بها للحكومة ضد مرتكب الجريمة. ويكون هذا الإكراه بالحبس والمبالغ الناشئة عن الجريمة المقضى بها للحكومة هى 1: الغرامة 2: المصروفات والرد والتعويضات المقضى بها للحكومة. والإكراه البدنى فى الغرامة يبرئ ذمة المدين: خمسة جنيهاً عن كل يوم، أما الإكراه البدنى فى المصروفات والرد والتعويضات فإنه لا يبرئ ذمته وإنما هو مجرد ضغط عليه لإجباره على الوفاء، ومن ثم يجوز التنفيذ على ماله بعد الإكراه البدنى (26) الباب السادس من الكتاب الرابع من قانون الإجراءات الجنائية). لكن مما تجدر ملاحظته أنه فى الدول النامية مازال الإكراه البدنى وسيلة فعالة فى تنفيذ الالتزامات المدنية، وليس أدل على ذلك كثرة التجاء المتعاملين فى مصر إلى الشيك وحالياً إيصالات الأمانة للتدثر بالحماية الجنائية المقررة له. ولذلك كان المشرع اللبنانى أكثر واقعية عندما استبقى عقوبة حبس المدين عند التخلف عن الوفاء بالتزاماته) م 111 موجبات وعقود وما بعدها وفى تفصيل الإجراءات م 997 أصول محاكمات مدنية وما بعدها).

(22) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 10 ص 18 وقرن السنهورى، المرجع السابق، فقرة 798 حيث يعتبر ذلك من قبيل التعويض العيني وليس تنفيذاً عينياً للالتزام. (23) مثال ذلك التزام المدين بعدم تجاوز حد معين فى الارتفاع بالبناء، أو بعدم البناء فى جزء معين من الأرض المشتراة ويتجاوز المدين هذه القيود فإنه يجوز للدائن أن يطلب من القاضى إزالة البناء الزائد. وكذلك فتح محل تجارى بالمخالفة للالتزام بعدم المنافسة إذ يجوز الحكم بإغلاقه.

(24) أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة 178، ص 152.

(25) أنظر فى تفصيل ذلك مؤلفنا فى التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف، 1982، فقرة 1 ص 5.

(26) أنظر السنهورى: المرجع السابق، فقرة 801 ص 782.

ثانياً: التهديد المالى أو الغرامة التهديدية

إذا كانت القوانين الحديثة قد تخلصت تقريباً من كل أثر للإكراه البدنى، إلا أنه قد ظهرت الحاجة إلى نوع آخر من الإكراه لحمل المدين على التنفيذ العيني، خاصة فى الأحوال التى تتطلب تدخله الشخصى، فاهتدى القضاء الفرنسى إلى فكرة التهديد المالى أو الغرامة التهديدية. لذلك يجب أن نقف على ماهية الغرامة التهديدية ومجال عملها، وشروط الحكم بها، ثم نعرض فى النهاية لخصائص الحكم بالغرامة التهديدية وأثره.

1 ماهية الغرامة التهديدية ومجالها:

كيف ظهرت الحاجة إلى الغرامة التهديدية؟ نحن نعلم أن الأصل هو التنفيذ العيني، وأن المدين يجبر عليه ما دام هذا التنفيذ ممكناً. لكن فى بعض الأحوال يكون تنفيذ الالتزام عينياً غير ممكن وغير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه ولذلك فإن إجبار المدين بطريق مباشر على التدخل شخصياً للقيام بتنفيذ الالتزام لا يكون منتجاً، أو يقتضى حجراً على حريته الشخصية. فهل معنى ذلك أو امتناع المدين عن التنفيذ فى هذه الأحوال يجعل التنفيذ العيني مستحيلاً، ويجعل القاضى يستسلم ويحكم بالتنفيذ بمقابل. لو كان الأمر كذلك لأصبح التنفيذ العيني فى مثل هذه الأحوال متوقفاً على محض إرادة المدين.

من أمثلة ذلك الالتزام بتقديم حساب، أو الزام صاحب العمل بإعطاء شهادة خبرة للعامل عند انتهاء خدمته، أو القيام بعمل فنى، كغناء أو تمثيل أو تصوير، أو التزام الهيئات المحتركة لبعض الخدمات بتقديم خدماتها إلى من تعاقد معها، كتوريد المياه والنور والغاز. فى مثل هذه الأحوال نجد أن بعض هذه الالتزامات غير ممكن التنفيذ عينياً دون تدخل المدين. وبعضها تنفيذه غير ملائم دون هذا التدخل.

ولذلك قد اجتهد القضاء الفرنسي منذ القرن التاسع عشر في إيجاد وسيلة تعطى لأحكامه الفعالية اللازمة بالرغم من عدم وجود نص يخوله ذلك، وقد اهتدى إلى وسيلة التهديد المالي. وقد كانت حجتة في ذلك أنه ليس من سلطة القضاء أن يقول حكم القانون فحسب، بل إن من سلطته أيضاً أن يعطى لأحكامه الفعالية المطلوبة. (27)[27] واستمر هذا الاجتهاد يعوزه السند التشريعي إلى أن صدر قانون 5 يوليو 1972 بإعادة تنظيم الغرامة التهديدية وإعطائها الفعالية اللازمة. (28)[28] وبذلك أصبحت الغرامة التهديدية وسيلة غير مباشرة، ولكنها فعالة، لحمل المدين على التنفيذ العيني.

التهديدية؟

"فالغرامة التهديدية هي مبلغ من المال يقضى بالزام المدين بأدائه عن كل يوم أو أسبوع أو شهر أو أية فترة معينة من الزمن، أو عن كل إخلال يرد على الالتزام، ويقصد بهذه الغرامة التغلب على ممانعة المدين المتخلف. (29)[29]" فالغرامة التهديدية مبلغ من المال يحكم القاضي بالزام المدين بأدائه عن كل يوم وأية وحدة زمنية أخرى، يتمتع فيها المدين عن تنفيذ التزامه عيناً بعد صدور الحكم بإلزامه بهذا التنفيذ. كما هو واضح ليس الغرض من الغرامة التهديدية تعويض الدائن عن تأخر المدين عن الوفاء، بل المقصود بها تهديد المدين وإرهابه للتغلب على ممانعته وعنته، بالتالي حمله على التنفيذ العيني. ولهذا أجاز للقاضي أن يزيد في مقدار الغرامة إذا ظهر بعد ذلك، من إصرار المدين على عدم التنفيذ، أن المبلغ الذي حدد أولاً لم يكن كافياً لإكراه المدين على التنفيذ) م 1/ 213 مدني.

ويجد التهديد المالي مجالاً أوسع للتطبيق بالنسبة للالتزام بعمل، إذا كان تدخل المدين الشخصي ضرورياً لتنفيذه، وبالنسبة للالتزام بامتناع عن عمل، إذا أريد منع تكرار المخالفة في المستقبل (30)[30]، حيث أنه في هذه الأحوال يلجأ القاضي كثيراً إلى نظام الغرامة التهديدية للتغلب على تعنت المدين وإصراره على عدم التنفيذ. بينما لا يصادف التهديد المالي كثيراً في الالتزام بإعطاء، لأن الوسائل التي رصدها المشرع لبلوغ التنفيذ العيني مباشرة تغني عنه، من ذلك الرخصة المخولة للدائن في التنفيذ على نفقة المدين والسماح في بعض الحالات بأن يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ العيني، أو تكفل القانون نفسه بإجراء التنفيذ العيني.

في مجال الأحوال الشخصية يجوز الالتجاء إلى التهديد المالي في الالتزام بتسليم الأولاد إلى من له حق حضانتهم، وفي التزام الزوجة أن تذهب إلى محل الطاعة، وذلك لأن التنفيذ الجبري يكون عادة غير ملائم. (31)[31]

(27) انظر. Ph. Malaurie, L. Aynès, op. Cit, No. 639, p. 453.

(28) انظر. Ph. Malaurie, L. Aynès, op. Cit, No. 641, p. 454.

(29) مجموعة الأعمال التحضيرية، جزء 2، ص. 540.

(30) مثال ذلك التزام الممثل بالأداء في مسرح معين، أو التزام المهندسين بالأداء في مصنع منافس، أو التزام بائع المحل التجاري بالامتناع عن منافسة المشتري لهذا المحل، في هذه الأحوال يجوز عند وقوع المخالفة الحكم على المدين بغرامة تهديدية لمنع تكرار المخالفة في المستقبل. وبالتالي يتحصل الدائن على التنفيذ العيني للالتزام.

(31) انظر السنهاوري، المرجع السابق، فقرة 903 ص 784، وانظر تطبيقات القانون الفرنسي في هذا المجال. Ph. Malaurie, L. Aynès, op. Cit, Note. 25, p. 454.

2 شروط الحكم بالغرامة التهديدية:

يشترط للحكم بالغرامة التهديدية شرطان أساسيان:

الشرط الأول: أن يكون تنفيذ الالتزام عيناً ما زال ممكناً:

هذا الشرط يكشف عن العلة من تقرير الغرامة التهديدية. ذلك أن الغرض من الحكم بالغرامة التهديدية هو حمل المدين على تنفيذ التزامه عينياً، لذلك ينبغي أن يكون هناك التزام وأن هذا الالتزام لا يزال في الإمكان تنفيذه عيناً. فإذا لم يوجد التزام أصلاً، انتفت العلة من الغرامة التهديدية كوسيلة غير مباشرة للتنفيذ العيني للالتزام، ووجب على المحكمة أن ترفض الحكم بهذا التهديد المالي. فلا يجوز الالتجاء إلى التهديد المالي إكراه أحد الخصوم في دعوى على الحضور أمام المحكمة، إذ لا يوجد التزام على الخصم بذلك. كذلك لا يجوز الحكم على من اشترك في ارتكاب جريمة بغرامة تهديدية لحمله على إفشاء أسماء شركائه، لأنه ليس ملزماً قانوناً بذلك.

على أن وجود الالتزام لا يكفي وحده لتبرير الحكم بالتهديد المالي، بل يجب أن يكون تنفيذه عيناً ما زال ممكناً. لأن الهدف النهائي من التهديد المالي هو بلوغ التنفيذ العيني عن طريق المدين شخصياً. وعلى ذلك يتمتع الحكم بالغرامة التهديدية إذا أصبح تنفيذ الالتزام عيناً مستحيلاً، سواء رجعت هذه الاستحالة إلى فعل المدين، كقيام المدين بالالتزام بتقديم حساب بإعدام المستندات المثبتة لهذا الحساب، إذ في هذه الحالة لا مجال إلا للحكم بالتعويض، أو رجعت إلى سبب أجنبي، وفي هذه الحالة سوف ينقضى الالتزام ولا يحكم على المدين بشئ.

الشرط الثاني: أن يكون التنفيذ العيني غير ممكن وغير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه:

أن مجال التهديد المالي ينحصر في الحالات التي لا يمكن فيها بلوغ التنفيذ العيني مباشرة عن طريق ما رصده المشرع من وسائل في هذا الصدد على النحو السابق بيانه، وذلك لانتفاء الغرض منها لوجود وسيلة أخرى تفوقها سرعة وجدوى. حتى في هذا المجال، يلزم أيضاً للالتجاء إلى التهديد المالي أن يكون تدخل المدين ضرورياً أو مفيداً لتحقيق التنفيذ العيني. من أمثلة ذلك الالتزام بتقديم حساب أو مستندات، أو الالتزام بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل ملحوظ فيه شخصية المدين، كتعهد

فنان ممثل بالاشتراك فى مسرحية معينة، أو الامتناع عن التمثيل لمسرح معين، أو التزام هيئات الاحتكار بتقديم خدماتها للمستهلكين.

بالرغم من توافر هذا الشرط، إلا أن هناك من الحالات ما يمتنع فيها الالتجاء إلى التهديد المالى. من ذلك أن يكون فى الحكم بالتهديد المالى مساس بالحقوق الأدبية للمؤلف. فإذا تعهد كاتب ناشر بكتابة رواية مثلاً، أو إذا تعهد رسام لعمل برسم لوحة فنية، أو تعهد فنان بنحت تمثال لعمل معين، ثم امتنع المؤلف عن إتمام المصنف، أو رغم إتمامه امتنع عن تسليمه. فإنه لا يجوز فى هذه الأحوال الالتجاء إلى الغرامة التهديدية لحمله على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، لأن فى الالتجاء إلى التهديد المالى فى هذه الأحوال اعتداء على حقه الأدبى فى تقدير ملائمة نتاجه الفكرى للنشر أو للعرض من عدمه. ولا يكون أمام الدائن من سبيل إلا الالتجاء إلى التنفيذ بمقابل.

لكن يجب ألا يكون امتناع المؤلف عن القيام بالمصنف أو تسليمه راجعاً إلى إغراء بعرض أكبر من ناشر أو عميل آخر وإلا جاز الالتجاء إلى التهديد المالى لحمله على تنفيذ التزامه.

سلطة القاضى فى الحكم بالغرامة التهديدية:

إذا توافرت هذه الشروط جاز للمحكمة عند إصدارها لحكمها بالإلزام المدين بالتنفيذ العيني، أن تلزمه من تلقاء نفسها بدفع غرامة تهديدية أن امتنع عن التنفيذ (32) لأن سلطة القاضى ليست قاصرة على أن يقرر حكم القانون **Jurisdicito** فحسب ولكن من سلطته أيضاً أن يؤمن لأحكامه الفعالية المطلوبة. **(Imperium (33)** والحكم بالغرامة التهديدية يدخل فى اختصاص كافة أنواع المحاكم من عادية أو استثنائية، ومن مدنية أو تجارية أو جنائية إذا كانت تقضى فى التزام مدنى. كما أن هذا الاختصاص ثابت لقاضى الأمور المستعجلة دون أن يصل إلى تحويل الغرامة التهديدية إلى تعويض حيث أن ذلك يخرج عن سلطته. **(34)**

الحكم بالغرامة التهديدية أمر جوازى لمحكمة الموضوع تقدره بحسب ظروف الدعوى، ولا يخضع تقديرها فى هذا الشأن لرقابة محكمة النقض، أما توافر شروط الحكم بهذه الغرامة فمسألة قانونية تدخل فى اختصاص هذه المحكمة. كما أن طلب الحكم بالغرامة التهديدية يجوز إبداءه فى أية حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف لأن هذا الطلب لا يعتبر فى الحقيقة طلباً قضائياً بالمعنى المعروف.

(32) انظر فى ذلك: السنهاوى، المرجع السابق، فقرة 803 ص 784 حيث يرى ضرورة أن يطالب الدائن بالتهديد المالى، وأيضاً محمود جمال الدين زكى، الوجيز فى النظريات العامة للالتزامات 1978، فقرة 380 ص 751.
(33) انظر: Ph. Maluarie, L. Aynès, op. Cit, No. 639, p. 453.
وانظر فى تأييد وجهة النظر هذه إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 18، ص 28، أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة 184، ص 157، جلال العدى، المرجع السابق، ص 130.
(34) أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة 184، ص 157.

3 خصائص الحكم بالغرامة التهديدية وطبيعته:

إن الهدف من الغرامة التهديدية، كوسيلة لحمل المدين على تنفيذ التزامه عيناً، له تأثيره الواضح على خصائص وطبيعة الحكم الصادر بها وأثره.

أ خصائص الحكم بالغرامة التهديدية وطبيعته:

يتميز الحكم بالتهديد المالى بخصائص ثلاثة:
الخاصية الأولى: أنه وسيلة تهديدية **Comminatoire** وهذه الخاصية تكشف بوضوح الهدف من التهديد المالى، حيث أن العلة من وجوده هو الضغط على إرادة المدين لحمله على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً. ولذلك كان تقدير التهديد المالى عن كل وحدة من الزمن يتأخر فيها المدين عن تنفيذ التزامه، أو عن كل مرة يخل فيها بالتزامه، ولا يتم تقديره بمبلغ إجمالى دفعة واحدة، وذلك حتى تتحقق الحكمة منه وهو الضغط على إرادة المدين، فإذا طال وقت تأخره عن التنفيذ كلما زاد مبلغ الغرامة التهديدية. كما أن تقدير التهديد المالى يكون تقديراً تحكيمياً فلا مقياس له إلا المقدار الذى يرى القاضى أنه منتج فى تحقيق غايته، وهى حمل المدين على التنفيذ ولذلك يراعى فيه القاضى المركز المالى للمدين، ودرجة تعنته. فلا يشترط فيه أن يكون مقارباً للضرر، بل لا يشترط وجود الضرر أصلاً. ويجوز للقاضى أن يزيد فيه كلما رأى داعياً للزيادة) م 2/ 213 مدنى (وبهذه الخاصية يتميز الحكم بالغرامة التهديدية عن الحكم بالتعويض. إذ التعويض لابد أن يكون على قدر الضرر.

الخاصية الثانية: أن الحكم بالغرامة التهديدية يعد حكماً وقتياً **Provisoire** مصيره إلى التصفية **Liquidation** وفقاً للموقف النهائى للمدين. ويترتب على ذلك أن المحكمة التى أصدرته تملك إعادة النظر فيه. كما أن هذا الحكم لا يكون واجب التنفيذ، إلا إذا تحول إلى تعويض نهائى. **(35)**

الخاصية الثالثة: الغرامة التهديدية لا تعتبر ديناً محققاً فى ذمة المدين. ويترتب على ذلك أنه لا يجوز التنفيذ بالحكم الصادر بها على أموال المدين، بل يجب الانتظار لحين التصفية النهائية لأنها ليست ديناً محدداً، حتى يعاد النظر فيه، فينفذ بالمبلغ

الذى يحكم به القاضى كتعويض عن التأخير أو عن عدم التنفيذ على حسب الأحوال .ولذلك لا تعتبر الغرامة التهديدية عقوبة خاصة (36)]، لأن العقوبة واجبة التنفيذ.

(35) وقد احتفظت الغرامة التهديدية فى فرنسا بهذه الخصائص فى قانون 5 يوليو 1972 ، وإن كان أجاز هذا القانون للقاضى الحكم بعدم تصفيتها والحكم فيها بصفة نهائية Ph. Maluarie, L. Aynès, op. Cit., No. 641, 454, A Weill, F. Terré droit civil. Les obligations, 4 èd. Dalloz 1986 No. 834, p. 851, notam No. 237, P. 856.

J. Carbonnier, Droit Civil, les obligations 4, P, U. F. 1979, No. 154, p. 579 et s.

B. Starck, Droit civil, Obligations, 1972, No. 2516, P. 762 et s.

(36) انظر عكس ذلك، أستاذنا الدكتور جلال العدوى، المرجع السابق، ص 133 وفى فرنسا بعد قانون 5 يوليو 1972 أصبحت الغرامة التهديدية عقوبة خاصة فى الحالة التى يحكم بها القاضى بصفة نهائية دون تعديل .أنظر:

Ph. Malaurie, L. Aynès, op. Cit., No. 461, p. 454.

ب أثر الحكم بالتهديد المالى:

بعد الحكم بالغرامة التهديدية على المدين، فإن هذا الحكم قد يؤتى ثماره ويقطع المدين عن عناده ويعمد إلى تنفيذ التزامه . وقد يتبدد أثره ويصر المدين على موقفه ويصمم على عدم التنفيذ .وفى الحالتين يكون الموقف قد تكشف نهائياً، فلم يعد هناك جدوى من استبقاء التهديد المالى بعد أن استنفذ غرضه .ومن ثم وجب على القاضى أن يعيد النظر فى حكمه ليفصل فى موضوع الخصومة أى مصير الغرامة التهديدية إلى التصفية :فإذا كان المدين قد رضخ فى النهاية وقام بتنفيذ التزامه، فإنه سيطلب من القاضى أن يحط عنه الغرامة وأن يحكم عليه بتعويض عن التأخير وهو بطبيعة الحال أقل من مقدار الغرامة التهديدية، ولو أن القاضى يراعى فى تقديره، بجانب الضرر الذى أصاب الدائن من جراء التأخير، مقدار العنت الذى بدا من المدين .وإن أصر المدين على عناده نهائياً، قدر التعويض الواجب عن الضرر الناشئ عن عدم الوفاء ولكن ينبغى أن يراعى فى هذا التقدير ما يكون من أمر ممانعة المدين تعنتاً باعتبار هذه الممانعة عنصراً أدبياً من عناصر احتساب التعويض. (37)]

وفى فرنسا قد أعطى قانون 5 يوليو 1972 لنظام الغرامة التهديدية فعالية أكثر بإعادة تنظيمها من جديد .وقد أقر النظام الجديد نوعين من الغرامة التهديدية، الغرامة التهديدية المؤقتة، وهى تمثل المبدأ، وتحتفظ بكل السمات التقليدية لهذا النظام والسابق بيانها .والغرامة التهديدية النهائية، حيث أجاز القانون للقاضى الحكم بالغرامة بصفة نهائية دون أن يقوم بتصفيته .وهذا النوع له بطبيعة الحال تأثير فعال ويؤدى إلى إثراء الدائن بصورة مبالغ فيها .وتأخذ الغرامة التهديدية فى هذه الحالة شكل العقوبة الخاصة وهذا النظام يتعرض لانتقادات شديدة من جانب الفقه. (38)]

القسم الأول آثار الالتزام

(37) المذكرة الإيضاحية، الأعمال التحضيرية، ج 2 ، ص. 540

(38) أنظر. Ph. Malurie, L. Aynès, op. Cit., No. 641, p 45.

من أجل ذلك قد صدر قانون 9 يوليو 1991 الخاص بتعديل إجراءات التنفيذ المدنية والذى نقح وحدث أحكام الغرامة التهديدية) يدخل فى نطاق التطبيق اعتباراً من أول يناير 1993) هذا القانون له الفضل فى تحسين أحكام الغرامة التهديدية من ثلاثة نواح :نطاق الاختصاص بالحكم بالغرامة التهديدية، طريقة تصفيتها، وكيفية تنفيذها، أنظر فى ذلك:

E. Chabas, La réforme de l'astreinte. D. 1992, p. 299.

R. Perrot, l'astreinte ses aspects nouveaux, Gaz. Pal, 2 sem. 1991, p. 801.

وقد عالج المشرع الفرنسى الغرامة التهديدية فى المواد L.1311 à L.1314 وذلك بالمرسوم التشريعى لقانون التنفيذ رقم 1895 لسنة 2011 فى 19 ديسمبر 2011 ، والمواد R.1311 à R.1314 بمقتضى المرسوم التنفيذى رقم 891 لسنة 2012 فى 30 مابز. 2012.

1 أثر الالتزام هو وجوب تنفيذه:

إن أثر الالتزام، أى كان مصدره، هو وجوب تنفيذه .مما لا شك فيه أن احترام الالتزامات أصبح الآن من الضرورات القصوى للحياة القانونية والاقتصادية وإنه لمن السهل تصور مدى ما يلحق بهذه الحياة من اضطراب إذا ما تخلف المدينون فجأة عن الوفاء بالتزاماتهم .إن عدم تنفيذ الالتزام يعد انقطاعاً للتوازن الاقتصادى المؤسس على الثقة المشروعة فى المعاملات والتى فى نهاية الأمر قد انخسعت.

فإذا كان الالتزام رابطة قانونية بين شخصين، الدائن والمدين إلا أن عدم تنفيذه قد يمس الغير من قريب أو من بعيد، لما لعدم التنفيذ من صدق اجتماعى واقتصادى، فالحياة الاقتصادية والاجتماعية ما هى إلا سلسلة من الالتزامات متداخلة الحلقات . والأصل هو التنفيذ العيني للالتزام، أى يقوم المدين بأداء عين ما التزم به .لأن هذا ما ينتظره الدائن ويرتب عليه شؤنه ولذلك نجد أن المبدأ هو أن يُنفذ الالتزام جبراً على المدين" فيجبر المدين، بعد إعداره، على تنفيذه عيناً، متى كان ذلك ممكناً فإذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً، أو إذا كان فى هذا التنفيذ مساس بشخصه أو إرهاب له، حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه .وبين الإمكان والاستحالة رصد المشرع العديد من الوسائل التى تؤدى إلى إدراك التنفيذ العيني مباشرة دون تدخل شخصى من جانب المدين، أو التى تؤدى إلى حمل المدين نفسه على تنفيذ التزامه عيناً كما سوف نرى ذلك تفصيلاً فيما بعد.

وقد يقوم المدين بالتنفيذ العيني أو بمقابل طوعاً أو اختياراً أو قد لا يقوم بذلك، وهنا ندخل منطقة التنفيذ الجبرى ووسائل التنفيذ الجبرى متعددة .فقد يكون بوسيلة التنفيذ القهرى عن طريق السلطة العامة، كان يجبر المدين على تسليم الأرض التى التزم

بتسليمها للدائن قهراً، وقد يكون التنفيذ الجبرى عن طريق الحجز على أموال المدين. وكل ذلك لا يصدق، بطبيعة الحال، إلا بالنسبة للالتزام المدنى دون الالتزام الطبيعى. فما هو إذن حكم الالتزام الطبيعى؟

2. الالتزام الطبيعى:

إن السمة الواضحة للالتزام الطبيعى هو عدم جواز تنفيذه قهراً عن المدين. ولذلك يجب أن نقف على فكرة الالتزام الطبيعى، ثم نعرض بعد ذلك لنظامه القانونى.

أولاً: فكرة الالتزام الطبيعى:

سنعرض باختصار لماهية هذا الالتزام وتطوره لنقف على الفرق بينه وبين الالتزام المدنى.

1 التعريف به:

سبق أن رأينا أن جوهر الالتزام هو الرابطة القانونية، ومالية الأداء، ومسئولية المدين عن تنفيذ التزامه فى جميع أمواله. ولاستكمال بيان ماهية الالتزام يجب تحليل تلك الرابطة إلى عناصرها الأولية التى تتكون منها. وقد أثبتت الدراسات التاريخية أن فكرة الالتزام لم تنشأ إلا باجتماع عنصرين، هما عنصر المديونية وعنصر المسؤولية. فالعنصر الأول، المديونية، تعبر عن الواجب الذى يفرض على الشخص القيام بأداء معين، سواء كان عملاً سلبياً أو إيجابياً، لمصلحة شخص آخر له حق تلقى هذا الأداء. وتتقاضى المديونية بالوفاء الاختيارى ولا تخول الدائن أية سلطة لقهر المدين على الوفاء. أما العنصر الثانى، المسؤولية، فمقتضاها يكون المدين مسؤولاً عن تنفيذ دينه، أى رابطة المسؤولية هى التى تضمن للدائن حصوله على حقه، إذ أن جوهرها هو فكرة القهر والإجبار، فيكون للدائن أن يستأدى حقه قهراً. (39)

وعلى ضوء هذا نستطيع أن نقول أن الالتزام المدنى هو الالتزام الذى يتحقق فيه عنصرا المديونية والمسؤولية. ولهذا يستطيع الدائن أن يجبر المدين على تنفيذه، أى يمكن تنفيذه جبراً على المدين، وهذا هو الوضع العادى للالتزام. (40)

أما الالتزام الطبيعى فهو التزام ناقص (41)، أى لا يتضمن سوى عنصر واحد وهو عنصر المديونية دون عنصر المسؤولية. ويترتب على ذلك أنه لا جبر فى تنفيذه. لكن يترتب على توافر عنصر المديونية فى الالتزام الطبيعى أن المدين يستطيع، استجابة لعنصر الواجب الذى يقع على عاتقه، أن يقوم بتنفيذه تنفيذاً اختيارياً، رغم علمه بأن القانون لا يجبره على هذا التنفيذ وفى هذه الحالة يعتبر الوفاء الذى يقوم به المدين بإرادته وفاءً صحيحاً، ولا يعد تبرعاً، ولا يستطيع أن يسترد ما أداه طالما أنه عالم بأنه يوفى بالتزام طبيعى. كما أن تعهد المدين بتنفيذ الالتزام الطبيعى ينشئ التزاماً مدنياً فى ذمته. وهذا التعهد لا يعد تبرعاً بل يجد سببه فى قصد الوفاء بالالتزام الطبيعى.

ويعتبر الالتزام الطبيعى مرتبة وسطى بين الالتزام المدنى والواجب الخلقى. فهو لا يرقى إلى منزلة الالتزامات المدنية كما أنه لا ينزل إلى درجة الواجبات الأخلاقية. (42) فهذه الالتزامات الطبيعية تعتبر فى جوهرها واجبات خلقية ارتفعت فى وعى الجماعة إلى مرتبة من القوة لا يجوز معها للقانون أن يتجاهلها. (43) ولهذا فإنه إذا كانت هذه الالتزامات لا سبيل للدائن إلى تنفيذها جبراً، إلا أنها مع ذلك تعتبر التزامات قائمة فى ذمة المدين بها، وإن كان أمر تنفيذها متروكاً لإرادته (44)، فإذا أظهر المدين بها إرادته فى أدائها، سواء بأن أداها فعلاً أو تعهد بأدائها، فهو لا يعتبر متبرعاً فى نظر القانون. وذلك على عكس الحال بالنسبة للواجب الخلقى المجرد. فمساعدة جار تعتبر واجب خلقى لم يرق فى وعى الجماعة إلى مرتبة الالتزام الطبيعى، فاعلها يؤدى واجباً عليه فى نظر الأخلاق ولكنه متبرع فى نظر القانون. (45) بينما التزام النفقة على الأقارب الذين لا يلزم الشخص بالإنفاق عليهم قانوناً يعتبر التزاماً طبيعياً أمر الوفاء به متروك لإرادة المدين وحدها، ولا جبر فى تنفيذه، إلا أنه متى تم تنفيذه لا يكون هذا التنفيذ تبرعاً بل هو وفاء للالتزام قائم فى الذمة، ولم يكن فى استطاعة المدين أن يسترد ما أداه باختياره قاصداً أن يوفى التزاماً طبيعياً. (46)

(39) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 10 ص 24، 25.

(40) أستاذنا الدكتور توفيق فرج، المرجع السابق، ص 15.

(41) انظر:

Ph. Malaurie, L. Aynès, Droit Civil. Les obligations. Éd. Cuqas, 1985, No. 721 p. 512.

(42) قارن عبد الرزاق أحمد السنهورى، الوجيز فى شرح القانون المدنى نظرية الالتزام بوجه عام، فقرة 779 ص 751، أستاذنا الدكتور سمير تناغو، أحكام الالتزام، محاضرات لطلبة السنة الثانية بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية العام الجامعى

88/ 1989.

(43) إسماعيل غانم، المرجع السابق، الجزء الثانى، فقرة 116، ص 256.

(44) انظر: عبد المنعم البدرأوى، النظرية العامة للالتزامات، فى القانون المدنى المصرى، الجزء الثانى، أحكام الالتزام، مكتبة سيد عبد الله وهبة 1973،

فقرة 3 ص 11.

(45) إسماعيل غانم، المرجع السابق، الجزء الثانى، فقرة 116، ص 256.

(46) عبد المنعم البدرأوى، المرجع السابق، فقرة 3، ص 11.

2 تطوره التاريخي:

في القانون الروماني ظهرت فكرة الالتزام الطبيعي كوسيلة فنية للتخفيف من قسوة وجمود بعض أحكامه. لذلك كان يعترف بوجود التزامات طبيعية في بعض الحالات التي لا ينشأ فيها، وفقاً لأحكام القانون الروماني، التزام مدني نتيجة لتخلف شرط شكلي أو كآثر من آثار بعض الأنظمة القانونية، كنظام الرق والسلطة الأبوية، فمثلاً قيل بأنه ولو لم ينشأ التزام مدني من عقود الأرقاء والأبناء التي يعقدونها لصالحهم، إلا أنه ينشأ منها التزام طبيعي. ([47])

ثم انتقلت بعد ذلك فكرة الالتزام الطبيعي إلى القانون الكنسي، ثم إلى القانون الفرنسي القديم، ومنه إلى مجموعة نابليون. بعد صدور مجموعة نابليون حرص الفقه الفرنسي على التفرقة بين القانون والأخلاق، وعمل على التقريب بين الالتزام الطبيعي والالتزام المدني، وباعد بينه وبين الواجب الخلقي.

وقد ظل الفقه الفرنسي طوال القرن التاسع عشر أميناً على هذا التصوير وذلك بالنظر إلى الالتزام الطبيعي على أنه التزام مدني منحل أي التزام قانوني حالت عقبة قانونية دون نشوئه أو دون بقاءه. وعلى هذا الأساس حصر الفقه حالات الالتزام الطبيعي في طائفتين: **الطائفة الأولى**، تشمل التزامات لم تستكمل الأركان أو الشروط التي استلزمها القانون لنشئها كالتزامات مدنية، كما في حالة التزام ناقص الأهلية، والالتزام الناشئ من تصرف لم يستكمل الشكل القانوني (كهبة غير رسمية). (فإن إبطال التصرف أو بطلانه في مثل هذه الحالات يحول دون نشوء الالتزام المدني، فلا يقع على عاتق المدين إلا التزام طبيعي. **الطائفة الثانية**: تشمل الالتزامات التي كانت في الأصل التزامات مدنية قرر القانون انقضاءها رغم أن الدائن لم يستوف حقه، يتخلف وراءها التزامات طبيعية، ومثال ذلك حالة انقضاء الالتزام المدني بالتقادم فيخلف عنه التزام طبيعي. فالالتزام الطبيعي في نظر هؤلاء الفقهاء ليس واجباً خلقياً يعترف له القانون بآثار معينة، وإنما هو واجب كان يتحتم عقلاً قهر المدين على تنفيذه لولا أن المشرع سلبه قوته العادية لاعتبارات خاصة. ([48])

غير أن القضاء الفرنسي لم يتفقد بهذه النظرة الضيقة للالتزام الطبيعي، وإنما ذهب إلى الاعتراف بالالتزام الطبيعي في كافة الحالات التي يرقى فيها الواجب الخلقي في وعي الجماعة إلى درجة معينة من القوة بحيث لا يستطيع القانون أن يتجاهل ما يترتب عليه من آثار معينة. ولذلك لا يعتبر المدين متبرعاً إذا وفى به أو تعهد بأدائه في هذه الحالات ([49]).

في نهاية المطاف تم تعديل قانون العقود والنظام العام للإثبات والالتزامات في تقنين نابليون بالمرسوم رقم 131 - 2016 في 10 فبراير 2016. جاءت المادة 1100 في هذه التعديلات لتبين بوجه عام مصادر الالتزام فنصت في فقرتها الأولى على أن " تنشأ الالتزامات من التصرفات القانونية، والوقائع القانونية، أو فقط من سلطان القانون. "

وفي الفقرة الثانية والتي كرستها هذه التعديلات للالتزام الطبيعي فنصت على أن " الالتزامات يمكن أن تنشأ من التنفيذ الإرادي أي الاختياري أو من الوعد بالتنفيذ لواجب نابع من الضمير تجاه الغير. " وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد أقر ما إستقر عليه القضاء الفرنسي.

وقد ساد هذا التصوير الحديث للالتزام الطبيعي وأخذ به المشرع المصري في التقنين المدني الحالي.

ثانياً: نظام الالتزام الطبيعي:

وندرس في هذا المجال نطاق الطبيعي وآثاره.

1 نطاق الالتزام الطبيعي:

وهنا يجب أن نعرض لحالاته، ثم بعد ذلك نتعرف على تطبيقاته.

أ حالاته:

تنص المادة 200 من التقنين المدني على أنه " يقدر القاضي عند عدم النص، ما إذا كان هناك التزام طبيعي، وفي كل حال لا يجوز أن يقوم بالالتزام طبيعي يخالف النظام العام. "

يتضح من هذا النص أن حالات الالتزام الطبيعي ليست محددة على سبيل الحصر، وإنما أمر تقرير وجود الالتزام الطبيعي متروك للقاضي. وذلك لأن الالتزام الطبيعي واجب خلقي ارتقى في وعي الجماعة إلى مرتبة خاصة من القوة بحيث لا يستطيع القانون أن يتجاهلها. ولذلك كانت صور الالتزام الطبيعي متغيرة بتغير الوعي الخلقي في الجماعة. ([50]) وعلى ضوء هذا المعيار يستطيع القاضي أن يقرر وجود التزام طبيعي من عدمه. كما أن المشرع أورد قيداً طبيعياً وهو عدم مخالفة الالتزام الطبيعي للنظام العام. ولنر كلاً من هذين القيدين:

القيد الأول: يمثل المعيار الذي يركن إليه القاضي في تقدير وجود التزام طبيعي من عدمه. هذا المعيار يتمثل في ضرورة أن يرقى الواجب الخلقي في وعي الجماعة إلى مرتبة خاصة من القوة بحيث يصبح الوفاء به ليس مجرد تبرع وإنما وفاء بواجب يمليه الضمير والشرف. وكما هو واضح فإن هذا المعيار يعد معياراً موضوعياً لا ذاتياً، بمعنى أنه لا يعتمد في تقدير وجود الالتزام الطبيعي على الضمير الخلقي للقاضي ذاته أو الإحساسات الذاتية للفرد وإنما على الوعي الخلقي للجماعة. وتطبيقاً لذلك أن من يحسن إلى جار فقير يعتبر متبرعاً ولو أعلن أنه لا يعتبر نفسه كذلك وإنما موفياً بالالتزام الطبيعي، بل ولو كان

إعلانه هذا مطابقاً للحقيقة بسبب ما يتميز به من إحساس مرهف. (51)] وذلك لأن المعيار المعول عليه في هذا الصدد هو معيار موضوعي مجرد يعتد فيه بوعي الفرد العادي في المجتمع، لا معيار شخصي يختلف من فرد إلى آخر. بينما على العكس من ذلك نجد أن قيام الأب بتجهيز البنات عند الزواج يعتبر تنفيذاً للالتزام الطبيعي لأنه استجابة لواجب خلقى تعارفت الجماعة على وجوب الوفاء به. (52)]

ولكن يجب ألا يفهم من ذلك أننا نتجاهل كلية وعي الفرد حيث أننا سوف نرى أن آثار الالتزام الطبيعي لا تترتب عليه إلا إذا شارك الفرد للجماعة شعورها بالزامه.

القيد الثاني: عدم تعارض الالتزام الطبيعي مع النظام العام. وهذا القيد بديهي، كان سيؤخذ به لو لم ينص عليه المشرع، لأن ذلك يعتبر مبدءاً عاماً يهيمن على جميع الالتزامات في نشأتها. (53)] وتطبيقاً لذلك لا يمكن أن يتخلف عن الالتزامات المدنية الباطلة لمخالفتها للنظام العام أو لعدم مشروعيتها التزامات طبيعية. فالوعد بتقديم مبلغ من المال لإيجاد علاقات غير شرعية باطل، ولا يمكن أن يتخلف عنه التزام طبيعي، والاتفاق على ارتكاب جريمة في مقابل من المال باطل، ولا ينشأ عنه التزام طبيعي.

ب تطبيقاته:

اتضح لنا على ضوء ما تقدم أن تطبيقات الالتزام الطبيعي على سبيل المثال لا الحصر. ويمكن تصنيف هذه التطبيقات وفقاً لما جرى عليه الفقه، في طائفتين:

الطائفة الأولى: تشمل الالتزامات الطبيعية والمتخلفة من التزامات مدنية. كما هو شأن الالتزامات التي تسقط بالنقادم، أو تنتقضي بتصلح المفسد مع دائنيه، أو تزول بإبطال التصرف المنشئ لها لعدم توافر الأهلية اللازمة.

الطائفة الثانية: تمثل الالتزامات التي تنشأ من الأصل واجباً خلقياً، كاللزام الشخص بالإنفاق على ذوى القربى ممن لا يلزمه نفقتهم قانوناً.

لكن يجب ألا يحجب هذا التقسيم عنا جوهر فكرة الالتزام الطبيعي، وهو أن الالتزام الطبيعي في كافة صورته يقوم على أساس واجب خلقى. ولذلك يمكن أن نصادف تطبيقات للالتزام الطبيعي في مجالات أخرى عديدة. فمثلاً يمكن أن نجد أن هناك التزامات طبيعية تستند إلى واجب الوفاء بالعهد، ومنها ما يستند إلى واجب عدم الإضرار بالغير، ومنها ما يستند إلى واجب عدم الإثراء على حساب الغير، ومنها ما يستند إلى واجب الاعتراف بالجميل، ومنها ما يستند إلى واجب المساعدة. (54)]

(47) عبد المنعم البدر، المرجع السابق، فقرة 4، ص 11، السنهاوي، المرجع السابق، فقرة 780 ص 753.

(48) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 117 ص 258، عبد المنعم البدر، المرجع السابق، فقرة 4، ص 12.

(49) انظر:

civ. 14 janv. 1952. D. 1952, 144, not lenosuan, civ. 1er, 4 janv. 2005, no 0128.904: Bull. Civ. I, no 4; D. 2005. 1393 note G.

Loiseau; JCP. G 2005. II 10159, note M. MEKKI; RTD. Civ. 2005. 397, obs. J. Mestre et B. Fages.

(50) إسماعيل غانم، المرجع السابق، الجزء الثاني، فقرة 1218، ص 260، عبد المنعم البدر، المرجع السابق، فقرة 5 ص 13.

(51) إسماعيل غانم، المرجع السابق، الجزء الثاني، فقرة 118، ص 161.

(52) عبد المنعم البدر، المرجع السابق، فقرة 5 ص 14.

(53) انظر في مصادر الالتزام الطبيعي أستاذنا الدكتور مصطفى الجمال، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، 1990 ص 285، 286.

(54) انظر في تفصيل أكثر إسماعيل غانم، المرجع السابق، الجزء الثاني، فقرة 119 ص 263، عبد المنعم البدر، المرجع السابق، فقرة 7 ص 17.

2 آثار الالتزام الطبيعي: (55)]

إذا كان من أهم ما يميز الالتزام الطبيعي أنه لا ينطوي على عنصر المسؤولية، بحيث لا يمكن قهر المدين على تنفيذه، إلا أن هذا الالتزام ليس عديماً من كل أثر، بل هناك آثار إيجابية وآثار سلبية تترتب على آثاره الإيجابية:

هناك أثاران إيجابيان للالتزام الطبيعي:

أولاً: الوفاء الاختياري بالالتزام الطبيعي يعد وفاء بدين مستحق في الذمة وليس تبرعاً. ويترتب على ذلك أنه لا يجوز أن يسترد ما وفاه، كما أن الوفاء به لا يخضع لأحكام التبرعات، سواء من حيث الشكل أو الموضوع ولا يجوز الرجوع فيه، ولا تجرى عليه أحكام الوصية إذا ماتم في مرض الموت. (56)]

على أنه يشترط لاعتبار أداء الالتزام الطبيعي وفاء بدين لا تبرعاً شرطان:

الأول: أن تكون إرادة المدين خالية من العيوب. وعلى ذلك إذا كانت إرادته معيبة بعيب من عيوب الإرادة، كإكراه أو غلط، أو تدليس مثلاً، جاز للمدين أن يسترد ما وفاه بدعوى استرداد ما دفع بغير حق. **والشرط الثاني:** أن يكون المدين قد قصد الوفاء بالالتزام الطبيعي عليه لا التبرع بما أدى، أي أن يكون الواجب الخلقى الذي يسند الالتزام الطبيعي في وعي الجماعة قد بلغ هذا الشأن في وعي المدين كذلك (57)] وعلى ذلك إذا تخلف هذا الشرط بشقيه فإن الأداء الذي قام به المدين يعد تبرعاً لا وفاء.

هذا ويلاحظ أن هذا الأثر ليس مطلقاً، فهو من ناحية، قاصر فقط على طرفيه ولا يتعداهما إلى باقي الدائنين، حيث أن هذا الوفاء يأخذ حكم التبرع بالنسبة لهم، بمعنى أنه إذا كان المدين الذي وفى بالالتزام طبيعي معسراً، جاز للدائنين بالتزامات مدنية

أن يطعنوا في هذا الوفاء بالدعوى البوليصية ولو كان كل من المدين والدائن بالتزام طبيعي حسن النية. (58)] ومن ناحية أخرى أن هذا الوفاء لا يحيل الالتزام الطبيعي إلى التزام مدنى – ولذلك لا يستطيع الموفى إليه أن يرجع على الموفى بدعوى ضمان الاستحقاق إذا ثبت أن الشئ الموفى به مملوكاً للغير. كما أن الوفاء الجزئى، أى بجزء من الدين الطبيعي لا يسوغ للدائن مطالبة المدين بتكملة الوفاء. (59)]

ثانياً: صلاحية الالتزام الطبيعي لأن يكون سبباً لإنشاء التزام مدنى ويتحقق ذلك إذا رغب المدين فى الوفاء بالتزام طبيعى عليه دون استطاعته ذلك فى الحال فيقتصر على التعهد بالوفاء به ويكون سبب الالتزام المدنى فى هذه الحالة هو قصد الوفاء بالتزام طبيعى) م 202 مدنى. (هذا التعهد وما يترتب عليه من نشوء الالتزام المدنى يتم بإرادة المدين وحده ودون حاجة إلى قبول الدائن، ولذلك يكون لدائنى هذا الأخير أن يوقعوا الحجز تحت يد المدين. هذا الأثران أقرهما التقنين المدنى الفرنسى بعد تعديله فى 2016 فى المادة 1100/2 مدنى فرنسى.

وأساس تحول الالتزام الطبيعي إلى التزام مدنى هو اتجاه إرادة المدين لذلك، ولهذا يجب التثبت من أن هذه الإرادة اتجهت حقيقة إلى إحداث هذه النتيجة. وعلى ذلك لا ينشأ الالتزام المدنى إذا اقتصر المدين على مجرد الاعتراف بوجود التزام طبيعى فى ذمته. واستخلاص قصد الوفاء بالتزام طبيعى لدى المدين يعتبر من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع، أما وجوب توافره فيعتبر من مسائل القانون التى تخضع لرقابة محكمة النقض. (60)]

وعلى ذلك فالتعهد بوفاء الالتزام الطبيعي – كوفائه – يعتبر من قبيل أعمال المعاوضة لا التبرع، وذلك أن للتعهد سبب كما قلنا وهو الالتزام الطبيعي ويترتب على ذلك خضوع هذا التعهد من حيث الشكل والموضوع لأحكام المعاوضات دون التبرعات (61)] لكن يجب أن نلاحظ أن صفة التبرع لا تنفى عن تعهد المدين إلا إذا كان قد قصد به الوفاء بالتزام طبيعى. فإذا كان المدين لم ير أنه ملزم بالتزام طبيعى فتعهد بما تعهد بما يحده نية التبرع. وجب أن تطبق فى هذه الحالة أحكام التبرعات. (62)]

فى النهاية يجب أن نشدد على حقيقة هامة وهى أنه لا يكفى لكى يقرر القاضى وجود التزام طبيعى أن يتحقق من أن الواجب الخلقى قد ارتقى فى وعى الجماعة إلى مرتبة خاصة من القوة بحيث لا يستطيع القانون أن يتجاهل ترتيبه لآثار معينة، بل يجب لكى يترتب الالتزام الطبيعي أثراً قانونياً، أن يتحقق القاضى أيضاً من قيامه فى وعى الفرد، وذلك بأن يشارك الفرد الجماعة فى شعورها بإلزامه.

(56) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 121، ص 266، أستاذنا الدكتور أنور سلطان، الموجز فى النظرية العامة للالتزام، الجزء الثانى، أحكام الالتزام، منشأة المعارف، 1965 – 1964، فقرة 152، ص 125.

(57) أستاذنا الدكتور أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة 152، ص 126.

(58) أستاذنا الدكتور أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة 152، ص 125.

(59) عبد المنعم البدرأوى، المرجع السابق، فقرة 9 ص 18، إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 121، ص 266.

(60) انظر: أستاذنا الدكتور أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة 153، ص 128، إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 122، ص 268.

(61) عبد المنعم البدرأوى، المرجع السابق، فقرة 10، ص 20، السهورى، المرجع السابق، فقرة 781، ص 760.

(62) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 122، ص 267، 268.

(55) انظر فى تأصيل قانونى آخر لآثار الالتزام الطبيعى، أستاذنا الدكتور جلال العدوى، أصول الالتزامات، الجزء الثانى، رابطة الالتزام 1987، ص 42 وما بعدها، وقارن أستاذنا الدكتور مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 286 وما بعدها.

(55) انظر فى تأصيل قانونى آخر لآثار الالتزام الطبيعى، أستاذنا الدكتور جلال العدوى، أصول الالتزامات، الجزء الثانى، رابطة الالتزام 1987، ص 42 وما بعدها، وقارن أستاذنا الدكتور مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 286 وما بعدها.

ب آثاره السلبية:

إذا كانت الآثار الإيجابية للالتزام الطبيعي تنحصر فى أن الوفاء الاختيارى بالالتزام الطبيعي يعد وفاء لدين مستحق فى الذمة وليس تبرعاً، وصلاحية الالتزام الطبيعي لأن يكون سبباً لإنشاء التزام مدنى، إلا أن هناك آثاراً سلبية تترتب على طبيعة الالتزام الطبيعي نجملها فيما يلى:

أولاً: لا يجوز تنفيذ الالتزام الطبيعي قهراً عن المدين، سواء كان ذلك بطريق مباشر أو بطريق غير مباشر. فلا يجوز التمسك بالحق فى الحبس لحمل المدين على الوفاء بالتزام طبيعى. كما لا يجوز لمن كان دائناً بالتزام طبيعى ومدين بالتزام مدنى أن يتمسك بالمقاصة القانونية بين الالتزامين ذلك لأن المقاصة نوع من الوفاء القهرى. كما أن من شروط المقاصة أن يكون الدينان متساويين فى القوة.

على العكس من ذلك يجوز لمن كان مدين بالتزام طبيعى ودائناً فى نفس الوقت بالتزام مدنى أن يتمسك بالمقاصة، إذ القصاص فى هذه الصورة يكون بمنزلة الوفاء اختياراً. وهذه مقاصة اختيارية لا قانونية. ولذلك لا ينقضى الدينان من وقت تلاقيهما، كما هو الحال فى المقاصة القانونية، وإنما من وقت التمسك بالمقاصة. (63)]

ثانياً: لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعي كفالة شخصية أو عينية لأنه طبقاً لمبدأ التبعية الذى يهيمن على أحكام الكفالة أنه لا يجوز أن يكون التزام الكفيل أشد أو أقسى من الالتزام المكفول، ولكن يجوز أن يكون أهون منه) قارن نص المادة 780

مدنى (وفى حالة كفالة الالتزام الطبيعى سيكون التزام الكفيل التزاماً مدنياً، بينما التزام المدين التزام طبيعى، وبذلك يكون الالتزام التابع أقوى أثراً من الالتزام الأصيل وهذا غير مقبول (64)). أما إذا قام المدين بالالتزام طبيعى بتقديم الكفيل لضمان الوفاء بالتزامه، فإن هذا ينطوى على تعهد ضمنى بالوفاء ويتحول به الالتزام الطبيعى إلى التزام مدنى، فتصح الكفالة بوصفها كفالة لالتزام مدنى. وما يسرى على الكفالة يسرى على الرهن الذى يقدمه المدين ضماناً لالتزامه الطبيعى.

(63) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 123، ص 268، 269، وانظر أستاذنا الدكتور مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 286 وما بعدها.

(64) انظر نبيل سعد، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف، 1982، فقرة 266 ص 280.

3 خطة الدراسة:

فى هذا القسم ندرس أثر الالتزام بوجه عام، سواء من حيث تنفيذه أو الوسائل العامة لضمان هذا التنفيذ. وهذا يصدق على الالتزام فى صورته العادية أو البسيطة أى الذى لم يلحق به وصف أى الالتزام الذى تنحصر العلاقة فيه بين شخصين فقط، دائن ومدين، ويكن له محل واحد لا يلزم المدين بسواه، ولا يكون له أداء شئ بدلاً منه. لكن إلى جانب هذه الصورة البسيطة للالتزام توجد صورة أخرى كالالتزام الموصوف أو المركب فى الالتزام الموصوف يلحق الالتزام وصفاً أو قيداً يؤثر تأثيراً مباشراً على ترتيب الالتزام لآثاره، كان يضع للالتزام إطاراً زمنياً ينتهى أثر الالتزام بانتتهائه أو يبدأ عند حلوله، أو أن يعلق وجود الالتزام أو زواله على أمر غير محقق الوقوع، مما يجعل تنفيذ هذا الالتزام أمراً غير مؤكد. وفى الالتزام المركب تتعدد أطراف أو محل الالتزام مما يؤدى إلى تعديل عميق فى الآثار العادية للالتزام.

وعلى ذلك ستكون خطة الدراسة فى هذا القسم على النحو التالى:

الباب الأول: أثر الالتزام بوجه عام.

الفصل الأول: تنفيذ الالتزام.

الفصل الثانى: الوسائل العامة لضمان تنفيذ الالتزام.

الباب الثانى: الأوصاف أو القيود المعدلة لأثر الالتزام.

الفصل الأول: الشرط والأجل.

الفصل الثانى: تعدد محل الالتزام.

الفصل الثالث: تعدد طرفى الالتزام.

المبحث الثانى التنفيذ بمقابل أو التنفيذ بطريق التعويض

سبق أن رأينا أن التنفيذ العينى هو الأصل. ولهذا كان التنفيذ بمقابل أو التنفيذ عن طريق التعويض هو طريق يلجأ إليه الدائن عندما لا يستطيع أن يتحصل على التنفيذ العينى. وعلى ذلك فالالتزام بمقابل يعد طريقاً احتياطياً أو بديلاً للتنفيذ العينى لا يلجأ إليه الدائن إلا إذا تعذر التنفيذ العينى. ولذلك يجب أن نحدد نطاق التنفيذ بمقابل، ثم نعرض بعد ذلك لكيفية تقديره.

أولاً: نطاق التنفيذ بمقابل

فى هذا الصدد سوف ندرس حالات التنفيذ بمقابل، ثم نعرض للتعويض عن عدم التنفيذ والتعويض عن التأخير، وأخيراً لإمكانية التنفيذ بمقابل لكل التزام أياً كان مصدره.

1 حالات التنفيذ بمقابل:

إن إلزام المدين بالتعويض لا يعنى إنشاء التزام جديد فى ذمته، وإنما هو طريق لتنفيذ الالتزام الثابت فى ذمته من قبل. ولذلك فإن التأمينات التى كانت قد تقررت ضماناً للالتزام تظل ضامنة لوفاء المدين بالتعويض عند الإخلال به.

فالتنفيذ بمقابل وسيلة علاجية تعوض الدائن عما لحقه من ضرر نتيجة لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً أو لتأخره فى هذا التنفيذ. فهو إذن ليس إلا وسيلة احتياطية لا يحتم الالتجاء إليها إلا إذا تعذر تنفيذ ذات الالتزام بكافة الشروط التى نشأ بها. (65) ولذلك نتلخص هذه الحالات فيما يلى:

1. إذا أصبح التنفيذ العينى مستحيلاً بخطأ المدين. (66) هذه الاستحالة متصورة بالنسبة للالتزام أياً كان محله عدا الالتزام بدفع مبلغ من النقود حيث أن

التنفيذ العينى لهذا الالتزام يعتبر ممكناً دائماً.

2. إذا كان التنفيذ العينى للالتزام غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين شخصياً، ولم تجد الغرامة التهديدية فى التغلب على تعنته وامتناعه.

3. إذا كان التنفيذ العينى ممكناً ولكن فيه إرهاقاً للمدين، وإذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً.

4. إذا كان التنفيذ العينى ممكناً، ولكن لم يطلبه الدائن ولم يعرضه المدين، وبذلك يكون قد اتجهت إرادتهما معاً إلى التنفيذ بمقابل، رغم إمكانية التنفيذ العينى.

إذا كانت هذه هى حالات التنفيذ بمقابل فما هى أنواع هذا التنفيذ.

(65) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 6 ص 9.

(66) [نقض 16/5/1991 س 42 ص"1131 الأصل هو تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً ولا يصر إلى عوضه أو التنفيذ بطريق التعويض إلا إذا استحال التنفيذ العيني، وأن تقدير تحقق تلك الاستحالة مما يستقل به قاضي الموضوع متى أقام قضاءه على أسباب سائغة."

2) التعويض عن عدم التنفيذ والتعويض عن التأخير:

سبق أن رأينا أن التنفيذ بمقابل وسيلة علاجية تعوض الدائن عما يلحقه من ضرر نتيجة لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً أو لتأخره في هذا التنفيذ (67).

وعلى ذلك فالتعويض نوعان، تعويض عن عدم التنفيذ وتعويض عن التأخير وكلاهما تنفيذ بمقابل. وهذا واضح في التعويض عن عدم التنفيذ حيث يلزم المدين الذي لم ينفذ التزامه تنفيذاً عينياً، بتعويض يحل محل ما كان يجب عليه أن يؤديه. وكذلك الحال إذا لم ينفذ المدين التزامه سوى تنفيذاً جزئياً أو معيباً، فيلزم بتعويض النقص. وهو صحيح أيضاً فيما يتعلق بالتعويض عن التأخير إذ أن التنفيذ لا يكون كاملاً إلا إذا قام به المدين في ذات الظروف التي كان عليه تأديته فيها، ولذلك يتضمن التأخير في التنفيذ إخلالاً جزئياً بالالتزام. فإذا كان المدين لم يوف بدينه إلا متأخراً كان التنفيذ العيني غير كامل، وألزم بتعويض يحل محل هذا النقص هو التعويض عن التأخير.

ومن المتصور أن يجتمع نوعا التعويض معاً - وذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه فالزم بتعويض عن التأخير - ثم أصر على عدم التنفيذ أو أصبح التنفيذ العيني مستحيلًا بفعله، فيلزم بتعويض عن عدم التنفيذ. وإذا تم التنفيذ العيني متأخراً كان للدائن أن يجمع بينه وبين التعويض عن التأخير. وعلى العكس لا يجتمع التنفيذ العيني والتعويض عن عدم التنفيذ إلا في الحالات التي يكون التنفيذ العيني فيها ناقصاً أو معيباً، فيكون للدائن تعويضاً عن عدم تنفيذ جزئي. (68)

(67) تنص المادة 12311 من التقنين الفرنسي بعد تعديله في سنة 2016 على أنه " يحكم على المدين بدفع التعويض، إن كان له مقتضى، إما بسبب عدم تنفيذ الالتزام أو بسبب التأخر في التنفيذ، مالم يثبت أن المانع من التنفيذ كان بسبب قوة قاهرة."

(68) [إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 5 ص 8، 9.

3) إمكانية التنفيذ بمقابل لكل التزام أياً كان مصدره:

كل التزام، أياً كان مصدره، يجوز تنفيذه عن طريق التعويض فالالتزام العقدي أياً كان محله، يكون تنفيذه بطريق التعويض في الحالات التي تقدم ذكرها.

والالتزامات التي لا يكون مصدرها العقد يغلب أن يكون تنفيذه بطريق التعويض. فالعمل غير المشروع مصدر للالتزام بالتعويض، وهذه المسؤولية التقصيرية. والإثراء بلا سبب مصدر للالتزام بالتعويض وكثيراً من الالتزامات القانونية الأخرى يكون تنفيذه بطريق التعويض، كاللزام الجار بالألا يضر بجاره ضرراً فاحشاً، والالتزام بعدم إفشاء سر المهنة. وهناك من الالتزامات القانونية ما يمكن تنفيذه عيناً، كالالتزام بالنفقة والتزامات الأولياء والأوصياء والقوام، ومع ذلك يجوز عند الإخلال ببعض هذه الالتزامات أن يكون التنفيذ بطريق التعويض. (69)

(69) [السنهوري، الوسيط، جزء 2 فقرة 459 ص. 125.

ثانياً: كيفية تقدير التعويض

الأصل في تقدير التعويض أن يتم بمعرفة القاضي، لكن في نطاق الالتزامات التعاقدية قد يتفق الطرفان مقدماً على مقدار التعويض الذي يلتزم به المدين إذا لم ينفذ التزامه أو إذا تأخر في الوفاء به، وهذا هو التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي وأخيراً قد يتكفل القانون بتقدير التعويض الذي يستحق عن التأخير في تنفيذ الالتزام، كما هو الحال في تحديد سعر الفائدة عن التأخير، وهذا هو التعويض القانوني. وهذا التعويض الأخير يتعلق فقط بالالتزام بدفع مبلغ من النقود، حيث أن لا محل فيه للتعويض عن عدم التنفيذ، إذ هو قابل للتنفيذ العيني دائماً. وبذلك سندرس في ثلاث مطالب على التوالي:

• التعويض القضائي.

• التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي.

• التعويض القانوني.

المطلب الأول التعويض القضائي

القاعدة في القانون المصري أنه لا يستحق التعويض إلا بعد إضرار المدين، ما لم ينص على غير ذلك) م 218 مدني (. ولذلك يجب قبل الخوض في تفاصيل أحكام التعويض القضائي أن نعرض للإجراء الواجب أن يقوم به قبل المطالبة بالتعويض وهو الإضرار. ويكون إضرار المدين بإنذاره أو بما يقوم مقام الإنذار) م 219 مدني. (

الفرع الأول الإضرار

ولدراسة الإضرار ينبغي أن نعرض أولاً: لنطاقه، وذلك لمعرفة هل يشترط الإضرار لاستحقاق التعويض عن عدم التنفيذ، وكذلك الحالات التي لا يلزم فيها الإضرار ثم ثانياً: لنظامه فنحدد المقصود به، ثم نعرف كيف يتم؟ وأخيراً نقف على آثاره. أولاً: نطاقه

نقصد من وراء ذلك معرفة متى يلزم الاعذار، هل يلزم لاستحقاق التعويض عن عدم التنفيذ كما هو لازم بالنسبة للتعويض عن التأخير؟ هل هو ضروري في جميع الأحوال، أم أن هناك حالات لا يلزم فيها الأعذار؟

هل يشترط الاعذار لاستحقاق التعويض عن عدم التنفيذ؟

ليست هناك إجابة واحدة على هذا التساؤل، حيث أن الفقه قد اختلف في هذا الصدد. ولكن قبل عرض الآراء المختلفة يجب أن نحدد المقصود بهذا التساؤل.

فالمقصود بهذا التساؤل هو تحديد الضرر الذي يشملته التعويض عن عدم التنفيذ بمعنى هل يشترط الاعذار لاستحقاق التعويض عن عدم التنفيذ، بحيث لا يشمل التعويض من الأضرار الناتجة عن عدم التنفيذ سوى تلك التي تحققت بعد الاعذار، كما هو الشأن بالنسبة للتعويض عن التأخير في التنفيذ؟ أم أن هناك فرقاً بين نوعي التعويض، فلا يشترط الاعذار في التعويض عن عدم التنفيذ، بل يكون هذا التعويض شاملاً لكافة الأضرار الناتجة عن عدم التنفيذ ولو لم يكن قد سبق للدائن أن أعذر مدينه. ([70])

من الفقهاء من يرى أنه يشترط الاعذار لاستحقاق التعويض عن عدم التنفيذ استناداً إلى إطلاق عبارة المادة 218، وإلى ما جاء في المذكرة الإيضاحية تعليقاً على هذا النص ([71]) وقد قضت محكمة النقض بذلك في ظل التقنين المدني السابق ([72]) والقضاء الفرنسي اعتباراً من حكم محكمة النقض في 11 يناير سنة 1892 وإلى أن صدر حكم محكمة النقض في 5 يناير 1938 والذي قضى على خلاف الحكم الأول. ([73])

هذا الرأي لا يتفق مع العلة التي من أجلها تقرر الإعذار، حيث أن الغرض منه هو نفي مظنة التسامح في التأخير في جانب الدائن ([74])، فالتسامح الذي يفترضه القانون في جانب الدائن الذي لم يعذر مدينه إنما ينصرف إلى وقت التنفيذ فحسب ولا يتصور أن يحمل سكوت الدائن محل الرضى بالألا يتم التنفيذ أصلاً أو يكون ناقصاً أو معيباً. ([75]) ومن هنا جاءت التفرقة بين نوعي التعويض فيما يتعلق بوجوب الإعذار. فلا يستحق تعويض عن التأخير في الفترة السابقة على الإعذار، لأنه يفترض قبل صدور الاعذار أن الدائن قبل ضمناً مد أجل الوفاء بالالتزام، ولا ينفي هذه القرينة عنه إلا صدور الاعذار. وبصدور الاعذار يتصور وقوع الضرر الناشئ عن التأخير فيستحق التعويض من هذا الوقت. ([76]) أما التعويض عن عدم التنفيذ فهو يستحق عن واقعة لا شأن للإعذار بها وهي واقعة الإخلال إخلالاً نهائياً بالتزام فيشمل كافة الأضرار الناتجة من هذا الإخلال، ولا محل للبحث فيما إذا كان الدائن قد أعذر مدينه أو لم يعذره أو فيما إذا كان الضرر قد تحقق قبل الاعذار أو بعده ([77]) وهذا

أيضاً الاتجاه السائد في القضاء الفرنسي، وإن كان ما زال هناك بعض التردد. ([78])

على ضوء ما تقدم فإنه يقتضي تخصيص حكم المادة 218 بقصره على التعويض عن التأخير. ([79]) وهذا ينصرف إلى الحالة التي يتخلف فيها المدين عن تنفيذ التزامه في وقت معين، ويظل التنفيذ العيني ممكناً بعد فوات ذلك الوقت. فلا يكون هذا التخلف إخلالاً نهائياً بالالتزام، فإن ترتب عليه بذاته ضرر بالدائن بحيث لا يكون من شأن التنفيذ اللاحق لو تم بعد ذلك أن يتداركه. كان هذا الضرر ناتجاً من تأخير في التنفيذ ويدخل في نطاق التعويض عن التأخير وبالتالي لا يستحق التعويض عنه إذا لم يكن المدين معذراً عند وقوعه. أما إذا لم يقم المدين بالتنفيذ العيني بعد ذلك بحيث تحول تخلفه عن التنفيذ إلى إخلال نهائي بالالتزام، فإن الدائن يصبح له حقاً في التعويض عن عدم التنفيذ والتعويض عن التأخير ويستحق الأول دون إعذار ولا يستحق الثاني إن لم يكن المدين معذراً. ويتضح من ذلك أن نطاق التعويض عن التأخير لا يقتصر على الأضرار التي تصيب الدائن في حالة ما إذا تم التنفيذ العيني متأخراً، بل هو يمتد إلى الحالة التي يتحول فيها تخلف المدين عن التنفيذ إلى إخلال نهائي بالالتزام. وهذا ما يفسر الخلاف الفقهي السابق حيث أنه في بعض الأحيان تدق التفرقة بين التعويض عن عدم التنفيذ والتعويض عن التأخير.

(70) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 45 ص 102، عبد المنعم البدر، المرجع السابق، فقرة 2، ص 60 وانظر في فرنسا:

A. Weill, F. Terré, op. Cit., No. 426, p. 407.

(71) أنظر محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، فقرة 370، ص 735، 736، قارن السنهوري، الوسيط، جزء 2 فقرة 468، ص 843 وعبد المنعم فرج الصده، أحكام الالتزام، فقرة 13، ص 26.

(72) أنظر إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 45 ص 103.

(73) أنظر. A. Weill, F. Terré, op. Cit., No. 426, p. 447.

(74) عبد المنعم البدر، المرجع السابق، فقرة 42، ص 61.

(75) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 45، ص 104.

(76) أنور سلطان المرجع السابق، فقرة 160، ص 137.

(77) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 45 ص 104 وفي فرنسا:

A. Weill, F. Terré, op. Cit., No. 426, p. 447.

(78) أنظر. A. Weill, F. Terré, op. Cit., No. 426, p. 447.

وقد حسم المشرع الفرنسي هذا التردد في المادة 1231 من التقنين الفرنسي بعد تعديله في 2016 والتي تنص على أنه "مالم يكن عدم التنفيذ نهائياً لا يكون التعويض مستحقاً إلا إذا تم إعدار المدين مسبقاً بالتنفيذ خلال مهلة معينة". (79) وبالتالي يكون المقصود من الاعذار وضع المدين في حالة المتأخر في تنفيذ التزامه بأذاره بورقة رسمية من أوراق المحضرين أو ما يقوم مقامه، كالمطالبة القضائية، انظر في ذلك نقض 20/2/1991 س 42 ص 523 ، نقض 6/3/1989 س 4 ص 735

2 الحالات التي لا يلزم فيها الاعذار:

هناك حالات لا يلزم فيها الاعذار، ويعتبر مجرد حلول أجل الوفاء بالالتزام إشعاراً كافياً للمدين بوجوب تنفيذ التزامه دون حاجة إلى أي إجراء، وإلا كان مسئولاً عن التعويض وهذه الحالات يمكن ردها إما إلى اتفاق الطرفين أو إلى طبيعة الأشياء، أو إلى نص القانون.

أولاً: الحالات المستثناة بالاتفاق:

قاعدة وجوب الاعذار ليست من النظام العام، بل هي مقررة لمراعاة مصلحة المدين وحده. ولذلك أجازت المادة 219 الاتفاق على أن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل ودون حاجة إلى أي إجراء وقد يكون هذا الاتفاق صريحاً أو ضمناً. مثل الاتفاق الضمني أن يشترط التسليم فوراً في عقود التوريدات أو يوجب رب العمل على المقاول إتمام البناء في تاريخ معين. وهذا الاتفاق الضمني يستخلصه القاضي من أحكام العقد طبقاً للقواعد العامة في التفسير، ولذلك يجب أن يكون هذا الاتفاق الضمني ليس محل شك، وإلا وجب تفسير هذا الشك في مصلحة المدين، ويكون بذلك الاعذار واجباً، فالاتفاق على شرط جزائي لا يكفي لإعفاء الدائن من الاعذار.

ثانياً: الحالات المستثناة بطبيعتها:

هناك من الحالات ما تقتضي فيها طبيعة الأشياء إعفاء الدائن من واجب الاعذار، ولا يغير من هذا الوضع أن المشرع قد نص عليها في التقنين المدني الحالي) م 220 مدني مصري (أو في التقنين المدني الفرنسي (م 1145 ، . (80) (1146) لأن طبيعة الأشياء تفرض الإعفاء من هذا الاعذار في هذه الحالات دون نص كما هو الحال في التقنين المدني السابق (81)، وهذه الحالات هي:

1. إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين، فلا معنى إذن لاعذار المدين، ويستحق التعويض عليه دون حاجة إلى إعداره (82) من ذلك:

• أن يكون محل الالتزام امتناعاً عن عمل وأتاه المدين، فلا فائدة من الاعذار في هذه الحالة إذا أصبح التنفيذ العيني غير ممكن. (83)

• إذا كان محل الالتزام القيام بعمل وصدر من المدين ما يجعل تحقيقه مستحيلاً، مثل المالك الذي يتصرف بالبيع في عقاره مرتين، ويسجل المشتري الثاني عقده قبل تسجيل المشتري الأول.

• إذا كان تنفيذ الالتزام واجباً قبل فوات ميعاد معين، فإنه لا ضرورة لاعذار إذا فات الميعاد دون أن ينفذ المدين التزامه. كأن يلتزم محام برفع استئناف عن حكم وينقض الميعاد قبل رفعه، أو يلتزم مقاول بناء صالة عرض لأحد المعارضين وينتهي المعرض قبل أن ينفذ المقاول التزامه. (84)

• إذا كان مصدر الالتزام عقداً من عقود المدة، فإنه لا ضرورة للإعذار إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه الزمني لاستحالة تداركه لفوات الزمن. كالالتزام بالمتعهد بتوريد الغذاء لمستشفى أو لمدرسة في فترات دورية معينة وعدم قيامه بذلك خلال فترة زمنية معينة، والالتزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة ابتداءً من تاريخ معين وعدم قيامه بذلك. 1. إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب عن عمل غير مشروع وبرره البعض بأن ذلك يعتبر إخلالاً بالالتزام قانوني بامتناع عن عمل وهو الالتزام بعدم الإضرار بالغير (85) ولذلك لا يتصور بصدده الاعذار ويرى الفقه الراجح أن تبرير هذا الحكم يرجع إلى أن الالتزام بعدم الإضرار بالغير ليس التزاماً بالمعنى الفني الدقيق، بل هو واجب قانوني عام يتساوى فيه جميع أفراد المجتمع، أما الالتزام بالمعنى الفني فهو التزام بالتعويض عن الضرر المترتب على الخطأ والنسبة لهذا الالتزام من المتصور أن يدعو الدائن المدين إلى القيام به، والاعذار فيه إذن ليس مجرداً من المعنى، ولكن لما كان المدين مقصراً من يوم نشوء التزامه فمصدر الالتزام هو ارتكاب خطأ سبب ضرراً، فقد رأى القانون في ذلك سبباً كافياً لإعفاء الدائن من الاعذار. (86)

2. إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه فبعد هذا التصريح القاطع لا جدوى في إعداره حيث أنه عقد العزم على الامتناع عن تنفيذ التزامه.

وقد اشترط القانون أن يكون هذا التصريح كتابة، فلا يكفي التصريح أمام شهود. ويذهب بعض الفقهاء إلى أن الكتابة مستلزمة هنا للإثبات، ولذلك يقوم مقامها الإقرار أو النكول عن اليمين. (87) بينما يرى البعض الآخر أن الكتابة في هذه الحالة لا يقتصر دورها على مجرد إثبات واقعة التصريح، بل قصد بها أيضاً إثبات جديته. (88) في فرنسا، وكما كان

الحال في ظل التقنين المدني السابق، لا يشترط أن يكون تصريح المدين مكتوباً ولكن يكفي إعلان المدين إصراره على التنفيذ. (89)]

ثالثاً: الحالات المستثناة بنص في القانون:

كما لو كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق، أو رد شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك، فلا داعي للاعذار حيث أن المدين سيئ النية) م 220 مدني. (وهناك حالات أخرى متفرقة في نواحي القانون، نص فيها على وجوب تنفيذ المدين لالتزامه دون حاجة إلى إعدار، من ذلك ما قصت به المادة 2/ 706 من أن الوكيل ملزم بفوائد المبالغ التي استخدمها لصالحه من وقت استخدامها على خلاف القواعد العامة، حيث لا تستحق إلا من يوم المطالبة القضائية، ومنها ما قصت به المادة 710 مدني من أن الموكل يلزم بأن يرد للوكيل ما أنفق في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الاتفاق، وذلك على خلاف القواعد العامة، ومن ذلك أيضاً المواد 195، 510، 522، 3/ 800 مدني.

ثانياً: نظامه

وفي هذا الصدد ندرس المقصود بالأعذار، وكيف يتم، وآثاره:

- (80) أنظر. A. Weill, F. Terré, op. Cit., No. 421, p. 443.
- هذه المواد تم إلغاؤها في تعديلات 2016 للتقنين المدني الفرنسي كما تم إلغاء النصوص أرقام 1141 1136 الخاصة بالالتزام بإعطاء، والمواد الخاصة بالالتزام بعمل أو الامتناع عن عمل. 1145 1142
- (81) أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة 162 ص. 138
- (82) تقض 26/3/1989، س 40 ص. 840
- (83) أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة 161 ص 138 السهوري، الوسيط، جزء 2
- فقرة 466 ص. A. Weill, F. Terré, op. Cit., No. 421, p. 443 et 444. 837.
- (84) السهوري، المرجع السابق، فقرة 466 ص. 837
- A. Weill, F. Terré, op. Cit., No. 421, p. 443 et 444.
- (85) إقرار السهوري، المرجع السابق، فقرة 466، ص 838، حيث يرى أنه إخلال بالالتزام بعمل، وهو الالتزام باتخاذ الحيطة الواجبة بعدم الإضرار.
- (86) أنظر إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 44، ص 100 وقارن عبد المنعم البدر، المرجع السابق، فقرة 40، ص 59، وأيضاً:
- A. Weill, F. Terré, op. Cit., No. 424, p. 443 et 445.
- (87) أنظر السهوري، المرجع السابق، الوسيط جزء 2 فقرة 469 ص 833، أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة 162 ص. 139
- (88) أنظر إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 44 ص 101، محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، فقرة 369، ص. 735
- (89) أنظر. A. Weill, F. Terré, op. Cit., No. 422, p. 443 et 444.

1 المقصود بالأعذار:

يقصد بالأعذار وضع المدين موضع المتأخر في تنفيذ التزامه، ذلك أن مجرد حلول أجل الالتزام لا يكفي في جعل المدين في هذا الوضع القانوني (90)] حيث أن التأخر في التنفيذ حالة قانونية الأصل فيها أنه لا يكفي لقيامها مجرد التأخر الفعلي (91)]، وإنما يلزم أن يسجله الدائن عليه بالأعذار. (92)]

والعلة في اشتراط الاعذار أن مجرد استحقاق أداء الالتزام لا يكفي لجعل المدين معذراً، لأنه قد يحل أجل الالتزام مع ذلك يسكت الدائن عن مطالبة المدين بالتنفيذ، فيحمل ذلك منه محل التسامح وأنه لم يصبه ضرر من تأخر المدين في تنفيذ التزامه، وقد رضى ضمناً بمد الأجل ما دام يستطيع الانتظار دون ضرر يصيبه من ذلك، لذلك إذا أراد الدائن أن يقوم المدين بالتنفيذ بغير إرجاء، فعليه أن يفصح له عن رغبته هذه بالطرق التي رسمها القانون، فيكون بذلك قد أعذره، ويكون على المدين في هذه الحالة أن يقوم بالتنفيذ فوراً وإلا ترتبت على تأخره نتائج قانونية.

وإذا كان هذا الإجراء يتسق مع التقاليد الموروثة إلا أنه لم يعد يتلاءم مع الظروف الاقتصادية المعاصرة، وبصفة خاصة الائتمان، ولذلك قد عدلت عنه الكثير من التشريعات المعاصرة. واعتبرت أن مجرد حلول أجل الالتزام كاف لإشعار المدين بوجوب التنفيذ دون حاجة لإعذار، ويصبح المدين مسئولاً عن التعويض إذا تأخر عن تنفيذ التزامه بعد حلول الأجل.

أما التقنين المدني المصري فقد ظل على احترامه للتقاليد الموروثة عن القانون الفرنسي ونص على أنه لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين. ما لم ينص على غير ذلك) م (218) وسبق أن رأينا أن هذا النص قاصر فقط على التعويض عن التأخير في التنفيذ دون التعويض عن عدم التنفيذ.

(90) أنظر السهوري، الوسيط، جزء 2، فقرة 464 ص. 830

(91) أنظر السهوري، الوسيط، جزء 2، فقرة 464 ص 861 هامش 2.

2 كيف يتم الأعذار:

تنص المادة 219 مدني على أن يكون إعذار المدين بإنذاره أو بما يقوم مقام الإنذار، ويجوز أن يتم الاعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في قانون المرافعات، كما يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق يقضى بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى إجراء آخر: (93)] "فالأصل أن يكون إعذار المدين بإنذاره والإنذار ورقة رسمية من أوراق المحضرين يبدى فيها الدائن للمدين رغبته في استيفاء حقه. (94)] وقد بين قانون المرافعات كيفية إعلان الإنذار) م 6 مرافعات وما بعدها.)

ويقوم في إعدار المدين، مقام الإنذار أية ورقة رسمية تعلن إلى المدين، يتبين منها أن الدائن يريد أن يقوم المدين بتنفيذ التزامه. من ذلك التنبيه الرسمي على المدين بالوفاء والسابق على إجراء التنفيذ بطريق الحجز، والتكليف بالحضور أمام المحكمة ولو رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة، ومحضر الحجز وهو من أعمال التنفيذ. أما الأوراق غير الرسمية فإنها لا تكفي كوسيلة للاعذار في المسائل المدنية، إلا إذا كان متفقاً بين الدائن والمدين على أنها تكفي. ومن قبيل هذه الأوراق الخطابات ولو كانت مسجلة والبرقيات. وعلى ذلك ليس ثمة ما يمنع من الاتفاق، على الاكتفاء في الاعذار بخطاب عادي غير مسجل أو حتى بمجرد خطاب شفوي وإن كان يصعب على الدائن في هذه الحالة أن يثبت حصول الاعذار.

أما في المسائل التجارية فيكفي فيها أن يتم الاعذار بورقة غير رسمية، وفقاً للعرف التجاري، بل يكفي الأخطار الشفوي في الأحوال التي يكتفي فيها العرف التجاري بهذا الأخطار.

وأياً كان الإجراء المتبع في إعدار المدين، سواء كان بورقة رسمية طبقاً للقاعدة العامة أو كان بورقة غير رسمية أو بإخطار شفوي وفقاً للعرف التجاري أو بمقتضى الاتفاق، فإنه يتعين أن تبدو به رغبة الدائن واضحة في أن يقوم المدين بالتنفيذ فوراً واستظهار إرادة الدائن هذه مما يدخل في سلطة قاضي الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فيه. (95)

(93) تنص المادة 1344 من التقنين المدني الفرنسي بعد تعديله سنة 2016 على أن "يعذر المدين بالوفاء إما بإذاره أو بسند يتضمن إشعاراً كافياً أو بمجرد استحقاق الالتزام إذا نص العقد على ذلك."

(94) نقض 26/1/1989 س 40 ص "... 295. الإعلان بصحيفة دعوى التعويض شرط اعتباره إذاراً اشتماله على تكليف المدين بالوفاء. محكمة الموضوع سلطتها في تقدير اشتمال هذه الصحيفة على هذا التكليف من عدمه دون رقابة من محكمة النقض متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفي لحمله."

(95) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 43 ص. 92

3 آثار الاعذار:

أن الأثر الرئيسي الذي يترتب على الاعذار هو أن المدين يصبح مسئولاً عن التعويض عن جميع الأضرار التي تلحق بعد ذلك من جراء التأخير في التنفيذ. ولذلك وضع المشرع القواعد المنظمة للاعذار في الفصل المخصص للتعويض. غير أن هناك آثار أخرى تتجاوز بها أهمية الاعذار موضوع التعويض عن التأخير. (96) ونستعرض من هذه النتائج أثر الاعذار في نقل تبعة الهلاك وضرورته لاقتضاء التنفيذ العيني. (97)

أ يصبح المدين مسئولاً عما يلحق الدائن من ضرر نتيجة لتأخره في تنفيذ الالتزام بخطئه) م. (218) فيترتب على الاعذار استحقاق الدائن تعويضاً عن جميع الأضرار التي تلحق بعد ذلك من جراء التأخير في التنفيذ أما في الفترة السابقة على الاعذار فلا يعوز المدين الدائن عن التأخر في التنفيذ. وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 218 حيث تقضى بأنه "لا يستحق التعويض إلا بعد إعدار المدين" وتوافر شروط استحقاقه.

ويلاحظ أنه بالنسبة لفوائد التأخير وهي تعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام بدفع مبلغ من النقود لا يكفي مجرد إعدار عادي لاستحقاقها - فهي لا تسرى إلا من وقت المطالبة القضائية. (98) وسوف نعرض لذلك تفصيلاً فيما بعد.

ب نقل تبعة الهلاك من طرف إلى آخر) م 207 مدني. (المقصود بالبحث في تبعة الهلاك حالة هلاك الشيء بقوة قاهرة. ولنفهم هذا الموضوع يجب أن نرجع إلى القواعد العامة في هذا الصدد، حيث أن الأصل في هلاك الشيء بقوة قاهرة أن يتحمل المالك تبعة الهلاك. ولا يستثنى من هذا الأصل سوى حالات معدودة أهمها حالتان:

الحالة الأولى: خاصة بالعقود الملزمة للجانبين إن كانت ناقلة للملكية. إذ أن تطبيق قواعد تبعة هلاك الشيء بقوة قاهرة في العقد الملزم للجانبين يؤدي إلى جعل هلاك الشيء على المدين بالتسليم ولو كان قد أصبح غير مالك بأن كانت الملكية قد انتقلت إلى الطرف الآخر تنفيذاً للالتزام بنقل الملكية. ذلك أن انقضاء الالتزام بالتسليم نتيجة لاستحالة تنفيذه بهلاك الشيء بقوة قاهرة، يؤدي حتماً إلى انقضاء التزام الطرف الآخر بأداء المقابل وينفسخ العقد من تلقاء نفسه) م (159 فتقع تبعة هذا الهلاك على المدين بالتسليم ويبرر هذه القاعدة أن الالتزام بالتسليم في هذه الحالة ليس في حقيقته إلا التزاماً مكماً للالتزام بنقل الملكية، فالالتزام بالتسليم ولو أنه التزام تبعي إلا أنه ليس التزاماً ثانوياً، بل إن تنفيذه ضروري لكي يستكمل فعلاً تنفيذ الالتزام الأصلي بنقل الملكية إذ لا تخلص الملكية فعلاً للدائن إلا بالتسليم ومن ثم كان الهلاك على المدين بالتسليم حتى بعد انتقال الملكية إلى الدائن. وعلى ذلك إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه، انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن، ووقعت تبعة الهلاك على البائع المدين بالتسليم) م 437 مدني. (99)

الحالة الثانية: هي حالة الحائز سئ النية. والحائز، سواء كان حسن النية أو سئ النية مدين برد الشيء إلى مالكه. فإذا هلك الشيء بقوة قاهرة، كان الهلاك على المالك إن كان الحائز حسن النية. أما إذا كان الحائز سئ النية، يكون مسئولاً عن هلاك الشيء أو تلفه ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث مفاجئ، إلا إذا ثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقياً في يد من يستحقه. (100) (984)

أما في غير هذه الحالات الاستثنائية، فالقاعدة أن هلاك الشيء بقوة قاهرة على مالكه ولو كان الشيء محلاً للالتزام بالتسليم، وسواء كان المالك مديناً في هذا الالتزام، كالموَجَر عليه التزام بتسليم العين المؤجرة إلى المستأجر عند بدء الإيجار، أو

كان المالك دانناً وهذا هو الغالب، مثل ذلك أن تهلك العين المؤجرة بين يدي المستأجر وهو مدين بردها عند انتهاء عقد الإيجار، ومثله في عقد المقاول إذا تسلم المقاول شيئاً لإصلاحه فهلك قبل رده لرب العمل، وفي عقد الوديعة سواء كانت بأجر أو بغير أجر إذا هلك الشيء المودع لدى المودع عنده. فيكون هلاك الشيء على المؤجر أو رب العمل أو المودع، وهو مالك للشيء ودائن بتسليمه. هذا هو الأصل.

ولكن من شأن الاعذار أن ينقل تبعه الهلاك - فإذا كانت تبعه الهلاك على المدين كما في البيع قبل التسليم فإنه يجب أن نفرق بين أثر إعذار المدين للدائن وإعذار الدائن للمدين. فإذا أعذر البائع المشتري طالباً إليه أن يتسلم المبيع (101)، وهلك المبيع بعد الاعذار وقبل التسليم، فإن تبعه الهلاك تنتقل من المدين إلى الدائن، من البائع إلى المشتري، لكن يجب أن نلاحظ أن أعذار الدائن، المشتري، للمدين بالتسليم، البائع، قبل هلاك الشيء بقوة قاهرة، ثم هلكه قبل التسليم، فإن هذا الاعذار لم يغير من تبعه الهلاك، إذ تبقى على المدين بالتسليم وينقضي التزام الدائن أي المشتري بدفع الثمن فأهمية الاعذار في نقل تبعه الهلاك تتجلى لو قام به من تقع عليه هذه التبعة أما إذا جاء من الطرف الآخر الذي ليس عليه التبعة فلا يغير من الأمر شيئاً.

وفي الحالات الأخرى التي يكون فيها تبعه الهلاك على المالك، الدائن في الالتزام بالتسليم، فإن أعذار الدائن للمدين يؤدي إلى انتقال تبعه الهلاك من الدائن، المالك، إلى المدين بالتسليم. (102) فإذا لم ينفذ المستأجر التزامه برد العين للمؤجر عند انتهاء عقد الإيجار، وأعذر المؤجر المستأجر طالباً إليه تسليم العين، وهلك العين بعد الاعذار وقبل التسليم، فإن تبعه الهلاك تنتقل من المؤجر إلى المستأجر، من الدائن إلى المدين. فالمدين بالرّد هو المستأجر، وكان الهلاك على المؤجر وهو الدائن بالرّد) المالك (فأعذر المؤجر المستأجر مطالباً إياه بالرّد، ثم هلكت العين المؤجرة بعد الاعذار، فترتب على الاعذار أن انتقلت تبعه الهلاك إلى المدين ولو أن الهلاك كان قبل الاعذار على الدائن. ويصدق نفس الكلام على المقاول والمودع عنده إذا ما أعذرهما رب العمل أو المودع - وهذا ما تنص عليه المادة 207 مدني حيث تقضي بأنه "إذا التزم المدين أن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل، وتضمن التزامه أن يسلم شيئاً ولو لم يقدّمه بتسليمه بعد أن أعذر، فإن هلاك الشيء يكون عليه ولو كان الهلاك قبل الاعذار على الدائن."

والأساس في نقل تبعه الهلاك بعد الاعذار إلى المدين قرينة مقتضاها أنه لو كان المدين قد قام بالتنفيذ بمجرد أعذاره فسلم الشيء إلى الدائن، لما هلك الشيء بهذا الحادث الفجائي، غير أن هذه القرينة ليست قاطعة - فقد نصت المادة 207/2 على أنه "لا يكون الهلاك على المدين، ولو أعذر. إذا أثبت أن الشيء كان يهلك عند الدائن لو أنه سلم إليه، ما لم يكن المدين قد قبل أن يتحمل تبعه الحوادث المفاجئة."

"ومع ذلك يتحمل المدين تبعه الهلاك إذا كان الشيء مسروقاً متى كان هو السارق، ولو أثبت أن المسروق كان يهلك عند المالك لو أنه رد إليه) م. (3/207)

ج - اقتضاء التنفيذ العيني. فقد نصت المادة 1/203 على أنه "يجبر المدين بعد أعذاره طبقاً للمادتين 219، 220 على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، متى كان ذلك ممكناً."

على أنه ينبغي تحديد دور الاعذار في التنفيذ العيني.

ولذلك فإنه لا محل للأعذار في الأحوال التي يتحقق فيها التنفيذ العيني بحكم القانون، كانتقال ملكية المنقول المعين بالذات من وقت العقد بحكم القانون. كما أنه في الحالات التي يتم فيها التنفيذ بواسطة السلطة العامة ممثلة في المحضر، فإن اشتراط الاعذار لا يضيف جديداً، سواء في صورة الالتزام بدفع مبلغ من النقود، فيتم التنفيذ الجبري عن طريق الحجر على أموال المدين وبيعها بالمزاد العلني أو في صور الالتزام التي يجوز فيها اللجوء إلى المحضر لفهر المدين على التنفيذ العيني، كما في الالتزام بتسليم عقار حيث يقوم المحضر بقهر المدين على تسليمه للدائن. ففي حالتين يجب، بمقتضى المادة 281 مرافعات أن يسبق التنفيذ إعلان السند التنفيذي لشخص المدين بالوفاء وبيان المطلوب. ولذلك يتضح أن التنفيذ الجبري بواسطة المحضر لن يكون صحيحاً إلا إذا كان مدين معذراً. (103)

ولا يعني اشتراط الاعذار لاقتضاء التنفيذ العيني أن الدعوى التي يرفعها الدائن مطالباً بالتنفيذ العيني لا تكون مقبولة إلا إذا سبقها أعذار المدين (104)، إذ أن المطالبة القضائية ذاتها تعتبر إعذاراً ويقتصر أثر هذا الشرط على أنه إذا كان الدائن لم يقدّم باعذار المدين قبل رفع الدعوى فبإدراك المدين، بمجرد أن أعلن بصحيفتها، إلى تنفيذ التزامه عينياً، فلا يجوز الحكم عليه بمصروفات التقاضي، وإنما يتحملها الدائن.

حيث أن المدين لا يعتبر متأخراً ما دام لم يعذر قبل رفع الدعوى وما دام قد بادر إلى التنفيذ بمجرد رفعها فخير الدائن مصروفات التقاضي وينحصر في هذه الخسارة جزاء اغفال الاعذار وبذلك يتضح أن المادة

203/1، في اشتراطها للاعذار لاقتضاء التنفيذ العيني، ليست لها سوى أهمية محدودة. (105)

الفرع الثاني النظام القانوني للتعويض

الأصل أن القاضى هو الذى يقدر التعويض المستحق. لكن هذا التقدير لا يتم إلا إذا توافرت شروط استحقاقه. ولذلك يجب أن نعرض لشروط استحقاق التعويض ثم نعرض بعد ذلك لقواعد هذا التقدير، سواء من حيث طريقة التقدير، وعناصر هذا التقدير، ومداه، ثم لوسائل تنفيذ الحكم بالتعويض.

أولاً: شروط استحقاق التعويض (إحالة)

القاعدة أنه "إذا استحال على المدين أن ينفذ التزامه عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبى لا يد له فيه. ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين فى تنفيذ التزامه" م 215 مدنى).

وهذا النص ينصرف إلى المسؤولية المدنية بنوعيتها، سواء أكانت مسؤولية عقدية أم مسؤولية تقصيرية، ويتضح من ذلك أن شروط استحقاق التعويض هي نفس أركان المسؤولية المدنية. وهذه الأركان هي الخطأ والضرر وعلاقة السببية. ولذلك نحيل إلى ما سبق أن درسناه بصدد المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية فى الجزء الأول من نظرية الالتزام والخاص بمصادر الالتزام، واشترط القانون لاستحقاق التعويض عن التأخير شرطاً إضافياً وهو الاعذار على النحو السابق بيانه.

ثانياً: قواعد تقدير التعويض

فى هذا الصدد سوف ندرس طريقة التعويض، ثم نعرض بعد ذلك لعناصره لنقف بعد ذلك على مداه.

- (96) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 42، ص. 89.
(97) انظر أيضاً المادتين 157، 158 فى ضرورة الاعذار للفسخ.
(98) تنص المادة 13441 من التقنين المدنى الفرنسى بعد تعديله سنة 2016 على أن "يجعل الاعذار بالوفاء بمبلغ من النقود الفوائد التأخيرية تسرى، بالسعر القانونى، دون أن يكون الدائن ملزماً بإثبات الضرر".
(99) نبيل سعد، العقود المسماة، الجزء الأول، البيع، دار النهضة العربية، بيروت 1997، ص 332 وبصفة خاصة 333 وهذا التأصيل يخرج عن ما هو مستقر عليه فى القوانين اللاتينية وعلى رأسها القانون الفرنسى. وهذا الحكم مقتبس من الفقه الإسلامى ويتفق مع حكم القانون الألمانى واتفاقية جنيف فى 11/4/1980 والخاصة بالبيع الدولية للبضائع.
(100) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 42 ص 90، 91.
(101) وهذا أعذار من المدين للدائن سوف نتعرض له تفصيلاً عند الكلام عن أحكام الوفاء. انظر المادة 1345/ مدنى فرنسى جديدة.
(102) تنص المادة 13442 من التقنين المدنى الفرنسى بعد تعديله سنة 2016 على أن "الاعذار بتسليم شئ يضع المخاطر على عاتق المدين إذا لم تكن على عاتقه من قبل" وهذا تأكيد لما ورد فى الفقرة الثالثة من المادة 1196 من التقنين المدنى الفرنسى الجديدة.
(103) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 42، ص. 93.
(104) نقض 20/2/1991 س 42 ص. 523.
(105) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 42 ص 94 وبصفة خاصة هامش 2.

1 طريقة التعويض: التعويض النقدي والتعويض العيني:

الأصل أن يقوم القاضى بتقدير التعويض. كما أن الأصل أن يقدر التعويض بالنقد، حيث أن الحكم بالتعويض النقدي يتميز ببساطته. كما أن صدور الحكم به كفيل بحسم المنازعات، إذ من اليسير على الدائن أن يستوفى التعويض النقدي قهراً بالتنفيذ على أموال المدين وبيعها.

ومع ذلك يجوز للقاضى، إذا طلب الدائن ذلك، أن يقضى بتعويض بغير النقود. وهذا ما يسمى بالتعويض العيني. مثال ذلك: فى الالتزام بالمحافظة على شئ أن يخل المدين بالتزامه فيسرق الشئ نتيجة لإهماله فيطلب الدائن الزامه بأن يسلم شيئاً مثله، أو يصاب الشئ بتلف فيطلب الدائن إلزامه بأن يقوم بإصلاحه.

ويستفاد ذلك من أن المشرع قد أعطى للقاضى سلطة الحكم على المدين بالتعويض دون أن يحدد طريقة هذا التعويض (م 215 مدنى). (كما أنه ليس فى المبادئ العامة ما يبرر منع القاضى من الحكم بأداء أمر آخر غير النقود إذا طلب الدائن ذلك ورأى القاضى أن إجابة هذا الطلب أنسب فى تعويض الضرر (106)) بل إن المشرع قد أجاز التعويض العيني صراحة فى المسؤولية التقصيرية. فمقتضى المادة 171/ 2 مدنى "يقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضى، تبعاً لظروف وبناء على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع، وذلك على سبيل التعويض" ولا مبرر لجعل حكم هذا النص قاصراً على المسؤولية التقصيرية، بل يجب تطبيقه بطريق القياس فى حالة الإخلال بالتزام بالمعنى الدقيق (107)، كالالتزام العقدى.

ويترتب على اعتبار أن التعويض النقدي هو الطريق الأصلى فى التعويض ما يلى:

1. أن القاضى لا يحكم بالتعويض العيني من تلقاء نفسه، وإنما يجب أن يكون ذلك بناءً على طلب من الدائن نفسه.
 2. إذا طلب الدائن الحكم بتعويض عيني فليس حتماً أن يجيبه القاضى إلى طلبه لأن الأمر جوازى للقاضى.
 3. إذا طلب الدائن التعويض النقدي فليس للقاضى أن يحكم له بتعويض عيني، ولو عرض المدين ذلك.
- وكل ذلك راجع إلى أن الحكم بتعويض عيني قد يكون فى بعض الأحيان سبباً لمنازعات جديدة. مثل ذلك أن يلزم القاضى المدين بأن يقوم على سبيل التعويض العيني بإصلاح الشئ الذى تسبب فى تلفه، فقد يثور النزاع بعد ذلك بين المدين والدائن،

فيدعى الأول أنه قد قام بما أمر به، ويدعى الثانى أن ما تم من إصلاح لم يكن كافياً. كما أن التعويض العيني قد يتطلب تدخل المدين وقد لا يمثل هذا لأمر القضاء، فيقتضى الحال الحكم عليه بغرامة تهديدية، وقد ينتهى الأمر بعد ذلك كله، إذا أصر المدين على ألا يؤدى التعويض العيني رغم الغرامة التهديدية، إلى الحكم عليه بتعويض نقدي. (108)

ومما سبق يتضح أن هناك فرقاً جوهرياً بين التعويض العيني والتنفيذ العيني. فالتنفيذ العيني حق للمدين كما هو حق للدائن. فللدائن الحق اقتضاء التنفيذ العيني وللمدين الحق فى أن يعرضه. وعلى ذلك فإذا طلب الدائن التنفيذ العيني فحكم القاضى بالتنفيذ بطريق التعويض كان حكمه قابلاً للنقض إذا لم يبين أن التنفيذ العيني كان مستحيلاً ومرهقاً للمدين طبقاً للمادة 203/2 مدنى. وكذلك الحال لو عرض المدين أن يقوم بتنفيذ التزامه عينياً صحيحاً، فيتعين الحكم به ولو طلب الدائن تعويضاً نقدياً. وعلى العكس، إذا وجب التنفيذ بمقابل فللقاضى إذا طلب الدائن الحكم له بالتعويض العيني أن يحكم بتعويض نقدي، ولو لم يكن التعويض العيني مستحيلاً أو مرهقاً، وذلك لأن الأمر جوازى للقاضى. فيجوز له أن يقدر تبعاً للظروف ما إذا كان طريق التعويض العيني المطلوب مناسباً أو غير مناسب، ولا يخضع فى هذا التقدير لرقابة محكمة النقض. وإذا طلب الدائن التعويض النقدي فلا يجوز الحكم بتعويض عيني ولو عرض المدين ذلك.

ومعيار التفرقة بين التنفيذ العيني والتعويض العيني يكمن فيما يحصل عليه الدائن لا بما يقوم به المدين، حيث لا عبرة بما يقوم المدين فعلاً بأدائه بنفسه. فإذا كان من شأن التنفيذ المطلوب أن يؤدى إلى حصول الدائن على عين ما التزم به المدين كان ذلك تنفيذاً عينياً للالتزام. أما إذا كان من شأن التنفيذ أن يؤدى إلى حصول الدائن على شئ آخر، فإن التنفيذ يكون بمقابل، بطريق التعويض النقدي إذا كان محله نقوداً، أو بطريق التعويض العيني إذا كان محله شيئاً آخر غير النقود. (109)

وتطبيقاً لذلك، فى الالتزام بالامتناع عن عمل، إذا قام المدين بالعمل الممنوع فطالب الدائن بإزالة المخالفة التى وقعت كانت الإزالة تنفيذاً عينياً (110)، للالتزام بالنسبة للمستقبل فهى ليست تعويضاً عينياً إذ أن الدائن فى هذه الحالة لن يحصل بالنسبة للمستقبل على مقابل لما التزم به المدين، بل على عين ما التزم به بمنع العمل الذى التزم المدين بالامتناع عنه (111)

كما أن العبرة فى التنفيذ العيني بما يحصل عليه الدائن لا بما يقوم المدين فعلاً بأدائه بنفسه، حيث أن ذلك ليس إلا وسيلة لتحقيق هذا الغرض. فمثلاً فى الالتزام باعطاء شئ معين بنوعه إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن بمقتضى المادة 205/2 مدنى أن يطلب إذن القاضى فى الحصول على شئ من النوع ذاته على نفقة المدين. وكذلك فى الالتزام بإنجاز عمل معين لا تكون شخصية المدين ملحوظة فيه، إذا امتنع المدين عن التنفيذ جاز للدائن بمقتضى المادة 209/1 مدنى أن يطلب ترخيصاً من القضاء فى تنفيذ الالتزام على نفقة المدين. فى هاتين الحالتين لن يقوم المدين بتنفيذ عين التزامه بنفسه، بل سيقصر الأمر بالنسبة إليه على دفع مبلغ من النقود. ولكن العبرة فى التنفيذ العيني هو بما يحصل عليه الدائن فذلك هو الغرض منه. أما ما يقوم به المدين فليس إلا وسيلة لتحقيق هذا الغرض. (112)

(106) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 46 ص. 109

(107) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 46 ص. 109، 110.

(108) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 46 ص. 110

(109) انظر: إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 46 ص. 111، ص. 113

(110) قارن السنهورى، الوسيط، فقرة 440، ص. 797، 798.

(111) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 46، ص. 111.

(112) إسماعيل غانم، المرجع الوسيط، فقرة 46، ص. 112

2 عناصر التعويض:

قدما أن التعويض قد يكون مستحقاً مقابل التأخر فى التنفيذ، أو مقابل عدم التنفيذ. والتعويض فى الحالتين له غرض أساسى هو جبر الضرر الذى أصاب الدائن. ولهذا فإن هذا التعويض يشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب) م 221 مدنى. (113)

وكما هو واضح فإن التعويض عنصرين: ما أصاب الدائن من خسارة، وما ضاع عليه من الكسب. ومثال ذلك أن المدين لا يقوم بتنفيذ التزامه بتسليم بضاعة تعهد بتسليمها للدائن، فى هذه الحالة يلتزم المدين بدفع تعويض يمثل ما لحق الدائن من خسارة قيمة البضاعة، وما فاتته من كسب، الربح الذى كان يأمل الحصول عليه عند إعادة بيعها.

وعلى ذلك فإنه لا يكون هناك محل للتعويض إذا لم يصب الدائن ضرر ولم يفته كسب من جراء عدم قيام المدين بالتزامه أو من جراء تأخره فى ذلك. وكثيراً ما يتحقق هذا الأمر فى حالة عدم التنفيذ. كما إذا لم يقم الوكيل بقيد الرهن لمصلحة موكله، ويتبين أن تخلف الوكيل عن القيد لم يلحق بالموكل ضرراً ولم يفوت عليه نفعاً، إذ ثبت أن هذا القيد لا يعود بأدنى فائدة على الموكل بسبب كثرة الرهون السابقة التى تثقل العقار وتستغرق ما يزيد عن قيمته.

وإذا كان من الثابت أن حق الدائن فى التعويض ينشأ من يوم وقوع الضرر) أو من يوم الأضرار (إلا أن العبرة فى تقويم الضرر بوقت صدور الحكم، لأنه قد يتغير حجم الضرر، بالزيادة أو النقصان، أو تتغير قيمته بتغير الأسعار. فى مثل هذه الحالات يتعين على القاضى أن يحدد مبلغ التعويض على أساس قيمة الضرر وقت النطق بالحكم، إذ بذلك فقط يتحقق الغرض

الأساسي من التعويض وهو جبر الضرر. كما أن هذا المبدأ يبرره اعتبار عملي وهو محاربة ما قد يؤدي إليه انخفاض العملة من ميل لدى المسئول في إطالة أمد النزاع عن طريق الطعن في الحكم بكل طرق الطعن العادية وغير العادية. (114))
ومما تجدر ملاحظته أنه في بعض الأحوال يكون لقواعد المسؤولية علاوة على وظيفتها في جبر الضرر عن طريق التعويض، وظيفة أخرى، وقائية بما تتضمنه من معنى العقوبة الخاصة. وهذا يتجلى بصفة خاصة في مسلك القضاء في كل من فرنسا ومصر عند تقدير مبلغ التعويض والأخذ بالاعتبار جسامة الخطأ.

لكن الفقه الغالب في كل من فرنسا ومصر يذهب إلى وجوب الفصل التام بين التعويض المدني والعقوبة الجنائية وذلك بمراعاة مقدار الضرر فحسب، ودون نظر لجسامة الخطأ، عند تقدير مبلغ التعويض فيشمل التعويض كل الضرر مهما كان الخطأ يسيراً، ولا يتجاوز الضرر مهما كان الخطأ جسيماً. (115))

بالرغم من هذا الموقف من جانب الفقه إلا أن القضاء لم يحد عن مسلكه السابق، بل إن هذا المسلك يجد له سنداً في بعض نصوص التقنين المدني الفرنسي والمصري، علاوة على بعض نصوص التشريعات الحديثة في فرنسا. ففي التقنين المدني الفرنسي والمصري لم يغفل المشرع جسامة الخطأ إغفالاً تاماً، فاستثنى المدين الذي ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً من قاعدة قصر المسؤولية التعاقدية على الضرر المتوقع. كما أن التقنين المدني الحالي في مصر قد أوجد سنداً تشريعياً لما استقر عليه القضاء، فالمادة 214 التي تنص صراحة، في حالة الحكم بغرامة تهديدية، على وجوب مراعاة "العنت الذي بدا من المدين" عند تصفية الغرامة وتحديد مقدار التعويض النهائي وكذلك قانون 5 يوليو 1972 والخاص بإعادة تنظيم الغرامة في فرنسا قد نص على حالة الغرامة النهائية. وهذه الغرامة لا يتم تعديلها عند تصفيتها وإنما يحكم بها كاملة للدائن مما يترتب عليها اغتناء هذا الأخير وبذلك يؤكد اعتناق المشرع لفكرة العقوبة الخاصة (116)) علاوة على ذلك تنص المادة 170 على أن القاضي "يقدر مدى التعويض عن الضرر الذي لحق بالمضرور مراعيًا في ذلك الظروف والملابسة." والأعمال التحضيرية قاطعة في أن جسامة الخطأ من هذه الظروف. (117)) ورغم أن المادة 170 قد وردت في الفصل الخاص بالعمل غير المشروع، إلا أنه لا شك في أنها عامة التطبيق، إذ لا مبرر لقصرها على المسؤولية التقصيرية (118)) فضلاً عن أن المذكرة الإيضاحية صريحة في أن الأصل في قواعد التقدير القضائي للتعويض أنها لا تختلف باختلاف صور المسؤولية. (119))

(113) تنص المادة 2 1231 من التقنين المدني الفرنسي بعد تعديله على أن "التعويض المستحق للدائن هو، بشكل عام، مالحقه من خسارة ومافاته من كسب، عدا الاستثناءات والتعديلات الواردة فيما بعد."

(114) عبد المنعم البدر، المرجع السابق، فقرة 53 ص. 75

(115) انظر في عرض تفصيلي لراي الفقه، إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 47

ص 115 وخاصة ما ورد بها من هوامش. وانظر أيضاً عبد المنعم البدر، المرجع السابق فقرة 52 ص 73، 74.

(116) انظر Ph. Malaurie, L. Aynès, op. Cit., No. 641, p. 454.

(117) انظر الأعمال التحضيرية، ج 2، ص. 394 - 392

(118) انظر: إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 47 ص. 116

(119) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية، ج 2، ص. 544

3- مدى التعويض:

قدما أن الغرض الأساسي من التعويض هو جبر الضرر الذي أصاب الدائن. ولذلك كانت قيمة الضرر، كقاعدة عامة، هي العامل الأساسي في تحديد مبلغ التعويض المستحق عنه، إلا أن هذا المبدأ يرد عليه قيدان: الأول خاص بكل الالتزامات سواء أكانت عقدية أم غير عقدية، الثاني خاص بالالتزامات العقدية:

أ- التعويض عن الضرر المباشر دون الضرر غير المباشر:

لا يلزم المدين في المسؤولية المدنية بنوعيتها إلا بالتعويض عن الضرر المباشر دون الأضرار غير المباشرة. هذا يفترض بطبيعة الحال أن هناك أضراراً تعاقبت على عدم التنفيذ أو التأخر فيه مما استلزم معه تحديد ما يسأل عنه المدين من هذه الأضرار. ولذلك كان المبدأ العام في المسؤولية المدنية بنوعيتها، هو قصر التعويض على الأضرار المباشرة دون الأضرار غير المباشرة (م 221 مدني).

والضرر المباشر هو الضرر الذي يعتبر نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به. ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول (م 1/ 221 مدني).

وبناءً على ذلك، فإن ترك الدائن الأضرار تتلاحق واحد في إثر آخر، رغم أنه كان يستطيع تلافيها ببذل جهد معقول، يعتبر هذا خطأ من جانبه يقع عليه نتائجه ولا يسأل عنها المدين. ويمكن تبرير هذا الحكم من ناحية أخرى بأن الأضرار التي تكون نتيجة طبيعية لخطأ المدين التي تثبت كل الثبوت صلتها

بعدم تنفيذ الالتزام، هي وحدها التي تحتفظ من الناحية القانونية بعلاقة السببية بينها وبين الخطأ. أما غيرها من الأضرار، وهي الأضرار غير المباشرة التي لا تكون نتيجة طبيعية للخطأ أو التي لا تثبت كل الثبوت اتصالها، فتقطع علاقة السببية بينها وبين الخطأ ولا يكون المدعى عليه مسؤولاً عنها. (120))

ب لا تعويض في المسؤولية العقدية إلا عن الضرر المتوقع ([121]):

بعد أن بينت الفقرة الأولى من المادة 221 مدنى مصرى القواعد العامة فى كيفية تقدير التعويض عن الضرر الناتج عن الإخلال بالتزام أى كان مصدره، ولذلك ببيان عناصر التعويض، وقصر التعويض فى المسؤولية المدنية على الضرر المباشر وتحديد المقصود بهذا الضرر، نصت الفقرة الثانية على أن التعويض فى المسؤولية العقدية يقتصر على التعويض عن الضرر المتوقع دون الضرر غير المتوقع ([122])، وذلك على خلاف الأمر فى المسؤولية التقصيرية، فيما عدا حالتى الغش والخطأ الجسيم حيث يشمل التعويض الضرر المتوقع وغير المتوقع.

ويرجع الفقه أساس هذه القاعدة إلى فكرة الإرادة المفترضة للمتعاقدين فالمسؤولية العقدية تقوم على العقد، وبالتالي يمكن تحديد نطاق المسؤولية عن طريق تحديد نطاق العقد ذاته. وتحديد نطاق العقد يقوم على أساس ما يمكن توقعه عادة وقت اتفاق الطرفين. ولذلك فالضرر غير المتوقع لا يمكن أن يكون داخلاً فى هذا النطاق.

وهذا التفسير من شأنه أن يحدد نطاق هذه القاعدة ومضمونها: فمن حيث نطاق هذه القاعدة نجد أن نص المادة 221/ 2 يلزم المدين الذى ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً بتعويض الأضرار التى تسبب فيها متوقعة كانت أو غير متوقعة. إذ لا أثر للاتفاق الصريح ذاته عن الإغفاء من المسؤولية، والتخفيف منها فى هاتين الحالتين فما بال الإرادة المفترضة فى ذلك. وبناءً عليه إذا كان المدين قد تعمد عدم تنفيذ التزامه (أو ارتكب غشاً أو ارتكب خطأ جسيماً ([123]) فإنه يسأل عن الضرر المتوقع وغير المتوقع.

فمن حيث مضمون القاعدة يجب أن نحدد المقصود بالضرر المتوقع، ووقت هذا التوقع ومعياره:

1. فمن حيث المقصود بالضرر المتوقع فإنه لا يكفى أن يكون الضرر متوقعاً فى سببه أو وقوعه لكى يسأل المدين عن تعويضه كاملاً. بل يجب أن يكون متوقعاً فى مقداره، فلا يسأل المدين إلا عن القدر المتوقع منه. ([124])
 2. العبرة فى توقع الضرر بوقت التعاقد. فلو أن الضرر لم يكن متوقعاً وقت العقد، ولكنه صار ممكن التوقع بعد ذلك أى فى الفترة ما بين انعقاد العقد والإخلال بالالتزام، فلا يكون المدين مسئولاً عن تعويضه.
 3. معيار توقع الضرر موضوعى مجرد. فالضرر المتوقع، وفقاً لنص المادة 221/ 2، هو الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة "فليس المقصود هو الضرر الذى توقعه المدين فعلاً أو الذى كان يستطيع هذا المدين بالذات أن يتوقعه، وإنما الضرر الذى كان يمكن أن يتوقعه الشخص العادى لو وجد فى مثل الظروف الخارجية التى وجد فيها المدين. ([125])
- علاوة على ما تقدم فإنه يلزم أن يكون الضرر محققاً، سواء أكان حالاً أم مستقبلاً على النحو السابق بيانه فى الجزء الأول. كما أنه يمكن التعويض على تفويت الفرصة على اعتبار أن هذا التفويت فى ذاته أمر محقق ويجب التعويض عنه. كما أن التعويض يشمل كلاً من الضرر المادى والضرر الأدبى على النحو السابق بيانه فى الجزء الأول.

(120) عبد المنعم البدر، المرجع السابق، فقرة 48، ص. 69

(121) تنص المادة 1231 3 من التقنين المدنى الفرنسى بعد تعديله سنة 2016 على أن "لا يلزم المدين إلا بالتعويض عن الأضرار التى كانت متوقعة، أو التى كان من الممكن توقعها عند إبرام العقد، إلا عندما يكون عدم التنفيذ راجعاً إلى خطأ جسيم أو غش". وتنص المادة 12314 على أنه "فى هذه الحالة ذاتها، حيث ينتج عدم التنفيذ للعقد عن خطأ جسيم أو غش، لا يشمل التعويض إلا ما كان نتيجة فورية ومباشرة لعدم التنفيذ".

(122) وهذه القاعدة لا تسلم من النقد، أنظر إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 34 ص. 87

(123) الخطأ الجسيم هو الخطأ الذى لا يصدر من أقل الناس تبصراً.

(124) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 35 ص. 69، عبد المنعم البدر، المرجع السابق، فقرة 50 ص. 70

(125) السنهورى، الوسيط، ج 2 فقرة 453 ص. 771، إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 35 ص. 70، عبد المنعم البدر، المرجع السابق، فقرة 50 ص. 71

ثالثاً: وسائل تنفيذ التعويض

فى هذا الصدد يجب التفرقة بين التعويض النقدي والتعويض العيني. فى الغالب يكون التعويض مبلغاً من النقود. وعلى ذلك فإن وسائل تنفيذه كوسائل التنفيذ العيني، هى التنفيذ الاختيارى والتنفيذ الجبرى. والالتزام بدفع مبلغ من النقود يكون تنفيذه العيني ممكناً دائماً، طوعاً أو جبراً. فإذا حكم على المدين بدفع تعويض للدائن، ولم يدفع المدين هذا التعويض اختياراً جاز للدائن إجباره على الدفع بطريق التنفيذ القهرى، بطريق التنفيذ على مال المدين وبيعه واستقضاء الدين نقداً من الثمن. أما إذا كان التعويض عينياً فقد يتطلب تدخل المدين وقد لا يمثل لأمر القضاء فيقتضى الحال الحكم عليه بغرامة تهديدية وقد ينتهى الأمر بعد ذلك كله، إذا أصر المدين على ألا يؤدى التعويض العيني رغم الغرامة التهديدية، إلى الحكم عليه بتعويض نقدي.

المطلب الثانى الشرط الجزائى (التعويض الاتفاقى)

بعد أن وضعت المادة 221/ 1 مدنى المبدأ وهو أنه "إذا لم يكن التعويض مقدراً فى العقد أو بنص القانون، فالقاضى هو الذى يقرره". جاءت المادة 223 مدنى لتنص على أنه "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها فى العقد أو فى اتفاق لاحق، ويراعى فى هذه الحالة أحكام المواد من 215 إلى 220 وعلى ضوء ذلك يجب أن نعرض أولاً للتعريف بالشرط الجزائى، وثانياً لتكييفه القانونى، وثالثاً: لأثاره وسلطة القاضى إزاءه.

الفرع الأول التعريف بالشرط الجزائي

وفي هذا الصدد نعرض لماهية الشرط الجزائي والغرض منه، ثم نقوم بعد ذلك بالتمييز بينه وبين ما يشته به من أنظمة.
أولاً: ماهية الشرط الجزائي والغرض منه

1 تعريف الشرط الجزائي:

إذا كان الأصل، أن القاضى هو الذى يقوم بتقدير التعويض على النحو السابق بيانه، إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من اتفاق الطرفين مقدماً على مقدار التعويض المستحق للدائن فى حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو التأخر فيه.
فالشرط الجزائي اتفاق يقدر فيه الطرفان مقدماً مقدار التعويض الذى يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو إذا تأخر فى تنفيذه ([126]) وسمى بالشرط الجزائي لأنه يوضع عادة كشرط ضمن شروط العقد الأصلي الذى يستحق التعويض على أساسه. لكن قد لا يدرج الشرط الجزائي فى صلب العقد الأصلي بل يتضمنه اتفاق لاحق (م 223 مدنى). (فى هذه الحالة ينبغي أن يكون هذا الاتفاق سابقاً على واقعة إخلال المدين بالتزامه، أى سابقاً على عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو التأخر فيه، لأنه إذا كان لاحقاً لها فإنه يعتبر صلحاً لا شرطاً جزائياً، وتسرى عليه القواعد التى تضمنتها المواد 557 – 549 مدنى فى الفصل الخاص بعقد الصلح . ([127]) كما أنه ليس هناك ما يمنع من الالتجاء إلى الشرط الجزائي فى تقدير التعويض المستحق عن الإخلال بالتزام غير عقدي، فمثلاً إذا كان الإخلال بالعقد مكوناً لجريمة كجريمة خيانة الأمانة . واتفق المتعاقدان سلفاً على التعويض الذى يستحق فى هذه الحالة فإن هذا الاتفاق ينصرف إلى تعويض عن مسئولية تقصيرية، وكذلك الاتفاق على تعويض يستحقه الدائن فى حالة فسخ العقد، أو الرجوع فى وعد كالوعد بالزواج فإن ذلك يعتبر تعويضاً عن الإخلال بالتزام غير عقدي. ([128])

وكما هو الواضح فإن الشرط الجزائي قد يكون شرطاً جزائياً عن عدم التنفيذ وذلك إذا اتفق الطرفان مقدماً على مقدار التعويض الذى يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين بالتزامه، وقد يكون شرطاً جزائياً عن التأخير، وذلك إذا اتفق الطرفان على مقدار التعويض الذى يستحقه الدائن إذا تأخر المدين فى التنفيذ . ومن أمثلة الأول، ما تحدده السكة الحديد وشركات النقل من مبلغ معين تدفعه المصلحة أو الشركة إذا ما فقد طرد أو تلف ([129])، ومن أمثلة الثانى، ما ينص عليه فى عقود المقاولات من التزام المقاول بدفع مبلغ معين عن كل فترة زمنية معينة يتأخر فيها عن إتمام العمل الذى تعهد به . ومثل هذا فى عقد التوريد . ومن هذا القبيل فى الالتزام بدفع مبلغ معين من النقود، الاتفاق على فائدة يلزم بها المدين إذا تأخر فى الوفاء، هذه الفوائد الاتفاقية تخضع لأحكام خاصة سنعالجها عند دراسة التعويض القانونى . ولا تقتصر أمثلة الشرط الجزائي على بعض العقود دون بعض، بل كثيراً ما نجده فى العقود الجارية كالبيع والإيجار. ([130])

وإذا كان الغالب أن يكون الشرط الجزائي مبلغاً من النقود إلا أنه ليس هناك ما يمنع من أن يكون شيئاً أو عملاً أو امتناعاً أو تقصير ميعاد فى استعمال الحق أو تشديد فى شروط استعماله أو غير ذلك . مثل ذلك اشتراط حلول جميع أقساط الدين إذا تأخر المدين فى دفع قسط منها، أو إذا اتفق المؤجر والمستأجر على أن يسلم المستأجر الأرض بعد انتهاء الإيجار خالية من الزراعة واشترط فى العقد أن الزراعة التى تكون قائمة عند انتهاء الإيجار تصبح ملكاً للمؤجر تعويضاً له عن الإخلال بهذا الاتفاق . وفى هذه الحالات لم يكن الشرط الجزائي مقدراً بمبلغ معين من النقود، وإنما كان التعويض محدداً بغير النقود.
([126] انظر:

A. Weill, F. Terré, op. Cit., No. 456 p. 476 et s V'notam, No. 462, p. 482 sur la loi du 9 juillet 1975, Ph Malaurie, L. Aynès, op. Cit., No 513 p. 956 et s.

J. Carbonnier, op. Cit., No. 78 p. 290 et s.

وقد عرفت المادة 1231 5 من التقنين الفرنسى بعد تعديله سنة 2016 بأن نصت على أنه " عندما ينص فى العقد على أن من يتخلف عن تنفيذه يدفع، على سبيل التعويض، مبلغ معين، فلا يجوز أن يمنح الطرف الآخر مبلغاً يزيد أو ينقص عن هذا المبلغ."

([127] انظر مجموعة الأعمال التحضيرية، ج2 ، ص575 ، وتشير المذكرة الإيضاحية أيضاً إلى التفرقة بين الشرط الجزائي والتجديد.

([128] انظر فى ذلك وفى أمثلة أخرى السنهاوى، الوسيط، ج2 ، فقرة 477 ص 851 هامش2 ، وانظر أيضاً: أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة193 ، ص166

([129] يجب التمييز فى هذا الصدد بين الشرط الجزائي كتقدير جزائي للتعويض ليس للقاضى سلطة حياله إلا فى الأحوال والشروط المنصوص عليها كما سنرى، وبين الشرط الذى يضع حد أقصى للمسئولية وهو فى الغالب فى عقود النقل ويحصر أثره فى عدم جواز الحكم بأزيد من المبلغ المحدد ولو زاد الضرر عنه، أما إذا قل الضرر تولى القاضى تقدير التعويض على أساس مقدار الضرر الفعلى . انظر السنهاوى، الوسيط، ج2 ، فقرة 491 ص807

([130] إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة48 ، 118

2 الغرض من الشرط الجزائي:

الأصل فى الشرط الجزائي هو أن يكون مقدراً مقدماً للتعويض يقوم به الطرفان بقصد تجنب تحكم القضاء وتدخل أهل الخبرة فى تقدير التعويض الذى يستحقه الدائن إذا أخل المدين بالتزامه، ومع ذلك، هذا الغرض الذى يسعى إليه المتعاقدان لن يكون أمراً مؤكداً حيث أنه سيكون دائماً لأحد الطرفين مصلحة فى المنازعة فى مقدار التعويض المتفق عليه . وبالرغم من ذلك فإنه قد يستعمله المتعاقدان فى أغراض أخرى . فقد يقصد به التعديل من أحكام المسئولية بالإعفاء أو التخفيف منها إذا كان المبلغ المتفق عليه يقل كثيراً عن الضرر المتوقع حصوله أو بالتشديد فيها إذا كان هذا المبلغ مبالغاً فيه . وفى هذه الحالة الأخيرة يكون غالباً للشرط الجزائي طابعاً تهديدياً.

وقد يكون الغرض من الشرط الجزائي تأكيد التزام المتعهد عن الغير، بتحديد مبلغ التعويض الذى يكون مسؤولاً عنه إذا لم يتم بحمل الغير على التعهد. كما قد يوضع الشرط الجزائي فى الاشتراط لمصلحة الغير لتقدير التعويض المستحق للمشتراط فى حالة إخلال المتعهد بالتزامه نحو المنتفع، فيمثل الشرط الجزائي فى هذه الحالة المصلحة المادية للمشتراط فى اشتراطه لمصلحة الغير. ([131])

(131) انظر السهنورى، الوسيط، ج2، فقرة 477 هامش 1 ص 852، 853.

ثانياً: التمييز بين الشرط الجزائي وغيره من الأنظمة

وحيث أن الشرط الجزائي يتضمن تقديراً اتفاقياً للتعويض عن عدم التنفيذ أو التأخر فيه. فإنه قد يشتبه بأنظمة قانونية أخرى كالعربون أو التهديد المالى، لذلك يجب التمييز بينه وبين هذه الأنظمة.

1 تمييز الشرط الجزائي عن العربون:

وجه الالتباس بين العربون والشرط الجزائي يتأتى فى حالة ما إذا كانت دلالة العربون هى جواز العدول عن العقد بعد إبرامه، حيث أنه قد يحمل العربون على أنه شرط جزائي لتقدير التعويض فى حالة العدول عن العقد. لكن هناك فروق أساسية بينهما ترجع إلى اختلاف الطبيعة القانونية لكل منهما.

فمن حيث الطبيعة القانونية نجد أن الشرط الجزائي تقدير اتفاقى للتعويض فى حالة عدم التنفيذ أو التأخر فيه. بينما نجد أن العربون مقابل لحق العدول عن العقد. هذا الاختلاف فى الطبيعة يكشف عن اختلاف كل منهما عن الآخر من ناحيتين:

1 من حيث مناط استحقاق كل منهما. فحيث أن العربون هو مقابل الحق فى العدول، فإنه مناط استحقاقه هو مجرد العدول دون النظر فيما إذا ترتب على هذا العدول ضرر أم لا، وعلى ذلك إذا عدل من دفع العربون فقده، وإذا عدل من قبضه رد ضعفه ولو لم يترتب على هذا العدول أى ضرر. بينما مناط استحقاق الشرط الجزائي هو وقوع ضرر للدائن من جراء عدم التنفيذ أو التأخر فيه، فإن لم يكن هناك ضرر فلا يستحق الدائن شيئاً.

2 من حيث سلطة القاضى إزاء كل منهما. وهذا الوجه من أوجه الاختلاف مرتبط ارتباطاً وثيقاً بالوجه السابق. فحيث أن مناط استحقاق العربون هو مجرد العدول دون النظر لما يترتب عليه ضرر من عدمه، لذلك ليس للقاضى أى سلطة حيال استحقاق العربون أو مقداره. بينما نجد أن مناط استحقاق الشرط الجزائي هو وقوع ضرر للدائن، ولذلك نجد أن للقاضى سلطة فى التحقق من توافر شروط استحقاق التعويض الاتفاقى من عدمه، ثم له رقابة على مدى تناسب الشرط الجزائي مع الضرر الذى أصاب الدائن من جراء عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه، على النحو الذى سوف نراه.

ويترتب على أن الشرط الجزائي تقدير اتفاقى للتعويض أنه لا يعتبر التزاماً تخبيرياً ولا التزاماً بدلياً، فلا يستطيع الدائن أن يختار بين الالتزام الأصلي والشرط الجزائي فيطلب تنفيذ أيهما بل هو لا يستطيع أن يطلب إلا تنفيذ الالتزام الأصلي ما دام هذا ممكناً، كما أن المدين لا يملك أيضاً هذا الخيار. ومن ناحية أخرى لا يملك المدين أن يعدل عن تنفيذ الالتزام الأصلي إذا كان ممكناً إلى تنفيذ الشرط الجزائي كبديل عن الالتزام الأصلي. على العكس من ذلك يمكن تكييف العربون بأنه البديل فى التزام بدلي. ففي العقد المشترك فيه عربون يقع على عاتق كل من المتعاقدين التزام أصلى محله شئ واحد، لكن يكون لأى منهما إن شاء أن يعدل عن هذا المحل الأصلى إلى محل بدلي وهو دفع مبلغ العربون فى غير مقابل.

وينبغى الرجوع إلى نية المتعاقدين لمعرفة ما إذا كانا قد أرادا بالعربون قيمة جزافية لا يجوز الانتقاص منها، أو تقدير تعويض اتفاقى يجوز انتقاصه، لا سيما إذا كان الجزاء المشروط فادحاً. ([132])

(132) مجموعة الأعمال التحضيرية ج2 ص 264.

2 تمييز الشرط الجزائي عن التهديد المالى:

إن المنطقة التى قد يتشابه فيها الشرط الجزائي بالتهديد المالى، هى عندما يتفق المتعاقدان مقدماً على مبلغ كبير يزيد كثيراً على الضرر الذى يتوقعانه، ويتم تحديد هذا المبلغ بشكل تصاعدى بحيث يدفع عن كل يوم يتأخر فيه المدين عن تنفيذ التزامه. فى هذه الحالة يكون للشرط الجزائي طابع تهديدى أكثر من كونه تعويضاً عن الضرر. ومما يزيد هذا التشابه أنه فى هذه الحالة يخفض القاضى هذا المبلغ المقدر وذلك عندما يرى أن تقدير الطرفين كان مبالغ فيه إلى درجة كبيرة كما سنرى.

فى هذه الحالة، لم يبق من مميز بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية إلا المصدر ووقت التقدير. فالغرامة التهديدية مصدرها حكم القاضى. ووقت تقديرها يكون عند امتناع المدين عن القيام بتنفيذ التزامه بنفسه وإصراره على عدم التنفيذ. بينما الشرط الجزائي مصدره الاتفاق السابق بين الطرفين ويكون هذا الاتفاق قبل وقوع المخالفة، أى قبل عدم التنفيذ أو التأخر فيه.

فى غير ذلك من الحالات فإن طبيعة الغرامة التهديدية وخصائصها كفيلة بتمييزها عن الشرط الجزائي فعلاوة على أن الغرامة التهديدية يحكم بها القاضى أما الشرط الجزائي فيتفق عليه الطرفان. فإن الغرامة التهديدية تحكمية لا تقاس بمقياس الضرر. فلا مقياس لها إلا المقدار الذى يرى القاضى أنه منتج فى تحقيق الغاية منها وهى حمل المدين على التنفيذ العيني. فلا يشترط فيها أن تكون مقاربة للضرر، بل لا يشترط وجود الضرر أصلاً. ويجوز للقاضى أن يزيد فيها كلما رأى داعياً

للزيادة. أما الشرط الجزائي فالأصل فيه بمقياس الضرر. كذلك نجد أن الغرامة التهديدية وسيلة غير مباشرة للتنفيذ العيني، أما الشرط الجزائي فهو تنفيذ بمقابل. كما أن الغرامة التهديدية حكم وقفي تهديدي، فهو لا يقبل التنفيذ إلا إذا حوله إلى تعويض نهائي، وغالباً ما تخفض الغرامة التهديدية في هذه الحالة. أما الشرط الجزائي فهو اتفاق نهائي قابل للتنفيذ على حاله. وإذا جاز تخفيضه للمبالغة في التقدير، فالأصل فيه عدم التخفيض. هذه الطبيعة لكل منهما انعكست على كيفية تقديرهما فنجد أن الغرامة التهديدية تقدر عن كل وحدة من الزمن أو عن كل مرة يخل فيها المدين بالتزامه. أما الشرط الجزائي فيقدر غالباً بمبلغ جزافي وخاصة إذا كان تعويضاً عن عدم التنفيذ. أما إذا كان تعويضاً عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه فإنه يقدر على النحو الذي تقدر به الغرامة التهديدية كما سبق أن رأينا.

الفرع الثاني التكيف القانوني للشرط الجزائي

في هذا الصدد نتعرض للتكيف القانوني للشرط الجزائي، ثم بعد ذلك نبحث النتائج القانونية التي تترتب على هذا التكيف.

أولاً: الشرط الجزائي: تقدير اتفاقي للتعويض

وقد أفصحت المذكرة الإيضاحية عن هذا التكيف بقولها أنه "ليس الشرط الجزائي في جوهره إلا مجرد تقدير اتفاقي للتعويض الواجب أدائه فلا يعتبر بذاته مصدراً لوجوب هذا التعويض، بل للوجوب مصدر آخر قد يكون التعاقد في بعض الصور، وقد يكون العمل غير المشروع في صور أخرى، فلا بد لاستحقاق الجزاء المشروط إذن من اجتماع الشروط الواجب توافرها للحكم بالتعويض، وهي الخطأ والضرر والأعذار. (133)"

وكما هو واضح فإن الشرط الجزائي ليس هو السبب في استحقاق التعويض، وإنما نشأ التعويض من مصدر آخر، يكون في الغالب عقداً، ويكون سبب استحقاق التعويض هو عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو تأخره في هذا التنفيذ. والشرط الجزائي ليس إلا تقديراً مسبقاً من جانب المتعاقدين لمبلغ التعويض المستحق في الحالتين، عدم التنفيذ أو التأخر فيه. وهذا التكيف يترتب عليه عدة نتائج هامة، هذه النتائج تكشف عن طبيعة الشرط الجزائي والغاية منه ومتى يصبح مستحقاً. وهذا هو موضوع الفقرة التالية:

(133) مجموعة الأعمال التحضيرية، ج 2، ص 573.

ثانياً: النتائج المترتبة على هذا التكيف

هذه النتائج تترتب على تكيف الشرط الجزائي بأنه تقدير اتفاقي للتعويض وذلك بحسب تصوير المشرع في النصوص المنظمة له. وهذه النتائج تبرر طبيعة الشرط الجزائي ودوره وشروط استحقاقه على النحو التالي:

1 الالتزام بالأداء المحدد في الشرط الجزائي التزام تابع للالتزام الأصلي:

فالشرط الجزائي لا يوجد مستقلاً بنفسه بل يوجد دائماً تابعاً للالتزام الأصلي، أي كان مصدر هذا الالتزام، وأياً كان محله (134). فالشرط الجزائي لا ينشئ التزاماً جديداً مستقلاً عن الالتزام الأصلي، وإنما هو اتفاق على جزاء الإخلال بهذا الالتزام. (135)

ويترتب على صفة التبعية هذه عدة نتائج:

1. أن الالتزام بالشرط الجزائي يتبع الالتزام الأصلي في صحته ووجوده وانقضائه. وعلى ذلك فإذا بطل الالتزام الأصلي بطل الشرط الجزائي، ولكن العكس غير صحيح فبطلانه الشرط الجزائي لا يستتبع بطلان الالتزام الأصلي. كما أنه إذا انقضى الالتزام الأصلي بأى سبب من أسباب الانقضاء ينقضى الشرط الجزائي معه بالتبعية، فإذا تم الوفاء بالالتزام الأصلي، أو إذا انقضى الالتزام الأصلي لاستحالة تنفيذه بقوة قاهرة، انقضى معه بالتبعية الالتزام بالشرط الجزائي.
2. انحلال العقد المتضمن شرطاً جزائياً بالفسخ يؤدي إلى زوال الالتزام الأصلي ويزول معه بالتبعية الالتزام بالشرط الجزائي، حتى ولو لم يكن الشرط الجزائي قد أدرج في العقد الأصلي بل تضمنه اتفاق لاحق. والصورة العملية لهذه الحالة، أن المدين يخل بالتزامه ولم يطالب الدائن بالتنفيذ بمقابل، أى بقيمة الشرط الجزائي، وإنما فضل المطالبة بالفسخ (136) ولذلك إذا طالب الدائن بالتعويض في هذه الحالة، وجب الرجوع إلى تقدير القاضى لا إلى الشرط الجزائي، ما لم يكن الشرط الجزائي قد حدد مبلغ التعويض المستحق لحالة الفسخ بالذات، في هذه الحالة يتعين الحكم به.
3. إن جميع الأوصاف التي تلحق الالتزام الأصلي تلحق بالتبعية الالتزام بالشرط الجزائي، وبصير هذا الالتزام موصوفاً بوصف الالتزام الأصلي، بأن يصبح مضافاً إلى أجل أو معلقاً على شرط شأنه في ذلك شأن الالتزام الأصلي.

(134) أقران أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة 197 ص 169، عبد المنعم البدر، المرجع السابق، فقرة 63، ص 850.

(135) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 49 ص 169.

(136) أنظر: A. Weill, F. Terré, op. Cit., No. 459, p. 475.

2 الالتزام بالشرط الجزائي يعد طريقاً احتياطياً:

وهذا راجع إلى أن الشرط الجزائي ليس إلا تقديراً اتفاقياً للتعويض المستحق في حالة عدم التنفيذ أو التأخر فيه، بالتالي تنطبق عليه القاعدة العامة في التنفيذ بمقابل من حيث كونه طريقاً احتياطياً. ويبقى التنفيذ العيني هو الأصل وبناءً على ذلك، إذا

عرض المدین التنفيذ العینی فلا يجوز للدائن أن يطالب بالتعويض المقدر، الشرط الجزائي، عن عدم التنفيذ. كما أن الدائن لا يكون ملزماً بقبول التعويض إلا في الأحوال التي يتخلف فيها شرط من شروط التنفيذ العینی للالتزام الأصلي. ومما تجدر الإشارة إليه أيضاً أن الاتفاق على شرط جزائي عن عدم التنفيذ لا يحول دون التجاء الدائن إلى الوسائل القانونية المقررة لإدراك التنفيذ العینی مباشرة. كالنقد على نفقة المدین، أو إلى الوسائل غير المباشرة للتنفيذ العینی كالغرامة التهديدية، وذلك إذا توافرت الشروط اللازمة في مثل هذه الحالات. ([137])

كما أنه لا يترتب على وجود الشرط الجزائي أن يصبح التزام المدین تخييرياً أو بديلاً. فهو ليس التزاماً تخييرياً، لأن الدائن لا يستطيع أن يختار بين الالتزام الأصلي والشرط الجزائي فيطلب تنفيذ أيهما، بل هو لا يستطيع أن يطلب إلا تنفيذ الالتزام الأصلي ما دام هذا ممكناً. ولأن المدین هو أيضاً لا يملك هذا الخيار. بل هو لا يستطيع إلا أن يعرض تنفيذ الالتزام الأصلي ما أمكنه ذلك. وهو ليس التزاماً بديلاً، لأن المدین لا يملك أن يعدل عن تنفيذ الالتزام الأصلي إذا كان ممكناً إلى تنفيذ الشرط الجزائي كبديل عن الالتزام الأصلي. ([138])

إذا كان الشرط الجزائي تقديرًا اتفاقياً للتعويض عن عدم التنفيذ أو التأخير فيه، فإنه ينبغي لاستحقاقه توافر شروط استحقاق التعويض. وقد أشارت إلى ذلك المادة 223، فأحالت إلى المواد 220 - 215 وهي النصوص التي تحدد هذه الشروط. ويترتب على ذلك أن شروط استحقاق الشرط الجزائي هي وجود خطأ من المدین، وضرر يصيب الدائن وعلاقة سببية ما بين الخطأ والضرر، علاوة على إعدار المدین في حالة ما إذا كان الشرط الجزائي مقررًا لمواجهة تأخر المدین في تنفيذ التزامه، وما لم يكن هناك حالة من حالات إعفاء الدائن من هذا الأعدار ([139]).

وعلى ذلك إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلًا بسبب أجنبي لا يد للمدین فيه، فإنه لا يجوز مطالبة بالشرط الجزائي. ([140]) كما أن انتفاء الضرر أو انتفاء السببية بين الخطأ والضرر، يستتبع سقوط الشرط الجزائي. فالاتفاق على شرط جزائي ليس من شأنه أن يعدل من شروط استحقاق التعويض.

وبالرغم من ذلك فإن الاتفاق على شرط جزائي لا يخلو من فائدة في مجال الإثبات بالنسبة لركني الضرر والسببية - فمن المعلوم من القاعدة العامة في مجال الإثبات أنه على الدائن عبء إثبات الضرر الذي أصابه من جراء عدم التنفيذ أو التأخير فيه. لكن إذا اتفق مقدماً على تقدير التعويض فيكفي أن يثبت خطأ المدین فيفترض أن الدائن قد أصابه ضرر بسببه، وينتقل عبء الإثبات إلى المدین إذ يتعين عليه للتخلص من الشرط الجزائي أن يثبت أن الدائن لم يلحقه ضرر أو يثبت انتفاء رابطة السببية بينه وبين الخطأ. وهذا ما نصت عليه المادة 224/1 لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدین أن الدائن لم يلحقه أي ضرر. ([141])

وفي فرنسا قد عدلت المادة 1152 مدني فرنسي أصبحت الآن الفقرة الثانية من المادة 1231 5 بعد تعديله سنة 2016 وذلك بإضافة فقرة جديدة لها بمقتضى قانون 9 يوليو 1975 تسمح للقاضي ولو من تلقاء نفسه وذلك بعد تعديلها بقانون 11 أكتوبر (1985) انقاص أو زيادة الجزاء المتفق عليه إذا كان باهظاً أو تافهاً بشكل واضح "وكل اتفاق مخالف للفقرتين السابقتين يعتبر كأن لم يكن. ([142])

ومع ذلك ما زال الفقه يذهب إلى أن الدائن غير ملزم بإثبات أن عدم التنفيذ قد سبب له ضرراً، بحيث أن هذا الضرر قد تم افتراضه وتقديره سلفاً في العقد ([143])، إلى أن الدائن يستحق التعويض الاتفاقي بمجرد عدم تنفيذ المدین لالتزامه ولو لم يلحقه أي ضرر. ([144])

الفرع الثالث

(137) أنظر A. Weill, F. Terré, op. Cit., No. 459, p. 479. وأنظر في نفس المعنى، إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 490، ص 120، 121. (138) أنظر السنهوري، الوسيط، ج 2، فقرة 482 ص 861. (139) تنص المادة 12315 في فقرتها الخامسة على أنه "فيما عدا حالة عدم التنفيذ النهائي، لا يستحق الشرط الجزائي، إلا إذا تم إعدار المدین"، قارن المادة 1231 من ذات التقنين.

(140) إلا إذا اتفق على أن يكون الشرط الجزائي مستحقاً ولو استحالة التنفيذ لقوة القاهرة. إذ يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدین الحادث المفاجئ والقوة القاهرة (م 217 مدني مصري).

(141) نقض 16/3/1986 س 37 ص 334.

(142) أنظر A. Weill F. Terré, op. Cit., No 459, p. 497.

(143) أنظر A. Weill, F. Terré, op. Cit., No. 462, p. 483.

(144) أنظر Ph. Malaurie, L. Aynès, op. Cit., No. 514 p. 356.

آثار الشرط الجزائي

لا يستحق التعويض الاتفاقي إلا إذا توافرت شروط استحقاق التعويض السابق بيانها. وعلى ذلك إذا ثبت، طبقاً للقواعد العامة، أن هناك عدم تنفيذ الالتزام أو تأخر فيه من جانب المدین فإنه يفترض أنه قد أصاب الدائن ضرراً من جراء ذلك واستحق مبلغ التعويض المتفق عليه، ما لم يثبت المدین أن الدائن لم يلحقه أي ضرر. ومن أجل ذلك لا يجتمع الشرط الجزائي عن عدم التنفيذ مع التنفيذ العینی. ولكن يمكن أن يجتمع مع التنفيذ العینی الشرط الجزائي عن التأخير في التنفيذ.

وعلى ذلك يجب أن نعرض لآثار الشرط الجزائي بين الاتفاق والتعويض ثم لسلطة القاضي إزاء الشرط الجزائي، وأخيراً لتعلق هذه الأحكام بالنظام العام.

أولاً: آثار الشرط الجزائي بين الاتفاق والتعويض

الشرط الجزائي باعتباره اتفاقاً على تقدير التعويض يعبر عن فكرتين متعارضتين، الاتفاق والتعويض. فحيث أن الشرط الجزائي اتفاق، فإنه ينبغي احترام ما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين، فالعقد شريعة المتعاقدين وحيث أن الشرط الجزائي ليس إلا تعويضاً قدره المتعاقدان مقدماً عن الضرر الذى توقعوا حدوثه إن لم ينفذ المدين التزامه أو تأخر فى التنفيذ، فإنه ينبغي أن يكون التعويض الاتفاقي بقدر الضرر الذى يصيب الدائن فعلاً.

ولذلك فإن تنظيم الشرط الجزائي كان انعكاساً لهاتين الفكرتين وإن كان المشرع لم يأخذ بأى منهما على إطلاقها، وإنما حاول التوفيق بينهما على النحو الآتى:

1 فمن ناحية" لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر" م 1/ 224 مدنى. (وهذه القاعدة تعبر تعبيراً واضحاً عن فكرة التعويض التى تكمن وراء الشرط الجزائي. ومع ذلك فإن هذه الفكرة لم تستبعد كلية الطبيعة الاتفاقية للشرط الجزائي. فقد ألقى الدائن من عبء إثبات الضرر احتراماً لإرادة المتعاقدين بافتراض أن الضرر الذى توقعوا حدوثه قد حدث فعلاً. لكن احترام هذه الإرادة يجب ألا يؤدي إلى إنكار الواقع. ولذلك كان افتراض وقوع الضرر افتراضاً قابلاً لإثبات العكس. فإذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر لم يكن هناك محل لمطالبته بالجزاء المشروط (145) كما سبق أن بينا.

2 ومن ناحية أخرى، الأصل أن يحكم القاضي بالتعويض الاتفاقي دون تعديل إذا ثبت أن الدائن قد لحقه ضرر بالفعل وبصرف النظر عن قيمة الضرر الواقع وهذه القاعدة تعكس الطابع الاتفاقي للشرط الجزائي – ذلك أن المتعاقدين، باتفاقهما مقدماً على مقدار التعويض الذى يستحقه الدائن عن عدم التنفيذ أو التأخر فى التنفيذ، قد أرادوا أن يتجنبوا ما يثيره تقدير الضرر الواقع من صعوبات وأن يحسبوا مقدماً ما قد يثور من منازعات فى هذا الصدد. (146))

ومع ذلك فإنه استثناءً من هذا الأصل العام، مراعاة لاعتبارات معينة، نص المشرع على أنه يجوز للقاضي، فى حالات معينة، أن يخفض هذا التعويض أو يزيد مقداره. على النحو الذى سوف نراه فى الفقرة التالية:

(145) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 50 ص 123.

(146) أنظر المادة 1/ 1152 فرنسى وتفسير الفقه والقضاء الفرنسى لها. وانظر:

A.Weill, F. Terré, op. Cit., No. 426, p. 483.

وانظر إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 55 ص 123.

ثانياً: سلطة القاضي إزاء الشرط الجزائي

إن سلطة القاضي فى تعديل الشرط الجزائي تعتبر استثناءً من المبدأ العام وهو القوة الملزمة للعقد، كما أن المشرع قد حدد الحالات التى يسمح فيها القاضي بهذا التعديل. وكذلك يجب أن نعرض لسلطة القاضي والقوة الملزمة للعقد، ثم بعد ذلك ندرس حالات تعديل القاضي للشرط الجزائي.

1 سلطة القاضي والقوة الملزمة للعقد:

الأصل أن العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقرها القانون. هذه القاعدة كانت وما زالت فى فرنسا تتسم بنوع من التقديس بحيث لا يسمح للقاضي أن يعدل اتفاق الأطراف إلا فى أضيق الحدود وبمصوص تشريعية. ولذلك نجد فى فرنسا، لم يأخذ المشرع الفرنسى بنظرية الظروف الطارئة ولا بتعديل الشروط التعسفية فى عقود الإذعان أو إعفاء الطرف المذعن منها إلا فى حالات استثنائية وبمصوص خاصة إلى أن جاءت تعديلات 2016 وأجازت ذلك. وقد كان إلى عهد قريب، عام 1975، لا يجوز للقضاء الفرنسى تعديل الشرط الجزائي. وكان الفقه يتكلم عن

قدسية الشرط الجزائي أو عدم قابليته للمساس **L'intangibilité** فكما أن القاضي لا يملك تعديل العقد) م 1/ 1134 مدنى فرنسى – حالياً 1103 بعد تعديلات (2016) فإنه بالمثل لا يملك ذلك بالنسبة للشرط الجزائي) م 1152 فرنسى قبل التعديل حالياً المادة 5 1231 بعد تعديلات. (2016) بل إن المادة 1231 مدنى فرنسى قبل تعديل 2016 والتى تجيز للقاضي انقاص الشرط الجزائي فى حالة التنفيذ الجزئي قد اعتبرها القضاء أنها غير متعلقة بالنظام العام إلى أن حسم المشرع ذلك فى تعديلات 2016.

وقد نتج عن ذلك انتشار الشروط الجزائية الجائرة فى الحياة العملية، بصفة خاصة فى عقود الايجار الائتماني **Crédit bail** وعقود البيع بالأجل **La Vent à Crédit**، حيث كان ينص فى العقد الأول على شرط جزائي مبالغاً فيه بدرجة كبيرة، وذلك باستحقاق مبلغ يساوى الأجرة المستحقة عن المدة المتبقية فى العقد كشرط جزائي عن عدم التنفيذ وفسخ العقد ورد الشئ. أما بالنسبة للعقد الثاني فقد كان ينص على أن يحتفظ البائع بالأقساط التى دفعها المشتري كشرط جزائي وذلك فى حالة عدم دفع أحد الأقساط المتفق عليه وفسخ العقد بقوة القانون ورد المشتري للشئ المبيع. وكما هو واضح فإن الشرط الجزائي يكون جائزاً بالنسبة للمدين فى عقد الإيجار الائتماني إذا كانت المخالفة قد وقعت فى بداية العقد،

وبالعكس في عقد البيع بالأجل، إذا كان إخلال المدين قد حدث قرب نهاية العقد. كما يمكن أن نجد شروطاً جزائية جانبة في عقود أخرى كثيرة. (147)]

ولذلك فقد كان هناك محاولات عديدة من جانب الفقه والقضاء الفرنسي لمحاربة هذا العسف الشديد، ولكن لم يكتب لها النجاح. كما لاحظ الفقه أن فرنسا كانت الدولة الوحيدة تقريباً في أوروبا التي لم تأخذ بنظام مراجعة الشرط الجزائي (148)] ولذلك قد تدخل المشرع الفرنسي بقانون 9 يوليو 1975 ليضع حداً لهذا العسف وذلك بإضافته فقرة جديدة إلى المادة 1152 لتصبح على النحو التالي:

1" إذا تضمن الاتفاق أن من لم يقدّم بتنفيذه يدفع مبلغاً معيناً على سبيل التعويض، فلا يجوز أن يعطى الطرف الآخر مبلغاً يزيد أو ينقص 2". ومع ذلك، يجوز للقاضي ولو من تلقاء نفسه بعد تعديل قانون 11 أكتوبر (1985)، أن ينقص أو يزيد من الجزاء المتفق عليه، إذا كان باهظاً أو تافهاً بشكل واضح 3". كل اتفاق يخالف الفقرتين السابقتين يعتبر كأن لم يكن. هذه المادة أصبحت حالياً بعد تعديل 2016 المادة رقم 5 1231 من التقنين المدني الفرنسي مع تعديل طفيف في الصياغة.

كما أن المادة الثانية من قانون 1975 قد عدلت نص المادة 1231 مدني فرنسي تعديلاً جوهرياً أصبحت الآن الفقرة الثالثة من المادة 12315 من تعديلات 2016، والتي أصبحت الآن تجرى على النحو التالي:

"عندما يتم تنفيذ التعهد في جزء منه، يجوز للقاضي، ولو من تلقاء نفسه أن ينقص الجزاء المتفق عليه بالتناسب مع ما عاد من فائدة على الدائن من التنفيذ الجزئي وذلك دون إخلال بتطبيق الفقرة السابقة."

"كل اتفاق على خلاف ذلك يعتبر كأن لم يكن."

وبذلك قد غلب المشرع اعتبارات العدالة على مبدأ القوة الملزمة للعقد وأعطى للقاضي دوراً إيجابياً في تعديل الشرط الجزائي.

وقد حاولت محكمة النقض الفرنسية أن ترسي بعض المبادئ بصدد تطبيق هذا التعديل الجديد فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أنه لا يجوز للقاضي إلا تعديل الجزاء دون أن يملك الغاءه (149)] أو انقاصه عن الضرر الذي أثبتته الدائن (150)]. كما أنها ذهبت إلى أنه يجب على القاضي أن يسبب قراره بتعديل الشرط الجزائي (151)] على عكس ذلك ذهبت المحكمة، خلال فترة معينة إلى أن القاضي غير ملزم بتبرير قراره في حالة رفضه التعديل. وقد أسست المحكمة قضاءها في ذلك على أن عدم المساس بالشرط الجزائي هو الأصل

(م 1152/2 الفقرة الأولى م 5 1231 حالياً ((وأن التعديل القاضي لهذا الشرط هو الاستثناء م 1152/2 الفقرة الثانية م 12315 حالياً (152)]. ((وقد تطور قضاء المحكمة في اتجاه التخفيف من ذلك إذا لم تعد تتطلب من القاضي إلا أن يعطي تبريراً مختصراً لقراره برفض تعديل الشرط الجزائي (153)]. علاوة على ذلك كانت المحكمة تحظر على المحاكم الدنيا تعديل الشرط الجزائي من تلقاء نفسها إلى أن تدخل المشرع بقانون 11 أكتوبر 1985 ليخالف في ذلك ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية ويجيز للمحاكم أن تتصدى لمراجعة الشرط من تلقاء نفسها.

وفي فرنسا تساءل الفقه عما إذا كان يمكن أن تمتد سلطة القاضي في التعديل إلى الشروط الأخرى التي هي من نفس النوع، مثل الشروط المحددة للمسؤولية، وشروط العدول، وشروط الفسخ (154)]. كما يرى الفقه أن سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي ينبغي ألا يؤدي إلى نزع الطابع التهديدي لهذا الشرط. فطالما أن الأمر يتعلق بتقدير اتفاق التعويض. فإن سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي ليس لها إلا طابع محدود لأنها تتضمن اعتداءً على جوهر العقد، على قوته الملزمة (155)].

وفي فرنسا إلى جانب هذا النظام العام الشرط الجزائي توجد تنظيمات خاصة. ففي عقد العمل الشرط الجزائي ممنوع في نواحي معينة وفي عقود البيع المبرمة بين المهنيين والمستهلكين يجب ألا يكون الشرط الجزائي أقل من الضرر الذي أثبتته المستهلك

(2 art D. 24 Mars 1978) وهذا نظام الحد الأدنى (Le Système de plancher) وإلى جانب ذلك هناك نظام الحد الأقصى Les Système de plafond ففي عقود الائتمان المنقول والعقاري ينبغي ألا يزيد الشرط الجزائي عن نسبة معينة (156)]. (L. 10 Janvier 1978 art 21, L. 13. Juillet 1979, art. 12, 13, 14 et 27)

(147) أنظر في تفصيل ذلك:

Ph. Malaurie, La révision Judiciaire de la clause Pénale (Loi No. 15. 597 du 9 Juillet 1975 Defrénois, 15 Avril 1976, 31075. P. 533 et s.

(148) ففي إنجلترا نجد أنه لا يجوز أن يتجاوز الشرط الجزائي الضرر الذي أصاب الدائن، ويقع باطلاً الشرط الجزائي الذي يزيد عن الضرر الثابت، بينما يقع صحيحاً الشرط الذي يحدد مبلغ أقل من هذا الضرر. التقنين المدني الألماني (B. C. B 343) وليس التقنين التجاري (348, E. G. D.) ينص على أنه عندما يكون الشرط الجزائي المستحق مبالغاً فيه بدرجة طائلة فإنه يمكن، بناءً على طلب المدين تخفيضه قضائياً إلى مبلغ معقول – وينبغي أن يؤخذ في الاعتبار كل المصالح المشروعة للدائن وليس = المصالح المادية فقط. وإذا ما تم دفع الجزاء فإنه يكون من غير الممكن تخفيضه. التقنين المدني السويسري ينص على أنه "يجب على القاضي تخفيض الشرط الجزائي الذي يكون مبالغاً فيه" وقد تم تعزيز هذا النص بقاعدة تحظر في حالة فسخ البيع بالأجل احتفاظ البائع بملكية ما استلمه من أفساط" كما أن التقنين المدني الإيطالي

ينص في المادة 1384 على أنه "عندما يتم تنفيذ الالتزام الأصلي جزئياً أو عندما يكون الشرط الجزائي مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، فإنه يجوز للقاضي، مراعيًا للعدالة، أن يخفف هذا الشرط مع الأخذ في الاعتبار ما يكون قد عاد على الدائن من فائدة.

(149) أنظر. Com. 9 juin 1980 B. IV, no fév. 1982, B. IV. No 41.

(150) أنظر. Com. 3. Fév. 1982, précité.

(151) أنظر. Com. 25 Mai 1981. B. IV, No. 246; civ. 1. 23 fév. B. I. No 85.

(152) أنظر:

Civ. 3, 26 août 1978. Blll, No 160, D. 78 – 349, 17 Juill, 1979 B. III, No. 292.

(153) أنظر. Civ. 9 fév. 1983, Epx. Ancelin B. I. No 55.

(154) أنظر. Ph. Malaurie, L. Aynès, op. Cit. No. 515 p. 359.

(155) أنظر. Ph. Malaurie, L. Aynès, op. Cit, No. 515 p. 359.

(156) أنظر في ذلك. Ph. Malaurie, L. Aynès, op. Cit, No 516 p. 359.

2 حالات تعديل القاضي للشرط الجزائي:

هناك ثلاث حالات يجوز أن يتدخل القاضي فيها ليعدل الشرط الجزائي. حالتان يجوز للقاضي أن يخفف الشرط الجزائي، وحالة واحدة يجوز له فيها أن يزيد الشرط الجزائي. لكن ما هي الشروط أو الظروف الواجب توافرها حتى يستطيع القاضي أن يمارس هذه السلطة. هذا ما سنراه في الفقرات التالية:

أ حالات تخفيض الشرط الجزائي:

هناك حالتان لتخفيض الشرط الجزائي، وهما كالآتي:

1 الحالة الأولى: إذا كان تقدير الشرط الجزائي مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة:

المبدأ أن الشرط الجزائي في حالة عدم التنفيذ يحتفظ بقوته الملزمة. ولذلك لا يكفي أن يثبت المدين أن الشرط الجزائي يجاوز مقدار الضرر الذي لحق بالدائن، حتى يستطيع القاضي أن يخفف هذا الشرط، وإلا نكون قد نزعنا كل فائدة للشرط الجزائي. فينبغي أن يمارس القاضي هذه السلطة بحذر وبطريقة استثنائية، حالة ما إذا كان الشرط الجزائي مجحفاً بالمدين (م 224 مدني مصري والفقرة الثانية م 1231 مدني فرنسي الجديدة)

وعبء الإثبات يقع على المدين. حيث يتعين عليه أن يثبت أن تقدير التعويض كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة. فإذا ما أثبت المدين ذلك يقوم القاضي بخفض التعويض إلى الحد المعقول، أي إلى الحد الذي يتناسب مع الضرر، لا إلى الحد المساوي للضرر، أخذاً في الاعتبار إرادة المتعاقدين ومصالح الدائن وحسن نية المدين.

وللقاضي في هذا الصدد سلطة تقديرية واسعة فيما يقرره أو ينفيه من مبالغة في التعويض المشروط أو فيما يراه حداً مناسباً لتخفيضه. ولا رقابة عليه في ذلك من جانب محكمة النقض.

2 الحالة الثانية: تنفيذ الالتزام في جزء منه (م 2/ 224 مدني مصري، الفقرة الثالثة من المادة 1231 مدني فرنسي بعد تعديلات 2016)

في هذه الحالة يفرض القانون تخفيض التعويض المتفق عليه بالتناسب مع التنفيذ الذي تم وما عاد على الدائن من فائدة من هذا التنفيذ. والعلة في جواز التخفيض أن الشرط الجزائي إنما وضع لحالة عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه أصلاً أو لحالة تأخره في الوفاء بالالتزام كله، فإذا خفف القاضي الشرط الجزائي بنسبة ما نفذ المدين من التزامه فإنه يكون قد أحترم إرادة المتعاقدين. ويقع عبء إثبات التنفيذ الجزئي على المدين.

لكن يجب أن نلاحظ أنه لا يكفي أن يكون هناك تنفيذ جزئي من جانب المدين حتى يتم تخفيض الشرط الجزائي وإنما يلزم علاوة على ذلك أن يكون هناك إشباع جزئي للدائن. فإذا كان الجزء الذي تم تنفيذه تافهاً أو لم يكن في التنفيذ الجزئي فائدة للدائن، فلا يحكم القاضي بالتخفيض.

وعلى ذلك فإذا كان التنفيذ لا يقبل التجزئة، بحيث يستطيع الدائن أن يستفيد منه إلا إذا تم بالكامل، كما هو الحال بالنسبة للالتزام غير القابل للتجزئة، سواء كان مصدر عدم القابلية طبيعة محل الالتزام أو نص القانون أو الاتفاق، فإنه في هذه الحالة لا يخفف الشرط الجزائي بشرط ألا يكون عدم التجزئة مصطنعاً.

مدى إمكانية الجمع والتوفيق بين الحالتين السابقتين:

الفرض العملي لذلك هو أن يكون الشرط الجزائي مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ويتم في نفس الوقت تنفيذ الالتزام الأصلي تنفيذاً جزئياً. وهذا الأمر شائع في عقود الإيجار الانتمائي وعقود البيع بالأجل. (157)

[J. L. Aubert, Rép. Defrénois, 1975, chron. Art 30995, No 38 Spéc. Pp. 1277. 1278]

في هذه الحالة ينبغي أن يعمل القاضي أولاً على رد الشرط الجزائي إلى الحد المعقول مما يجعله يتناسب مع الضرر الذي حاق بالدائن، ثم يقوم بعد ذلك بتخفيض التعويض بنسبة ما نفذ المدين من التزامه، وفي حدود ما عاد على الدائن من فائدة. فمثلاً لو كان الشرط الجزائي 15000 جنيه في حالة عدم التنفيذ الكلي للالتزام، بينما كان الضرر الفعلي الذي سينشأ عن

عدم التنفيذ للالتزام الأصلي لا يتجاوز مبلغ 7500 جنية، وقام المدين بتنفيذ جزئى للالتزامه بما يعادل 5000 جنية. فى هذه الحالة يقوم القاضى برد الالتزام إلى الحد المعقول لا إلى الحد المساوى للضرر وليكن ذلك 10000 جنية. ثم بعد ذلك يأخذ فى اعتباره ما تم تنفيذه من الالتزام الأصلي وما عاد على الدائن من فائدة من هذا التنفيذ. وهو ما يسوى 5000 جنية، ثم يقوم بنسبته إلى ما كان سيحصل عليه لو نفذ الالتزام كاملاً 7500 جنية، فيكون ما تم تنفيذه يعادل 2:3 الضرر الإجمالى. فى النهاية ليحدد القاضى مقدار التعويض المستحق بعد التخفيض للمبالغة وللتنفيذ الجزئى فإنه سوف يعادل ثلث مبلغ التعويض المستحق والمتناسب مع الضرر لأى ثلث مبلغ العشرة آلاف جنية.

تعلق هذه الأحكام بالنظام العام:

هذه الأحكام السابق بيانها تتعلق بالنظام العام، بمعنى أنه يقع باطلاً كل اتفاق يخالف هذه الأحكام. وهذا ما نصت عليه المادة 1/224 مدنى مصرى وكذلك المادة 1152/3 مدنى فرنسى وكذلك المادة 1231/2 مدنى فرنسى وذلك بعد تعديل 1975، م 12315 فى فقرتها الرابعة بعد تعديلات 2016.

ب حالة زيادة الشرط الجزائى:

وهذه الحالة تعالج الفرض الذى يجاوز فيه الضرر قيمة التعويض الاتفاقى والسؤال الذى يطرح نفسه هل يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة؟؟ وإذا كان ذلك جائزاً فما هى الشروط اللازم توافرها لذلك؟؟ وقد أجابت على هذه التساؤلات المادة 225 مدنى مصرى وذلك بنصها على أنه "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقى فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأً جسيماً." فى فرنسا قبل التعديل الأخير فى عام 1975 كان القضاء الفرنسى يعتبر أن الشرط الجزائى الزهيد أو الذى يقل بدرجة كبيرة عن الضرر الذى لحق بالدائن من قبيل الإغفاء من المسؤولية. وبالتالي قد قرر القضاء عدم تطبيق هذا الشرط فى حالة غش المدين ويأخذ حكم الغش الخطأ الجسيم من جانب المدين (1). وقد أضافت المادة الأولى من قانون 9 يوليو 1975 فقرة ثانية إلى المادة 1152 مدنى فرنسى حالياً نص المادة 1231 5 مدنى فرنسى بعد تعديلات 2016 والتى تنص على أنه "مع ذلك يجوز للقاضى، ولو من تلقاء نفسه (بعد تعديل قانون 11 أكتوبر 1985)، أن ينقص أو يزيد من الجزاء المتفق عليه، إذا كان باهظاً أو تافهاً بشكل واضح"

وعلى ذلك فإن القضاء فى فرنسا يستطيع أن يحكم بتعويض أكبر من الشرط الجزائى الزهيد بالنسبة للضرر الذى أصاب الدائن ولم يعد متطلباً الآن إثبات الدائن لغش المدين أو لخطأه الجسيم أما فى مصر فإنه طبقاً لنص المادة 225 مدنى الأمر يجرى على خلاف ذلك. فإذا كان التعويض الاتفاقى أقل من الضرر الواقع، فالأصل أن القاضى لا يزيده ليكون مساوياً للضرر، بل يحكم به كما هو. ويكون الشرط الجزائى فى هذه الحالة بمثابة تخفيف لمسؤولية المدين والاتفاق على التخفيف من المسؤولية أو الاعفاء منها جائز فى نطاق المسؤولية العقدية إلا ما ينشأ عن غش المدين أو عن خطئه الجسيم (م 217 مدنى مصرى)

وعلى ذلك إذا زاد الضرر عن التعويض المتفق عليه وأثبت الدائن أن المدين ارتكب غشاً أو خطأً جسيماً فإنه فى هذه الحالة للقاضى أن يزيد من مقدار التعويض حتى يصبح معادلاً للضرر الذى وقع. لكن إذا كان الغش أو الخطأ الجسيم لم يصدر من المدين شخصياً بل وقع من أحد الأشخاص الذين يستخدمهم المدين فى تنفيذ التزامه فإنه لا يجوز للقاضى زيادة التعويض حتى ولو جاوز الضرر المبلغ المتفق عليه، لأن الاتفاق على تخفيف المسؤولية عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من تابعى المدين جائز طبقاً لنص المادة 217/2 مدنى مصرى.

وهذه الأحكام تتعلق، فى كل من مصر وفرنسا، بالنظام العام، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها، وكل اتفاق من هذا القبيل يقع باطلاً (الفقرة الرابعة المادة 1231 5 بعد تعديلات 2016 مدنى فرنسى) و(م 3/217 مدنى مصرى) وعلى ذلك إذا اتفق الطرفان على شرط جزائى يكون من التافهة بحيث يكون المقصود به أن يصل المدين إلى اشتراط اعفائه من مسؤوليته التقصيرية، ففي هذه الحالة يكون الشرط الجزائى باطلاً، وللقاضى أن يحكم بتعويض أزيد بكثير من التقدير التافه الذى ورد فى الشرط الجزائى متوخياً فى ذلك تطبيق القواعد العامة فى التقدير القضائى للتعويض (4)).

(1) أنظر فى ذلك:

Civ. 1, 4 Février, 1969, 601, note J. Mazeaud, 21 Octobre 1975. Inf. Rap 6.

(2) أنظر فى ذلك: Ph. Malaurie, L., Aynès, op. Cit., p. 515 p. 357, 358.

(3) السنهورى، الوسيط، ج 2 فقرة 498، ص 877.

(4) السنهورى، الوسيط، ج 2 فقرة 499، ص 879. مع ملاحظة أن شرط الإغفاء أو التخفيف من المسؤولية التقصيرية يبطل فى جميع الأحوال حتى فى حالة الخطأ اليسير.

المطلب الثالث التعويض القانونى (الفوائد)

سبق أن قلنا أن الأصل فى تقدير التعويض هو أن يتم بمعرفة القاضى لكن ليس هناك ثمة ما يمنع من أن يتفق الطرفان مقدماً على مقدار التعويض أو أن يتكفل القانون ذاته بهذا التقدير. وقد سبق أن بسطنا أحكام كل من التعويض القضائى وأحكام

الشرط الجزائي. والآن نود أن نعرض بالتفصيل لأحكام التعويض القانوني. ولدراسة هذه الأحكام سوف نعرض أولاً: لنطاق التعويض القانوني. ثم ثانياً: للنظام القانوني لهذا التعويض.

الفرع الأول نطاقه

قدما أنه في بعض الأحوال يتكفل القانون بتحديد مقدار التعويض بنصوص تشريعية، ومن وجهة النظر الاقتصادية والسياسة التشريعية الرشيدة، أن تحديد المشرع لمقدار التعويض يعد أمراً غير مرغوب فيه وينبغي عدم الإقدام عليه إلا في حالات نادرة يقوم فيها مبرر قوى لمثل هذا الإجراء (5). ويرجع السبب في ذلك إلى أن انطواء نصوص تشريعية جامدة على مقادير معينة من التعويض في حالات متنوعة قد تختلف ظروفها وقد يتفاوت الضرر الذي في كل حالة منها، ومع ذلك يبقى مقدار التعويض عن هذا الضرر متفاوتاً جامداً في النص لا يتغير.

وأهم حالة عمد فيها المشرع إلى التدخل وتكفل بتحديد مقدار التعويض في نصوص تشريعية هي حالة الالتزام بدفع مبلغ من النقود. وذلك لأن الالتزام بأداء مبلغ من النقود هو دائماً من الالتزامات التي يكون التنفيذ العيني فيها ممكناً، ومن ثم فإن التعويض عن عدم التنفيذ لا يثير أمره في هذا النوع من الالتزامات وإنما قد يثير موضوع التعويض عن التأخير في التنفيذ. ويكون التعويض عندئذ في صورة فوائد. وهي تسمى لذلك فوائد التأخير (7). وفي ذلك تنص المادة 226 مدني مصري على أنه "إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين في الوفاء به، كان ملزماً بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير فوائد قدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية. وتسرى هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها، إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها، وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره"

ولتحديد نطاق التعويض القانوني يجب أن نعرف أنه قاصر على الالتزام بدفع مبلغ من النقود معلوم المقدار وقت الطلب. كما أن هذا التعويض قد يكون في صورة فوائد عن التأخير أو فوائد مقابل الانتفاع برأس المال. ولنر ذلك بشئ من التفصيل.

أولاً: أن يكون الالتزام التزاماً بدفع مبلغ من النقود معلوم المقدار وقت الطلب:

وكما هو واضح فإنه يلزم أن يكون محل الالتزام مبلغاً من النقود، ومن ناحية ثانية يجب أن يكون هذا المبلغ معلوم المقدار وقت الطلب ولندرس هاتين النقطتين على التوالي:

1 التزام بدفع مبلغ من النقود:

كما سبق أن قدما فإن التعويض القانوني يتحدد نطاقه بالالتزامات التي يكون محلها مبلغاً من النقود. فالعبرة بمحل الالتزام، ما دام هذا المحل هو دفع مبلغ من النقود فمن الجائز أن يكون هناك فوائد مستحقة إذا توافرت شروطها. وبناءً على ذلك فإنه لا عبرة بمصدر الالتزام، فالالتزام بدفع مبلغ من النقود أيّاً كان مصدره يمكن أن يستحق عنه فوائد. فقد يكون هذا المصدر عقداً، وهو الغالب، مثل التزام المقترض برد مبلغ القرض، والالتزام المشتري بدفع الثمن، والالتزام المستأجر بدفع الأجرة، إذا كانت نقوداً، والالتزام الشريك بتقديم حصته في الشركة، إذا كانت هذه الحصة مبلغاً من النقود. وقد يكون مصدر الالتزام عمل غير مشروع، كالالتزام بدفع مبلغ التعويض، أو عمل نافع، كالالتزام برد غير المستحق إذا كان ما دفع دون حق مبلغاً من النقود، أو نص القانون، كالالتزام بدفع النفقة، إذا قدرت مبلغ من النقود كما هو الغالب.

2 معلوم المقدار وقت الطلب:

لا يقصد بهذا الشرط منع سريان الفوائد عن كل التزام يكون مقداره محلاً للمنازعة، وإنما كان القصد من وراء هذا الشرط هو منع سريان الفوائد على المبالغ التي يطالب بها الدائن على سبيل التعويض عن عمل غير مشروع. فإذا كان حق المضرور في التعويض ينشأ من وقت تحقق الضرر إلا أن هذا الحق لا يكون معلوم المقدار إلا من تاريخ الحكم به.

لكن ليس معنى هذا أن الالتزام بالتعويض يخرج عن نطاق استحقاق الفوائد حيث أن الذي يجري عليه العمل أن القاضي يدخل في اعتباره عند تقدير التعويض نوعان من الضرر، الضرر الأصلي الناشئ عن خطأ المسئول، والضرر الناشئ عن التأخر إلى يوم النطق بالحكم (9) – وبحكم القاضي يصبح التعويض مبلغاً من النقود معلوم المقدار، فإذا تأخر المسئول في الوفاء به يستطيع المضرور أن يطالب بالفوائد بدعوى جديدة، فيقضى له بالفوائد القانونية عن التأخير بسعرها القانوني (10). ويذهب رأي إلى أن هذه الفوائد تسرى من وقت رفع الدعوى الجديدة وفقاً للقواعد العامة (11). بينما يذهب رأي آخر إلى أن سريان هذه الفوائد من وقت الحكم في الدعوى الأصلية، وذلك تطبيقاً للمادة 220/ب (12).

ثانياً: أنواع الفوائد المستحقة:

1 الفوائد التأخيرية والفوائد الاستثمارية:

يستحق على الالتزام بأداء مبلغ من النقود نوعان من الفوائد، فوائد التأخير، وهي تمثل التعويض عن التأخير في الوفاء بالالتزام بدفع مبلغ من النقود عند الأجل المحدد لوفائه. وهي تقدر على أساسه نسبة مئوية من رأس المال تحتسب سنوياً.

وفوائد استثمارية (13) وهى تستحق مقابل انتفاع المدين بمبلغ من النقود خلال مدة معينة، وهى مدة الأجل وتقدر بنسبة مئوية من رأس المال تحتسب سنوياً.

2 الفوائد القانونية والفوائد الاتفاقية:

هذا التقسيم يتقاطع مع التقسيم السابق، والفوائد الاتفاقية هى الفوائد التى يتفق عليها الطرفان. وهذه الفوائد قد يتفق عليها الطرفان إما كمقابل الانتفاع المدين بمبلغ من النقود خلال مدة معينة، هى مدة الأجل، وهذه هى الفوائد الاستثمارية ويلتزم بها المدين فى عقد من عقود المعاوضة كعقد القرض وعقد البيع بالأجل، وإما على سبيل التعويض عن التأخير فى الوفاء بالتزام بدفع مبلغ من النقود فى الأجل المحدد لوفائه، وهذه هى الفوائد التأخيرية.

أما الفوائد القانونية فهى ليست سوى فوائد تأخيرية يحدد القانون سعرها برقم ثابت فإذا لم يحدد الطرفان فائدة تستحق كتعويض عن التأخير فإن القانون يجيز للدائن - رغم عدم الاتفاق - أن يطالب المدين بفائدة عن التأخير بالسعر القانونى الذى حدده المشرع، إذا توافرت شروط استحقاقها.

وهكذا فإن الفوائد التأخيرية، قد تكون فائدة اتفاقية وقد تكون فائدة قانونية، أما الفوائد الاستثمارية فلا تكون إلا اتفاقية (14). والفوائد الاتفاقية، سواء كانت عن التأخير، أو كانت مشترطة كمقابل للانتفاع بالمبلغ، لا يجوز أن يزيد سعرها على 7% (م 1/227 مدنى). وهذا الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية يسرى على المسائل المدنية والمسائل التجارية دون تفرقة. والعلة فى هذا الحديد هى محاربة الربا.

أما الفوائد القانونية فإن لم يحدد الطرفان بالاتفاق سعر الفائدة فإنه لا شأن للقاضى بتقديرها وإنما يلزم المدين بالفائدة التى حددها المشرع. وقد حددها القانون، كأصل عام، بأربعة فى المائة فى المسائل المدنية وخمسة فى المائة فى المسائل التجارية (م 226 مدنى).

الفرع الثانى نظامه القانونى

وفى هذا الصدد نتصدى بالدراسة لشروط استحقاق التعويض القانونى، الفوائد، ثم نعرض لدراسة القيود التى تحد من هذا الاستحقاق، وفى النهاية ندرس سعر الفائدة.

أولاً: شروط الاستحقاق:

وهنا سنعرض أولاً لشروط استحقاق الفوائد التأخيرية ثم نتعرف بعد ذلك على شروط استحقاق الفوائد الاستثمارية.

1 شروط استحقاق الفوائد التأخيرية:

أ شروط الاستحقاق والقواعد العامة فى التعويض:

إن التكييف القانونى الذى تبناه المشرع لفوائد التأخير هى أنها تعويض عن التأخر فى الوفاء بمبلغ من النقود عن الأجل المعين. ونحن نعلم أنه يشترط لاستحقاق التعويض طبقاً للقواعد العامة ثلاث شروط، الخطأ، والضرر، وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر علاوة على أضرار المدين. فهل يلزم توافر هذه الشروط أيضاً لاستحقاق التعويض عن التأخر فى الوفاء بمبلغ من النقود؟؟

بمراجعة الأحكام الواردة فى هذا الصدد نجد أن خطأ المدين هو مجرد التأخر عن الوفاء بالمبلغ المعلوم المقدار وقت الطلب فى الأجل المعين. حيث أن الالتزام بدفع مبلغ من النقود هو التزام بتحقيق نتيجة، لأن هناك تطابق بين الغاية المبتغاة من هذا الالتزام، هى نقل ملكية مبلغ من النقود ومضمون أداء المدين، وهو نفس الشئ أى نقل ملكية مبلغ من النقود، فعدم تحقيق هذه النتيجة يعتبر فى ذاته عدم تنفيذ للالتزام. فالخطأ لا شئ غير التأخر فى الوفاء بالمبلغ عن الأجل المعين.

أما بالنسبة للضرر وعلاقة السببية، فإن القانون قد فرض فرضاً لا يقبل إثبات العكس بأن مجرد تأخر المدين عن الوفاء بمبلغ من النقود فى الأجل المعين يسبب ضرراً للدائن. ولذلك لا حاجة للدائن إلى إثبات هذا الضرر، كما أن المدين لا يستطيع أن ينفى وقوعه. وقد نصت على ذلك المادة 228 بأنه "لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير، قانونية كانت أو اتفاقية، أن يثبت الدائن ضرراً لحقه من هذا التأخير" (15). علاوة على ذلك، يفرض القانون كذلك، فرضاً غير قابل لإثبات العكس، أن هذا الضرر هو النتيجة المباشرة لخطأ المدين وهو تأخره فى الوفاء، فعلاقة السببية ما بين الخطأ والضرر هى أيضاً مفروضة فرضاً لا يقبل إثبات العكس.

وهذه الأحكام تنفق والفلسفة الاقتصادية للائتمان. حيث أن النقود ليست قيمة معطلة وإنما هى قيمة تعمل فى النشاط الاقتصادى فعدم وفاء المدين بالمبلغ المستحق فى ذمته فى الميعاد المحدد يصيب الدائن بخسارة. إذ قد يضطر الدائن إلى التوقف عن سداد دين مستحق عليه فى ذمته هو وما يؤدى إليه ذلك من دفعه لفوائد التأخير، أو قد يدفعه إلى الاقتراض بفائدة أعلى لسداد ما هو مستحق عليه هو فى هذا الميعاد. وقد يفوت على الدائن ربحاً كما لو أن الدائن يكون قد خصص هذا المبلغ لاستغلال معين فإذا به يحرم منه فى الميعاد المحدد. وفى كلتا الحالتين يستحق الدائن التعويض عن التأخير نتيجة لما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب."

ولهذا فإنه كان منطقياً أن يفترض القانون الضرر وعلاقة السببية فرضاً لا يقبل إثبات العكس في حالة تأخر المدين في الوفاء بمبلغ من النقود ومعلوم المقدار وقت الطلب.

أما بالنسبة لأعذار المدين، فقد استبدله القانون بالمطالبة القضائية كقاعدة عامة. وهذا نوع من التشدد يتفق وفلسفة المشرع في مناهضة الربا واستنكاره(17).

ب ونخلص من كل ما تقدم أن شروط استحقاق الفوائد التأخيرية تتلخص في شرطين:

- التأخر في الوفاء بالتزام بمبلغ من النقود معلوم المقدار وقت الطلب.
- المطالبة القضائية.

أ التأخر في الوفاء بالتزام بمبلغ من النقود معلوم المقدار وقت الطلب:

إن مناط استحقاق فوائد التأخير هو تأخر المدين في الوفاء بالتزامه بدفع مبلغ من النقود معلوم المقدار وقت الطلب عند ميعاد الاستحقاق. في حالة عدم اتفاق الأفراد على هذه الفوائد فإنها تسرى بالسعر الذي يقرره القانون. وإذا كان متفق عليه من قبل ما بين الدائن والمدين، فإنه ينبغي ألا يتجاوز الحد الأقصى المقرر قانوناً (7.%) ويغلب أن يقع الاتفاق عندما يكون مصدر الالتزام هو العقد، فيكون الاتفاق على سعر الفوائد التأخيرية ضمن شروط هذا العقد، ويسمى سعر الفائدة في هذه الحالة بالسعر الاتفاقي. ولا مانع من أن يتم الاتفاق على سعر الفوائد الاتفاقية في غير العقد الذي أنشأ الالتزام بدفع المبلغ من النقود، بل وفي خصوص التزام بدفع مبلغ النقود لا يكون مصدره العقد. فإذا لم يكن هناك سعر للفوائد التأخيرية متفق عليه، ما بين الدائن والمدين فإن السعر الذي يسرى في هذه الحالة هو السعر القانوني(18). ولذلك فالفوائد التأخيرية إما أن تكون فوائد اتفاقية أو فوائد قانونية.

- (9) قارن إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 56 ص 139.
- (10) [وقد جاء نص المادة 1231 من التقنين المدني الفرنسي بعد تعديله 2016 صريحاً في ذلك حيث نص على أنه "في جميع الأحوال، يتضمن الحكم بالتعويض فوائد بالسعر القانوني حتى عند عدم وجود طلب أو نص خاص في الحكم، مالم يوجد نص مخالف في القانون، تسرى هذه الفوائد من تاريخ إصدار الحكم مالم يقرر القاضي غير ذلك." في حالة تأييد محكمة الاستئناف للحكم الذي يقضي بالتعويض فإن هذا التعويض يتضمن بقوة القانون فائدة بالسعر القانوني تحسب من تاريخ حكم محكمة الدرجة الأولى في الحالات الأخرى، فإن التعويض المقضى به في الاستئناف يتضمن فائدة إعتباراً من حكم محكمة الاستئناف. ويجوز لمحكمة الاستئناف دائماً أن تخالف أحكام هذه الفقرة".
- (11) [السنهوري، الوسيط، ج 2 فقرة 505، ص 889.
- (12) [إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 56 ص 140.
- (13) [ويطلق عليها البعض اسم الفوائد التعويضية، انظر السنهوري، الوسيط، ج 2 فقرة 502 ص 886، 887 ويطلق البعض الآخر عليها اسم الفوائد العوضية، انظر إسماعيل غانم، المرجع السابق فقرة 51 ص 127. وتطلق عليها محكمة النقض "الفوائد التعويضية" انظر في ذلك نقض 1994/11/24 س 45 ص 1471، 1472.
- (14) [ومع ذلك قارن السنهوري، الوسيط، جزء 2، فقرة 109 ص 901، هامش 2.
- (15) [تنص المادة الفقرة الثانية من المادة 1231 من التقنين المدني بعد تعديله 2016 على أنه "يكون هذا التعويض مستحقاً دون أن يكون الدائن ملزماً بإثبات أية خسارة". في التقنين الفرنسي بعد تعديله في 2016 جعل استحقاق هذه الفوائد ابتداءً من تاريخ الاعذار (انظر الفقرة الأولى من المادة 1231 (6) وفي ذلك أيضاً تنص المادة 13441 الجديدة على أن "يجعل الاعذار بالوفاء بالتزام بمبلغ من النقود الفوائد التأخيرية تسرى، بالسعر القانوني، دون أن يكون الدائن ملزماً بإثبات الضرر".
- (16) [السنهوري، الوسيط، ج 2، فقرة 509 ص 892.
- (17) [السنهوري، الوسيط، ج 2 فقرة 509 ص 892.
- (18) [السنهوري، الوسيط، ج 2 فقرة 507 ص 893.

ب المطالبة القضائية بالفوائد التأخيرية:

... "تسرى هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها، إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها، وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره" (م 226 مدني) (19).

هذا الشرط يعتبر استثناءً من القواعد العامة من ناحيتين: أولاً: أن القاعدة العامة في التعويض عن التأخير أنه يستحق من وقت الأعدار، أي من وقت إنذار المدين – ثانياً: أن القاعدة العامة في الأعدار أنه لا يشترط أن يطالب الدائن صراحةً بالتعويض عن التأخير، بل يكفي أن يعلن الدائن للمدين أنه يريد منه تنفيذ الالتزام. أما فوائد التأخير فلا يكفي الإنذار لاستحقاقها، بل يلزم المطالبة القضائية. كما أنه لا يكفي أن يطالب الدائن المدين بالدين وحده مطالبة قضائية حتى تسرى الفوائد التأخيرية من وقت هذه المطالبة، بل يلزم المطالبة بالفوائد التأخيرية ذاتها بالإضافة إلى الدين ذاته(20). وعلى ذلك فإذا لم يطالب الدائن في صحيفة الدعوى إلا بأصل الدين، ثم عاد أثناء نظر الدعوى بطلب الحكم بالفوائد فلا تسرى الفوائد إلا من وقت هذا الطلب، حيث أن المطالبة القضائية بالفوائد تتحقق بهذا الطلب وليس من وقت رفع الدعوى. وقد تشدد القانون في تحديد مبدأ سريان الفوائد التأخيرية، فجعلها من وقت المطالبة القضائية لا من وقت الأعدار، واشترط أن تتضمنها هذه المطالبة، وذلك لمناهضة الربا واستنكاره كما سبق القول.

ويترتب على ذلك أن الفوائد التأخيرية لا تسرى إذا كانت صحيفة الدعوى باطلة أو كانت المحكمة التي رفعت إليها الدعوى غير مختصة، وكذلك الحال إذا سقطت الخصومة أو تركت أو انقضت بالتقادم، وذلك على خلاف القواعد العامة في الأعدار حيث أن صحيفة الدعوى في هذه الحالات جميعاً تقوم مقام الأعدار(21).

على أن قاعدة وجوب المطالبة القضائية بالفوائد ليست من النظام العام. فيجوز للطرفين أن يتفقا على خلافها، وعلى أن تسرى الفوائد التأخيرية من وقت الأعدار مثلاً، أو حتى بمجرد حلول أجل الديون دون حاجة إلى مطالبة قضائية أو إلى

أعذار. وهذا ما يجرى عليه العمل غالباً عندما يتفق الطرفان على سعر اتفاقى للفوائد التأخيرية. ولذلك يكاد يكون شرط المطالبة القضائية مقصوراً على فوائد التأخير القانونية[22]. وكذلك فإن العرف التجارى قد يحدد ميعاد آخر لبدء سريان الفوائد. مثل ذلك فى الحساب الجارى حيث تسرى الفوائد بقوة القانون من يوم دخول المدفوعات فى الحساب الجارى[23]. وأخيراً قد ينص القانون فى حالات خاصة على أن الفوائد التأخيرية تسرى من وقت آخر غير وقت المطالبة القضائية. فقد تسرى الفوائد التأخيرية من وقت أعذار المشتري بدفع الثمن أو من وقت تسلم المبيع إذا كان ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى (م 458 مدنى). أو من وقت استحقاق حصة الشريك النقدية فى الشركة (م 510 مدنى) أو من يوم احتجاز الشريك لمبلغ من مال الشركة (م 522 مدنى) أو من يوم استخدام الوكيل لمال الموكل لصالح نفسه (م 706 مدنى) أو من وقت الاتفاق بالنسبة للمبالغ التى أنفقها الوكيل فى تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد (م 710 مدنى). أو من يوم الدفع بالنسبة لما يدفعه الكفيل (م 800) أو غير ذلك من النصوص.

(19) نقض 1993/1/20 س 44 ص 257. استحقاقها فى القانون الفرنسى ابتداءً من تاريخ الاعذار (انظر الفقرة الأولى من المادة 1231 الجديدة).

(20) انظر السهوى، الوسيط، ج 2 فقرة 8 ص 897، إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 55 ص 134.

(21) انظر إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 55 ص 134.

(22) السهوى، الوسيط، ج 2، فقرة 508، ص 898.

(23) أستاذنا الدكتور مصطفى كمال طه، القانون التجارى، الأوراق التجارية، العقود التجارية، عمليات البنوك، الإفلاس، دار المطبوعات الجامعية 1986 فقرة 540 ص 478، أستاذنا الدكتور علي البارودي، القانون التجارى، الأوراق التجارية، العقود التجارية، عمليات البنوك، الإفلاس، منشأة المعارف 1975 فقرة 405 ص 482.

2 شروط استحقاق الفوائد الاستثمارية:

وقبل أن نعرض لهذه الشروط يجب أن نتعرف عليها ونبين المجال الذى تعمل فيه.

أ التعريف بها ومجالها:

الفوائد الاستثمارية هى الفوائد التى يلتزم بها المدين فى مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود يكون فى ذمته للدائن لأجل معين. والغالب أن تكون الفوائد الاستثمارية فى التزام بدفع مبلغ من النقود يكون مصدره العقد[24]. وأكثر ما تصادف هذه الفوائد فى عقد القرض وعقد البيع بالأجل. وفى عقد القرض يتفق المقرض والمقترض على فائدة معينة مقابل الانتفاع بمبلغ القرض خلال مدة معينة - وكذلك عقد البيع بالأجل يتفق البائع والمشتري على أن يدفع المشتري الثمن فى آجال معينة مقابل أن يدفع المشتري فوائد عن هذا الثمن. وكذلك الحال بالنسبة للودائع المصرفية المنتجة لفوائد معينة، وكذلك فوائد السندات. وفى كل هذه الأحوال نجد أن الفوائد تستحق مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود وهذه الفوائد الاستثمارية هى المحرك الرئيسى للنشاط الاقتصادى المعاصر.

والفوائد الاستثمارية لا تكون إلا فوائد اتفاقية[25] وهذه الفوائد مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بالائتمان حيث أن الدائن لا يمنح ثقته للمدين، بمنحه الائتمان الذى يحتاج إليه إلا إذا كان واثقاً فى استرداد رأس المال والفوائد المستحقة كمقابل للانتفاع به. والائتمان مرتبط ارتباطاً وثيقاً بالزمن، حيث أنه لا يتعلق إلا بالالتزامات الممتدة فى الزمن. كما أن الائتمان لا ينشأ ولا يتعزز إلا بمناسبة وبواسطة العقد[26].

وقد تنقلب الفوائد الاستثمارية التى يلزم بها المدين حتى حلول أجل الدين، إلى فوائد تأخير إذا قصر بعد حلول هذا الأجل فى الوفاء بالتزامه. والفوائد التأخيرية قد تكون اتفاقية اشترطها المتعاقدان فى شرط جزائى، وقد تكون قانونية يتولى المشرع تحديدها عند عدم اتفاق الأطراف عليها. والفوائد الاتفاقية، سواء أكانت استثمارية أو تأخيرية، لا يجوز أن تزيد عن نسبة 7% وهو الحد الأقصى المسموح به قانوناً.

ب شرط استحقاق الفوائد الاستثمارية - الاتفاق عليها:

إن المدين لا يلزم بالفوائد الاستثمارية إذا لم يكن هناك اتفاق عليها. فالمقترض لا يدفع فوائد استثمارية عن مبلغ القرض إلا إذا اتفق على ذلك مع الدائن. وهذا ما أكدته المادة 542 مدنى بنصها على أن "على المقترض أن يدفع الفوائد المتفق عليها عند حلول مواعيد استحقاقها. فإذا لم يكن هناك اتفاق على فوائد اعتبر القرض بغير أجر". وهذه تعتبر قاعدة عامة يخضع لها كل عقود المعاوضة التى ينشأ عنها التزام بمبلغ من النقود، وعادة ما يحدد أيضاً هذا الاتفاق سعر هذه الفوائد، بشرط عدم تجاوزها الحد الأقصى المقرر قانوناً.

ثانياً: القيود التى تحد من استحقاق الفوائد:

إن أهم ما كان يشغل المشرع المصرى على مدار أحكام التقنين المدنى هو محاربة الربا. وأهم المجالات التى كانت فيها مناهضة الربا واستنكاره واضحاً، مجال الفوائد. ولذلك قد أورد المشرع قيدين رئيسيين يحدان من استحقاق الفوائد، سواء كانت قانونية أو اتفاقية، وسواء كانت تأخيرية أو استثمارية. فقضت المادة 232 مدنى على أنه "لا يجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد، ولا يجوز فى أية حال أن يكون مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن أكبر من رأس المال، وذلك كله دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية". ولنرى ذلك تفصيلاً.

(24) تنص الفقرة الثانية من المادة 1343 من التقنين الفرنسي بعد تعديله 2016 على أن تستحق الفوائد بنص في القانون أو بشرط في العقد، ويجب أن يكون سعر الفائدة الاتفاقية محدد كتابة، وبخلاف ذلك، تعتبر الفائدة سنوية".
(25) ومع ذلك فإن السهوى، الوسيط، ج 2 فقرة 506 ص 901 هامش 2.
(26) انظر مؤلفاء، نحو قانون خاص بالائتمان، منشأة المعارف 1990.

القيد الأول: تحريم الربح المركب:

ويقصد به تقاضى فوائد على متجمد الفوائد بمعنى أن تضم الفوائد المستحقة التي لم يتم الوفاء بها إلى رأس المال واحتساب الفوائد بعد ذلك على أساس المجموع. وواضح ما يترتب على ذلك من ائثال لكاهل المدين بمديونية لا تتناسب قط مع ما يعود عليه من استثمار رأس المال الأصلي، مما يؤدي به إلى الإفلاس أو الاعسار.
ويتحدد نطاق هذا الحكم بالفوائد بالمعنى الفني الدقيق. كما أن هذا الحكم لا يخل بالقواعد والعادات التجارية. وعلى ذلك فإن الاستحقاقات الدورية غير الفوائد، كالأجرة والإيرادات المرتبة مدى الحياة لا تعتبر في حكم الفوائد فيجوز تقاضى فوائد عن المتجمد من هذه الاستحقاقات (27). كما أن عرف التجارة قد يقضى بالخروج على هذا الحكم. ومن ذلك مثلاً إجازة تجميد ما يستحق منها عن مدة تقل عن سنة في الحساب الجارى، دون حاجة إلى اتفاق أو مطالبة قضائية (28).

القيد الثاني: تحريم زيادة مجموع الفوائد على رأس المال:

ويقصد بذلك أن مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن من مدينه لا يصح في أية حال أن تزيد على رأس المال، إذ "من المصلحة أن يحال بين الدائن وبين استغلال المدين باقتضاء فوائد تجاوزت مقدار الدين نفسه، وبحسب الدائن أن يكون قد اقتضى فوائد تعادل رأس ماله" (29).
وهذا الحكم ينصرف إلى جميع أنواع الفوائد، سواء كانت فوائد تأخيرية أو فوائد استثمارية، وسواء كانت اتفاقية أو قانونية. ويتحدد نطاق الحكم بالصفقات المدنية العادية. وعلى ذلك فإن هذا الحكم لا يخل بما جرت عليه القواعد والعادات التجارية. كما أن هذا الحكم يقتصر على الصفقات المدنية العادية البسيطة فإذا تعددت الصفقات أو كانت بائتمان انتاجي طويل الأجل فإنه في هذه الحالات من المتصور أن يزيد مجموع الفوائد عن رأس المال (30).

(27) السهوى، الوسيط، ج 2 فقرة 520 ص 925.
(28) مجموعة الأعمال التحضيرية، ج 2، ص 599.
(29) مجموعة الأعمال التحضيرية، ج 2، ص 597.
(30) انظر في تفصيل أكثر، السهوى، الوسيط، ج 2، فقرة 519 ص 527 وبصفة خاصة هامش 1 ص 921، 922.

ثالثاً: سعر الفائدة:

قد وضع المشرع حداً أقصى للفوائد التأخيرية، وكذلك الفوائد الاستثمارية، وقرر جزاء لمجاوزة الحد الأقصى. ومع ذلك فإن المشرع قد قدر أن هناك أحوالاً يجوز فيها النزول عن الحد الأقصى للفوائد التأخيرية أو الزيادة فيها عن ذلك الحد. فلنبحث هذه النقاط على التوالي.

1 الحد الأقصى وجزاء تجاوزه:

نعرض أولاً للحد الأقصى لكل من الفوائد التأخيرية والفوائد الاستثمارية ثم نعرض بعد ذلك لجزاء تجاوز هذا الحد.

أ بالنسبة للفوائد التأخيرية:

رأينا أن سعر الفوائد التأخيرية، إما أن يكون سعراً قانونياً وإما أن يكون سعراً اتفاقياً.
وقد حدد المشرع السعر القانوني للفوائد التأخيرية في المسائل المدنية بأربعة في المائة، وفي المسائل التجارية بخمسة في المائة. وللتمييز بين المسائل المدنية والمسائل التجارية فإن العبرة في ذلك بالمدين. فإذا كان المدين غير تاجر، فالفائدة تحسب بالسعر القانوني في المسائل المدنية وهو 4% حتى ولو كان الدائن تاجراً أو العملية تجارية (31).
ويسرى هذا الحكم في حالة عدم اتفاق الطرفين على سعر للفوائد التأخيرية. أما إذا اتفق الطرفان على سعر للفوائد التأخيرية، وذلك طبقاً لنص المادة 1/227 مدنى، فإن هذا السعر قد يقل عن السعر القانوني وقد يزيد عنه ولكن في جميع الأحوال ينبغي ألا يزيد عن سبعة في المائة، ويستوى في ذلك المسائل المدنية والمسائل التجارية.

(31) السهوى، الوسيط، ج 2 فقرة 512 ص 904.

ب بالنسبة للفوائد الاستثمارية:

سبق أن قلنا أن الفوائد الاستثمارية لا تكون إلا فوائد اتفاقية. وبناءً على ذلك فإنه ليس للفوائد الاستثمارية إلا سعر واحد وهو السعر الاتفاقي وقد وضع المشرع حداً أقصى للفوائد الاتفاقية، سواء كانت فوائد تأخيرية أو فوائد استثمارية، وهو 7% (32).
وإمعاناً في محاربة المشرع للربا. وكشف التحايل على الحد الأقصى المقرر للفائدة الاتفاقية فقد نصت الفقرة الثانية من المادة 227 على أن "كل عمولة أو منفعة، أياً كان نوعها، اشترطها الدائن إذا زادت هي والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره يعتبر فائدة مستترة وتكون قابلة للتخفيض إذا ما ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا منفعة مشروعة."

وللمدين أن يكشف عن هذا التحايل بكافة طرق الإثبات [33].33)

ج جزاء مجاوزة الحد الأقصى:

قد نصت المادة 1/227 على أنه "... إذا اتفقا (المتعاقدان) على فوائد تزيد على هذا السعر (7%) وجب تخفيضها إلى سبعة في المائة وتعين رد ما دفع زائداً على هذا القدر". وعلى ذلك فإنه لا يترتب على مجاوزة الحد الأقصى بطلان العقد بأكمله، بل يقتصر الجزاء على إنقاص الفوائد إلى الحد الجائز قانوناً. يلزم الدائن برد ما تسلمه زيادة عن الحد الأقصى ولو كان المدين قد أداه اختياراً وهو يعلم أنه غير ملزم به قانوناً. فالاتفاق على فائدة تزيد عن الحد الأقصى باطل فيما زاد على هذا الحد. والبطلان مطلق لتعلق نص المادة 1/227 مدنى بالنظام العام، فلا تصح الإجازة لا صراحة ولا ضمناً، ولذلك لا يقتصر الحق في الاسترداد على الحالة التي يكون الدفع فيها واقعاً عن غلط [34].34).

ويلزم الدائن بدفع فوائد المبلغ الذى تسلمه زائداً عن الحد الأقصى، بوصفه مبلغ تسلمه بغير حق، وذلك من وقت تسلمه عملاً بالمادتين 2/185 و 2/220 ج ويتقادم الالتزام بالرد بمضى ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة وفقاً لأحكام المادة 187 مدنى، لأن هذا الالتزام مصدره دفع غير المستحق [35].35).

(32) مما تجدر ملاحظته أنه في القطاع المصرفي والأعمال المصرفية قد أعطى قانون الائتمان البنك المركزى سلطة تحديد سعر الفائدة الدائنة والمدينة.

(33) انظر في ذلك السهوى، الوسيط، ج 2، فقرة 513، ص 909.

(34) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 510 ص 129.

(35) السهوى، الوسيط، ج 2 فقرة 514 ص 5911.

2مدى جواز الزيادة أو النقصان عن الحد الأقصى للفوائد التأخيرية:

إذا كان المشرع قد وضع حداً أقصى لسعر الفائدة، القانونى أو الاتفاقى، فى الفوائد التأخيرية على النحو السابق بيانه إلا أنه قد قدر أن هناك أحوالاً، تقتضى اعتبارات معينة، النزول فيها عن هذه الحدود المقررة أو الزيادة فيها على تلك الحدود. ولنرى ذلك بشئ من التفصيل.

الحالة الأولى: تسبب الدائن بسوء نية فى إطالة أمد النزاع

فقد نصت المادة 229 مدنى على أنه "إذا تسبب الدائن، وهو يطالب بحقه، فى إطالة أمد النزاع، فللقاضى أن يخفض الفوائد قانونية كانت أو اتفاقية، أو لا يقضى بها إطلاقاً، عن المدة التى طال فيها النزاع بلا مبرر". وهذا الحكم تمليه مقتضيات العدالة. ولذلك فقد كان القضاء المصرى يسير على مقتضاه دون نص فى ظل التقنين المدنى السابق ويمكن إرجاع حكم هذه المادة إلى مبدأ عدم التعسف فى استعمال الحق [36].36). من الناحية العملية، قد يرى الدائن أن من مصلحته ألا يوفى المدين بالالتزام لكى يستمر سريان الفوائد التأخيرية عليه، فيعمد إلى إطالة أمد النزاع حتى تتراكم هذه الفوائد على المدين، ليعوض انخفاض سعر الفائدة فى السوق عن السعر المقرر لفائدة التأخير مثلاً [37].37).

ولتطبيق هذا الحكم ينبغى توافر شرطين:

الأول: إطالة الدائن أمد النزاع بلا مبرر. مثل ذلك أن يلجأ الدائن إلى إنكار امضائه على مخالصة صادرة منه عن جزء من الدين، مما يتعين معه اتباع إجراء تحقيق التوقيع وما يترتب على ذلك من إطالة أمد النزاع، أو أن يطعن فى هذه المخالصة بالتزوير أو يلجأ إلى الكثير من الدفوع الكيدية بقصد إطالة أمد النزاع.

وهذا لا يقتضى بطبيعة الحال الالتجاء دائماً إلى القضاء، وإنما يكفى أن يتبع الدائن فى إجراءات المطالبة بحقه سبل لا مبرر لها إلا إطالة أمد النزاع. من ذلك مثلاً إعداره المدين ورفضه قبول الدين دون سبب مشروع مما يضطر للمدين أن يسلك إجراءات العرض الحقيقى، فيعمد الدائن إلى إطالة إجراءات هذا العرض، وهكذا [38].38).

الثانى: سوء نية الدائن. وعلى ذلك فمجرد الخطأ لا يكفى لتوقيع هذا الجزاء، وإنما يلزم أن يكون الدائن قد تعمد إطالة أمد النزاع حتى تتراكم الفوائد على المدين. على ذلك لا يكفى أن يكون الدائن قد أخطأ فى إطالة أمد النزاع خطأ عادياً. ويرجع هذا التشدد من جانب المشرع إلى خطورة الجزاء الذى يترتب على عمل الدائن، وهو سقوط حقه فى الفوائد. ولذلك لم يجعل توقيع هذا الجزاء الخطير مرهوناً بخطأ بسيط من الدائن يسهل على المدين أن ينسبه إلى الدائن بمجرد أن يطول أمد النزاع [39].39).

ويقع على المدين عبء اثبات الشرطين معاً. فإذا أثبت المدين أن النزاع قد طال بلا مبرر، وأن الدائن كان سيئ النية فتعمد إطالة أمد النزاع حتى تتراكم الفوائد، جاز للقاضى أن يخفض الفوائد، أولاً يقضى بها إطلاقاً عن المدة التى طال فيها النزاع بلا مبرر، أى أن أثر التخفيض أو الإسقاط لا ينسحب إلا عن هذه المدة.

الحالة الثانية: حكم الفوائد التأخيرية بعد رسو المزاد:

نصت المادة 230 مدنى على أنه "عند توزيع ثمن الشئ الذى بيع جبراً لا يكون الدائنون المقبولون فى التوزيع مستحقين بعد رسو المزاد لفوائد تأخير عن الانصبة التى تقررت لهم فى هذا التوزيع إلا إذا كان الراسى عليه المزاد ملزماً بدفع فوائد

الثلث، أو كانت خزنة المحكمة ملزمة بهذه الفوائد بسبب إيداع الثمن فيها، على ألا يتجاوز ما يتقاضاه الدائنون من فوائد في هذه الحالة ما هو مستحق منها قبل الراسى عليه المزداد أو خزنة المحكمة، وهذه الفوائد تقسم بين الدائنين جميعاً قسمة غرماء."

وهذا الحكم قد استحدثه التقنين المدنى الجديد لمعالجة بعض الأوضاع التى كانت تضر بالمدين ضرراً شديداً. من ذلك أن يبقى المدين ملتزماً بعد رسو المزداد وطوال إجراءات التوزيع، بدفع الفوائد التأخيرية عن الديون التى تدرج فى قائمة التوزيع وتطول إجراءات التوزيع عادة، وقد تستغرق سنوات، والفوائد التأخيرية تتراكم على المدين. وهو لا يد له فى ذلك ولا يملك دفع هذا الأذى عن نفسه" [40].

ولذلك جاءت المادة 230 مدنى لتحدد مدى ما يستحقه الدائنين من فوائد تأخيرية بعد رسو المزداد. فقررت هذه المادة أولاً: أن الفوائد التأخيرية لا تسرى بسعرها المقرر، سواء كانت قانونية أو اتفاقية، إلا إلى وقت رسو المزداد على مشتر. ثانياً: فى المرحلة التالية لرسو المزداد لا تنتج الديون التى ينفذ بها على أموال المدين فوائد تأخيرية إلا إذا كان الراسى عليه المزداد، أو كانت خزنة المحكمة بسبب إيداع الثمن فيها يلتزم أحد منهما بدفع فوائد على هذا الثمن. ثالثاً: بين المشرع حدود الفوائد التأخيرية المستحقة للدائنين، فقرر أنه لا يتقاضى فوائد التأخير إلا بالسعر الذى استحققت به هذه الفوائد فى ذمة الراسى عليه المزداد أو خزنة المحكمة. ويغلب أن يكون هذا السعر الأخير أقل من سعر الفائدة التأخيرية التى كانت واجبة على المدين. وتقسم هذه الفوائد بين الدائنين جميعاً قسمة غرماء، دون تمييز بين دائن مزود بضمان خاص ودائن عادى. وبهذا، فرغم أن الدائن لم يستوف حقه بعد، فقد تسقط فائدة التأخير، وقد تخفض عن المدة التالية لرسو المزداد.

وطبقاً لهذا النص أصبح منط استحقاق فوائد تأخير على المدين، بعد رسو المزداد، مرهوناً باستحقاق فائدة عن الثمن الملزم به الراسى عليه المزداد أو خزنة المحكمة إذا كان قد أودع فيها.

بل وأن سعر هذه الفائدة يتحدد بالسعر المقرر على الراسى عليه المزداد أو خزنة المحكمة بحسب الأحوال. وبذلك تتحقق الحماية اللازمة للمدين من بطء إجراءات التنفيذ الذى لا يد له فيه [41].

الحالة الثالثة: تسبب المدين بسوء نية فى إحداث ضرر يجاوز الفوائد:

تنص المادة 231 مدنى على أنه "يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلى يضاف إلى الفوائد إذا أثبت أن الضرر الذى يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بسوء نية. [42]

وهذا النص أيضاً تملية اعتبارات العدالة. ولذلك نجد أن القضاء المصرى كان يأخذ تقريباً بمقتضاه رغم عدم وجود نص فى ظل التقنين المدنى السابق. ويمكن إرجاع هذا الحكم أيضاً إلى مبدأ عدم التعسف فى استعمال الحق [43].

ويتضح من هذا النص أنه يشترط للحكم بتعويض إضافى للدائن شرطان:

الأول: تجاوز قيمة الضرر الذى أصاب الدائن من جراء التأخير مقدار الفوائد المستحقة. وعلى ذلك لا يكفى لاستحقاق تعويض تكميلى الضرر المألوف الذى ينجم عادة عن مجرد التأخير فى وفاء المدين بالتزامه، وإنما يلزم أن يصيب الدائن ضرراً استثنائياً. مثل ذلك أن يعلم المدين بارتباط الدائن بالتزام يعتمد فى الوفاء به على استيفائه لحقه منه ويترتب على عدم استيفائه لهذا الحق تعرضه لإجراءات قانونية شديدة من جانب دائنيه قد تصل فى بعض الأحيان إلى حد شهر الإفلاس. فهنا قد أصاب الدائن خسارة فادحة. وقد يترتب على عدم وفاء المدين بالتزامه فى الميعاد المحدد أن يفوت على الدائن ربح كبير، كأن تفوته صفقة رابحة، كأن يعتمد فى إبرامها على استيفاء حقه وعلم المدين بذلك [44].

الثانى: سوء نية المدين. ويقصد بذلك أن يعتمد المدين التخلف عن الوفاء بالتزامه وهو عالم بما قد يصيب الدائن من ضرر زائد من جراء ذلك. ويقع على الدائن عبء الإثبات. وإذا أثبت الدائن ذلك كان له أن يتقاضى مع المدين تعويضاً تكميلى يضاف إلى الفوائد التأخيرية المستحقة فذمة المدين لتأخيره فى الوفاء بالتزامه. والقاضى يقدر التعويض التكميلى بالكيفية التى يراها مناسبة لجبر الضرر الذى أصاب الدائن دون أن يتقيد بقواعد التعويض القانونى الواردة فى المادة 226 مدنى [45].

(36) [السنهورى، الوسيط، ج 2، فقرة 517، ص 914.

(37) [انظر إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 57 ص 143.

(38) [السنهورى، الوسيط، ج 2، فقرة 517 ص 915.

(39) [السنهورى، الوسيط، ج 2، فقرة 517 ص 916.

(40) [السنهورى، الوسيط، ج 2، فقرة 518 ص 917.

(41) [مجموعة الأعمال التحضيرية، ج 2، ص 591.

(42) [تنص المادة 1231 6 من التقنين المدنى الفرنسى يعد تعديله 2016 فى فقرتها الثالثة على أنه "يجوز للدائن، الذى سبب له مدينه المتأخر، بسوء نيته، ضرراً مستقلاً عن هذا التأخير، أن يحصل على تعويض مستقل عن فوائد التأخير."

(43) [السنهورى، الوسيط، ج 2، فقرة 521 ص 929.

(44) [السنهورى، الوسيط، ج 2، فقرة 522 ص 930.

(45) [إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 57 ص 122.

(5) [انظر فى نفس هذا المعنى، السنهورى، الوسيط، جزء 2، فقرة 500، ص 880.

(6) [انظر السنهورى، الوسيط، جزء 2، فقرة 5، ص 880.

(7) [انظر عبد المنعم البدر، المرجع السابق، فقرة 74 ص 97، أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة 202، ص 173.

(8) تنص الفقرة الأولى من المادة 1231 6 من التقنين الفرنسي بعد تعديلها 2016 على أن يركز التعويض المستحق بسبب التأخير في الوفاء بالالتزام بمبلغ من النقود على دفع الفائدة بالسعر القانوني ابتداء من تاريخ الإعذار.

الفصل الثاني الوسائل العامة لضمان التنفيذ

هذا الفصل يبين النظام القانوني الذي يعمل من خلاله الائتمان المدني، كما أن هذا الفصل يفسر لنا كيف يعمل النشاط الاقتصادي في المجتمع. ومن الناحية الفنية يكشف لنا هذا الفصل عن كيفية عمل نظرية الالتزام، لأنه يبين لنا الإطار الذي يعمل من خلاله الالتزام، أيًا كان مصدره وأيًا كانت صورته العملية. وموضوعات هذا الفصل تبين لنا النطاق العام لحماية الدائن العادي. وتعتبر هذه الحماية الحد الأدنى الذي كفله القانون للدائن العادي باعتباره دائن الشريعة العامة.

وفي هذا الفصل سوف ندرس حق الضمان العام للدائن، ثم بعد ذلك نعرض لوسائل الحماية والضمان المقررة للدائن.

المبحث الأول حق الضمان العام للدائنين

المقصود بالضمان العام: يقصد بالضمان العام أن "1 أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه. 2 وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان العام إلا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون" (م 234 مدني). (46) وعلى ضوء هذا التعريف القانوني نستطيع أن ندرس فكرة الضمان العام في نقطتين أساسيتين: أولهما: تتعلق بخصائصه ونطاقه ووسائل المحافظة عليه. وثانيهما: الطبيعة القانونية للضمان العام.

المطلب الأول خصائصه ونطاقه ووسائل المحافظة عليه

(46) تنص المادة 2284 من التقنين المدني الفرنسي بعد تعديلها في 2016 على أن "كل من التزم شخصاً، يكون ملتزماً بتنفيذ تعهده في جميع أمواله المنقولة والعقارية، الحاضرة والمستقبلية"، كما تنص المادة 2285 على أن "جميع أموال المدين تكون الضمان العام لدائنيه، ويوزع ثمنها بينهم مشاركة، ما لم يكن بين الدائنين من له أسباب مشروعة للتقدم".

إذا كان للدائن العادي حق الضمان العام على ذمة مدينه فيجب علينا أن نوضح خصائصه المميزة، ونعرض لنطاقه وما يستدعي ذلك من بيان وسائل المحافظة عليه.

أولاً: جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه

وفي هذا الصدد سنعرض لنطاق الضمان العام، وما يستتبعه ذلك من وسائل للمحافظة عليه، وأخيراً نتعرف على طبيعة القواعد المنظمة له.

1 نطاق حق الضمان العام:

هذا يعني أن مسؤولية المدين عن الوفاء بالتزاماته مسؤولية شخصية غير محددة بمال معين بالذات، وإنما تنصب على كافة الأموال التي يمتلكها المدين وقت التنفيذ.

فحق الدائن يرد على الضمان العام، على مجموع أموال المدين الحاضر منها والمستقبل، المنقول منها والعقار. وعلى ذلك فإن الضمان العام لا يقتصر على الأموال الموجودة وقت نشوء الالتزام ولكن يشمل أيضاً الأموال التي تدخل في ذمة المدين بعد ذلك. وكذلك فإن هذا الضمان العام لا يتعلق بمال معين، وإنما بمجموع الأموال المملوكة للمدين وقت التنفيذ.

*وبادئ ذي بدء يجب أن نشير إلى أن هذا الضمان العام يلعب دوراً بالنسبة إلى جميع الالتزامات أيًا كان مصدرها. فسواء أكان مصدر الالتزام العقد أو الفعل الضار أو الفعل النافع أو القانون، فإن أموال المدين ضامنة للوفاء بهذه الالتزامات دون تمييز.

*وتدخل في ذمة المدين الحقوق الناشئة عن التصرفات التي يعفدها الوكيل، كما تتحمل بالالتزامات التي يرتبها هذا الأخير. لأن آثار هذه التصرفات تنصرف مباشرة إلى ذمة الموكل (م 105 مدني). وعلى ذلك فإذا كان المدين هو الذي يلتزم شخصياً فيجب أن يكون أهلاً لذلك. هذا بالنسبة للنسبة الاتفاقية. أما بالنسبة للنسبة القانونية، فإن الأصيل ملزم بما يقوم به النائب من تصرفات قانونية صحيحة في الحدود التي رسمها القانون (47). وفي خارج دائرة التصرفات القانونية فإن ناقص الأهلية مسئول عن فعله الضار (م 164 مدني) وعن إثرائه بلا سبب (م 197 مدني).

*ويدخل في الضمان العام للمدين المنقولات والديون التي تكون تحت يد الغير. فالأموال الموجودة تحت يد كل من المستأجر والمودع عنده، والمستعير، وصاحب حق الانتفاع لم تخرج قانوناً عن ذمة المدين ولذلك يمكن للدائن أن يحجز عليها تحت أيديهم. ولكن ينبغي أن نلاحظ أنه يمكن لهؤلاء أن يستفيدوا من الحق في الحبس حتى يستوفوا حقوقهم المرتبطة والمترتبة على وجود هذا الشيء بين أيديهم. ويمكنهم أن يحتجوا بهذا الحق في مواجهة الدائنين العاديين للمدين (48). كما أنه إذا كان الحق المقرر على هذا الشيء حقاً عينياً، كحق انتفاع مثلاً، فينبغي على الدائنين العاديين الحاجزين احترام هذا الحق.

ويخرج من نطاق هذا الضمان الأموال التي لا يجوز الحجز عليها ويرجع عدم القابلية للحجز في بعض الأحيان إلى عدم قابلية المال للتصرف فيه. ومن أمثلة ذلك المال المشروط عدم التصرف فيه. وقد يتدخل المشرع ليمنع الحجز على أموال معينة سواء لاعتبارات إنسانية (م 305 وما بعدها من قانون المرافعات) أو لاعتبارات المصلحة العامة (م 87 مدني).

(47) [السنهوري، الوسيط، جزء 1، ص 210.

(48) [أنظر. G. Marty, P. Reynaud, Droit Civil, t IOII, Vol: 1, No. 50.

2 وسائل المحافظة عليه:

إن حق الضمان العام بما يقرره للدائن من حماية لا يرفع مع ذلك يد المدين عن التصرف في أمواله أو الزيادة في التزاماته. ويترتب على ذلك أن يكون للمدين حرية التصرف في أمواله، فما يخرج من هذه الأموال سواء بطريق العوض أو بطريق التبرع، لا يعد داخلاً في نطاق الضمان العام. كما أن ما يكتسبه المدين من أموال يدخل في ضمانه العام ويضمن الوفاء بديونه ولو كان ذلك كله بعد نشوء حق الدائن.

هذه الحرية ليست مطلقة، لن المدين قد يضعف الضمان العام إما بإنقاص ما لديه من أموال أو بإضافة دائنين آخرين يزاحمون السابقين عند التنفيذ.

* فقد يلجأ المدين إلى الصورية وذلك بأن يتنازل للغير عن مال من أمواله عن طريق تصرف ظاهر ويحتفظ بسند مستتر (ورقة الضد) والذي يدل على صورية التصرف. وفي هذه الحالة أجاز المشرع للدائن أن يلجأ إلى دعوى إعلان الصورية (م 244 مدني) على النحو الذي سيأتي بيانه.

* وقد يلجأ المدين إلى الغش بإبرامه تصرفات حقيقية يضعف بمقتضاها ضمانه العام، مثل أن يهب إلى الغير مالاً من أمواله، أو أن يبيع بعض أمواله بثمن بخس، أو يقوم بصفة عامة بإحلال الأموال الظاهرة في ذمته بأموال أخرى يمكن أن تفلت من الدائنين بسهولة، كأن يستبدل ما له من عقارات بأموال نقدية أو قيم منقولة يسهل عليه إخفاءها. لذلك قد تدخل المشرع ليحمي الدائنين من هذه التصرفات التي يجريها المدين بطريق الغش عن طريق دعوى تسمى بالدعوى البوليسية أو دعوى عدم نفاذ التصرفات والتي وردت أحكامها في المواد 237 وما بعدها من التقنين المدني على النحو الذي سوف يأتي بيانه.

* أخيراً قد يقف المدين موقفاً سلبياً، بأن يهمل في مباشرة حقوقه مما يترتب عليه إضعاف ضمانه العام. لذلك أجاز المشرع للدائن بمقتضى دعوى تسمى بالدعوى غير المباشرة أن ينوب عن مدينه في مباشرة حقوقه التي أهمل في مباشرتها (م 235 و 236 مدني) على النحو الذي نستبينه فيما بعد.

علاوة على هذه الوسائل الموجهة مباشرة للمحافظة على الضمان العام هناك إجراءات ووسائل تحفظية مقررة للدائن في نصوص متفرقة، وتهدف أيضاً إلى المحافظة على أموال المدين، كأن يضع الأختام عليها، أو يحرر بها محضر جرد، عند موته أو إفلاسه (م 881 مدني)، أو أن يتدخل الدائن في إجراءات قسمة المال الشائع المملوك لمدينه (م 842 مدني) أو أن يدخل خصماً ثالثاً في الدعاوى التي يكون مدينه طرفاً فيها حتى يراقب سير الدعوى ويمنع التواطؤ إضراراً بحقوقه (م 126 مرافعات)

3 طبيعة القواعد المنظمة للضمان العام:

إذا كان المدين يمكنه التصرف بحرية وبدون غش في أمواله على النحو السابق بيانه، إلا أنه لا يملك أن يتفق سلفاً على أن يكن هذا المال أو تلك غير داخل في نطاق الضمان العام، أو أن الضمان العام يكون محدداً بمجموعة معينة من الأموال، لأن القواعد المنظمة للضمان العام متعلقة بالنظام العام (م 49). وهذا ما يمكن استنتاجه من صياغة المادة 234 مدني نفسها (م 50). فسياق هذه المادة "أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه" يدل على العموم ولا يدع أي مجال لمثل هذه الاتفاقات إلا ما استثنى بنص خاص. بالإضافة إلى ذلك فإن السماح بتحديد اتفاقي للضمان العام يتعارض مع فكرة الذمة المالية وفكرة الائتمان الشخصي. كما أن السماح بمثل هذه الاتفاقات يهدم مبدأ الضمان العام نفسه.

ومع ذلك يمكن للأطراف أن يتفقوا على أن يكون تجريد المدين من أمواله وفقاً لترتيب معين، بحيث أن التجريد يبدأ أولاً بالأموال الأقل أهمية بالنسبة للمدين وهكذا. أن مثل هذا الاتفاق يعتبر صحيحاً لأنه يضع في الاعتبار حقوق الدائنين وما يتفق مع مصالح المدين. كما أن هذا الاتفاق لا يتعارض مع مبدأ الضمان العام.

في بعض الأحيان يظهر في نفس الذمة المالية تخصيص بعض الأموال لتكون مجموعاً مستقلاً ومتميزاً عن الذمة ككل ويكون له جانبه الإيجابي والمستقل، ومثل هذه الحالة هي رخصة الترك والمنصوص عليها في التقنين البحري الملغى والتي تخول لمالك السفينة أن يحدد مسؤوليته بقيمة السفينة ونولونها بالنسبة للتصرفات والأفعال الصادرة من القبطان (م 51). فمالك السفينة له إذن ذمة بحرية مستقلة عن ذمته الشخصية (م 52).

ثانياً: جميع الدائنين متساوون في حق الضمان العام إلا من كان له حق التقدم طبقاً للقانون

وفي هذا يجب أن نعرض لمدى هذه المساواة، ووسائل كفالتها، وأخيراً أسباب الخروج عليها.

(49) أنظر. A. Weill, F. Terré, Les Obligations, 2 édit, 1975 n. 821.

(50) قارن نص المادة 2092 من التقنين المدني الفرنسي وتعليق الفقهاء عليها.

(51) أنظر. R. Rodière, Droit Maritime, Précis Dalloz, No. 142 et s.

(52) وفكرة وحدة الذمة لم يعد مسلماً بها بصفة مطلقة في القانون الفرنسي الحديث. فقد سمح قانون 11 يوليو 1985 لشخص معين بأن ينشئ شركة ذات شخص وحيد وذات مسؤولية محدودة من أجل نشاطه الحرفي أو التجاري أو الزراعي .. الخ ومنح لها الشخصية المعنوية أنظر في تفصيل هذا الموضوع:

Cl. Champaud. L'entreprise personnelle à responsabilité limitée, Rev. trim. Dr. com, 1979 p. 579; G. Daubon, entreprise et patrimoine d'affectation Rép. Defrénois, 1984, 1, 3 art. 33182; P. Serlosten, l'entreprise personnelle à responsabilité limitée, D. 1985, chr. 187; A. Sayag, De nouvelles structure pour l'entreprise, la loi n° 85 -

697 du 11 juill. 1985. J. C. P. 85, 1. 3217; J. J. Daigre, Défense de l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée J.C.P.= 86.I.3225; et voir aussi du même auteur, la société unipersonnelle en droit français, R.I.D.C.1990, 665; M. Th. Calais-Auloy, appréciation critique de la loi 11 juill, 1985 instituant L'E.U.R.L.; D. 1986. Chr. 249; J. Paillusseau E.U.R.L. ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle, J.C.P, 86.I.3242; C.Ducouleux Favard, société d'un seul, Entreprise unipersonnelle, Gaz, Pal. 1990, Doctr. 577.

وانظر في شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة مؤلفاً في نظرية الحق، دار النهضة العربية بيروت 1995 ص 193.

وقد أثبتت فكرة الذمة بالتخصيص أيضاً بمناسبة مشروع القانون بإدخال التصرف الائتماني La fiducie في القانون الفرنسي. فقد عرف هذا المشروع التصرف الائتماني بأنه عقد ينتقل بمقتضاه مجموعة من الأموال Un masse de biens من ذمة المتصرف الائتماني Constituant إلى ذمة شخص آخر هو المتصرف إليه الائتماني fiduciaire ويحدد هذا العقد السلطات المقررة للمتصرف إليه الائتماني على هذه الأموال. لكن بدلاً من أن يدمج هذه الأموال في ذمة المتصرف إليه الائتماني على هذا لأموال لكن بدلاً من أن يدمج هذه الأموال في ذمة المتصرف إليه الائتماني احتفظ بها كمجموع مستقل بعيداً عن أيدي دائنيه الشخصيين، وبذلك يكون أنشأ ذمة بالتخصيص انظر في ذلك:

Ch. Larroumet, la fiducie inspiré du trust, D. 1990, chr. 119; Ch. Pisant, la fiducie Rep. Not. 1990.1.535 art. 34772; M. Grimaldi, la fiducie, réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de la loi qui la consacre, Rep. No.

1991. 1. 897, art. 35085 et

1991.1.961, art. 35094; M Cantin-Cumyn L'avant-projet de loi relatif à la fiducie

un point de vue-civiliste d'outre atlantique, D. 1992, Chr. 117.

وانظر في تفصيل التصرف الائتماني مؤلفاً في الضمانات غير المسماة السابق الإشارة إليه ص 295 وما بعدها.

1 مدى هذه المساواة:

هذه الخاصية الثانية قد نصت عليها المادة 234/2 من التقنين المدني. وهي تعني أن الدائنين العاديين لمدين واحد، لهم حقوق متساوية على جميع الأموال الموجودة في ذمة مدينهم أي كان تاريخ نشوء حقهم، وأياً كان تاريخ اكتساب هذه الأموال. وعلى ذلك فإن الدائن السابق لا يمكن أن يدعى أي أفضلية على الدائن اللاحق بالنسبة للأموال التي وجدت في ذمة مدينه يوم أ تعامل معه. وبالمثل فإن الدائن اللاحق لا يستطيع أن يدعى حرمان الدائن السابق فيما يتعلق بالأموال التي اكتسبها مدينه بعد نشأة حقوق الدائنين الأولين.

ويترتب على هذه المساواة أنه إذا كان ثمن بيع أموال المدين غير كاف للوفاء بجميع ديون الدائنين كاملة، فإن هذا الثمن ينبغي أن يقسم بينهم قسمة غرماء، أي يستوفون ديونهم من جميع أموال مدينهم بنسبة قدر دين كل واحد منهم. ولكن مما تجدر الإشارة إليه أن "مبدأ المساواة ما بين الدائنين في التنفيذ على أموال المدين إنما هي مساواة قانونية لا مساواة فعلية. فالقانون يجعل لكل دائن الحق في التنفيذ على أموال مدينه، فإذا بادر أحدهم إلى التنفيذ على مال المدين، لكان لسائر الدائنين الحق في مشاركته في هذا التنفيذ ومقاسمة ما ينتج عنه مقاسمة الغرماء، لكن إذا كانت هذه المشاركة جائزة قانوناً، فقد تكون غير متيسرة فعلاً. ويرجع ذلك إلى أسباب كثيرة، فقد يكون الدائنون الآخرون غير عالمين بما يتخذه الدائن من إجراءات التنفيذ، وإذا علموا فقد تكون إجراءات التنفيذ قد وصلت إلى مرحلة لا تسمح لهم بالمشاركة الفعلية وإذا كانت إجراءات التنفيذ لم تصل إلى هذه المرحلة فقد يعوزهم سند قابل للتنفيذ يستطيعون بمقتضاه المشاركة الفعلية إذ قد تكون حقوقهم غير خالية من النزاع، أو هي خالية من النزاع ولكنها غير مستحقة الأداء، أو هي مستحقة الأداء ولكنها غير مقترنة بسند رسمي أو حكم قابل للتنفيذ تلك هي بعض وجوه انعدام المساواة بين الدائنين من الناحية الفعلية، وإن كانوا جميعاً متساوين من الناحية القانونية كما قدمنا" (53).

(53) [السنهوري، الوسيط، ج 2، فقرة 383، ص 720.

2 وسائل كفالة هذه المساواة:

ولكفالة مبدأ المساواة بين الدائن في حق الضمان العام قد نظم المشرع المصري شهر إعسار المدين (م 246 إلى 264 مدني) وهذا النظام يهدف أساساً إلى حماية الدائن من مدين يسعى إلى إثارة بعض الدائنين على الآخرين إلا أن شهر الإعسار جوازى للقاضي وأن الإجراءات التي وضعها القانون لشهر الإعسار تفترض أن أموال المدين لم تعد كافية لوفاء ما عليه من ديون مستحقة الأداء، فهي لا تدفع خطر الإعسار وإن كانت تهدف إلى الحد من تفاقمه. كما أن شهر الإعسار لا يحرم الدائن من اتخاذ إجراء فردي للتنفيذ على أموال مدينه، وهذا يعد فارقاً جوهرياً بين الإعسار المدني والإفلاس التجاري. ذلك أن الإفلاس نظام جماعي يحقق للدائنين تصفية جماعية لأموال التاجر المفلس. ويتم التوزيع بواسطة وكيل عن الدائنين يسمى بالسنديك. وهو وسيط بين التاجر المفلس ودائنيه. ولذلك لا يسمح لأحدهم بالسعي المنفرد. وعلى ذلك اكتفى المشرع بصدد الإعسار بأن جعل منه نظاماً قانونياً يكفل إعلان حالة المدين إلى كافة دائنيه وذلك عن طريق شهر الإعسار.

وقد ترتب على عدم فعالية نظام الإعسار ندرة تطبيقه في الحياة العملية. ويعتبر قصور نظام الإعسار أحد الأسباب الرئيسية في ضعف الائتمان المدني وقصوره، وما ترتب على ذلك من ضياع لحقوق كثير من الدائنين. ولذلك عمدت الدول المتقدمة

في الوقت الحاضر إلى الالتجاء إلى نظام الإفلاس المدني[54]، وذلك لتدعيم الائتمان المدني وتشجيعه على النحو الذسوف نراه.

(54) انظر نبيل سعد، نحو قانون للإفلاس المدني، دار المعرفة الجامعية، 1991.

3 أسباب الخروج عن هذه المساواة:

إن مبدأ المساواة بين الدائنين بالنسبة للضمان العام ليس مطلقاً. فهناك أسباب للتقدم أو الأفضلية نص عليها القانون وكما أن هناك مراكز متميزة لبعض الدائنين العاديين تجعلهم يفلتون من مزاحمة الدائنين الآخرين لهم. وأسباب التقدم التي نص عليها القانون تتعلق بالتأمينات العينية أو الحقوق العينية التبعية. وهذه التأمينات العينة تكون بتخصيص مال معين من أموال المدين لضمان الوفاء بدين الدائن. ولذلك فإن هذا الدائن المزود بتأمين عيني لا يتقدم على الدائنين العاديين أو على الدائنين التاليين له في المرتبة إلا بالنسبة لهذا المال وحده.

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أن التأمينات العينية لا تلغى حق الضمان العام وإنما تعززه وتقويه. وعلى ذلك فإن الدائن المزود بتأمين عيني يمكن باعتباره دائناً عادياً أن يرجع على أموال المدين الأخرى، ولكنه في هذه الحالة يتعرض لمزاحمة سائر الدائنين العاديين كما أن هذا المدين إذا لم يستوف كامل حقه من المال الذي تقرر عليه التأمين العيني لسبب أو لآخر استطاع أن ينفذ على سائر أموال المدين لاقتضاء ما يتبقى له.

أما بالنسبة للأسباب الأخرى، فإن الدائن يبقى دائناً عادياً ولكنه يفلت من مزاحمة الدائنين الآخرين وذلك لوجوده في مركز متميز خارج نطاق التأمينات العينية. وهذه المراكز المتميزة ليست مقصودة في ذاتها لتحقيق ضمان معين للدائن، وإنما يتواجد فيها الدائن مصادفة عند التنفيذ على أموال المدين ويستحيل بسببها مزاحمة الدائنين العاديين الآخرين له. ومن أمثلة هذه المراكز المتميزة، الحق في الحبس، والمقاصة والدعوى المباشرة[55]. وسوف نتعرض لهذه الأنظمة تفصيلاً فيما بعد.

المطلب الثاني الطبيعة القانونية لحق الضمان العام

إذا كان حق الضمان العام يجد مصدره في العلاقة القانونية التي تربط بين الدائن ومدينه، أي حق الدائنية، فإنه ينبغي مع ذلك ألا نخلط بينهما. كما ينبغي أن نفرق بين الضمان العام والضمان الخاص.

أولاً: حق الضمان العام وحق الدائنية:

في الواقع أن حق الضمان العام ينشأ بمجرد نشوء الالتزام ودون حاجة إلى أي إجراء شكلي آخر. ويترتب على ذلك أن حق الضمان العام لا يتجسد في الواقع إلا إذا لجأ الدائن إلى التنفيذ الجبري على أموال مدينه. فحق الضمان العام ليس إلا تعبيراً عن عنصر المسؤولية الشخصية غير المحددة التي تقع على عاتق المدين، أي عن حق الدائن في اقتضاء حقه جبراً عن المدين بالتنفيذ على أمواله.

ونتيجة لهذا الارتباط الدقيق بين حق الضمان العام وحق الدائنية فقد يبدو لأول وهلة أن حق الضمان العام ليس إلا جزء من حق الدائنية، أو أنه داخل في تكوينه، ولذلك قد يبدو أن التنفيذ الجبري الذي يركز عليه حق الضمان العام وكذلك التنفيذ الاختياري لهما مرحلتين لنفس الشيء.

لكن هذا النظر لا يستقيم، بطبيعة الحال، إلا إذا ترتب على حق الضمان العام تنفيذ عين الالتزام. وذلك على اعتبار أن حق الضمان ليس إلا جزء من هذا الالتزام. لكن في الواقع، الأمر على خلاف ذلك، فحق الضمان العام ليس إلا نتيجة لحق الدائنية، ليس إلا تعبيراً عن عنصر المسؤولية الشخصية غير المحددة للمدين، فهو ينشأ عنه دون أن يختلط به. لأن ما يعطيه للدائن ليس دائماً ما كان ينتظره من أداء معين، لكن يعطيه في بعض الأحيان مقابلاً مالياً لهذا الأداء. حتى في حالة ما إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود فإن ما يحصل عليه الدائن، عند عدم تنفيذ المدين طوعاً واختياراً أو قيام الدائن بالتنفيذ على أمواله بمقتضى حقه في الضمان العام، لا يتطابق مع ما كان ينتظره من أداءه خاصة في حالة إذا ما زاحمه في هذا التنفيذ باقي الدائنين.

فحق الضمان العام لا يخول للدائن إلا الحصول من أموال مدينه، على قيمة معادلة للفائدة، التي كان يمثلها له تنفيذ الأداء، الذي كان ينتظره. وبناء على ذلك يجب أن نفرق بين ما للدائن من حق في أداء معين وحقه في الرجوع على دمة مدينه ليحصل على مقابل مالي لهذا الأداء. فحق الدائن في أداء معين يجب ألا يختلط بالوسيلة القانونية التي وضعت تحت تصرفه لإدراك هذا الحق وحمائته. فحق الضمان العام تابع لحق الدائنية، يكون في النهاية ضامناً له، ولكن إذا كان حق الضمان العام يشكل ضماناً بالنسبة لحق الدائنية فإنه ينبغي ألا نخلط بينه وبين الضمان الخاص بالمعنى الفني الدقيق.

ثانياً: الضمان العام والضمان الخاص:

حق الضمان العام يشكل النطاق العام لحماية الدائن العادي. وتعتبر هذه الحماية هي الحد الأدنى الذي كفله القانون للدائن العادي باعتباره دائن الشريعة العامة.

أما حق الضمان الخاص فهو حماية خاصة، أو تأمين خاص يحصل عليه الدائن بمقتضى اتفاق خاص مع مدينه، أو بمقتضى نص خاص في القانون أو حكم من القضاء يقرره له.

والضمان الخاص أو التأمين الخاص ينقسم إلى تأمين شخصي وتأمين عيني. في التأمين الشخصي يظل الدائن دائماً عادياً ولكن هذا التأمين يترجم في الواقع بضم مدين أو أكثر إلى المدين الذي يراد ضمان دينه، فيكون أمام الدائن مدينان أو أكثر بدلاً من مدين واحد، وحقه في الضمان العام يمتد بذلك إلى ذمتين فأكثر، فإذا أعسر أحدهم كان له في يسار الآخرين ما يضمن له الوفاء بدينه. ويدخل في هذا النوع من التأمينات الشخصية التضامن والتضامم وعدم القابلية للانقسام، والأنابة الناقصة وسوف ندرس هذه الأنظمة خلال دراستنا لمقرر هذا العام، ولكن أهم صور هذه التأمينات هي الكفالة. وتدرس الكفالة في مقرر القانون المدني بالسنة الرابعة.

أما التأمين العيني فيتميز بتخصيص مال معين، أو مجموعة من الأموال لضمان الوفاء بحق الدائن. ويكون هذا الضمان في صورة حق عيني على هذا المال، أو هذه الأموال، وبمقتضى هذا الحق يكون للدائن فضلاً عن حقه في الضمان العام على جميع أموال مدينه سلطة تنصب على شيء معين تمكنه من تتبع هذا الشيء في أي يد يكون لينفذ عليه بالحجز ثم بالبيع ويستوفي حقه من ثمنه بالأولوية عن الدائنين الآخرين.

وعلى ذلك فإن المقارنة يجب أن تتعقد بين الضمان العام والتأمين العيني حيث أن قوام الخصوصية في التأمين الشخصي هو أن للدائن العادي أن يرجع على الضمان العام لأكثر من مدين حتى يستوفي حقه.

في الضمان العام فإن مجموع أموال المدين هي التي تكون هذا الضمان، ويتعلق بهذا المجموع حقوق جميع الدائنين على قدم المساواة. وذلك بخلاف الأمر في التأمين العيني الذي يتعلق بمال أو أموال معينة بالذات. بالإضافة إلى ذلك أنه في بعض الأحيان يترتب على التأمين العيني حيازة الدائن للمال المخصص لضمان دينه، وذلك بعكس الحال في الضمان العام الذي لا يترتب عليه أي حيازة لأي مال من أموال المدين، ويترتب على ذلك أن للمدين سلطة التصرف في أمواله طالما أن التنفيذ لم يباشر على هذه الأموال [56].

على العكس من حق الضمان العام فإن التأمين العيني يعد حقاً عينياً تبعياً. وبناءً على ذلك فإن للدائن صاحب التأمين العيني أن يتمتع بكل خصائص الحق العيني التبعي. أي يكون له حق التقدم على سائر الدائنين عند توزيع ثمن العين المباعة، كما له حق تتبع العين في أي يد تكون ليباشر عليها حق في الأفضلية أو التقدم بينما اعطاء حق التتبع للدائن العادي نتيجة لحقه في الضمان العام غير متصور، لأن ذلك سيؤدي إلى شلل المعاملات والتجارة. حيث أن أموال المدين التي تكون موجودة في ذمته وقت نشوء حق الدائنية ستتجمد بين يديه نتيجة لاستعمال حق التتبع بالنسبة إلى جميع هذه الأموال. وسوف يؤدي هذا بطبيعة الحال إلى نزع كل ثقة وانتمان عن المدين وبالتالي حرمانه من حريته في التصرف بل ومن أهليته [57].

وبالنسبة لحق التقدم فإن الدائن العادي السابق لا يتمتع بأى أفضلية عن الدائن اللاحق وإنما الكل يتزاحم على ثمن بيع أموال المدين بما يتضمنه ذلك من خطر عدم استيفائهم لحقهم كاملاً إذا كانت قيمة الأموال المباعة لا تكفي لسداد كل ديونهم. أما بالنسبة للدائن الممتاز أي المزود بتأمين عيني، فإنه غالباً ما يحتاط لذلك ويأخذ حقاً عينياً على مال قيمته تفوق قيمة دينه حتى إذا ما بيع هذا المال يستطيع استيفاء حقه كاملاً وبسهولة وبالأفضلية على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة. حق الضمان العام يعبر إذن عن علاقة حق شخصي وليست علاقة حق عيني، لأنه إذا كان للدائن العادي حق على ذمة مدينه، أي مجموع أمواله، فإنه في الواقع حق على الذمة المالية باعتبارها تعبيراً عن الامتداد المالي للشخص، إذن فهو حق في مواجهة الشخص نفسه [58]. وبناءً على ذلك فإن الضمان العام يترجم فكرة الائتمان الشخصي وذلك بالمقابلة بالائتمان العيني.

في الائتمان الشخصي نجد أن انتباه صاحب رأس المال منصب على شخص المدين، أي على نشاطه الاقتصادي العام، الخاص والمستقبل أو على شخصية من يلجأ إلى الائتمان منظوراً إليها من زاوية المهنة التي يمارسها وحالة ذمته المالية من حيث اليسار فالائتمان تقرر مباشرة وأساساً للشخص دون أي اعتبار آخر. لأنه ليس هناك ضمان لهذه الالتزامات سوى شخص المدين وذمته المالية دون تخصيص مال معين لضمان الدين كما أن الدائن يقتنع بالوسائل العامة المخصصة لضمان تنفيذ التزاماته. على العكس من ذلك نجد في الائتمان العيني أن ثقة صاحب رأس المال محكومة بما يأخذه في اعتباره من أموال حالة للمدين مخصصة بصفة خاصة لضمان الوفاء بالتزامه، وحتى يتسنى له بسهولة استيفاء حقه بطريقة خاصة فعالة ومباشرة [59].

[56] أنظر ()

A. Weill, F. Terré, op. Cit., No. 822.

[57] أنظر ()

B. Starck, Droit Civil, introduction. No. 180.

[58] أنظر عكس ذلك ()

J. Derruppé la nature juridique du Droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance, Toulouse, 1952, No 339 et s.

حيث استند إلى ما للدائن من سلطة على أموال مدينه ليقول أن هذا الحق حق عيني.

انظر في تفصيل أكثر نبيل سعد، نحو قانون خاص بالائتمان، منشأة المعارف، 1990 () [59]

المبحث الثاني وسائل الحماية والضمان المقرر للدائن

ونقصد بذلك الوسائل التي قررها القانون لحماية الدائن العادي. وهذه الوسائل تمثل الحد الأدنى للحماية المقررة لأي دائن، أيًا كانت صفته.

بعض هذه الوسائل مقررة للمحافظة على الضمان العام للدائنين كالدعوى غير المباشرة، والدعوى البوليصية، ودعوى الصورية. والبعض الآخر مقرر للمحافظة على المساواة بين الدائنين، كالإعسار أو الإفلاس المدني. كما أن هناك وسائل أخرى تلحق عادة بهذه الوسائل لما تعطيه للدائن العادي من حماية للحصول على حقه، بحيث أن هذا الضمان ينشأ كأثر لرابطة الالتزام حيث أن الدائن يبقى دائناً عادياً وإن كان يفلت من مزاحمة باقي الدائنين. مثل ذلك الدعوى المباشرة والحق في الحبس.

فالضمان الذي تعطيه الدعوى المباشرة ينشأ نتيجة لوجود مجموعة من الروابط، أو مجموعة من العقود. كما أن الحق في الحبس يعطى للدائن ضماناً فعلياً نتيجة للمركز القانوني الذي تواجد فيه الدائن. هذه الضمانات غير مقصودة في ذاتها، وذلك على خلاف التأمينات العينية أو الشخصية، وإنما هي أثر المركز القانوني الذي تواجد فيه الدائن مصادفة. ومما يجدر الإشارة إليه أن هناك فارقاً هاماً بين الحق في الحبس والدعوى المباشرة، وهو أن الحق في الحبس مقرر كقاعدة عامة بينما الدعوى المباشرة لا تتقرر إلا بنص خاص ([60]). وعلى ذلك سوف ندرس هذه الوسائل في خمسة مطالب على التوالي:

المطلب الأول: الدعوى غير المباشرة والدعوى المباشرة.

المطلب الثاني: الدعوى البوليصية.

المطلب الثالث: دعوى الصورية.

المطلب الرابع: الإعسار والإفلاس المدني.

المطلب الخامس: الحق في الحبس. ([61])

في الفصل الثالث من الباب الرابع من الكتاب الثالث من التقنين المدني الفرنسي بعد تعديله في 2016 تحت عنوان الدعاوى المتاحة للدائن نظم المشرع الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية والدعوى المباشرة وقد صدر هذا الفصل بنص المادة 1341 والذي ينص على أن "الدائن الحق في تنفيذ الالتزام، ويجوز له أن يجبر المدين عليه طبقاً للشروط التي نص عليها القانون."

المطلب الأول الدعوى غير المباشرة والدعوى المباشرة

ولدراسة الدعوى غير المباشرة ينبغي علينا أن نعرض للتعريف بها، ثم ندرس نظامها القانوني، وأخيراً نعرض باختصار للدعوى المباشرة.

أولاً: التعريف بها:

ولنتعرف على الدعوى غير المباشرة يجب تحديد المقصود بها والغرض منها ثم الوقوف على طبيعتها وصفة الدائن في مباشرتها.

1 المقصود بها والغرض منها:

الدعوى غير المباشرة *L'action oblique* وسيلة قانونية تخول للدائن أن يستعمل باسم مدينه حقوق هذا المدين التي يقعد هذا الأخير عن استعمالها أو المطالبة بها وذلك للمحافظة على الضمان العام وهذه الدعوى تهدف إلى المحافظة على الضمان العام من نتائج إهمال المدين في استعمال ما له من حقوق أو دعاوى عن طريق تمكين الدائن من أن يباشر بنفسه وباسم مدينه هذه الحقوق والدعاوى. فقد يؤدي هذا الإهمال إلى حرمان الدائنين من التنفيذ على مال كان يدخل في ضمانهم العام أو أن المدين يستعمل ماله من حق، ولا يكون في أموال المدين الأخرى ما يكفي لسداد ديونه كاملة، فيصيب الدائنين ضرر من جراء هذا الإهمال. فمثلاً إذا كان للمدين حق في مطالبة الغير بتعويض عن ضرر أصابه، وأهمل في هذه المطالبة فيستطيع أحد دائنيه أن يقاضى باسمه، هذا الغير المسئول مطالباً إياه بالتعويض، فإذا حكم بهذا التعويض فإنه يدخل في ذمة المدين. وكذلك يستطيع دائن البائع أن يرفع دعوى على المشتري بطلب الزامه بالثمن أو الحكم بفسخ البيع لعدم الوفاء أو أن يرفع دائن الوارث دعوى يطلب فيها الحكم لمدينه بنصيبه في الميراث. وعلى ذلك يبين لنا أن لفظ "الدعوى" غير المباشرة يقصر عن الإحاطة بمظاهر استعمال الدائن لحقوق مدينه. إذ قد يوحى بأن استعمال حقوق المدين لا يكون إلا عن طريق رفع ما له من دعاوى باسمه فقط. وهذا غير صحيح حيث أن الدائن يستطيع أن يستعمل حق المدين بغير طريق الدعوى، كما لو قام الدائن بقيد رهن مقرر لضمان حق للمدين قبل الغير أو يقوم بتسجيل عقد اشترى به مدينه عقاراً، حتى تنتقل ملكية هذا العقار إلى المدين فيستطيع التنفيذ عليه.

أما وصف "غير المباشر" فهو وصف صحيح، لأن الدائن لا يستعمل حقوق مدينه باسمه الشخصي وإنما باسم مدينه وبالنيابة عنه. كما أن الفائدة التي تنتج عن استعمال حق المدين لا تعود على الدائن إلا بطريق غير مباشر، حيث أن كل فائدة تنتج من

استعمال هذه الدعوى تدخل الضمان العام ويستفيد منها جميع الدائنين، وهذا تطبيقاً لمبدأ المساواة بين الدائنين العاديين ولهذه الأسباب وغيرها، كما سوف نرى، نجد أن الالتجاء إلى الدعوى غير المباشرة محدود للغاية.

2 طبيعتها وصفة الدائن في مباشرتها:

قد يبدو لأول وهلة من القول بأن الدعوى غير المباشرة تهدف إلى المحافظة على الضمان العام أنها تعد طريقاً أو إجراءً تحفظياً لكن في الحقيقة أن هذه الدعوى لا تقتصر على مجرد التحفظ على ذمة المدين بالحالة التي هي عليها، بل تهدف إلى المحافظة على الضمان العام كما يجب أن يكون لو أن المدين استعمل حقه بنفسه، ولذلك فإنها ترمى إلى استعمال حق أو دعوى قصر المدين في استعماله، بما قد يؤدي إلى إضافة مال جديد إلى أموال المدين. كما أن هذه الدعوى لا تعتبر من الطرق التنفيذية لأنها لا تؤدي إلى استيفاء الدائن لحقه مباشرة، وإنما تعمل على المحافظة على حقوق المدين من الإهمال تمهيداً للتنفيذ عليها بوسائل التنفيذ المعدة لذلك. ولذلك فإن الدعوى غير المباشرة تعد طريقاً وسطاً بين الطرق التخطيطية والطرق التنفيذية [62]. فهي أقوى من الطرق التحفظية إذ هي تمهيد للتنفيذ، وهي أضعف من الطرق التنفيذية إذ أن التنفيذ يعقبها دون أن تستغرقه [63]. وهذه الطبيعة تنعكس تماماً على شروط هذه الدعوى وآثارها كما سوف نرى فيما بعد.

(62) السنهاوري، الوسيط ج 2 فقرة 526، ص 940، أنور سلطان المرجع السابق، فقرة 9 ص 13.
(63) السنهاوري، الوسيط، ج 2، فقرة 526، ص 940.

صفة الدائن في مباشرتها:

إن الغاية التي رصدت الدعوى غير المباشرة من أجلها هي تحقيق مصلحة الدائنين بالمحافظة على الضمان العام دون أن يصل الأمر إلى حد القضاء على حرية المدين الشخصية [64]. وقد طوع المشرع النيابة القانونية لإدراك هذه الغاية. ولذلك نجد أن سلطة النائب، الدائن، محكمة بهذه الغاية، مما له أثره الواضح على آثار هذه الدعوى. وإذا كان الدائن يباشر حقوق مدينه بالنيابة عنه (م 236 مدني) إلا أن هذه النيابة القانونية تخرج عن القواعد العامة من ناحيتين:

أولهما: أن هذه النيابة مقررة لمصلحة النائب لا لمصلحة الأصل حيث أن هذه الدعوى يقصد بها المحافظة على الضمان العام للدائنين. ثانيهما: أن المشرع اشترط إدخال الأصل، أي المدين خصماً في الدعوى التي يباشرها الدائن نيابة عنه (م 2/235 مدني) [65].

وهذه الغاية التي من أجلها رصدت الدعوى غير المباشرة، وكذلك النيابة القانونية كأداة لإدراك هذه الغاية له انعكاسه الواضح على شروط هذه الدعوى وآثارها. كما أن ذلك قد ميزها عن الدعوى المباشرة على النحو الذي سوف نراه.

(64) أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة 10 ص 14.
(65) أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة 10 ص 14.

ثانياً: نظامها القانوني:

وفي هذا الصدد سنعرض لنطاقها ولشروطها ولآثارها حتى تتكامل أمامنا صورة الدعوى غير المباشرة.

1 نطاقها:

ونقصد من وراء ذلك تحديد ما يجوز استعماله من دعاوى وحقوق باسم المدين، وما لا يجوز استعماله من هذه الدعاوى والحقوق. وقد نصت المادة 1/235 مدني على أنه "لكل دائن، ولو لم يكن حقه مستحق الأداء، أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، إلا ما كان منها متصلاً بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز". [66] وعلى ضوء هذا النص يتحدد نطاق هذه الدعوى بالحقوق دون الرخص. وبالحقوق المالية، دون غيرها، لتعلقها بالضمان العام كما أن هذه الحقوق الأخيرة يجب ألا تكون متصلة بشخص المدين أو غير قابلة للحجز عليها. ولنر ذلك بشئ من التفصيل:

أ ما يجوز استعماله من حقوق ودعاوى باسم المدين وحدوده:

يتحدد مدى الحق المخول للدائن في استعمال دعاوى مدينه وحقوقه بالغرض منه. هذا الغرض كما سبق أن رأينا هو حماية الضمان العام بالمحافظة على ما سبق للمدين اكتسابه من حقوق، كقطع التقادم الحاصل ضد المدين أو تسجيل عقود شرائه، أو قيد رهن مقرر لمصلحته أو تجديد قيد الرهن، أو المطالبة بدين له خشي عليه من السقوط، أو الطعن في الأحكام الصادرة ضده بكافة طرق الطعن وما إلى ذلك، وعلى ذلك يخرج عن هذا الغرض، المحافظة على الضمان العام، وبالتالي يخرج من سلطة الدائنين محاولة إكساب المدين حقاً جديدة ليست له عن طريق عقد تصرفات باسمه [67]. وكذلك لا يدخل في سلطة الدائن مراقبة أعمال الإدارة التي يباشرها المدين على أمواله. فلا يجوز للدائن الاعتراض على إدارة المدين لأمواله أو مباشرتها عنه، ولو كانت سيئة، لأنه لا يقصد من الحق المخول للدائن في استعمال حقوق مدينه، وضع هذا الأخير تحت وصايته ومسح شخصيته [68].

وفيما عدا ذلك يجوز للدائن، كقاعدة عامة، أن يستعمل جميع حقوق ودعاوى مدينه التي تؤدي إلى المحافظة على الضمان العام، إلا ما استثنى منها. لكن يجب أن يلاحظ أن سلطة الدائن في استعمال حقوق مدينه ليست من النظام العام فيصح الاتفاق بين الدائن والمدين على منع الدائن من مباشرة حق من الحقوق التي كان يجوز استعمالها، فللدائن أن ينزل عن هذا الحق(69]

ب ما لا يجوز استعماله من حقوق ودعاوى باسم المدين:

سبق أن رأينا أن المشرع قد أخرج طائفة من الحقوق من مجال استعمال الدعوى غير المباشرة، وهي الحقوق غير القابلة للحجز عليها، والحقوق والدعاوى المتصلة بشخص المدين خاصة. ويضاف إلى ذلك أيضاً أن استعمال الدعوى غير المباشرة قاصر على الحقوق دون الرخص. ولنر ذلك تفصيلاً.

(66) تنص المادة 13411 من التقنين المدني الفرنسي بعد تعديله 2016 على أنه "عندما يقعد المدين عن ممارسة حقوقه ودعاويه ذات الطابع المالي يعرض حقوق دائنه للخطر، فيجوز لهذا الأخير ممارستها لحساب مدينة، باستثناء تلك التي تتعلق حصرياً بشخصه."

(67) أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة 19 ص 20.

(68) أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة 19 ص 20.

(69) عبد المنعم البدر، المرجع السابق فقرة 100 ص 120.

1 الحقوق غير القابلة للحجز عليها:

سبق أن قدمنا أن الغرض من الدعوى غير المباشرة هو المحافظة على الضمان العام وذلك باستعمال الحقوق أو الدعاوى التي يقعد المدين عن استعمالها تمهيداً للتنفيذ عليها. وعلى ذلك لا يجوز للدائن استعمال حق لا يدخل في الضمان العام، والحقوق غير القابلة للحجز لا تدخل في هذا الضمان، إذ لا سبيل للدائن للتنفيذ عليها على أي الأحوال، فلا جدوى من أن يستعملها الدائن باسم مدينه فلا يجوز للدائن مثلاً أن يطالب باسم مدينه بحق نفقة ما دام لا يستطيع التنفيذ على المبلغ المحكوم به.

2 الحقوق والدعاوى المتصلة بشخص المدين خاصة:

يخرج سلطة الدائن في استعمال حقوق مدينه ما كان منها متصلاً بشخص هذا الأخير خاصة. وهذا الوصف ينطبق على نوعين من الحقوق.

كافة الحقوق غير المالية، وعلة خروج هذه الحقوق هو عدم دخولها في نطاق الضمان العام للدائنين إذ لا يشمل سوى الحقوق المالية وحيث أن الغاية من الدعوى غير المباشرة هو المحافظة على هذا الضمان فإنه يكون من غير المجدي استعمال هذه الحقوق. وحظر استعمال الحقوق غير المالية يعتبر حظراً مطلقاً ينصرف إلى جميع هذه الحقوق ولو كان في استعمالها ما يترتب آثاراً مالية، كالحق في ثبوت النسب قد يؤدي استعماله إلى ثبوت الميراث وكالحق في الطلاق يؤدي إلى انقطاع الالتزام بالنفقة على الزوجة. فهذه الحقوق لا يجوز للدائن استعمالها باسم مدينه بل يكون لهذا المدين مطلق الحرية في تقدير مناسبة استعمالها.

الحقوق المالية التي يتوقف استعمالها على النظر في اعتبارات أدبية لا يستطيع تقديرها سوى المدين وحده مثل ذلك حق الواهب في أن يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع في هبته لعذر مقبول (م 500 مدني). وكحق المؤلف في الحكم على صلاحية مؤلفه للنشر، وكحق المضرور في اقتضاء تعويض عما أصابه من ضرر أدبي، ما لم يكن هناك اتفاق على مقدار التعويض أو مطالبة قضائية به، إذ ينفصل الحق على شخص المدين في هذه الحالات ويجوز للدائن استعماله(70].

ويلاحظ أن اتصال الحق المالي بشخص المدين أمر لا يتعلق بالنظام العام بمعنى يجوز للمدين أن ينزل عن الحظر المقرر لمصلحته في هذا الشأن وأن يترك الدائن يباشر دعوى متصلة بشخصه، كذلك يجوز للدائن أن ينزل مقدماً عن حقه في مباشرة بعض الدعاوى ولو كانت غير متصلة بشخص المدين(71].

(70) أنظر في أمثلة أخرى، إسماعيل غانم، المرجع السابق فقرة 62، ص 153.

(71) أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة 21 ص 22.

3 الرخص المقررة للمدين:

سبق أن رأينا أن الغاية التي رصدت من أجلها الدعوى غير المباشرة، تقوم على الموازنة بين حماية مصلحة الدائنين بالمحافظة على الضمان العام وعدم التدخل في شئون المدين إلى حد القضاء على حريته الشخصية في تصريف شؤنه. ولذلك كان استعمال هذه الدعوى محكوماً بهذه الغاية وبالتالي يجب ألا يؤدي نظام الدعوى غير المباشرة إلى إخضاع المدين لنوع من الوصاية من جانب دائنيه.

وبناءً على ذلك يذهب الفقه إلى أن الرخص Facultés تخرج كمبدأ عام من نطاق الدعوى غير المباشرة، لأن استعمال هذه الرخص لا يقصد به المحافظة على الضمان العام، بل زيادة هذا الضمان بإدخال حقوق جديدة في ذمة المدين، وهذا أمر يتعلق بشخص المدين وحده ولا يجوز للدائن أن ينوب عنه فيه(72].

وكما هو واضح فإنه يقصد بالرخصة الحق الذي يتوقف نشوؤه على إعلان إرادة من جانب المدين(73)، من ذلك مثلاً قبول إيجاب بيع أو مقايضة أو هبة، أو مطالبة بشفعة، أو استرداد حصة شائعة. ففي هذه الأمثلة جميعاً لا يجوز للدائن استعمال هذه الرخص نيابة عن مدينه.

ولكن إذا أصبحت الرخصة حقاً، كان للدائن أن يستعمل هذا الحق باسم مدينه، ما دام أنه استوفى الشروط اللازمة، ولو كان ثبوت هذا الحق نهائياً في ذمة المدين متوقفاً على إرادته أو مشيئته. وهذا ما يسمى بالخيارات Options فالخيارات مشيئة تستند إلى حقوق سبق اكتسابها، ولكن صاحبها مخير بين أن يقبلها فيستقر الحق نهائياً أو يردها فيزول الحق عنه. وفي هذا تفرق الخيارات عن الرخص فالرخص يفترض أن هناك حقاً نشأ، وإنما يتعلق الخيار باستعمال الحق، لا بإنشائه كما هو الحال في الرخص حيث يتوقف نشوء الحق ذاته على إرادة الشخص [74].

وعلى ذلك فإن الخيارات لا يقصد بها اكساب المدين حقوقاً جديدة. بل تثبيت حقوق له فالوصية مثلاً ترتب أثرها دون حاجة إلى رضا الموصى له، غير أن للموصى له بعد صدورها أن يقبلها فيثبت الحق له أو أن يردها فتزول عنه. والاشتراط لمصلحة الغير يرتب الحق للمنتفع دون حاجة لقبوله، ولا يلزم القبول إلا لمنع نقض المشاركة، والأصل أنه يجوز للدائن أن ينوب عن مدينه في استعمال الخيارات لأنها لا تهدف إلى إنشاء حقوق جديدة، بل إلى تثبيت ما اكتسبه المدين منها. لكن إذا كان الخيار يقوم على اعتبارات يجب إدخاله خصماً في الدعوى. "أدبية لا يستطيع غير المدين تقديرها فإنه يكون متعلقاً بشخص المدين خاصة ولا يجوز استعماله نيابة عنه" [75].

2 شروطها

تنص المادة 2/235 على أنه "لا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولاً إلا إذا أثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق وأن عدم استعمالها لها من شأنه أن يسبب إعساره أو أن يزيد في هذا الإعسار، ولا يشترط إعدار المدين لاستعمال حقه ولكن يجب إدخاله خصماً في الدعوى".

وعلى ضوء هذا النص نجد أن شروط هذه الدعوى تدور حول فكرتين أساسيتين، إهمال المدين في استعماله لحقوقه، والمصلحة المشروعة للدائن في حماية الضمان العام. وعلى ذلك نجد أن من هذه الشروط ما يتعلق بالمدين، ومنها ما يتعلق بالدائن.

(72) أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة 20 ص 20 وقارن إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 61 ص 154 وما بعده.

(73) عبد المنعم البدر، المرجع السابق، فقرة 104 ص 132.

(74) عبد المنعم البدر، المرجع السابق، فقرة 104، ص 123، 124.

(75) أنور سلطان، المرجع السابق، الفقرة 20 ص 21، عبد المنعم البدر، المرجع السابق، فقرة 104 ص 124، وقارن إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 61 ص 154 هامش 2.

أ الشروط التي تتعلق بالمدين:

لا يجوز للدائن أن يستعمل حقاً للمدين إلا إذا كان هناك ما يبرر ذلك، أي إلا إذا توافرت له مصلحة في ذلك ولا توجد هذه المصلحة إلا إذا توافر شرطان: 1 عدم استعمال المدين لحقه، 2 عدم استعمال الحق من شأنه إعسار المدين أو الزيادة في إعساره – ويضاف إليهما شرط شكلي وهو إدخال المدين في الدعوى.

1 عدم استعمال المدين لحقه:

يشترط لاستعمال الدائن حق المدين أن يقعد هذا الأخير عن مباشرته. ويستوى أن يكون عدم استعمال المدين لحقه عن عمد أو عن إهمال من جانبه.

وعلى ذلك إذا قام المدين بمباشرة حقه بنفسه، فلا يجوز للدائن بعد ذلك أن يتولاه عنه، عن طريق الدعوى غير المباشرة. لكن كل ما للدائن في هذه الحالة هو أن يتدخل خصماً في الدعوى ليراقب سير الإجراءات ليحول دون تواطؤ المدين أو تراخيه. حتى بعد أن يكون الدائن قد باشر استعمال الحق بالنيابة عن المدين فإن هذا الأخير يستطيع أن يستعمل حقه بنفسه، ويجب في هذه الحالة على الدائن أن يمتنع عن المضي في الإجراءات التي بدأها. وأن يترك أمر اتمامها للمدين، ولذلك يجب على الدائن ألا يبادر باستعمال الدعوى غير المباشرة بمجرد عدم استعمال المدين لحقه وإنما يلزم أن يتحقق من احجام المدين عن استعمال هذا الحق. فإذا كان ما زال أمام المدين متسع من الوقت لمباشرة حقه، امتنع على الدائن التدخل.

2 عدم استعمال الحق من شأنه إعسار المدين أو الزيادة في إعساره:

سبق أن قلنا أن الغاية من الدعوى غير المباشرة هي حماية مصلحة الدائنين بالمحافظة على الضمان العام. ولذلك يتعين لمباشرة الدائن حق المدين، أن يكون في احجام المدين عن استعمال هذا الحق إضرار بمصلحة الدائن، بأن كان يؤدي إلى إعسار المدين أو الزيادة في إعساره، مما يترتب عليه حرمان الدائن من الحصول على حقه كاملاً عند التنفيذ.

والمقصود بالإعسار هنا الإعسار الفعلي، بأن تزيد ديون المدين على حقوقه، لا الإعسار القانوني الذي يستلزم حكماً بشهره طبقاً للمادة 249 مدني وما بعدها. والعبرة، في تقدير هذا الإعسار، بكافة الديون ما استحق منها وما لم يستحق. فما دامت أموال المدين لا تكفي للوفاء بديونه جميعاً فللدائن مصلحة مشروعة في أن يلجأ إلى الدعوى غير المباشرة.

وعلى ذلك: إذا كان المدين موسراً، فلا يجوز للدائن الالتجاء إلى الدعوى غير المباشرة إذ لا يكون له مصلحة في استعمال حق المدين. فطالما أنه في استطاعته الحصول على حقه كاملاً بالتنفيذ على أموال المدين الأخرى فلن يصيبه ضرر من فوات الحق الذي لم يستعمله المدين.

وعبء إثبات إفسار المدين يقع على عاتق الدائن بصريح نص المادة 2/235 مدنى.

3 إدخال المدين خصماً فى الدعوى:

قد نصت المادة 2/235 مدنى على أنه "لا يشترط إعدار المدين لاستعمال حقه ولكن يجب إدخاله خصماً فى الدعوى".

وعلى ذلك لا يجوز للدائن أن يرجع الدعوى غير المباشرة دون أن يدخل المدين خصماً فيها وإلا كانت الدعوى غير مقبولة، والنتيجة العملية لهذا الشرط هو أن الحكم الذى يصدر فى الدعوى يسرى فى حق المدين، ما دام قد أصبح طرفاً فى الدعوى. ويترتب على إدخال المدين فى الدعوى أحد أمرين: إما أن يتخذ المدين موقفاً سلبياً من الخصومة تاركاً للدائن عبء مباشرة الدعوى عنه، وإما أن يتخذ موقفاً إيجابياً فيعمد إلى مباشرة الدعوى بنفسه، وفى هذه الحالة الأخيرة على الدائن أن يمتنع عنه المضى فى الإجراءات التى بدأها وأن يترك إتمامها للمدين، ويقتصر دور الدائن على مجرد مراقبة دفاع المدين. ولا يشترط لاستعمال الدعوى غير المباشرة أن يعذر الدائن المدين ليثبت عليه تقصيره فى مباشرة حقه فقد استغنى المشرع بإدخال المدين خصماً فى الدعوى عن إعداره وذلك على اعتبار أن هذا الإدخال أقوى من الأعدار [76] وقد نصت المادة 2/235 مدنى صراحة على عدم ضرورة الأعدار.

ب الشروط التى تتعلق بالدائن:

قد نصت المادة 1/235 مدنى على أنه "كل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الأداء أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، ...". وعلى ضوء هذا النص سوف نبحث الشروط الواجب توافرها فى الدائن لاستعمال الدعوى غير المباشرة.

1 شروط وحيد: أن يكون للدائن حق موجود أى محقق: (Certain)

فحيث أن الغاية من الدعوى غير المباشرة، هى مجرد المحافظة على الضمان العام فإنه يكون لكل دائن حق مباشرة هذه الدعوى ولكن يجب، على الأقل أن يثبت لمن يستعملها صفة الدائنية، أى يكون له حق موجود أو محقق. وعلى ذلك لا يجوز لمن كان حقه احتمالياً (eventuel) كحق الوارث قبل موت المورث، أو متنازعا فيه (Litigieux) أن يباشر هذه الدعوى، حيث أن دائنيته لا تكون محققة. (76) السنهورى، الوسيط، ج 2 فقرة 539، ص 957.

2 شروط استيعادية تأكيدية:

لا يشترط أن يكون حق الدائن مستحق الأداء أو معلوم المقدار أو ثابتاً فى سند تنفيذى. كما أنه لا يشترط أن يكون حق الدائن سابقاً على حق المدين الذى يستعمله الدائن، أو أن يحصل الدائن على إذن من القضاء بحلوله محل المدين، ولنعرض باختصار لهذه الشروط.

لا يشترط أن يكون حق الدائن مستحق الأداء وذلك طبقاً لصريح نص المادة 1/235 مدنى. وعلى ذلك يستطيع الدائن تحت شرط واقف والدائن بدين مؤجل باستعمال الدعوى غير المباشرة.

لا يشترط أن يكون حق الدائن معلوم المقدار، ما دام أنه حق ثابت ومؤكد. وعلى ذلك فالدائن الذى يكون حقه غير معلوم المقدار – كالمضروب من عمل غير مشروع – له مصلحة مشروعة فى استعمال حقوق مدينه.

لا يشترط أن يكون حق الدائن ثابتاً فى سند تنفيذى، لأن الدعوى غير المباشرة وإن كانت تمهد للتنفيذ على أموال المدين إلا أنها ليست بذاتها إجراء من إجراءات التنفيذ.

لا يشترط أن يكون حق الدائن سابقاً على حق المدين الذى يستعمله بالدعوى غير المباشرة لأن الضمان العام مقرر للدائنين جميعاً بصرف النظر عن تاريخ نشوء حقوقهم، وهو مقرر على أموال المدين جميعاً بصرف النظر عن تاريخ اكتسابها.

وهذا الشرط يبرز الفارق الهام بين الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية كما سوف نرى. حيث أنه فى الدعوى البوليصية يشترط أن يكون تصرف المدين الضار والذى يطعن فيه الدائن بهذه الدعوى لاحقاً على نشوء حق هذا الدائن.

لا يشترط أن يستصدر الدائن إذناً من القضاء بحلوله محل المدين فى استعمال حقوقه، لأن نيابة الدائن عن المدين مقررة بحكم القانون (م 236 مدنى).

يتضح من ذلك أن الشرط الوحيد الواجب توافره فى الدائن هو أن يكون حقه موجوداً أى محققاً. فكل دائن توافر فى حقه هذا الشرط، مع توافر الشروط الأخرى لاستعمال الدعوى، يستطيع أن يلجأ إلى الدعوى غير المباشرة، ويستوى فى ذلك الدائن العادى أو الدائن المزود بتأمين عينى.

3 آثارها

أن أهم ما يحكم آثار الدعوى غير المباشرة الغاية منها، المحافظة على الضمان العام، والأداة المستخدمة فى تحقيق هذه الغاية، النيابة القانونية. وهذا ما يعكسه نص المادة 236 مدنى مصرى حيث تنص على أنه "يعتبر الدائن فى استعماله حقوق مدينه نائباً عن هذا المدين، وكل فائدة تنتج من استعمال هذه الحقوق تدخل فى أموال المدين وتكون ضماناً لجميع دائنيه".

وعلى ضوء ذلك نستطيع أن نحدد آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة لكل من المدين، وهو الأصل صاحب الحق، والخصم، أى مدين المدين، والدائن وهو النائب الذى يستعمل حق المدين، وبالنسبة لباقي الدائنين.

أ بالنسبة للمدين:

إن استعمال الدائن لحق مدينه عن طريق الدعوى غير المباشرة لا يغل يد المدين عن هذا الحق. فالمدين يظل محتفظاً بحقه، ويستطيع أن يتصرف فيه بكافة أنواع التصرفات. فيجوز له أن ينقله إلى الغير، وأن يتصالح عليه مع الخصم، وأن يتنازل عنه. ولا يستطيع الدائن أن يعترض على هذه التصرفات إلا عن طريق الدعوى البوليصة إذا توافرت شروطها. كما أن لمدين المدين أن يفي بالدين للمدين، فيكون وفاؤه صحيحاً نافذاً رغم وقوعه بعد قيام الدائن برفع الدعوى غير المباشرة (77). [77] انظر إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 64 ص 163، عبد المنعم البدرأوى، المرجع السابق، فقرة 109 ص 130.

ب بالنسبة للخصم فى الدعوى:

يستطيع الخصم الذى يستعمل الدائن حق مدينه ضده أن يدفع فى مواجهة الدائن بكافة الدفعات التى كان يستطيع أن يدفع بها فى مواجهة المدين. فالدائن ليس إلا نائباً عن هذا المدين. فللخصم أن يدفع بجميع أسباب انقضاء الدين، التقادم، والوفاء والمقاصة، حتى ولو تم هذا الوفاء أو توافرت شروط هذه المقاصة بعد رفع الدعوى غير المباشرة، كما أن للخصم أن يتمسك بأوجه البطلان التى تشوب العقد، وذلك إذا كان الدائن يستند فى مطالبته إلى عقد تم بين الخصم والمدين - فلا فرق إذن بالنسبة للخصم أن يكون المدين قد باشر حقه بنفسه، وبين أن يكون الدائن قد باشر هذا الحق نيابة عنه (78). [78] السهنورى، الوسيط ج 2، فقرة 551، ص 975.

ج بالنسبة للدائن:

فالدائن فى استعماله لحق المدين عن طريق الدعوى غير المباشرة يستعمله نيابة عن هذا المدين. ولذلك يستطيع أن يطالب الخصم بكل ما كان يستطيع أن يطالبه به المدين بصرف النظر عن مقدار أو طبيعة أو مصدر حق الدائن قبل المدين. فالدائن لا يختص بما يقضى به وبما يدخل ذلك فى الضمان العام للدائن على النحو الذى سوف نراه فى الفقرة التالية.

د بالنسبة لباقي الدائنين:

فحيث أن الدائن نائب عن المدين فى المطالبة بحقه، فإن الحكم الذى يصدر فى الدعوى غير المباشرة إنما يصدر للمدين أو عليه. ولذلك ليس للدائن أن يطلب الحكم بإلزام الخصم بتأدية ما هو ثابت فى ذمته للمدين إلى الدائن. فالدعوى غير المباشرة ليست وسيلة من وسائل التنفيذ وإنما هى وسيلة للمحافظة على الضمان العام. فهى وسيلة للتمهيد للتنفيذ، فإذا أراد الدائن استيفاء حقه يقوم بعد ذلك بإجراءات التنفيذ اللازمة.

وعلى ذلك فكل فائدة تنتج من استعمال حقوق المدين تدخل أمواله ضماناً لجميع دائنيه (م 236 مدنى) فإذا نجح الدائن فى دعواه وصدر الحكم فى صالح المدين، فلن يقتصر الاستفادة منه على هذا الدائن وحده. فالحق إنما يحكم به للمدين فيشمله الضمان العام المقرر لكافة الدائنين ولهم جميعاً أن يشتركوا فى التنفيذ عليه فيقسم بينهم قسمة غرماء دون أدنى محاباة للدائن رافع الدعوى.

وإذا خسر الدائن الدعوى فحكم لصالح الخصم، كان هذا الحكم حجة على المدين وبالتالي على سائر الدائنين. فالمدين قد اختصم حتماً فى الدعوى بشخصه، فيكون للخصم الذى صدر الحكم لصالحه أن يتمسك بحجية الشئ المحكوم فيه إذا ما عاد المدين فرفع الدعوى ثانية بنفسه، أو جاء أحد الدائنين الآخرين فرفعها ثانية باسم المدين (79). [79] إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 64 ص 166.

ثالثاً: الدعوى المباشرة

وفى هذا الصدد سنعرض باختصار لتعريف الدعوى المباشرة ثم نعقد المقارنة بينها وبين الدعوى غير المباشرة، وأخيراً نعرض لبعض تطبيقات الدعوى المباشرة.

1 التعريف بالدعوى المباشرة:

الدعوى المباشرة L'action directe وسيلة قانونية يقررها المشرع تسمح للدائن أن يسعى مباشرة باسمه شخصياً إلى مدين المدين ليسأله الوفاء بما هو مستحق فى ذمته للمدين. وفى ذلك تنص المادة 13413 مدنى فرنسى الجديدة على أنه "يجوز للدائن، فى الأحوال التى يحددها القانون، أن يرجع مباشرة على مدين مدينه ليطالبه للوفاء بحقه." هذه الوسيلة تهدف إلى تأمين الدائن بحمايته من خطر مزاحمة الدائنين والخضوع لقسمة الغرماء، وذلك لأن الدائن يستوفى حقه مباشرة دون أن يمر المبلغ المطلوب الوفاء به بذمة مدينه.

كما أن يترتب على الدعوى المباشرة أن يمتنع على المدين أن يتصرف فى حقه قبل مدينه، كما أنه يمتنع على مدين المدين، من وقت إنذاره، أن يوفى بهذا الحق لغير الدائن. ولذلك يصبح هذا الدائن فى مركز متميز عن باقي الدائنين. وهذا المركز المتميز ليس مقصوداً فى ذاته لتحقيق ضمان معين للدائن، حيث أن الدائن لا يسعى إلى إيجاد هذا المركز، وإنما يتواجد فيه

الدائن مصادفة، حيث يتصادف أن يكون هناك مدين لمدينه ثابت في ذمته دين لهذا المدين، ويوجد نص قانوني يعطى للدائن في هذه الحالة حق الرجوع مباشرة على مدين المدين(80).

ويشترط لكي يستوفي الدائن حقه من مدين المدين أن يكون هذا الحق مستحق الأداء. ولا يكفي أن يكون خالياً من النزاع. كما أن الدائن في رجوعه على مدين المدين لا يستطيع أن يطلب بأكثر مما له في ذمة المدين، أى لا شأن له بما زاد في ذمة مدين المدين على ذلك، وإذا تبين العكس بأن كان دينه أكبر مما على مدين المدين، رجع بالفرق على المدين(81). والدعوى المباشرة عندما تكون ناشئة عن وجود مجموعة عقدية(82) (كعقد الإيجار الأصلي وعقد الإيجار من الباطن)، تعتبر خروجاً على مبدأ نسبية أثر العقد فهذه الدعوى تسمح للدائن، المؤجر في عقد الإيجار الأصلي، أن يطلب مباشرة مدين المدين، المستأجر من الباطن، بالرغم من أنه ليس طرفاً في هذا العقد، عقد الإيجار من الباطن.

(80) انظر في تفصيل طبيعة هذه الدعوى، السهري، الوسيط، جزء 2، فقرة 561، ص 988 وما بعدها، وأستاذنا الدكتور جلال العدوي، المرجع السابق، ص 267 والذي يرد هذه الدعوى إلى فكرة الحلول الشخصي، ص 270. (81) أستاذنا الدكتور أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة 28 ص 170. (82) انظر في تفصيل أكثر:

I. Néret Le sous contrat, thèse Paris II, L. G. D. J. 1979, Préf. P. Catala, No. 534 et

2مقارنة بين الدعوى غير المباشرة والدعوى المباشرة:

سبق أن رأينا أن الهدف من الدعوى غير المباشرة هو المحافظة على الضمان العام، وأن وسيلتها في ذلك النيابة القانونية على النحو السابق بيانه. ولذلك كانت فائدة هذه الدعوى محدودة للدائن، وبالتالي كان هناك ندرة في استعمالها لوجود وسائل أكثر منها فعالية وجدوى، كحجز ما للمدين لدى الغير. والسؤال الذي يطرح نفسه الآن هل هناك تشابه في نظام الدعوى المباشرة والدعوى غير المباشرة كما هو الشأن بالنسبة للتسمية؟ نستطيع أن نجيب على هذا السؤال بالنفي، بل يمكننا أن نؤكد أن الدعوى المباشرة تختلف عن الدعوى غير المباشرة في الهدف والوسيلة.

أ النتائج المترتبة على اختلاف الهدف:

أولاً: الدعوى المباشرة لا تهدف إلى المحافظة على الضمان العام، وإنما إلى تأمين الدائن من مزاحمة باقى الدائنين، وبالتالي من تعرضه لقسمة الغرماء في استيفاء حقه.

ثانياً: لا شأن لاستعمال الدعوى المباشرة بإعسار المدين أو الزيادة في إعساره، ولذلك فإن هذه الدعوى تؤمن للدائن حماية أكيدة في الحصول على حقه. بينما الدعوى غير المباشرة لا تحقق للدائن إلا حماية متأخرة إذ لا يجوز للدائن أن يلجأ إليها إلا بعد إعسار المدين أو الزيادة في إعساره ولذلك فإن هذه الدعوى تهدف فقط إلى إنقاذ ما تبقى لدى المدين من أموال. فهي لا تحول دون وقوع الخطر وإنما تهدف فقط إلى منع تفاقمه.

ثالثاً: أن هذه الدعوى تعد خروجاً عن مبدأ المساواة بين الدائنين لما تمنحه للدائن من مركز متميز، فهي تقرب من حق الامتياز، ولذلك لا تثبت للدائن إلا بنص تشريعي خاص.

ب النتائج المترتبة على اختلاف الوسيلة:

أولاً: أن وسيلة هذا السعى المباشر لدى مدين المدين ليست النيابة القانونية، وإنما هذا السعى يتم مباشرة باسم الدائن شخصياً لا باسم المدين.

ثانياً: إن ثمرة هذا السعى المباشر ينفرد بها الدائن دون أن يشاركه فيها أحد.

3تطبيقات للدعوى المباشرة:

من الثابت أن المشرع المصري، وكذلك المشرع الفرنسي في تقنين نابليون لم يعرض للدعوى المباشرة بنص عام ولكنه عاد وقرر ذلك في تعديلات 2016 بالمادة 13413 السابق الإشارة إليها، بل اكتفى المشرع المصري بتقريرها في حالات معينة وردت بشأنها نصوص خاصة، وسنشير باختصار إلى بعض هذه الحالات:

- في عقد الإيجار، نصت المادة 596 مدني على أنه "يكون المستأجر من الباطن ملزماً بأن يؤدي للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتاً في ذمته للمستأجر الأصلي وقت أن ينذره".
- في عقد المقاولة: نصت المادة 662 مدني على أنه "يكون للمقاولين من الباطن وللعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل، حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذي يكون مديناً به للمقاول الأصلي وقت رفعه الدعوى، ويكون لعمال المقاولين من الباطن مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الأصلي ورب العمل".
- في الوكالة: يجوز للموكل أن يرجع مباشرة على نائب الوكيل، ولنائب الوكيل الرجوع مباشرة على الموكل (م 708 مدني 4). (أحكام الدعوى المباشرة وأنواعها(83):)

كل الدعاوى المباشرة لها أثر واحد هو تسهيل وضمان الوفاء بالالتزام، وذلك استثناء من القاعدة الواردة في نص المادة 1/145 مدني مصري 1165 مدني فرنسي حالياً (1199) والمتعلقة بمبدأ نسبية أثر العقد، والتي تقضى بأن العقد لا يكون

سارياً إلا في حق أطرافه، فلا يتعدى أثره إلى الغير. فالمدعى في الدعوى المباشرة (الدائن) يعتبر من الغير بالنسبة للمدعى عليه (مدين المدين) فالأصل أن يرجع الدائن على مدينه وهذا الأخير يرجع بدوره على مدينه هو. فمثلاً ينبغي على المؤجر أن يرجع على المستأجر الأصلي، وهذا الأخير يستطيع أن يرجع بدوره على المستأجر من الباطن. لكن الدعوى المباشرة خروجاً على هذا الأصل سمحت للمؤجر أن يرجع مباشرة على المستأجر من الباطن بالرغم أنه لا توجد بينهما أى علاقة قانونية وإنما لمجرد أنه مدين مدينه.

كما هو واضح إذن فإن الدعوى المباشرة تنشئ رابطة التزام مباشرة بين شخصين من الغير مرتبطين على سبيل التبادل respectivement بنفس الشخص، وهو المدين الأصلي، وإنشاء مثل هذه الرابطة أمر ممكن حيث أن حق المدعى في الدعوى المباشرة والتزام المدعى عليه لهما نفس المحل وهو مبلغ من النقود. ولذلك تعتبر الدعوى المباشرة من هذه الناحية طريقاً من طرق الوفاء البسيطة.

استعمال هذه الدعوى محدود، في جميع الأحوال، بحدين:

- أولاً: لا يستطيع صاحب الدعوى أن يباشرها إلا في حدود ما هو مستحل له في ذمة مدينه.
 - ثانياً: أن مدين المدين غير ملزم في مواجهة الدائن إلا في حدود ما هو مستحق في ذمته للمدين.
- ووقت تقدير حق الدائن والتزام مدين المدين يختلف من دعوى إلى أخرى.
- في الواقع إن تطور الدعاوى المباشرة المرتبطة بوجود تعاقّد من الباطن، أو بصفة عامة المتعلقة بمجموعة من العقود، يثير كثيراً من التردد. هذه الدعاوى تسمح للشخص أن يحتج بالآثار الملزمة للاتفاق على شخص من الغير. وعلى ذلك يمكن أن ينظر إليها على أنها ظاهرة استثنائية أو على العكس ينظر إليها على أنها علامة على وجود علاقات تعاقدية بين أعضاء المجموعة من العقود على سبيل التوسع. المسلك الأول يعبر عن الاتجاه التقليدي والذي يرى أن الدعوى المباشرة طريق من طرق الوفاء البسيط مقترن بامتياز في صالح المقرر له في هذه الدعوى. ولذلك فهي تتميز عن الدعوى غير المباشرة من حيث أن المدعى فيها يختص بثمرة هذه الدعوى على سبيل الاستثناء ودون أن تدخل في ذمة مدينه، الدائن المتعاقد. لكن هذه الدعوى لا توجد إلا طبقاً لنص في القانون، وبصفة خاصة عندما يتعلق الأمر بدفع مبلغ من النقود. المسلك الثاني يعبر عن اتجاه حديث في الفقه يرى في الدعوى المباشرة علامة على نشوء علاقات تعاقدية مباشرة بين أطراف العقد الرئيسي والعقد المبرم من الباطن. وبالتالي فإن الدعوى المباشرة يمكن أن يكون محلها ليس دفع مبلغ من النقود فحسب وإنما أيضاً تنفيذ العقد ذاته بالرغم من أن المدعى ليس طرفاً فيه. فتبعيته لمجموعة عقدية تدور حول موضوع وهدف واحد تكفي لتنزع عنه صفة الغير. هذا الرأي لم يتأكد في القانون الوضعي الفرنسي. فبعد أن أعلنته الغرفة المدنية الأولى بمحكمة النقض الفرنسية في شكل مبدأ عام أدانته محكمة النقض الفرنسية مجتمعة في هيئتها العامة في 1991/7/12.

(83) انظر في تفصيل ذلك نبيل سعد. الضمانات غير المسماة، في القانون الخاص، منشأة المعارف، 1991، ص 21 وما بعدها (هذا الكتاب حائز على جائزة الدولة التشجيعية عام 1993).

الدعوى المباشرة التامة والدعوى المباشرة الناقصة:

هناك بعض من الدعاوى المباشرة تعتبر أكثر فعالية من غيرها لأنها تعطي للدائن حقاً خاصاً *droit exclusif* قاصراً عليه، ينصب على ما هو مستحق للمدين في مواجهة مدين المدين بحيث أن هذا الأخير لا يستطيع أن يبرئ ذمته إلا بالوفاء بين يد الدائن صاحب الدعوى المباشرة كما أن المدين الأصلي لا يستطيع أن يتصرف في هذا الحق، وليس للدائنين الآخرين أى حق عليه. من هذه الزاوية تنقسم الدعاوى المباشرة إلى دعاوى مباشرة تامة ودعاوى مباشرة ناقصة. ويعتبر الوقت الذي يتحقق فيه ذلك للدائن هو الفاصل بين هذين النوعين.

الدعاوى المباشرة التامة:

وتعتبر هذه الدعاوى كاملة أو تامة *Parfaites* لأنها أكثر فعالية منذ نشأتها. فحق المدين في مواجهة مدين المدين قد خصص للوفاء بحق الدائن. فآثر هذا التخصص، أو التجديد لا يتوقف على ممارسة هذه الدعوى. ومن أمثلة ذلك الدعوى المباشرة للمضرور قبل المؤمن لديه بصدد المسؤولية المدنية.

الدعاوى المباشرة الناقصة:

وهذه الدعاوى هي الأكثر عدداً، مثال ذلك دعوى المقاول من الباطن، ودعوى المؤجر، ودعوى السفينة، هذه الدعاوى تعتبر ناقصة *imparfaites* لأن تعلق حق الدائن بما هو مستحق لدى مدين المدين لا يتحقق إلا من الوقت الذي يباشر فيه الدائن دعواه المباشرة. وإلى أن يباشر الدائن هذه الدعوى فإن ما هو مستحق للمدين في مواجهة مدينه يبقى قائماً في ذمته ويمكن أن ينقضى بالوفاء. فالأمر يتعلق إذن بدعوى هشه حيث أن فعاليتها تعتمد في المقام الأول على سرعة وخفة الدائن بعدما يصبح حقه مستحق الأداء (انظر 1/596 مدنى مصرى) ومع ذلك فإن القانون قد يحمي صاحب الدعوى المباشرة من الإجراءات أو الاتفاقات التي يكون من شأنها إحباط فعالية هذه الدعوى قبل أن تمارس (م 2/596 مدنى مصرى، 662 مدنى مصرى بعض الفقهاء يرى في الدعاوى المباشرة بنوعيتها طريقاً من طرق التنفيذ مقترنة بامتياز، مما يعطيها، من حيث المبدأ طابعاً استثنائياً. ومع ذلك يذهب البعض الآخر إلى أن الدعاوى المباشرة الناقصة تعتبر مرتبطة بوجود مجموعة عقدية،

وبالتالى تعتبر نتيجة حتمية لها بطريق التوسع، أما الدعاوى المباشرة التامة وهى ذات أصل قانونى، فهى وحدها تعتبر استثنائية.

المطلب الثانى الدعوى البوليصية L'action Paulienne

قد يخطو المدين إلى الإمام خطوة أخرى فى سبيل الأضرار بدائنيه، فإنه لا يقف عند الإهمال فى استعمال حقوقه، وإنما قد يلجأ إلى الغش بإبرامه تصرفات حقيقية يضعف بمقتضاها ضمانه العام، مثل أن يهب إلى الغير مالاً من أمواله، أو أن يبيع بعض أمواله بثمن بخس. لذلك تدخل المشرع ليحمى الدائنين من هذه التصرفات عن طريق دعوى تسمى بالدعوى البوليصية أو دعوى عدم نفاذ التصرفات والتى وردت أحكامها فى المواد 237 وما بعدها من التقنين المدنى لذلك يجب أن نعرض للتعريف بها، ثم لنظامها القانونى.

أولاً: التعريف بها:

وفى هذا الصدد سنعرض لتحديد الهدف منها وأداة المشرع فى تحقيق هذا الهدف، ثم نقف بعد ذلك على طبيعة هذه الدعوى، وأخيراً نعقد مقارنة بينها وبين الدعوى غير المباشرة.

أ الهدف منها وأداة تحقيقه:

إذا كان القاسم المشترك الأعظم بين الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية هو المحافظة على الضمان العام، إلا أن هناك اختلافاً جوهرياً فى الموقف الذى تواجهه كلاً منهما. ففى حين أن الدعوى غير المباشرة تقتصر على معالجة موقف سلبى للمدين من شأنه أن يضر بدائنه، فإن الدعوى البوليصية تواجهه وفقاً لإيجابياً – ذلك أن المدين لا يقتصر على مجرد عدم استعمال حقوقه، بل قد يتعدى ذلك إلى القيام بتصرفات حقيقية يضعف بمقتضاها الضمان العام للدائنين. ونتيجة لاختلاف طبيعة المواقف التى تواجهها كلاً من الدعويين فقد اختلفت الأداة القانونية المستعملة فى كل منهما. فحيث أنه فى الدعوى غير المباشرة كان الأمر قاصراً على مجرد إهمال المدين فى استعمال حقوقه مما وجد فى النيابة القانونية للدائن على المدين فى استعمال هذه الحقوق ما يكفى لإدراك الهدف النهائى، وهو المحافظة على لاضمان العام. بينما فى الدعوى البوليصية كان الأمر أكثر خطورة مما اضطر المشرع إلى الالتجاء إلى أداة قانونية أكثر فعالية، فلجأ إلى تقرير عدم نفاذ التصرفات الضارة فى حق الدائنين، ليصل بذلك إلى تحقيق الغرض النهائى من هذه الوسيلة، وهو المحافظة على الضمان العام.

ومجرد تنظيم المشرع للدعوى البوليصية يعتبر فى ذاته، من الناحية الاجتماعية ذو قيمة تهديدية، يردع المدين عن العبث بأمواله. ليجعل منها احتياطياً خفياً بعيداً عن أيدى دائنيه، مما يجعل لهذا التنظيم طابعاً وقائياً. ويرجع أصل هذه الدعوى إلى القانون الرومانى، وهى تسمى بالدعوى البوليصية نسبة إلى بريطور مشكوك فيه يدعى "بول" وقد نظمها التقنين الفرنسى فى المادة 1167 (حالياً م 1341) (2) بأن اقتصر على وضع المبدأ. وقد ساهم فى تحديد نظام هذه الدعوى كل من التقاليد والقضاء الفرنسى. والفارق الضخم بين التنظيم الحالى للدعوى البوليصية وتنظيمها فى القانون الرومانى أن أصبحت هذه دعوى فردية، ولم تعد كما كانت جزء من تصفية جماعية لأموال المدين المعسر (85). وقد عنى المشرع المصرى فى التقنين الحالى بتنظيم تفصيلى لهذه الدعوى، فخصص لها سبع مواد من المادة 237 إلى المادة 243 من التقنين المدنى. كما يلاحظ أن المشرع المصرى استحدث تعديلات هامة سواء فيما يتعلق بشروط الدعوى أو فى الآثار التى تترتب عليها (86). كما سنرى ذلك تفصيلاً فيما بعد.

ب طبيعتها:

استقر الفقه فى كل من مصر وفرنسا (87) على أن الدعوى البوليصية تعتبر وسيلة قانونية يلجأ إليها الدائن إذا توافرت شروطها ليحصل على الحكم بعدم نفاذ تصرف مدنيه (88). فهذه الدعوى ليست دعوى بطلان، كما أنها ليست دعوى مسئولية وإنما هى دعوى مستقلة هدفها المحافظة على الضمان العام للدائنين ووسيلتها فى تحقيق هذا الهدف هو عدم نفاذ التصرف فى حق الدائنين (89).

ج مقارنة بين الدعوى البوليصية والدعوى غير المباشرة:

تتشترك الدعويان فى الهدف النهائى وهو المحافظة على الضمان العام، ولذلك كان شرط إعسار المدين أو الزيادة فى إعساره شرطاً ضرورياً فى كل من الدعويين. ولذلك فإن الحماية التى تحققها هاتين الدعويين تكون حماية متأخرة فهما يهدفان فقط إلى انقاذ ما تبقى لدى المدين من أموال، فهما لا يحولان دون وقوع الخطر وإنما يهدفان إلى منع تفاقمه.

* ومع ذلك فإن الدعوى البوليصية أكثر خطورة من الدعوى غير المباشرة إذ هى تؤدى إلى تعطيل آثار تصرف جدى عقده المدين، فى حين أن الدعوى غير المباشرة تقتصر على معالجة موقف سلبى، وهو إهمال المدين فى استعمال حقوقه.

* كما أن الدعوى البوليصية أبعد أثراً من الدعوى غير المباشرة إذ هى تمس مصلحة شخص آخر غير المدين وهو المتصرف إليه.

وقد يترتب على ذلك أن شروط الدعوى البوليصية أكثر تشدداً من شروط الدعوى غير المباشرة. فنجد أن الدعوى البوليصية تقتضى أن يكون حق الدائن مستحق الأداء وسابقاً على تصرف المدين، بينما الدعوى غير المباشرة تكتفى بأن يكون حق الدائن محقق الوجود حتى يستطيع أن يستعمل حقوق مدينه. علاوة على ذلك يشترط في الدعوى البوليصية، إذ كان التصرف المطعون فيه معاوضة، أن يكون المدين قد ارتكب غشاً وأن يكون المتصرف إليه على علم بهذا الغش في حين أنه لا يشترط في الدعوى غير المباشرة أن يكون المدين، إذا لم يستعمل حقه، قد قصد الإضرار بدائنيه.

ثانياً: نظامها القانوني:

ونقصد بذلك تحديد مجال هذه الدعوى، ثم نعرض بعد ذلك لشروطها لنقف عقب ذلك على آثارها، وأخيراً نعرف كيف تتقدم هذه الدعوى.

(84) تنص المادة 237 مدنى على أن "لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء، وصدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف فى حقه، إذا كان هذا التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد فى التزاماته وترتب عليه إفسار المدين أو الزيادة فى إفساره، وذلك متى توافرت الشروط المنصوص عليها فى المادة التالية."

(85) أنظر: Ph. Malaurie, L. Aynès, op. Cit., No. 646 P. 458.

(86) أنظر: السهوى الوسيط، ج 2، فقرة 568، ص 999.

(87) أنظر: Ph. Malarie, L. Aynès, op. Cit., No. 635 P. 464.

(88) فى فرنسا: أثر الحكم بعدم النفاذ قاصر على الدائن رافع الدعوى بدون باقى الدائنين ما لم يكن المدين فى حالة إفلاس،

Ph. Malaurie, L. Aynès, op. Cit., No. 635 p. 464.

فى تعديلات 2016 للتقنين المدنى الفرنسى جاء المشرع بنص المادة 1341 2 بدلاً من نص المادة 1167. والمادة المستحدثة تنص على أنه "يجوز للدائن أيضاً أن يرفع دعوى بإسمة ليعلم أن التصرفات التى قام بها المدين على سبيل الغش إضراراً بحقوقه غير نافذة فى مواجهته، ويقع عليه عبء إثبات، أنه يتعلق بتصرف يعوض، وأن الغير المتعاقد معه لديه علم بهذا الغش". هذا النص الجديد وأن كان يعتبر محدداً أكثر من سابقه إلا أنه يعتبر نص غير كامل.

(89) أنظر: السهوى، الوسيط، ج 2 فقرة 567، ص 999، 997، إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 80 ص 188، 189، أنور سلطان المرجع السابق، فقرة 93 ص 56 وما بعدها، عبد المنعم البدرأوى، المرجع السابق، فقرة 116، ص 25 وما بعدها، محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة 404 ص 761، جلال العوى،

المرجع السابق، ص 166.

أ فى مجالها

ونقصد بذلك تحديد التصرفات التى يجوز الطعن فيها بالدعوى البوليصية ولتحديد هذه التصرفات هناك شروط معينة يجب توافرها فى كل تصرف يريد الدائن أن يطعن فيه بهذه الدعوى، ونستطيع أن نجمل هذه الشروط فى ثلاثة، أولاً: أن يكون التصرف تصرفاً قانونياً، ثانياً: أن يكون هذا التصرف مفقراً، وثالثاً: أن يؤدى هذا التصرف إلى إفسار المدين أو الزيادة فى إفساره. ولنر ذلك بشئ من التفصيل.

1 أن يكون تصرفاً قانونياً:

فكل تصرف قانونى يصدر من المدين يكون قابلاً للطعن فيه بالدعوى البوليصية إذا توافرت باقى الشروط ويستوى أن يكون هذا التصرف تصرفاً قانونياً من جانبين (عقداً) أو تصرفاً قانونياً صادراً من جانب واحد، كنزول عن حق عيني (انتفاع أو ارتفاق) أو نزول عن وصية صادرة لصالحه، أو نزول عن اشتراط لمصلحته، أو إبرأؤه مديناً له. ويستوى أن يكون هذا التصرف تبرعاً أو معاوضة، كالهبة والبيع، والمقايضة، والوفاء بمقابل، والشركة والصلح. ويترتب على ذلك أنه لا يمكن الطعن بالدعوى البوليصية فى أعمال المدين المادية، فمثلاً إذا تسبب المدين، عمداً أو إهمالاً فى الإضرار بالغير بعمل غير مشروع والتزم بالتعويض، مما أدى إلى إفساره، فلا يجوز مع ذلك للدائن أن يطعن فى هذا العمل لأنه عمل مادي.

وكذلك إذا ترك المدين عيناً مملوكة له فى يد الغير حتى ملكها الغير بالتقادم، فإنه لا يتصور أن يطعن الدائن فى هذا العمل المادى السلبي بالدعوى البوليصية. لكن يجوز للدائن قبل تمام مدة التقادم أن يستعمل حق المدين فى قطع التقادم بالدعوى غير المباشرة.

وقد نظم المشرع صورة خاصة للدعوى البوليصية، التدخل فى القسمة وقد نصت المادة 842 من التقنين المدنى على صورة هذا الطعن (90).

(90) أنظر نبيل سعد، الحقوق العينية الأصلية، منشأة المعارف 2002، ص 170 وما بعدها.

2 أن يكون التصرف مفقراً:

ويتحقق ذلك فى حالتين طبقاً للمادة 237 مدنى. الحالة الأولى: إذا أنقص التصرف من حقوق المدين، كأن يهب المدين عيناً مملوكة له، أو أن أبرأ مديناً من حق له فى ذمته. وفى المثال الأول قد أنقص المدين من حقوقه إذا تبرع بحق عيني، وفى المثال الثانى قد أنقص المدين من حقوقه حقاً شخصياً، الحالة الثانية: إذا زاد التصرف فى التزامات المدين، كأن يشتري عيناً بثمن يزيد كثيراً عن قيمتها، أو أن يقترض فيلتزم برد ما اقترضه، أو أن يتعهد بالانفاق على شخص لا تلزمه نفقته قانوناً. وهذا التحديد للمقصود بالتصرف المفقر قد استحدثه التقنين المدنى المصرى الحالى (م 237 مدنى)، حيث أن التصوير التقليدى لهذا الشرط يذهب إلى أن تصرف المدين لا يعتبر مفقراً إلا إذا كان من شأنه إنقاص حقوقه فقط دون التصرفات التى يكون من شأنها زيادة التزاماته، وهذا التحديد يعتبر تحديداً قاصراً حيث أن المدين يستطيع الإضرار بدائنيه عن طريق زيادة التزاماته ويكون ما أعطاه القانون من الحماية للدائنين باليمين قد سلبه منه بالشمال (91).

لكن ما هو الموقف بالنسبة لامتناع المدين عن زيادة حقوقه أو انقاص التزاماته. هل يدخل في نطاق الدعوى البوليصية على اعتبار أنها مقررّة للمحافظة على الضمان العام؟

من المقرر أن امتناع المدين عن زيادة حقوقه أو انقاص التزاماته لا يدخل في معنى المحافظة على الضمان العام. وبناء على ذلك لا يجوز الطعن بالدعوى البوليصية في تصرفات المدين التي من شأنها عدم زيادة حقوقه أو انقاص التزاماته. فلو رفض المدين هبة عرضت عليه فلا يجوز لدائنيه الطعن في هذا الرفض حيث أن هذا الرفض لا يترتب عليه تجريده من حق كان داخلاً في ضمانه العام وبالتالي لا يعتبر عملاً مفقراً – وكذلك الحال في رفض انقاص الالتزامات – حيث أنه ليس من شأن ذلك الرفض أن يسوء حالته. وقد كان من مقتضى هذا الحكم أنه لا يجوز للدائن الطعن بالدعوى البوليصية في نزول المدين عن حق في التمسك بالتقادم، سواء كان تقادماً مكسباً أو مسقطاً، لأن ذلك يعد من قبل الامتناع عن زيادة حقوقه أو انقاص التزاماته وليس ذلك بالتصرف المفقر لكن المشرع رأى أن مثل هذا العمل من جانب المدين المعسر ظاهر العنت ولذا قرر في المادة 2/388 مدنى أن النزول عن التقادم المسقط لا ينفذ في حق الدائنين إذا صدر إضرار بهم، وأخذ بنفس الحكم في المادة 973 بالنسبة إلى التقادم المكسب (92).

(91) انظر في عرض انتقادي لهذا التحديد التقليدي، السنهوري، الوسيط ج 2 فقرة 577 ص 1013 وما بعدها.
(92) السنهوري، الوسيط، ج 2 فقرة 79 ص 1019، 1020. وانظر أيضاً أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة 29 ص 44، 45. نبيل سعد، الحقوق العينية الأصلية دار النهضة العربية بيروت 1998، ص 598.

3 أن يؤدي التصرف إلى إفسار المدين أو الزيادة في إفساره:

لا يقصد بالإفسار في الدعوى البوليصية الإفسار القانوني وإنما يكفي الإفسار الفعلي الذي يتمثل في زيادة ديون المدين على حقوقه – وعلى ذلك يجوز للدائن أن يطعن في تصرفات المدين بالدعوى البوليصية، ما دامت أمواله لا تكفي للوفاء بديونه جميعاً، سواء كانت مستحقة الأداء أو غير مستحقة.

ويشترط للطعن بالدعوى البوليصية في التصرف أن يكون من شأن هذا التصرف أن يؤدي إلى إفسار المدين أو الزيادة في إفساره، أي يشترط أن يكون التصرف هو الذي تسبب في إفسار المدين، أو في زيادة إفساره إن كان معسراً من قبل. أما إذا بقي المدين موسراً رغم التصرف المفقر ثم طرأ بعد ذلك ما جعله معسراً، فلا يجوز الطعن بالدعوى البوليصية في هذا التصرف.

ويلاحظ أن مجرد إفسار المدين لا يقيد حريته في التصرف، فإذا تصرف المدين تصرفاً بعوض كاف بحيث لم يكن هذا التصرف سبباً في زيادة إفساره فإن التصرف لا يكون قابلاً للطعن فيه بالدعوى البوليصية (93) وعلى العكس من ذلك قد يكون التصرف معاوضة ومع ذلك يؤدي إلى إفسار المدين أو زيادة إفساره، ولذلك يجوز الطعن فيه بالدعوى البوليصية. مثال ذلك أن يبيع المدين عيناً له بثمن بخس أو يبيع عيناً له لإخفاء ثمنها عن دائنيه، أو يشتري عيناً من آخر مع محاباة المشتري في الثمن (94).

والأصل أنه على الدائن، وهو المدعى أن يثبت إفسار المدين وقد كان من مقتضى ذلك أن يثبت مقدار ما في ذمة مدينه من ديون ومقدار ما لديه من أموال لكي يصل إلى عدم كفاية أموال المدين لسداد ديونه، إلا أن المشرع، تيسيراً على الدائن، قد اكتفى منه بإثبات ما في ذمة مدينه من ديون. فإن فعل، قامت قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس على أن المدين معسراً. وبذلك يكون على المدين أن يثبت أنه غير معسر، أي أن له من الأموال ما يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها (م 239 مدنى)، فإذا فشل في ذلك اعتبر معسراً.

(93) السنهوري، الوسيط، ج 2 فقرة 586 ص 1029.
(94) أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة 52 ص 46، إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 70، ص 173.

ب شروطها

الأصل أن للمدين حرية التصرف وأن تصرفاته نافذة في حق دائنيه، لكن قد يقدم المدين على بعض التصرفات قصد الإضرار بدائنيه، لذلك وضع المشرع وسيلة قانونية، الدعوى البوليصية، تخول الدائنين الحق في الطعن في هذه التصرفات وطلب الحكم بعدم نفاذها، ولكي يستعمل الدائن هذه الوسيلة الخطيرة ينبغي أن يكون هناك ما يبرر ذلك. ولذلك نجد أن المشرع قد أحاط استعمال هذه الوسيلة بشروط مشددة تتعلق بكل من الدائن والمدين تتناسب مع ما يترتب على استخدام هذه الوسيلة من أثر. ولنر هذه الشروط بشئ من التفصيل.

1 الشروط المتعلقة بالدائن:

يستطيع أى دائن أياً كان مصدر دينه، وأياً كان محل حقه أن يستعمل الدعوى البوليصية إذا توافرت ثلاثة شروط، أن يكون حقه مستحق الأداء، وأن يكون التصرف ضاراً بالدائن، وأن يكون حق الدائن سابقاً على التصرف المطعون فيه. ولنعرض لهذه الشروط بالتفصيل:

أولاً: أن يكون حق الدائن مستحق الأداء:

وفى ذلك تختلف الدعوى البوليصية عن الدعوى غير المباشرة. ويرجع هذا الفرق إلى أن الدعوى البوليصية أبعد أثراً من الدعوى غير المباشرة، حيث أنها تتضمن تدخلاً أبعد مدى فى شئون المدين. فالدعوى البوليصية يستعملها الدائن باسمه لا باسم المدين ويقصد من ورائها الطعن فى تصرف جدى صادر من المدين ليحصل على حكم بعدم نفاذه، فى حين أن الدعوى غير المباشرة تقتصر فقط على أن تخول للدائن أن يستعمل باسم مدينه حقاً من حقوق ذلك المدين، قد أهمل فى استعماله. وبناءً على ذلك لا يكون للدائن بحق مؤجل لم يحل بعد أجل استحقاقه أن يستعمل الدعوى البوليصية، ومن باب أولى يكون الأمر كذلك إذا كان حق الدائن معلقاً على شرط واقف لم يتحقق بعد، أو كان متنازلاً عليه.

ثانياً: أن يكون التصرف ضاراً بالدائن:

إذا كان الهدف الثانى من الدعوى البوليصية هو المحافظة على الضمان العام، إلا أن هدفها المباشر هو الطعن فى تصرف جدى للمدين وذلك للحصول على حكم بعدم نفاذه. لذلك يجب أن يكون هناك مبرر قوى للالتجاء إلى هذه الدعوى. ومن هنا اشترط المشرع أن يكون تصرف المدين ضاراً بالدائن لأنه إذا لم يكن كذلك انعدمت مصلحته فى رفع الدعوى. والتصرف لا يكون ضاراً بالدائن إلا إذا ورد على مال اعتمد عليه الدائن فى استيفاء حقه - وعلى ذلك فلا تقبل الدعوى البوليصية إذا كان المال محل التصرف مما لا يجوز الحجز عليه، أو كان مستغرقاً بحقوق عينية مقررة للغير. وكذلك لا يجوز للدائن الطعن فى تصرف مدينه إذا تعلق بحق متصل بشخصه، كما لو تنازل عن حقه فى الرجوع فى الهبة، أو تنازل عن حقه فى التعويض عن ضرر أدبى مثلاً. وذلك يرجع إلى أنه لو بقى الحق للمدين ولم يتنازل عنه فإن الدائن لا يستطيع أن يستعمله بالدعوى غير المباشرة وبالتالي فلم يصبه ضرر من جراء هذا التنازل. ويترتب على ذلك أن الدائن لا يستطيع الاستمرار فى الدعوى إذا انتفى شرط الضرر، كأن يستوفى الدائن حقه من المدين أو من المتصرف إليه، أو إذا قام الأخير بإيداع ثمن المثل فى خزانة المحكمة (م 241 مدنى).

ثالثاً: أن يكون حق الدائن سابقاً على التصرف المطعون فيه:

وهذا الشرط مرتبط ارتباطاً وثيقاً بالشرط السابق، حيث أن تصرف المدين لا يكون ضاراً بالدائن إلا إذا ورد على مال اعتمد عليه الدائن فى استيفاء حقه، وهذا يفترض بطبيعة الحال أن يكون حق الدائن سابقاً على تصرف المدين، إذ لو كان تصرف المدين هو السابق على نشوء حق الدائن لم يكن من المتصور أن يكون هناك ضرر قد أصاب الدائن من جرائه، إذا هو لم يكن دائماً عند انعقاده، ولا محل للقول عندئذ أن التصرف قد أضعف ضمانه العام. ومع ذلك يجوز للدائن أن يطعن فى تصرف المدين ولو كان سابقاً على نشوء حقه، إذا كان المدين قد عقد هذا التصرف بقصد الإضرار بحق هذا الدائن المستقبلي، مثال ذلك أن يبيع المدين أو يهب بعض ماله فى وقت يسعى فيه لعقد قرض ويتم القرض بعد إتمام البيع أو الهبة، بالدعوى البوليصية رغم أن تصرف المدين سابق على نشوء حق الدائن وذلك إذا كان المقصود من التصرف هو إبعاد الشئ المبيع أو الموهوب عن متناول يد الدائن عند نشوء حقه وذلك إذا توافرت الشروط الأخرى.

* وإذا كان الأصل هو وجوب أن يكون حق الدائن سابقاً فى الوجود على تاريخ التصرف المطعون فيه، فإن العبرة فى ذلك هى بتاريخ نشوء حق الدائن لا تاريخ استحقاقه، فيكفى أن يكون الحق موجوداً قبل التصرف لى يستطيع الدائن أن يطعن فيه بالدعوى البوليصية عند استحقاق أدائه.

وعلى ذلك فإذا كان حق الدائن قد نشأ قبل تصرف المدين، ولكنه كان مقترناً بأجل واقف، جاز للدائن أن يطعن فى التصرف بالدعوى البوليصية بمجرد حلول الأجل، ولو لم يحل الأجل إلا فى تاريخ لاحق لتاريخ انعقاد التصرف. وكذلك الحال بالنسبة للالتزام المعلق على شرط واقف.

* أما بالنسبة لتصرف المدين فإن العبرة بتاريخ انعقاده لا بتاريخ شهره إذا كان من التصرفات الواجبة الشهر. وعلى ذلك إذا كان المدين قد تصرف ببيع عقار له، فإن الدعوى البوليصية لا تقبل إلا إذا كان حق الدائن سابقاً على انعقاد البيع لا تسجيله. ولذلك فإن الدعوى البوليصية لا تقبل إذا كان انعقاد البيع ذاته سابقاً على حق الدائن حتى ولو لم يسجل البيع إلا بعد نشوء حق الدائن.

ويقع على الدائن الطاعن عبء إثبات وجود حقه قبل تصرف المدين طبقاً للقواعد العامة، فإذا كان مصدر حق الدائن واقعة قانونية فإنه يكون له إثبات تاريخ نشوء حقه بكافة طرق الإثبات. أما إذا كان مصدر حق الدائن تصرفاً قانونياً فهل يشترط أن يكون لسند الدائن تاريخ ثابت؟؟ لم يرد فى التقنين المدنى المصرى ما يفيد وجوب هذا الشرط، بل بالعكس جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى أن "المشرع قد أثر اغفال هذا الشرط اقتداءً بالمشرع الفرنسى الإيطالى، ولا سيما أن القضاء المصرى قد جرى على ذلك. والواقع أن الدائن يفاجأ فى أغلب الأحيان بالتصرف الضار، دون أن يكون قد احتاط من قبل له بإثبات تاريخ الدين" (95) وعلى ذلك يكون التاريخ العرفى لسند الدائن حجة على المتصرف إليه، وإن كان لهذا الأخير أن يقيم الدليل، بكافة طرق الإثبات على أنه قد قدم بالتواطؤ مع المدين للإضرار به.

كما أنه لا يشترط في التصرف المطعون فيه أن يكون له تاريخ ثابت، خاصة وأن الدائن لا يعتبر من الغير بالنسبة إلى هذا التاريخ. وبناءً على ذلك يكون التاريخ العرفي لتصرف المدين حجة على الدائن، وإن كان له أن يثبت أن هذا التاريخ قد قدم عمداً لحرمانه من الطعن في التصرف بالدعوى البوليصة. ويكون ذلك بكافة طرق الإثبات.

(95) الأعمال التحضيرية، ج 2 ص 632.

صور خاصة بالتصرف الضار:

قد نصت المادة 342 مدنى على صورتين يعتبر تصرف المدين فيهما ضاراً بفريق من الدائنين، لما يستتبعه من افتقار بالنسبة إليهم مما يجيز الالتجاء إلى الدعوى البوليصة، الصورة الأولى تتمثل في أن يلجأ المدين إلى توفير سبب من أسباب التقدم لأحد الدائنين لم يكن له وقت نشوء دينه، والصورة الثانية تتمثل في أن يوفى المدين أحد دائنيه دون غيره من الدائنين، ولنر ذلك بشئ من التفصيل.

الصورة الأولى: إذا هيا المدين المعسر لأحد دائنيه، دون حق، سبباً من أسباب التقدم على الباقيين لم يكن له وقت نشوء دينه، بأن يرهن له مثلاً مالاً من أمواله، رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً، فتصرفه على هذا النحو يكون قابلاً للطعن فيه بالدعوى البوليصة (م 1/242 مدنى). فإذا كان تقرير هذا الضمان الخاص قد تم لقاء مقابل حصل عليه المدين، بأن مد الدائن له في أجل الدين أو منحه أجلاً جديداً، أو حط عنه جزء من الدين، اعتبر التصرف من قبيل المعاوضات، ووجب إثبات التواطؤ بين المدين والدائن المتصرف إليه. وإذا كان الدائن لم يؤد مقابلاً لما قرر له من ضمان خاص كان تصرف المدين تبرعاً وبالتالي لا يلزم إثبات الغش. وبترتب على الطعن في هذا التصرف بالدعوى البوليصة حرمان الدائن المتصرف إليه من الميزة التي قرر لها المدين.

الصورة الثانية: إذا أثر المدين أحد دائنيه بوفائه حقه دون الباقيين قبل الأجل الذى عين أصلاً للوفاء، كان وفاءه بمثابة التبرع فلا يسرى في حق باقى الدائنين. ويتعين على الدائن أن يرد ما تسلمه من المدين لكى يقتسمه الدائنون جميعاً مع بقية أموال المدين قسمة غرماء. ولا يشترط لذلك إثبات أن الوفاء كان منطوياً على غش. أما إذا كان الوفاء قد تم عند حلول أجل الدين فإنه يأخذ حكم المعاوضات، ويشترط لإمكان الطعن فيه بالدعوى البوليصة توافر التواطؤ بين المدين والدائن الذى استوفى حقه (م 2/242).

2 الشروط المتعلقة بالمدين والمتصرف إليه:

يشترط في هذا الصدد أن يكون هناك تواطؤ بين المدين والمتصرف إليه إذا كان التصرف المطعون فيه معاوضة. لكن قد تتعدد الأمور أكثر ويتصرف المتصرف إليه إلى شخص آخر، فما هو مركز هذا الشخص، أى ما هو مركز خلف المتصرف إليه، ولنبحث هاتين النقطتين على التوالى:

أولاً: الغش فى المعاوضات:

تنص المادة 1/238 مدنى على أنه "إذا كان تصرف المدين بعوض اشتراط لعدم نفاذه في حق الدائن أن يكون منطوياً على غش من المدين، وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش، وكفى لاعتبار التصرف منطوياً على غش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر، كما يعتبر من صدر له التصرف عالماً بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين معسر."

وبالنسبة للمدين، فإن المقصود بالغش أن تتوافر لدى هذا المدين نية الإضرار بالدائن، ولكن لما كان الغالب أن المدين، إذ يقدم على تصرف يعلم أنه سيسبب إعساره أو زيادة إعساره، إنما يريد بذلك الإضرار بدائنيه فقد عمد المشرع، تخفيفاً على الدائن، إلى الأخذ بأمانة الغالب، فجعل من مجرد علم المدين بإعساره قرينة على توافر الغش ([96]) وعلى ذلك يكفى أن يثبت الدائن أن التصرف قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر حتى يعتبر التصرف منطوياً على الغش، على أن هذه القرينة ليست بقاطعة إذ يجوز إثبات عكسها، فيجوز للمدين أن ينفي دلالتها بأن يثبت أنه رغم علمه بالإعسار لم يقصد بتصرفه الإضرار بدائنيه، كما لو أثبت أنه قصد بتصرفه توفير حاجياته الضرورية، أو أن التصرف كان من التصرفات العادية التى تقتضيها مهنته، أو أنه أقدم على التصرف بالرغم من علمه بإعساره، لاعتقاده أن هذا الإعسار مؤقت سيزول في المستقبل بسبب هذا التصرف ذاته الذى كان يرمى به إلى ترويح أعماله.

ولا يكفى غش المدين، بل يجب أن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش. وذلك ضماناً لاستقرار المعاملات وحماية للغير حسن النية. على أن المشرع كما يسر على الدائن غش المدين، كذلك يسر عليه إثبات علم المتصرف إليه بغش المدين، فإن اكتفى منه في إثبات هذا العلم، بإقامة الدليل على علم من صدر له التصرف بإعسار المدين (م 1/238 مدنى) فإذا أقام الدليل على ذلك، توافرت القرينة القانونية على علم المتصرف إليه بغش المدين. على أن هذه القرينة ليست قاطعة إذ يجوز للمتصرف إليه أن يثبت أنه بالرغم من علمه بإعسار المدين إلا أنه كان حسن النية يجهل أن المدين يقصد الإضرار بدائنيه، كما لو كان التصرف الصادر إليه من المدين تصرفاً عادياً تقتضيه أعمال مهنته ([97]).

أما إذا كان التصرف تبرعاً، فهو لا ينفذ في حق الدائن، ولو كان من صدر له التبرع حسن النية، ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً (م 2/238 مدنى) والحكمة في هذه التفرقة بين المعاوضات والتبرعات واضحة، إذ ليس من المقبول أن ينفذ تبرع المدين في حق دائنيه في الوقت الذى ليس لديه فيه ما يكفى لسداد ديونه. كما أن حسن نية المدين لا يغير من الأمر شيئاً. علاوةً على ذلك فالفاضل هنا يكون بين الدائن والمتبرع له، وهذا الأخير قد تلقى الحق بدون مقابل، وعدم نفاذ التبرع في حق الدائن يراد به أن يدفع عنه الضرر الذى سببه التبرع، بينما لا يترتب على ذلك بالنسبة للمتبرع له سوى تفويت منفعة تلقاها بغير مقابل، فدفع الضرر مقدم على جلب المنفعة، ولا يغير من الأمر شيئاً أن يكون المتبرع حسن النية.

ثانياً: مركز خلف المتصرف إليه:

وهذا يتعلق بحالة ما إذا كان المتصرف إليه قد تلقى حقاً عن المدين، فصار خلفاً لهذا المدين في خصوص هذا المال، ثم تصرف فيه بدوره إلى شخص آخر، هذا الشخص يعتبر خلفاً للمتصرف إليه، أى خلف الخلف، والسؤال الآن هل يستطيع الدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف في مواجهة الخلف الثانى؟؟ وإذا كان هذا جائزاً فما هى الشروط؟".

في هذه الحالة يجب تحقيق التوازن بين مصلحة الدائن ومصلحة خلف المتصرف إليه، أى خلف الخلف، وعلى ذلك يجب تعزيز حماية الدائن عن طريق تمكينه من ملاحقة التصرفات التى يعقدها المتصرف إليه، أى خلف المدين أيضاً. وفى المقابل، يجب بسط الحماية على خلف المتصرف إليه، أى خلف الخلف، وخاصة إذا كان حسن النية وكان التصرف الصادر إليه معاوضة.

وقد راعى المشرع هذه الاعتبارات جميعاً – فنصت المادة 3/238 مدنى على أنه "إذا كان الخلف الذى انتقل إليه الشئ من المدين قد تصرف فيه بعوض إلى خلف آخر، فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف إلا إذا كان الخلف الثانى يعلم غش المدين، وعلم الخلف الأول بهذا الغش، إن كان المدين قد تصرف بعوض أو كان هذا الخلف الثانى يعلم اعسار المدين وقت تصرفه للخلف الأول إن كان قد تصرف له تبرعاً".

*ومما تجدر الإشارة إليه أن هذه المشكلة لا تثور من أساسها إذا كان التصرف الأول الصادر من المدين إلى المتصرف إليه نافذاً في حق الدائن، إذ في هذه الحالة لن يستطيع الدائن أن يطعن بعد ذلك في التصرفات اللاحقة. ويتحقق ذلك إذا كان المتصرف إليه، خلف المدين، قد تلقى حقه معاوضة وكان حسن النية.

*أما إذا كان التصرف الأول الصادر من المدين إلى المتصرف إليه غير نافذ في حق الدائن (تبرع أو معاوضة تنطوى على غش المدين وعلم المتصرف إليه بذلك) فإنه استكمالاً لحماية الدائن يجب تمكينه من الطعن في التصرفات التى يعقدها المتصرف إليه، خلف المدين، وذلك إذا توافرت شروط معينة:

ولمعرفة مركز خلف المتصرف إليه، أى خلف الخلف يجب التفرقة بين فرضين:

الفرض الأول: إذا كان التصرف الثانى، أى الصادر من المتصرف إليه، خلف المدين، تبرعاً، فإن موقف الدائن من هذا التصرف يتحدد وفقاً لطبيعة التصرف الأول، أى التصرف الصادر من المدين إلى المتصرف إليه، فيما إذا كان هذا التصرف تبرعاً أو معاوضة:

فإذا كان هذا التصرف تبرعاً كذلك يستطيع الدائن أن يطعن في التصرف الثانى ودون أن يشترط الغش في جانب أحد. أما إذا كان هذا التصرف معاوضة، فلكي يطعن الدائن في التصرف الثانى يشترط أن يكون التصرف الأول منطوياً على غش من المدين وأن يكون خلفه على علم بهذا الغش، ولا يشترط شئ في جانب خلف المتصرف إليه أى خلف الخلف لتلقى حقه بدون مقابل.

الفرض الثانى: إذا كان التصرف الثانى أى الصادر من المتصرف إليه، خلف المدين، معاوضة، فإن موقف الدائن من هذا التصرف يتحدد وفقاً لطبيعة التصرف الأول، أى التصرف الصادر من المدين إلى المتصرف إليه، فيما إذا كان هذا التصرف تبرعاً أو معاوضة:

فإذا كان هذا التصرف تبرعاً فلا يشترط علم المدين ولا علم المتصرف إليه بهذا الغش، ولكنه يشترط علم خلف المتصرف إليه، أى خلف الخلف بأن المدين كان معسراً وقت تصرفه للمتصرف إليه (م 2/238 مدنى) إذ يجب حماية خلف الخلف حسن النية ما دام قد تلقى حقه معاوضة.

أما إذا كان هذا التصرف معاوضة كذلك، فيشترط أن يكون منطوياً على غش من جانب المدين وأن يكون المتصرف إليه على علم بهذا الغش، ويجب علاوة على ذلك أن يكون خلف المتصرف إليه، خلف الخلف، عالماً بغش المدين وبعلم المتصرف إليه بهذا الغش.

(96) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 71، ص 175.

(97) أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة 54، ص 49.

تتصدر آثار الدعوى البوليصية فى عدم نفاذ التصرف فى حق الدائن الطاعن وباقى الدائنين الذى هم فى نفس مركزه، أى الذين صدر التصرف إضراراً بهم ويترتب على ذلك أن تصرف المطعون فيه بالدعوى البوليصية لا يبطل بل يظل صحيحاً بالنسبة إلى المدين والمتصرف إليه ولنر ذلك بشئ من التفصيل.

1 آثارها بالنسبة للدائن الطاعن ولباقى الدائنين:

عدم نفاذ التصرف فى حق الدائن الطاعن وباقى الدائنين الذين فى نفس مركزه:

إذا توافرت الشروط السابقة للدعوى البوليصية، ولم يستوف الدائن حقه بعد رفعها ولم يقر المتصرف إليه بإيداع ثمن المثل فى خزنة المحكمة طبقاً لنص المادة 241 مدنى، حكمت المحكمة بعدم نفاذ المتصرف. والسؤال الذى يطرح نفسه الآن هل هذا الحكم يقتصر أثره على الدائن الذى رفع الدعوى أم أنه يستفاد منه باقى الدائنين؟ وإذا كان الأمر كذلك فإلى أى حد وطبقاً لأى شروط؟

فى القانون الفرنسى تهدف الدعوى البوليصية إلى حماية الدائن من غش مدينه. وفى هذا ما يفسر الأثر الفردى المحض لهذه الدعوى، وهو عدم نفاذ التصرف المطعون فيه إلا بالنسبة للدائن الذى باشرها. كما أنه لا يستفاد من ثمره هذه الدعوى إلا هذا الدائن. وعلى ذلك فإن الدائن الذى استحصل على الحكم بعدم نفاذ التصرف لا يتحمل مزاحمة سائر الدائنين له فى المال موضوع التصرف المطعون فيه [98]. وعلى العكس هذه الدعوى تفيد جميع الدائنين عند ممارستها فى حالة إفلاس المدين وذلك عملاً بمبدأ المساواة بين الدائنين [99].

فى التقنين المدنى المصرى الحالى، الهدف من الدعوى البوليصية هو المحافظة على الضمان العام وتأكيد مبدأ المساواة بين الدائنين فى حق الضمان العام. وهذا يتفق مع الاتجاه العام الذى توخاه المشرع عندما نظم الإعسار وضيق من حق الاختصاص [100]. وعلى ذلك إذا عمد الدائن الذى حصل على الحكم بعدم نفاذ التصرف إلى اتخاذ إجراءات تنفيذية على الحق الذى عاد إلى الضمان العام، كان لكل دائن استوفى شروط الدعوى البوليصية بالنسبة إلى هذا الحق أن يتدخل فى إجراءات التنفيذ فيشارك الدائن الأول مشاركة غرماء، بل قد يتقدم عليه إذا كان له حق عيني يخوله هذا التقدم. وبذلك تتحقق المساواة بين الدائنين، ولا يتقدم أحد على آخر لمجرد أنه بادر إلى رفع الدعوى البوليصية قبله، بل لا يكون التقدم إلا لسبب يوجبه قانوناً [101] وهذا ما قرره المادة 240 مدنى بنصها على أنه "متى تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف إضراراً بهم" [102].

ومقتضى عدم نفاذ التصرف فى حق الدائن الطاعن والدائنين الذين توافرت فيهم شروط الدعوى البوليصية هو عدم الحاق الضرر بهم وكذلك عدم إفادتهم منه. لأنه لا يعقل أن يتمسكوا فى نفس الوقت بعدم نفاذ التصرف فيما يرتبه من التزام وبنفاذه فيما ينشأ عنه من حق لهم.

وتطبيقاً لذلك إذا كان التصرف الذى تقرر عدم نفاذه يتضمن انقاصاً لحق من حقوق المدين، كبيع أو هبة أو إبراء، فإن هذا الحق لا يخرج من الضمان العام ويستطيع الدائن الطاعن وغيره من الدائنين الذى توافرت فيهم شروط الدعوى البوليصية التنفيذ عليه. ويترتب على ذلك أن المال المتصرف فيه لا يعتبر فى ضمان دائنى المتصرف إليه، وبالتالي يمتنع عليهم أن يشاركوا دائنى المتصرف فى هذا التنفيذ. ومع ذلك إذا كان محل التصرف مبلغاً من النقود مسلماً إلى المتصرف إليه، أو ديناً أبرئ منه، فلا مناص من أن يتعرض دائنو المتصرف فى تنفيذهم على أموال المتصرف إليه للحصول على المبلغ المستحق عليه، لقسمة الغرماء بالاشتراك مع دائنى المتصرف إليه، لأنه فى مثل هذه الحالات لا يطالب دائنو المتصرف بشئ معين بالذات وإنما هم ينفذون بالمبلغ المستحق على جميع أموال المتصرف إليه وهى ضمان دائنيه.

كما أنه إذا قام المدين بتقرير رهن أو ارتفاق على مال له فإن الدائن الطاعن والدائنين الذين تتوافر فيهم شروط الدعوى البوليصية ينفذون على هذا المال خالصاً من هذا الحق العيني الذى تقرر للغير.

وبالمثل إذا كان التصرف الذى تقرر عدم نفاذه يتضمن إنشاء التزام جديد فى ذمة المدين، كما لو اشترى عيناً أو اقترض مالاً، فأصبح بذلك مديناً بالثمن أو بمبلغ القرض فإن البائع أو المقرض، لا يعتبر دائناً بالنسبة للدائن الطاعن والدائنين الذين توافرت فيهم شروط الدعوى البوليصية، وبالتالي لا يستطيع مزاحمتهم فى التنفيذ على أموال المدين. وإذا كان المدين قد وفى له بالتزامه، فإن الوفاء لا ينفذ فى حقهم ويجب عليه رد ما قبضه.

وفى مقابل ذلك فى كلتا الحالتين يمتنع على الدائن الطاعن والدائنين الذين توافرت فيهم شروط الدعوى البوليصية الاستفادة من ذلك التصرف فإذا كان التصرف شراءً حكم بعدم نفاذه فإنه لا يجوز لهم التنفيذ على العين المشترى. وإذا كان بيعاً ولم يدفع المشترى الثمن فلا يجوز مطالبته به. وإذا كان قد دفعه واستفاد منه الدائنون بأن أوفى المدين به بعض ما عليه من ديون وجب عند التنفيذ على العين المباعة بوصفها ما زالت فى ملك البائع مراعاة مقدار ما استفادوا منه واستنزاه من الثمن الذى يرسو به المزاد. أما إذا لم يترتب على تصرفات المدين أية فائدة لهم، كان إذا أخفى المدين الثمن الذى قبضه، وهو الغالب كان لهم أن ينفذوا بحقوقهم على العين المباعة بكل قيمتها.

2 آثارها بالنسبة إلى المدين والمتصرف إليه:

بقاء التصرف صحيحاً في العلاقة بين المدين والمتصرف إليه:

سبق أن قلنا أن الهدف من الدعوى البوليصة هو المحافظة على الضمان العام وتأكيد مبدأ المساواة فيما بين الدائنين في حق الضمان العام، ووسيلتها في ذلك هي عدم نفاذ التصرف في حق الدائن الطاعن والدائنين الذين توافرت فيهم شروط الدعوى البوليصة. وعلى ذلك لا يترتب على الدعوى البوليصة إبطال التصرف وإنما يبقى صحيحاً في العلاقة بين المدين والمتصرف إليه، حيث أنه استجمع أركانه وشروط صحته بالنسبة لطرفيه. وإذا كان قد قصد من إبرامه الإضرار بالدائن أو غيره من الدائنين فالجزاء المناسب لذلك هو عدم نفاذه في حقهم لا إبطاله.

وعلى ذلك فإن التصرف المطعون فيه يكون غير نافذ في حق الدائن الطاعن والدائنين الذين توافرت فيهم شروط الدعوى البوليصة وصحيحاً نافذاً فيما بين الطرفين، المدين والمتصرف إليه.

وتطبيقاً لذلك، إذا كان التصرف بيعاً مثلاً ظلت العين مملوكة للمشتري طبقاً لمبدأ قيام التصرف فيما بين الطرفين، بحيث إذا بقي منها أو من ثمنها شيء، بعد أن يستوفى دائنو المدين البائع، الذين يتوافر فيهم شروط الدعوى البوليصة حقوقهم، طبقاً لمبدأ عدم اغفال التصرف، كان الباقي من حق المشتري لا المدين البائع. كما يلزم المشتري في المقابل بتنفيذ جميع التزاماته. لكن صحة هذا التصرف ونفاذه بين الطرفين لا ينسبنا عدم نفاذه في حق الدائن الطاعن والدائنين الذين تتوافر فيهم شروط الدعوى البوليصة. ولذلك فإن التوفيق بين هذين المبدأين قد يقتضي الرجوع إلى القواعد العامة.

وعلى ذلك فإذا كان التصرف بيعاً، فإن مقتضى صحته ونفاذه بين المتعاقدين، المدين البائع والمشتري، أن يكون من حق المشتري قبل البائع أن تخلص له ملكية العين المبيعة، ولا تخلص له هذه الملكية إلا بعد أن يستوفى الدائن الطاعن والدائنين الذين تتوافر فيهم شروط الدعوى البوليصة حقوقهم من العين طبقاً لمبدأ عدم نفاذ التصرف وتفادي هذا التعارض يقتضي تطبيق القواعد العامة فيرجع المشتري على المدين البائع بضمان الاستحقاق، أو يطلب فسخ البيع.

كما أن للمشتري أن يرجع على المدين البائع بما استوفاه الدائنين، حيث أن ذلك قد حصل من ماله، فيرجع بدعوى الإثراء بلا سبب، شأن كل شخص وفي دينا عن الغير (103).

(103) السنهوري، الوسيط، ج 2 فقرة 606 ص 1069.

(98) وقد كان هذا هو نفس الحكم في التقنين المدني السابق، انظر السنهوري، الوسيط، ج 2 فقرة 602 ص 1062.

(99) أنظر. Ph. Malaurie, L. Aynès, Les obligation, op. Cit., No. 653 P. 464.

(100) مجموعة الأعمال التحضيرية، ج 2، ص 624 – وبذلك تكون الدعوى البوليصة قد استعادت بعضاً من صيغتها الرومانية، حيث كانت في القانون الروماني دعوى جماعية يرفعها ممثل الدائنين وتعود فائدتها على الجميع. أما التقنين المصري الحالي قد أخذ بحل وسط وهو أن الدعوى البوليصة لا تزال دعوى فردية ولكن فائدتها تعم جميع الدائنين – وقد سبق إلى ذلك كل من التقنين المدني البرتغالي في المادة 1044، والتقنين البرازيلي في المادة 113 (انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 4).

(101) السنهوري، الوسيط، ج 2 فقرة 602 ص 1063.

(102) انظر ما أثير من مناقشات حادة حول هذه القاعدة في لجنة مجلس الشيوخ، مجموعة الأعمال التحضيرية، ج 2 ص 622 وما بعدها.

د تقادمها

نصت المادة 234 مدني على أنه "تسقط بالتقادم دعوى عدم نفاذ التصرفات بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف. وتسقط في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف."

والعلة في النص على مدة الثلاث سنوات هي أن الدعوى البوليصة تجعل مصير التصرف غير مستقر، ولذلك لم يرد المشرع أن يترك الأمر إلى القاعدة العامة في التقادم الطويل وحدها. وعلى ذلك فإن الدعوى البوليصة تسقط بأقصر المدتين:

1 بمضي ثلاث سنوات تبدأ لا من تاريخ التصرف ولا من تاريخ علم الدائن به، بل من تاريخ علمه بسبب عدم نفاذه في حقه. فقد يعلم الدائن بالتصرف ولا يعلم أنه من شأنه أن يسبب إفسار المدين أو أنه منطو على غش إذا كان معاوضة، ولذلك لا تبدأ مدة الثلاث سنوات إلا من وقت علمه بذلك. وعلى ذلك إذا سقطت الدعوى بالنسبة لأحد الدائنين امتنع عليه مشاركة الباقيين في التنفيذ على المال محل التصرف، إذا تمسكوا بذلك في مواجهته.

2 بمضي خمسة عشرة سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف وذلك بالنسبة لجميع الدائنين، ولو لم يعلم الدائن بالتصرف أو سبب عدم نفاذه إلا في وقت متأخر.

المطلب الثالث دعوى الصورية

تمهيد:

تجاوز أهداف دعوى الصورية المحافظة على الضمان العام:

إذا كان هناك إجماع في الفقه على دراسة أحكام الصورية بصدد دراسة وسائل المحافظة على الضمان العام للدائنين (104) إلا أن هذا لا ينبغي أن يخفى عنا حقيقة هامة، وهو أن الغرض من الصورية لا يقف فقط عند حد الإضرار بالدائنين، وإنما تتجاوز ذلك إلى تحقيق أغراض أخرى غير الإضرار بالدائنين، كأن يكون القصد منها التهرب أو التحايل على أحكام القانون.

ولذلك نجد أن المشرع قد أجاز للدائن أن يلجأ إلى دعوى الصورية ليهدم بكافة طرق الإثبات الأوضاع الظاهرة التي يصطنعها المدين ويكون من شأنها إيهام الغير بخروج بعض الأموال في ذمته كذباً وذلك للمحافظة على الضمان العام للدائنين.

بالإضافة إلى ذلك نجد أن المشرع قد أعطى، بصفة عامة لكل ذي مصلحة أن يطعن في التصرفات الصورية بدعوى الصورية، سواء أكان أحد المتعاقدين أو خلفاً عاماً أو خاصاً لأحدهم أو من الغير.

خطة الدراسة:

على ضوء ما تقدم سوف ندرس أولاً دعوى الصورية كوسيلة لحماية الدائن، ثم نعرض ثانياً، للنظرية العامة في الصورية.

انظر مع ذلك الفقه الفرنسي، حيث تدرس الصورية بصدد دراسة آثار العقد وقوته الملزمة (104)

J. Flour, et J. L. Aubert, Les obligations, V. I, l'acte juridique 1975, No. 377, p. 297, Ph. Malaurie, L. Aynès op. Cit., No 412, p. 282 et s.

وقد تبنت تعديلات 2016 للتقنين المدني الفرنسي هذا الاتجاه ونظمت الصورية في النصوص العامة تحت عنوان آثار العقد تجاه الغير وذلك في المادة 1201 فنصت على أنه "إذا إبرم الأطراف عقداً صورياً يخفي عقداً مستتراً، فإن هذا الأخير، والذي يسمى أيضاً ورقة الضد، ينتج أثره بين أطرافه، ولا يحتج به على الغير الذي يستطيع، مع ذلك، التمسك به."

أولاً: دعوى الصورية كوسيلة لحماية الدائن

وهنا يجب أن نفق على الهدف النهائي لدعوى الصورية وكذلك الوسيلة القانونية التي لجأ إليها المشرع لتحقيق هذا الهدف ثم نعقد بعد ذلك المقارنة بين دعوى الصورية والدعوى البوليصية والدعوى غير المباشرة.

1 الهدف والأداة:

الهدف النهائي لدعوى الصورية في هذا المجال هو المحافظة على الضمان العام للدائنين. وهى فى ذلك تتفق مع الدعوى البوليصية والدعوى غير المباشرة.

والوسيلة القانونية التي لجأ إليها المشرع لتحقيق هذا الهدف هو الاعتداد بحقيقة ما اتفق عليه الطرفان لا بالتصرف المصطنع أو المظهر الكاذب الذي أخفى تحت ستارة حقيقة الواقع للإضرار بالدائنين. ولذلك فقد أتاح المشرع للدائن إثبات صورية تصرف المدين بكافة طرق الإثبات. فإذا أثبت الدائن صورية التصرف فإن لبقية الدائنين، دون تفرقة بحسب تواريخ ديونهم الاستفادة من الحكم الصادرة بصورية التصرف فيكون لهم جميعاً التنفيذ على العين محل التصرف إذ هى فى الحقيقة لم تخرج من ملك المدين أى لا زالت فى ضمانهم العام(105).

والصورة العملية لإضرار المدين بدائنيه هو أن يلجأ فى سبيل تهريب أمواله عن متناول يد دائنيه إلى التصرف فيها تصرفاً صورياً لا وجود له فى الحقيقة. فمثلاً قد يلجأ المدين إلى بيع عين مملوكة له بيعاً صورياً. ففى الحقيقة هذا البيع لا وجود له لأن المدين لم يتخل عن ملكية المبيع لأنه يحتفظ فى مواجهة المشتري الظاهر بما يسمى عادة بورقة الضد، وذلك لإثبات أن التصرف الظاهر لا وجود له وأنه ليس إلا تصرفاً صورياً. وبناءً على ذلك فإن افتقار المدين المترتب على هذا التصرف المصطنع ليس إلا افتقاراً ظاهرياً، ولكن دائن البائع لن يستطيع التنفيذ على العين المباعة بحقه إلا إذا أثبت حقيقة الواقع. أى إلا إذا أثبت صورية البيع، وسبيله إلى ذلك رفع دعوى الصورية.

(105) لكن مما تجدر ملاحظته "إن الحكم الذى يقضى بناء على طلب الدائن بصورية العقد الصادر من مدينه للغير لا يكون حجة على صورية هذا العقد فى دعوى المنازعة فى صحته التى تقوم فيما بعد بين طرفيه لاختلاف الخصوم فى الدعويين نقض 16/3/1973 ص 23 ع 1 ص 424.

2مقارنة دعوى الصورية بالدعوى البوليصية وبالدعوى غير المباشرة:

إذا كان القاسم المشترك بين هذه الدعاوى الثلاث هى المحافظة على الضمان العام للدائنين إلا أنه مع ذلك هناك فروق جوهرية بينهم سواء من حيث الوسيلة أو من حيث الشروط. ولنر ذلك بشئ من التفصيل.

أ دعوى الصورية والدعوى البوليصية:

أن الفروق الجوهرية بين دعوى الصورية والدعوى البوليصية ترجع إلى أمرين الأول: الموقف الذى رصدت الدعوى لمواجهته. والثانى: الوسيلة القانونية المقررة لمواجهة هذا الموقف.

فمن حيث الموقف نجد أن الدائن فى الدعوى البوليصية يطعن فى تصرف جدى صادر من المدين، قصد به الإضرار بالدائنين – بينما نجد أن الدائن فى دعوى الصورية يطعن فى تصرف صورى للمدين قصد به الإضرار بالدائنين.

أما من حيث الوسيلة، فإن الدائن عندما يطعن فى تصرف المدين بالدعوى البوليصية فإنه يطلب الحكم له بعدم نفاذ تصرف انصرفت إليه إرادة المدين على وجه جدى – ولذلك فإن الدعوى البوليصية أكثر خطورة لأنها تمثل قيداً على حرية المدين فى التصرف(106) فى حين أن الدائن فى دعوى الصورية عندما يطعن فى تصرف المدين فإنه لا يبغي من وراء ذلك إلا إثبات صوريته ليصل إلى الاعتداد بحقيقة ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين لا تفويت هذه الإرادة.

وعلى ضوء ذلك يمكن معرفة الفروق الجوهرية من حيث الشروط ومن حيث المدى.

من حيث الشروط: نجد أنه لا يشترط فى الدعوى الصورية بأن يكون حق الدائن مستحق الأداء أو أن يكون سابقاً على التصرف فيه(107)، أو أن يكون المقصود بالتصرف الإضرار بالدائن. كما لا يشترط أيضاً أن يكون التصرف قد أدى إلى

إعسار المدين أو الزيادة في إعساره. غير أنه يجب أن يكون للدائن، مصلحة في رفع الدعوى (108)، ولن تتحقق هذه المصلحة في الغالب من الأحوال إلا إذا كان المدين معسراً، (وإن لم يشترط أن يكون التصرف الصوري هو سبب الإعسار). فلو كان للمدين أموال أخرى يستطيع الدائن أن يستوفي حقه كاملاً، فلا مصلحة له في أن يطعن بصورية تصرف المدين (109).

بالإضافة إلى ذلك لا تسقط دعوى الصورية بالتقادم (110)، أما الدعوى البوليصة فتسقط بالتقادم القصير، ثلاث سنوات من تاريخ العلم بسبب عدم نفاذ التصرف في حق الدائن، وذلك لأن هذه الدعوى تجعل مصير التصرف مهدداً، فلم ير المشرع أن يترك الأمر إلى القاعدة العامة في التقادم الطويل وحدها.

أما من حيث المدى: فإن أثر الدعوى الصورية لا يقتصر على الدائن الطاعن بل يفيد منه جميع الدائنين دون تفرقة بحسب تواريخ ديونهم وذلك على خلاف الدعوى البوليصة التي يقتصر أثرها على الدائن الطاعن والدائنين السابقة ديونهم على تصرف المدين، إذ هم وحدهم الذين يتحقق فيهم شرط إضرار التصرف بهم.

(106) [نقض 1974/4/29 س 20 ص 773 حيث قضت المحكمة بأنه "وإن كان الطعن بالدعوى البوليصة يتضمن الإقرار بجدية التصرف والطعن بالصورية يتضمن إنكار التصرف. مما يقتضى البدء بالطعن بالصورية إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من إبداء الطعنين معاً" نقض 25/2/1971 س 22 ص 228 "... فيجوز للدائن إثبات أن العقد الذى صدر من المدين صوري بغية استبقاء المال الذى تصرف فيه فى ملكه، فإذا أخفق جاز له الطعن فى العقد الحقيقى بدعوى عدم نفاذ التصرف فى حقه، بغية إعادة المال إلى ملك المدين" انظر أيضاً نقض 4/5/1977 س 28 ص 1125.

(107) [نقض 1965/12/9 س 16 ص 1223.

(108) [نقض 1978/8/25 س 29 ص 1337، 1984/6/7 س 35 ص 1564.

(109) [إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 83 ص 192، 193. وانظر مع ذلك نقض 2/1/1941 الطعن رقم 53 سنة 10 ق حيث قضت المحكمة بأنه "لا تعارض بين أن يكون المشتري فى حالة تمكنه من دفع الثمن وأن يكون الشراء الحاصل منه صورياً، إذ لا تلازم بين حالة الإعسار وصورية العقد. فإذا اقتنعت المحكمة بأن تصرفاً ما كان صورياً فليس هناك ما يحتم عليها أن تعرض بالبحث للمستندات المقدمة من المشتري إثباتاً ليسره ومقدرته على دفع الثمن، فإن هذا لا يقدم ولا يؤخر."

(110) [نقض 1969/3/20 س 20 ع 1 ص 450، 1973/4/10 س 24 ع 2 ص 577 نقض 29/1/1985 س 36 ص 167.

الطعن بالدعوى البوليصة مانع من العودة للطعن بصورية نفس التصرف صورية مطلقة:

ويذهب القضاء إلى أنه "لا يقبل من الدائن الإدعاء بصورية تصرف مدينه صورية مطلقة بعد أن يكون قد طعن عليه بعدم نفاذه فى حقه لحصوله بطريق الغش والتواطؤ، لأن مثل هذا الطعن فيه يعنى الإقرار بجدية التصرف ومن قيام الرغبة فى إحداث آثار قانونية له بما لا يتفق مع الإدعاء بصوريته صورية مطلقة إنما تعنى عدم قيامه أصلاً فى نية المتعاقدين" (111) لكن العكس صحيح أى يجوز الطعن فى التصرف بالدعوى البوليصة بعد إخفاقه فى دعوى الصورية (112). ويرجع ذلك إلى أن الطعن بالدعوى البوليصة يتضمن الإقرار بجدية التصرف بينما الطعن بالصورية المطلقة يتضمن إنكار التصرف، لذلك ليس ثمة ما يمنع من إبداء الطعنين معاً (113).

(111) [نقض 1986/3/6 س 37 ص 308. وانظر أيضاً نقض 1974/4/29، السابق الإشارة إليه.

(112) [نقض 1971/2/25 س 22 ص 228 السابق الإشارة إليه.

(113) [نقض 1974/4/29 س 20 ص 773. فيجوز للدائن إثبات أن العقد الذى صدر من المدين صوري صورية مطلقة بغية استبقاء المال الذى تصرف فيه ملكه. فإذا أخفق جاز له الطعن فى العقد الحقيقى بدعوى عدم نفاذ التصرف فى حقه، بغية إعادة المال إلى ملك المدين نقض 1971/2/25 السابق الإشارة إليه، نقض 1977/5/4 س 28 ص 1125.

ب دعوى الصورية والدعوى غير المباشرة:

على ضوء ما تقدم نلاحظ أن هناك أوجه شبه بين كل من الدعوى غير المباشرة ودعوى الصورية. فلا يشترط فيهما أن يكون حق الدائن مستحق الأداء، أو أن يكون سابقاً على تصرف المدين. كما أن كل من الدعويين تؤديان إلى اشتراك جميع الدائنين فى الإفادة من الحكم الصادر فيهما دون أدنى قيد. غير أن هذا التشابه لا يحجب الفروق الجوهرية بين الدعويين:

أن الدعوى غير المباشرة يرفعها الدائن باسم مدينه، فى حين أن دعوى الصورية يرفعها الدائن باسمه الشخصى باعتباره من الغير. ولذا يكون له إثبات الصورية بكافة طرق الإثبات. لا يشترط فى دعوى الصورية أن يكون تصرف المدين قد سبب إعسار المدين أو الزيادة فى إعساره، بخلاف الحال فى الدعوى غير المباشرة إذ يشترط أن يؤدى عدم استعمال الحق إلى إعسار المدين أو الزيادة فى إعساره.

ثانياً: النظرية العامة فى الصورية

سبق أن رأينا أن موضوع الصورية لا يقف عند حماية الدائن عن طريق المحافظة على الضمان العام وإنما يتجاوزه لتحقيق أغراض أخرى، لذلك يجب استكمالاً للبحث، دراسة النظرية العامة فى الصورية، وفى هذا الصدد سنعرض للتعريف بالصورية. ثم ندرس بعد ذلك أحكام الصورية.

1 التعريف بالصورية

وفى هذا الصدد يجب أن نحدد أولاً ماهية الصورية ونعرض بهذه المناسبة لأنواعها، ثم بعد ذلك نستطيع أن نميز الصورية عما قد يشتهى بها من أنظمة قانونية:

أ ماهية الصورية وأنواعها:

يقصد بالصورية إخفاء الأطراف لإرادتهم الحقيقية وراء مظهر كاذب وعلى ذلك تتحقق الصورية في كل مرة يتفق فيها شخصان على إجراء تصرف ظاهر يخفى حقيقة العلاقة بينهما.

وعلى هذا النحو تفترض الصورية وجود تصرف ظاهر *Acte ostensible apparent* وهو العقد الصوري *Acte simulé, fictif* وتصرف مستتر *Actesecret* وهو العقد الحقيقي *Acte réel* أو ما يسمى عادة بورقة الضد *Contre lettre*.

ويرمى الاتفاق المستتر أو العقد الحقيقي إما إلى محو كل أثر للتصرف الظاهر، وإما تعديل أو نقل بعض آثاره. ولذلك يلزم حتى تتحقق الصورية على هذا النحو أن يكون هناك تعاصر بين التصرف الظاهر والاتفاق المستتر وإلا كنا بصدد اتفاق جدى سابق تعدلت أحكامه باتفاق لاحق ([114]) ويتوافر هذا التعاصر ولو لم يحرر الاتفاق المستتر إلا في وقت لاحق ([115]) طالما أن إرادة الطرفين كانت متجهة من بادئ الأمر إلى محو آثار التصرف الظاهر والتعديل فيها.

وعلى ضوء ما تقدم فإن الصورية نوعان، صورية مطلقة وصورية نسبية.

الصورية المطلقة: تتناول هذه الصورية وجود التصرف ذاته، فيكون التصرف الظاهر لا وجود له في الحقيقة ([116])، كما أن الورقة المستترة لا تتضمن تصرفاً آخر يختلف عن التصرف الظاهر.

ويقتصر دور الورقة المستترة على تقرير أن العقد الظاهر إنما هو في حقيقته عقد صوري لا وجود له. ومثال ذلك أن يبيع شخص لآخر ببيعاً صورياً ليوفر له النصاب المالى المطلوب للتشريح في مركز معين، كعضوية مجلس نيابى، أو للعمدية، أو ليظهر في مظهر ذوى اليسار حتى يتسنى له الانضمام إلى جمعية أو نادى أو شركة يتطلب هذا المظهر ([117]).

الصورية النسبية: في هذه الصورية يتعاصر وجود تصرفين، تصرف حقيقى وتصرف صوري، ويقصد من وراء التصرف الصوري إما إخفاء طبيعة التصرف الحقيقي، أو بعض شروطه أو أحكامه، أو شخصية أطرافه ([118]).

(1) الصورية بطريق التستر:

وتتناول هذه الصورية نوع العقد لا وجوده، كهبة في صورة بيع مثلاً. كما لو اتخذ المتعاقدان عقد البيع ستاراً لإخفاء هبة تجنباً للشكالية المطلوبة، إذ أن الرسمية ركن في الهبة أو قاما بالعكس بأن أخفيا البيع في صورة عقد هبة لحرمان الشفيع من حق أخذ المبيع بالشفعة أو أخفيا الوصية تحت ستار عقد بيع ([119])، حتى لا يتفقد الموصى بالنصاب القانونى المحدد، وهو ثلث التركة لنفاذ تصرفه في حق الورثة.

(2) الصورية بطريق المضادة:

وتتناول الصورية هنا شرطاً من شروط العقد أو ركناً من أركانه. ومثال ذلك أن يذكر في بيع العقار ثمناً أقل من الثمن الحقيقي تهرباً من دفع رسوم التسجيل كاملة، أو أن يذكر ثمناً أكبر من الثمن الحقيقي لاثناء الشفيع عن المطالبة بالشفعة، أو يذكر في عقد الإيجار أجره أكبر من الأجرة المتفق عليها في الحقيقة بقصد رفع قيمة المنزل المؤجر عند بيعه. وقد يذكر في عقد هبة سبب مشروع لها إخفاء للسبب الحقيقي غير المشروع.

وقد تقتصر الصورية على مجرد تغيير تاريخ العقد ([120]) فيقدم هذا التاريخ حتى يكون سابقاً على بدء مرض الموت الذى صدر فيه هذا التصرف.

(3) الصورية بطريق التسخير:

وهذه الصورية تتناول شخصية أحد المتعاقدين بالتغيير للتحايل على أحكام القانون. من ذلك مثلاً أن المادة 431 مدنى تنص على منع عمال القضاء من شراء الحقوق المتنازع عليها والتي يكون نظرها من اختصاص المحاكم التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها وإلا كان البيع باطلاً. فيعمد المتعاقدان تحايلاً على هذا النص إلى إخفاء شخصية المشتري تحت ستار شخصية آخر ([121]).

ومما تجدر ملاحظته أنه ليس هناك ما يمنع من الدفع بالصورية النسبية بعد التمسك بالصورية المطلقة ([122]).

ب التمييز بينها وبين ما يشبه بها:

بالرغم من التحديد السابق للصورية إلا أن هناك حالات تتشابه مع الصورية، لذا يجب تمييز الصورية عن هذه الحالات وهذا ما سنعرض له فيما يلى:

(1) الصورية والتدليس:

الفارق الجوهرى بين الصورية والتدليس يكمن فى مصدر كل منهما. فالصورية كذب متعمد من الطرفين، فكل من الطرفين على بينة من الحقيقة. وعلى ذلك فالصورية تفترض قيام تواطؤ واتفاق بين الطرفين بحيث لا يقصد من ورائها أن يغش أحد المتعاقدين الآخر، وإنما يريد غش الغير أو إخفاء أمر معين أما التدليس فهو عمل يقوم به أحد المتعاقدين لتضليل المتعاقد الآخر ([123]) فالتدليس استعمال طرق احتيالية من جانب أحد المتعاقدين أو من الغير لإيقاع المتعاقد الآخر فى غلط يحمله على إبرام العقد.

(2) الصورية والتحفظ الذهني:

وحيث أن الصورية تدبير واتفاق بين الطرفين فإنها لذلك تختلف عن التحفظ الذهني. ففي التحفظ الذهني يستقل أحد الطرفين بإظهار إرادة أخرى تختلف عن التحفظ الذهني. ففي التحفظ الذهني يستقل أحد الطرفين بإظهار إرادة وإبطان إرادة أخرى تختلف عن الأولى.

فالاختلاف بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة ناشئ عن قصد من جانب أحد المتعاقدين دون الآخر. ومثال ذلك أن يبدى شخص رضاه بالعقد على نحو محدد بينما هو يضرر قيداً أو تحفظاً على رضائه هذا.

(3) لا تتحقق الصورية إذا كان العقد جدياً:

ولو لم يكن هذا العقد إلا وسيلة إلى غرض آخر ليس هو الغرض المباشر من العقد. مثال ذلك بيع المدين لمال له بيعاً جدياً، لا حاجة إلى ثمنه، وإنما بقصد حرمان دائنيه من التنفيذ عليه. هذا تصرف جدي لا صوري، لذلك يطعن فيه بالدعوى البوليصة لا بدعوى الصورية (124).

(114) [أنظر. J. Flour, J. L. Aubert, op. Cit., p. 297.

وأنظر أيضاً: أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة 68 ص 60.

(115) [نقض مدني 15 ديسمبر 1949 مجموعة أحكام النقض السنة الأولى ص 102 رقم 30.

(116) [نقض 1994/11/23 س 45 ص 1453.

(117) [نقض 1978/8/25 س 29 ص 1337، الطعن بالصورية لا يقبل إلا من له مصلحة لافيها وفي حدود هذه المصلحة نقض 1984/6/7 س 35 ص 1564.

(118) [نقض 1978/5/25، 29 ص 1337، 1994/11/23 س 45 ص 1453.

(119) [نقض 1967/2/23 س 18 ع 1 ص 478، 1968/11/14 س 19 ص 1262، 20/3/1969 س 20 ص 450.

(120) [نقض 1966/3/24 س 17 ع 2 ص 723، 1992/4/28 الطعن رقم 826 سنة 61.

(121) [أنظر أيضاً المادة 472 مدني والخاصة بالمحامين في خصوص الحقوق المتنازع عليها ويتولون الدفاع عنها، والمادة 479 مدني والخاصة بمنع النائب من أن يشتري ما نيط ببيعه بموجب النيابة، والمادة 480 والخاصة بمنع السماسرة والخبراء من شراء الأموال المعهود إليهم في بيعها أو تقدير قيمتها. نقض 1987/1/21 س 38 ص 142.

(122) [نقض 1986/11/19 س 37 ص 237 كما أن المحكمة قضت بأن "مشتري العقار بعقد مسجل يعتبر من الغير بالنسبة لبيع الآخر الصادر من البائع عن ذات المبيع، له باعتباره خلفاً خاصاً أن يتمسك بصورية العقد الآخر صورية مطلقة حتى ولو لم يتمسك بذلك البائع بعد القضاء برفض إدعائه بتزوير ذلك العقد، إذ ليس في القانون ما يحول دون التمسك ببطلان التصرف أو صوريته بعد رفض الإدعاء بتزوير المحرر المثبت به التصرف لاختلاف نطاق ومرمى كل من الطعنين عن الآخر، إن يقتصر الأمر في الإدعاء بالتزوير على إنكار صدور الورقة من المتصرف دون التعرض للتصرف ذاته من حيث صحته وطلانه، ولا يفيد ثبوت إسناد التصرف إلى المتصرف بطريق اللزوم صحته وجديته".

(123) [السنهوري، الوسيط، جزء 23 فقرة 115 ص 1077.

(124) [السنهوري، الوسيط، ج 2 فقرة 615، ص 1079، وأنظر أيضاً نقض 1985/11/28 س 36 ص 1067 حيث قضت المحكمة بأنه من "المقرر في قضاء هذه المحكمة أن العقد المسجل ولو ثبت التواطؤ بين طرفيه على حرمان مشتر آخر من ذات الصفقة يفضل العقد غير المسجل والصورية تختلف عن التواطؤ مدلولاً وحكماً لأن الصورية تعني عدم قيام المحرر أصلاً في نية المتعاقدين، أما التواطؤ فإنه غير مانع من جدية التعاقد ومن قيام الرغبة في إحداث آثار قانونية له. وثبوت صورية عقد البيع صورية مطلقة وعلى ما هو مقرر في قضاء هذه المحكمة، يرتب بطلانه. فلا تنتقل به ملكية القدر المبين ولو كان مسجلاً، إذ ليس من شأنه التسجيل أن يصحح عقداً باطلاً".

2 أحكام الصورية

يهيمن على أحكام الصورية ثلاثة مبادئ يجب التنسيق بينها فبدأ سلطان الإرادة يفرض احترام الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، أي الاعتراف بالتصرف المستتر، أو ما يسمى بورقة الضد. ونظرية الأوضاع الظاهرة تملئ السماح للغير حسن النية بالاكتداد بالتصرف الظاهر. ومبدأ محاربة الغش قد يقتضي إبطال ورقة الضد، أو ورقة الضد والتصرف الظاهر معاً.

يتضح من ذلك أن الصورية ليست بذاتها سبباً للبطلان. فإذا لجأ المتعاقدان إلى الصورية بقصد التحايل على القانون فإن أثر هذا التحايل يختلف باختلاف الأحوال، فقد يترتب على إعلان الصورية بطلان العقد الحقيقي لعدم مشروعيته، وقد يقتصر الجزاء على تفويت قصد المتعاقدين بمنع تحقيق الغرض الذي قصدها بتحايلهما. (125)

*تطبيقاً لذلك، إذا كان الغرض من التحايل على القانون هو تصحيح عقد مخالف للقانون بإخفائه تحت ستار عقد آخر، ترتب على الكشف عن الصورية بطلان العقد الحقيقي لعدم مشروعيته، كهبة يقصد بها استمرار علاقة غير شرعية يسترها المتعاقدان تحت ستار عقد بيع أو قرض أو يخفيان هذا الباعث غير المشروع تحت ستار باعث مشروع. ومن ذلك أيضاً البيع لأحد عمال القضاء تحت ستار شخصية مشتر آخر.

*أما إذا كان القصد من التحايل على القانون عدم إخفاء تصرف غير مشروع، فإن الكشف عن الصورية لا يترتب عليه بطلان التصرف المستتر ما دام مشروعاً، وإنما يقتصر الجزاء على منع تحقيق الغرض الذي قصده المتعاقدان بتحايلهما. فمثلاً إذا كان القصد من إخفاء البيع تحت ستار هبة أو من ذكر ثمن أكبر من الثمن الحقيقي هو منع الشفيع من الأخذ بالشفعة، فإن جزاء هذا التحايل يقتصر على تفويت قصدهما فتثبت الشفعة رغم أن العقد ظاهره هبة، ولا يلتزم إلا بدفع الثمن الحقيقي دون الثمن الظاهر. وإذا قصد المتعاقدان بذكر ثمن في العقد أقل من الثمن الحقيقي التهرب من رسوم التسجيل أو إنفاصها. فإن مكتب الشهر العقاري يقتضي الرسوم كاملة على أساس الثمن الحقيقي دون الثمن الظاهر. وإذا كان القصد من إخفاء الوصية تحت ستار هبة أو بيع (التهرب من أحكام الوصية) فإن جزاء التحايل هو تطبيق أحكام الوصية، ومنها أنها لا تنفذ في حق الورثة فيما زاد عن ثلث التركة.

ولنر الآن مدى تطبيق هذه الأحكام وكذلك طرق إثبات الصورية سواء بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير.

أثر الصورية فيما بين المتعاقدين:

سوف نعرض للقاعدة العامة في هذا الصدد، ثم نعرض بعد ذلك لكيفية إثبات الصورية في هذه الحالة:

1 القاعدة العامة، الاعتداد بالتصرف الحقيقي دون التصرف الصوري:

فقد نصت المادة 245 مدنى على أنه "إذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي" وكما هو واضح فإن العبرة فيما بين المتعاقدين بما انصرفت إليه إرادتهما الحقيقية. وعلى ذلك يجوز لكل من المتعاقدين أن يتمسك في مواجهة الآخر بالعقد الحقيقي. وتسرى هذه القاعدة على الخلف العام لكل من المتعاقدين حيث أن الخلف العام لا يعتبر من الغير بالنسبة لعقود سلفه (126). ويترتب على ما تقدم أن الشروط الموضوعية اللازمة لانعقاد وصحة العقد هي شروط العقد الحقيقي لا العقد الصوري. فإذا ستر المتعاقدان هبة في صورة بيع، وجب أن تتوافر في الهبة أركانها وشروط صحتها من الناحية الموضوعية، كالأهلية والرجوع في الهبة مثلاً، أما ركن الشكل، وهو الرسمية أو القبض إذا كان الشيء الموهوب منقولاً (م 488 مدنى) فلا داعى له، لأن الفرض أن الهبة ليست صريحة، بل مستترة. كل ذلك مع ملاحظة وجوب استكمال العقد الساتر، وهو البيع لأركان وشروطه. لكن إذا أبرأ البائع الظاهر المشتري من الثمن أو وهبه له في نفس العقد فإن التصرف لا يعتبر بيعاً ساتراً لهبة، بل يعتبر هبة صريحة لا تتعقد إلا إذا توافر فيها ركن الشكل (127).

2 إثبات الصورية:

يخضع إثبات الصورية فيما بين المتعاقدين للقواعد العامة في الإثبات (128). وعلى ذلك فإن على من يدعى الصورية أن يثبت إدعائه. والقاعدة أنه لا يجوز للمتعاقدين والخلف العام إثبات ما يخالف الثابت بالكتابة إلا بالكتابة ولو لم تزد القيمة على نصاب الشهادة (وهو ألف جنيه) ولذلك فإذا كان العقد الظاهر مكتوباً وجب على المتعاقد اليقظ أن يحتاط ويحصل من المتعاقد الآخر على وثيقة كتابية ليثبت بها حقيقة التصرف وخاصة إذا كان الاختلاف بين العقد الظاهر والعقد الحقيقي من شأنه الإضرار به، فإن لم يفعل ذلك فإنه يتعذر عليه إثبات الصورية بالشهادة والقرائن وإن كان من الجائز الإثبات في هذه الحالة باليمين والإقرار.

وبالرغم من ذلك فإن هناك حالات استثنائية يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة والقرائن في ما يجب إثباته بالكتابة. فإذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة يدل على الصورية، أو وجد مانع مادي أو أدبي حال دون الحصول على ورقة الضد، أو فقدت تلك الورقة بعد الحصول عليها بسبب أجنبي جاز للمتعاقد أن يلجأ إلى الشهادة أو القرائن لإثبات صورية العقد الظاهر ولو كان مكتوباً، بل ولو كانت القيمة تزيد على النصاب القانوني للبينة (م 62، 63 من قانون الإثبات). (128) نفص 1984/5/16 س 35 ص 1330.

إثبات الصورية في حالة التحايل على القانون:

أنه إذا كانت الصورية قد اتخذته وسيلة للتحايل على القانون، أى التهرب من أحكامه الآمرة الخاصة بشروط التصرف الحقيقي الموضوعية اللازمة لصحته ونفاذه، جاز للمتعاقدين والخلف العام إثبات الصورية بكافة طرق الإثبات ولو كان العقد الظاهر ثابتاً بالكتابة ولو زادت القيمة على النصاب القانوني للبينة. والعلة في ذلك هي قيام مانع يحول دون الحصول على ورقة الضد، إذ أن المتعاقد الذى تم التحايل لمصلحته لن يرتضى أن يقدم للطرف الآخر أو الخلف العام، ورقة مكتوبة للكشف عن هذا التحايل (129). وتطبيقاً لذلك يجوز للمتعاقد الموجه التحايل ضده وخلفه العام الالتجاء إلى الشهادة والقرائن لإثبات أن حقيقة العقد هبة دفع إليها باعث غير مشروع، أو أن المشتري الحقيقي هو أحد عمال القضاء ممن لا يجوز لهم الشراء طبقاً للمادة 431 مدنى، أو أن السبب الحقيقي للدين الثابت في السند هو القمار لا القرض.

أما إذا كان التحايل على القانون لمصلحة المتعاقدين معاً وقصد به الإضرار بالغير ممن ليس طرفاً في التصرف أو خلفاً عاماً لأحد طرفيه، فإنه ليس هناك ما يبرر في هذه الحالة الخروج عن القواعد العامة، حيث لم يكن هناك ما يمنع المتعاقد من الحصول على ورقة الضد. إذ لا يوجد ما يدعو المتعاقد الآخر إلى أن يمتنع عن إعطائه تلك الورقة، فليس هناك ما يخشاه من ذلك ما دام التحايل قد قصدت به مصلحتهما معاً. وعلى ذلك إذا طالب البائع، أو خلفه العام المشتري بدفع ثمن أكبر من الثمن المذكور في العقد، بدعوى أن هذا الثمن أقل من الثمن الحقيقي بغية انقاص رسوم التسجيل، فلا يجوز إثبات حقيقة الثمن إلا بالكتابة.

أما إذا كان التحايل على القانون موجهاً ضد مصلحة الخلف العام باعتباره وارثاً، فإنه يجوز له إثبات الصورية في هذه الحالة بكافة طرق الإثبات لوجود المانع الذى يحول دون حصوله على الدليل الكتابي المثبت للصورية (130). وعلى ذلك فإذا أفرغت وصية في صورة بيع بقصد التحايل على قواعد الوصية إضراراً بالورثة بقصد انفاذ الوصية فيما يجاوز الثلث في حقهم فإنه لا يقبل من المتصرف إثبات صورية العقد الظاهر، أى البيع، على اعتبار أن حقيقته وصية، إلا بالكتابة إذا لم يعم بالنسبة له مانع يحول دون حصوله على دليل كتابي لإثبات حقيقة التصرف على العكس من ذلك يجوز لورثة المتصرف بعد وفاة مورثهم أن يثبتوا الصورية بكافة طرق الإثبات. إذا رغم أن الوارث لا يعتبر من الغير فيما يتعلق بالصورية، إلا أنه قد تحقق بالنسبة له المانع من الحصول على دليل كتابي لأنه لا يعقل أن يترك المتعاقدان للورثة دليلاً كتابياً لإثبات تلك الصورية التى قصد بها الإضرار بهم بالذات (131) (132).

(129) [نقض 1991/3/14 س 42 ص 762، "إجازة إثبات العقد المستتر فيها بين عاقدية أو خلفهما العام بالبينة في حالة الاحتياط على القانون مقصور على من كان الاحتياط موجهاً ضد مصلحته، وإن فمتى كان عقد البيع الظاهر الصادر من المورث ثابتاً بالكتابة فلا يجوز لأحد ورثته أن يثبت بغير الكتابة أن هذا العقد صوري، وأنه قصد به الاحتياط على الغير".

(130) [نقض 1964/4/9 س 15 ص 526 لكن طعن الوارث على تصرف الموروث بالصورية المطلقة فإنه باعتباره خلفاً عاماً يتقيد في إثباته بما كان يجوز لمورثه من طرق الإثبات.

(131) [نقض 1993/2/18 س 44 ص 646 "تقرير أدلة الصورية هو مما يستقل به قاضي الموضوع لتعلقه بفهم الواقع في الدعوى وحسبه أن يبين الحقيقة التي اقتنع بها وأن يقيم قضاءه على أسباب سائغة تكفي لحمله = ..". لكن إذا كان "لمحكمة الموضوع أن تقيم قضاءها في الطعن بالصورية على، ما يكفي لتكوين عقيدتها من الأدلة المطروحة في الدعوى دون أن تكون ملزمة بإجابة الخصوم إلى طلب حالة الدعوى إلى التحقيق إلا أنه لا يجوز لها أن تعول في ذلك على نصوص المحرر المطعون عليه لما في ذلك من مصادرة على المطلوب وحكم على الدليل قبل تحقيقه" [نقض 27/1/1983 س 34 ص 324، 1983/3/24 س 34 ص 738 [نقض 1992/5/26 الطعن رقم 1200 سنة 56 ق وانظر أيضاً [نقض 1994/11/23 س 45 ص 1453 حيث قضت بأنه "من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن لقاضي الموضوع السلطة في تقدير الأدلة التي يأخذ بها في إثبات الصورية أو نفيها، إلا أن مناط ذلك أن يكون الدليل الذي أخذ به مستمداً من أوراق الدعوى ومستخلصاً منها استخلاصاً سائغاً".

(132) كما أن إجازة الوارث للتصرف الصادر من مورثه لا يعتد بها إلا إذا حصلت بعد وفاة المورث، ذلك لأن صفة الوارث التي تخوله حقاً في التركة لا تثبت له إلا بهذه الوفاة. وعلى ذلك فإذا كان أحد الورثة المحتملين قد وقع على عقد المورث لأحد الورثة فإن ذلك لا يمنع من الطعن في صورية هذا العقد بعد وفاة المورث انظر [نقض 1973/4/10 س 24 ص 577، 11/11/1975 س 26 ص 1394.

ب أثر الصورية بالنسبة للغير:

سبق أن رأينا تحكم الصورية بالنسبة للمتعاقدين وخلفهما العام وأيضاً كيفية إثبات هذه الصورية والآن نود أن نعرض لحكم الصورية بالنسبة للغير. ولذلك ينبغي علينا أن نعرض للقاعدة في هذا الصدد وأهمية تحديد المقصود بالغير، ثم بعد ذلك نبين كيف أن المشرع قد منح الخيار للغير في التمسك بالعقد المستتر والعقد الظاهر، وأخيراً، كيف فض التعارض بين مصالح الغير، ولنر هذه النقاط بشئ من التفصيل.

1 القاعدة وأهمية تحديد المقصود بالغير:

القاعدة: أن للغير حسن النية أن يتمسك بالعقد الصوري كما له أن يتمسك بالعقد المستتر وإثبات الصورية بكافة طرق الإثبات وعند تعارض المصالح تكون الأفضلية لمن يتمسك بالعقد الظاهر. ومن هنا تظهر أهمية تحديد المقصود بالغير في الصورية. المقصود بالغير في الصورية: تنص المادة 144 مدني على أنه "1 إذا أبرم عقد صوري فلدائن المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسنى النية، أن يتمسكوا بالعقد الصوري، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر بهم. 2 وإذا تعارضت مصالح ذوى الشأن فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر، كانت الأفضلية للأولين."

تضمنت هذه المادة القاعدة المقررة في حكم الصورية بالنسبة للغير، ولكنها لم تذكر سوى الدائنين والخلف الخاص. فهل تقتصر طائفة الغير في الصورية عليهما فقط، أم ينصرف مدلول الغير إلى كل من لم يكن طرفاً في العقد أو خلفاً عاماً لأحد المتعاقدين؟ في الإجابة على هذا التساؤل اختلف الفقهاء.

فمن الفقهاء من يرى أن طائفة الغير في الصورية تقتصر على الخلف الخاص والدائن الشخصي للمتعاقد (133). وبالنسبة للخلف الخاص لا يعتبر غيراً إذا كسب حقه على العين محل التصرف الصوري بموجب التصرف الصوري نفسه. مثال ذلك الشفيع والمنفع في الاشتراط الصوري لمصلحة الغير وحيث أن حقه الذي يراد حمايته من الصورية مصدره العقد الصوري ذاته، فإنه لا يعتبر من الغير (134) وعلى ذلك تكون هناك طائفة - غير المتعاقدين والخلف العام - لا تدخل مع ذلك في طبقة الغير. فهذه يسرى في حقها العقد الحقيقي. والشفيع يدخل في هذه الطائفة فيسرى في حقه العقد الحقيقي لا العقد الصوري (135).

ويذهب بعض الفقهاء (136) إلى أنه يندرج تحت طائفة الغير كل من لم يكن طرفاً في العقد أو خلفاً عاماً لأحد طرفيه. وذلك لأن منطق الغير في الصورية يتحدد على أساس وجوب حماية كل من اعتمد على العقد الصوري واطمأن إليه معتقداً بحسن نية أنه عقد حقيقي فبنى عليه تعامله. وهذا الرأي هو السائد قضاءً به أخذت محكمة النقض في العديد من أحكامها (137) وعلى ذلك يعتبر الشفيع من الغير، وكذلك المنفع في الاشتراط الصوري لمصلحة الغير والمدين بالنسبة للحالة الصورية الصادرة من الدائن.

2 الخيار المفتوح للغير في التمسك بالعقد المستتر أو بالعقد الصوري:

القاعدة أن للغير أن يتمسك بالعقد المستتر أو بالعقد الصوري حسب مصلحته. وهذا يقتضي معرفة متى يجوز للغير التمسك بالعقد المستتر وكيفية إثباته لصورية التصرف الظاهر، وكذلك معرفة متى يجوز له التمسك بالعقد الظاهر والعلة من ذلك.

أولاً: التمسك بالعقد المستتر:

يجوز للغير إذا كانت له مصلحة في ذلك أن يتمسك بالعقد المستتر، وأن يطعن بصورية العقد الظاهر. وعليه عبء إثبات صورية التصرف الظاهر. والقاعدة أن له ذلك بكافة طرق الإثبات بما في ذلك الشهادة والقرائن ولو كان التصرف الظاهر ثابتاً بالكتابة ولو زادت القيمة عن النصاب القانوني للشهادة. والعلة في ذلك أنه كان يستحيل على الغير أن يحصل على سند كتابي لإثبات صورية عقد لم يكن طرفاً فيه.

ومن ذلك مصلحة دائن البائع الصوري في التمسك بالاتفاق الحقيقي وإثبات صورية البيع بكافة طرق الإثبات حتى يستطيع التنفيذ على المبيع بوصفه ما زال في ملك مدينه وكذلك الخلف الخاص للبائع، كمشتري ثان أو دائن مرتتهن، أن يثبت صورية البيع الصادر من سلفه بكافة طرق الإثبات حتى يخلص له حقه. وكذلك الشفيع يستطيع أن يثبت بكل طرق الإثبات صورية الثمن المذكور في العقد فيثبت أن الثمن الحقيقي أقل من الثمن الظاهر كما له أن يثبت أن حقيقة العقد بيع وليس هبة.

ثانياً: للغير حسن النية التمسك بالعقد الظاهر (138):

فإذا كانت القاعدة أن العبرة بما انصرفت إليه الإرادة الحقيقية للمتعاقدين إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة التطبيق بالنسبة للغير. حيث أن مبدأ استقرار المعاملات يقتضي احترام الثقة المشروعة في الوضع الظاهر. فقد أوجد المتعاقدان في العقد الصوري مظهراً كاذباً اعتمد عليه الغير واطمان إليه. فهو لم يكن يستطيع أن يستشف حقيقة ما اتفقا عليه فوجب حماية للغير بأن يؤخذ بالإرادة التي يمكن التعرف عليها ولو اختلفت عن الإرادة الحقيقية (139).

ويشترط حتى يستطيع الغير أن يتمسك بالعقد الظاهر أن يكون حسن النية وقت تعامله، أي يجهل وجود العقد المستتر في ذلك الوقت وحسن النية مفروض وعلى من يدعى العكس إثبات ما يدعيه.

وإذا أشهر العقد المستتر فلا يقبل من الغير أن يحتج بالجهل به بعد ذلك إذ أنه بشهره لم يعد مستتراً فلا تنطبق المادة 2/244 مدني (140).

3 ما الحكم عند تعارض مصالح الغير؟

أجابت المادة 2/244 مدني بنصها على أنه "إذا تعارضت مصالح ذوى الشأن، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأولين."

تطبيقاً لذلك في البيع الصوري مثلاً، نجد أن مصلحة دائني البائع وخلفه الخاص إثبات الصورية والتمسك بالحقيقة. وعلى العكس من ذلك نجد أنه من مصلحة دائني المشتري وخلفه الخاص التمسك بالعقد الظاهر. وعلى ذلك فإذا تنازع دائن البائع الصوري، والذي يتمسك بالعقد الحقيقي لتبقى العين في ذمة مدينه لينفذ عليها، ودائن المشتري الصوري الذي يتمسك بالعقد الظاهر لتدخل العين في ذمة مدينه هو ويستطيع أن ينفذ عليها، فإن الأفضلية ستكون لهذا الأخير.

وكذلك لو باع شخص عيناً مملوكة له لشخص آخر بيعاً جدياً، ثم عاد وباع نفس العين بيعاً صورياً إلى شخص آخر، وعلى أثر ذلك باع المشتري الصوري هذه العين إلى شخص آخر بعقد جدي، فإنه سيكون التنازع هنا بين المشتري الأول بعقد جدي، والمشتري الأخير من المشتري الصوري. فالأول له مصلحة في أن يتمسك بالعقد الحقيقي وأن يعمل على كشف الصورية حتى تخلص له الملكية والمشتري الأخير يتمسك بالعقد الصوري لبائعه حتى تنتقل له الملكية في هذه الحالة تكون الأفضلية لهذا الأخير (141).

(133) السنهوري، الوسيط ج 2 فقرة 621 ص 1088 وما بعدها.

(134) المرجع السابق فقرة 621، ص 1090، ص 1094.

(135) السنهوري، المرجع السابق، ج 2 فقرة 621 هامش 2 ص 1091 وبصفة خاصة ص 1093.

(136) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 90 ص 305، عبد المنعم البدر، المرجع السابق، فقرة 156 ص 180.

(137) انظر في اعتبار الشفيع من الغير نقض مدني 14 ابريل سنة 1970، مجموعة أحكام النقض 21 رقم 99 ص 618. وانظر في تفصيل أكثر نبيل سعد، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية بيروت، 1995، ص 452 وما بعدها، ص 490 وما بعدها، وانظر أيضاً نبيل سعد، الشفعة علماً وعملاً، منشأة المعارف 1997 ص 56 وما بعدها.

(138) نقض 1965/12/30 س 16 ص 1385، حيث قضت المحكمة بأن "مؤدى عموم نص المادة 244 مدني في جواز تمسك الغير بالعقد الظاهر الصوري هو حسن نيته ولا يعتد في ذلك بالبائع على الصورية - سواء كان مشروعاً أم غير مشروع - وعلة ذلك أن إجازة التمسك بالعقد الظاهر استثناء وارد على خلاف الأصل الذي يقضى بسريان العقد الحقيقي الذي أراده المتعاقدان. وقد شرع هذا الاستثناء لحماية الغير الذي كان يجهل وجود هذا العقد وانخدع بالعقد الظاهر فاطمان إليه وبني عليه تعامله على اعتقاد منه بأنه عقد حقيقي" انظر أيضاً 1984/6/7 س 35 ص 1564.

(139) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 92، ص 211 وبصفة خاصة المراجع المشار إليها في هامش 1.

(140) انظر إسماعيل غانم المرجع السابق، فقرة 92، ص 212، أنور سلطان، المرجع السابق فقرة 81 ص 70، ومع ذلك انظر السنهوري الوسيط، ج 2، فقرة 623 ص 1102 هامش 2 نقض 1972/10/28 س 23 ع 3 ص 1285.

(141) وانظر في تحديد نطاق هذه المفاضلة حكم محكمة النقض في 1987/3/24 س 38 ص 433 حيث قضت بأن "المشرع نظم بنص المادتين 244، 245 من القانون المدني أحكام الصورية سواء فيما بين المتعاقدين والخلف العام أو فيما بينهما وبين دائنيهم والخلف الخاص أو فيما بين هؤلاء الآخرين، وإذا كان حق دائني المتعاقدين والخلف الخاص في التمسك بالعقد الظاهر طبقاً لهذه الأحكام هو حق استثنائي مقرر لهؤلاء وأولئك في مواجهة من يتمسك بالعقد الحقيقي وذلك على خلاف القواعد العامة - إذ يستمد من عقد لا وجود له قانوناً - في حين أن حق الوارث الذي يطعن على تصرف مورثه بأنه يخفى وصية هو حق أصلي يستمد من قواعد الإرث التي تعتبر من النظام العام وتجعل واقعة وفاة المورث سبباً مستقلاً لكسب الملكية، ولا يستمد من المورث ولا من العقد الحقيقي، ومن ثم لا يعد هذا الوارث طرفاً في أية علاقة من تلك التي تنظمها أحكام الصورية المشار إليها، ولا يعتبر لذلك من ذوى الشأن الذين تجرى المفاضلة بينهم طبقاً لنص الفقرة الثانية من المادة 244 سالف الذكر - وهو دائنو المتعاقدين والخلف الخاص - فلا يقبل من هؤلاء وأولئك التمسك بالعقد الظاهر في مواجهة حقه في الإرث بل يقدم حقه على حقهم في هذا الشأن."

(125) في تعديلات 2016 للتقنين المدني الفرنسي جاء المشرع بحكم خاص في المادة 1202 حيث نصت على أن تكون باطلة كل ورقة ضد يكون موضوعها زيادة الثمن المشترك في اتفاقية التنازل عن وظيفة رسمية " ويكون باطلاً أيضاً كل عقد يرمى إلى إخفاء جزء من الثمن، عندا يتعلق ببيع عقارات، أو التنازل عن محل تجاري أو عن العملاء، والتنازل عن حق في الإيجار، أو الاستفادة من وعد بالإيجار يتعلق بكل العقار أو بجزء منه، أو بكل المعدل أو بجزء منه في المقايضة أو القسمة التي تتضمن أموالاً عقارية أو محلاً تجارياً أو العملاء."

(126) نقض 1984/5/16 س 35 ص 1330.

(127) أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة 74 ص 62، 63، عبد المنعم البدر، المرجع السابق، فقرة 152 ص 176، إسماعيل غانم المرجع السابق، فقرة 87 ص 198.

المطلب الرابع الإعسار والإفلاس المدنى

سبق أن رأينا وسائل المحافظة على الضمان العام لحماية حقوق الدائن، من دعوى غير مباشرة ودعوى بوليصة ودعوى صورية. وقد اتضح لنا من خلال الدراسة التفصيلية أن هذه الوسائل لا تحقق الحماية الكافية لحقوق الدائنين. فالحماية التي تحققها كل من الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصة تكون حماية متأخرة حيث لا يجوز للدائن أن يلجأ إلى أى منهما إلا بعد إعسار المدين أو الزيادة فى إعساره، فهما يهدفان فقط إلى انقاذ ما تبقى لدى المدين من أموال، فهما لا يحولان دون وقوع الخطر وإنما يهدفان إلى منع تفاقمه.

كما أن كلا من الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصة ودعوى الصورية ليست طرق التنفيذ، وإنما هى وسائل تمهد لهذا التنفيذ، فى حين أن ما يسعى إليه الدائن هو التنفيذ بحقه. كما أن الدائن لا ينفرد بالتنفيذ على حقوق المدين التى حافظ عليها، بل يشاركه فى ذلك غيره من الدائنين وفى هذا قد يقعد الدائن عن الالتجاء إلى هذه الوسائل ويفضل أن يلجأ إلى وسائل قانونية أخرى أكثر منها فعالية. علاوة على ذلك فإن الدعوى البوليصة محاطة بشروط، كشرط علم المتصرف إليه بغش المدين فى المعاولات مثلاً، تجعل من الصعب فى كثير من الأحيان الالتجاء إليها. كما أن الحماية التى تكفلها دعوى الصورية ليست قاصرة على الدائن وحده ولكن يجوز لكل ذى مصلحة أن يطعن فى التصرفات الصورية، سواء أكان أحد المتعاقدين أو خلفاً عاماً أو خاصاً لأحدهم أو من الغير.

أما من حيث مبدأ المساواة بين الدائنين فى حق الضمان العام فإنها لا تعدو أن تكون مساواة قانونية لا مساواة فعلية فالقانون يجعل لكل دائن الحق فى التنفيذ على أموال مدينه، ولذلك قد يبادر أحد الدائنين إلى هذا التنفيذ دون أن يتيسر ذلك عملاً، لأسباب كثيرة، مشاركة باقى الدائنين له.

ولذلك قام المشرع المصرى فى التقنين المدنى الحالى بتنظيم شهر الإعسار (م 149 مدنى إلى 264 مدنى) وذلك ليحمى الدائن من مدين يسعى إلى إثارة بعض الدائنين على الآخرين. ومع ذلك إن شهر الإعسار أمر جوازى للقاضى. كما أن الإجراءات التى وضعها القانون لشهر الإعسار تفترض أن أموال المدين لم تعد كافية لوفاء ما عليه من ديون مستحقة الأداء. وكما هو واضح فإن هذه الإجراءات لا تدفع خطر الإعسار وإن كانت تهدف إلى الحد من تفاقمه.

على أن أخطر مثالب نظام الإعسار هو أن شهره لا يحرم الدائن من اتخاذ إجراء فردى للتنفيذ على أموال مدينه، وهذا يعد فارقاً جوهرياً بين الإعسار المدنى والإفلاس التجارى. ذلك أن الإفلاس نظام جماعى يحقق للدائنين تصفية جماعية لأموال التاجر المفلس ويتم التوزيع بواسطة وكيل عن الدائنين يسمى بالسندىك. هذا الوسيط بين التاجر المفلس ودائنيه، ولذلك لا يسمح لأحدهم بالسعى المنفرد. وعلى ذلك فإن المشرع المصرى اكتفى بصدد الإعسار بأن جعل منه نظاماً قانونياً يكفل إعلان حالة المدين إلى كافة دائنيه، وذلك عن طريق شهر الإعسار.

ويترتب على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار أنه لا يسرى فى حق الدائنين أى وفاء يقوم به المدين مؤثراً بذلك دائناً على آخر كما لا يسرى فى حقهم أيضاً أى تصرف يكون من شأنه إنقاص حقوقه أو زيادة التزاماته. وسوف نكتفى بهذا القدر من أحكام الإعسار وذلك لعدم جدوى دراسة هذه الأحكام دراسة تفصيلية لندرة تطبيقها فى العمل. كما أننا نود أن نلقى الضوء على التطورات الحديثة فى هذا المجال.

وإذا كان تنظيم الإعسار على هذا النحو عند وضع التقنين المدنى المصرى الحالى يشكل طفرة بالنسبة للتقنين المدنى السابق إلا أنه مع ذلك لم يساير التطورات الحديثة فى مجال الائتمان بصفة عامة، وما ترتب على ذلك من استجابة كثير من التقنيات الحديثة لهذه التطورات وتنظيمها للإفلاس وذلك لحماية وتشجيع الائتمان فى الاقتصاد المعاصر.

ولنر ذلك بشئ من التفصيل:

أولاً: إتساع نطاق الائتمان المدنى وأهمية تنظيم الإفلاس المدنى(142:)

يمكن القول أن المجتمعات الحديثة قد شهدت فى الوقت الحاضر من التقدم الاقتصادى والتكنولوجى الذى لم تشهده على مدار آلاف السنين. وقد عاصر هذا التقدم تغييرات جوهرية فى القيم والمفاهيم. وقد أصبح التنافس الاقتصادى والعلمى بين الدول هو السمة الأساسية لهذا العصر الذى نعيش فيه.

وقد كان من نتيجة هذه التطورات والتغيرات، أن سيطر على أفراد هذه المجتمعات الروح الانتاجية وممارسة النشاط الاقتصادى ولم تعد هذه الممارسة قاصرة على فئة دون أخرى وإنما أصبح تحسين مستوى المعيشة هو الشغل الشاغل لمعظم أفراد المجتمع.

كما أن هذه التطورات قد أدت إلى أن الائتمان المدنى لم يعد كما كان من قبل ائتماناً استهلاكياً. كما أن هذا الائتمان لم يعد قاصراً على المشروعات الفردية الصغيرة وإنما أصبح يشمل الكثير من المشروعات الكبيرة، ويكفى أن نشير هنا على سبيل المثال إلى مشروعات استصلاح الأراضى، ومشروعات الثروة الحيوانية والداجنة، ومشروعات استغلال المناجم والمحاجر، والصناعات الحرفية وغيرها من المشروعات مما تعج به الحياة الاقتصادية فى الوقت الحاضر.

ولذلك أصبحت حاجة المزارع والمربي إلى القروض لا تقل عن حاجة التاجر إليها، فهو يفترض لشراء البذور ولاعداد الأرض وريها ولصيانة المحصول وجمعه، والأهم من ذلك شراء الآلات الحديثة وكذلك السلالات المحسنة من الحيوانات والطيور، فمن اللازم والحال كذلك تمكين المزارع من الحصول على هذه القروض بسهولة ويسر وبغير حاجة إلى تقرير رهون على أرضه، ومنقولاته كلما أراد أن يقترض. وبالتالي يحتفظ بقدرته الائتمانية]]143).

ولا سبيل إلى ذلك إلا إذا اطمأن الدائن على مصير حقوقه ويكفل الإفلاس تبسيط الائتمان ودعم الثقة في المعاملات عن طريق تصفية جماعية لأموال المدين متى أعسر وبالتالي لا يحتاج الدائن إلى التزام أو التشاحن مع غيره، فضلاً على صيانة الضمان العام للدائنين بمنع المدين من العبث بأمواله أو تبديدها كما أن الزارع أو المربي قد يكون حسن النية، عاثر الحظ ويتعرض لظروف خارجة عن إرادته كآفة زراعية أو جفاف أو فيضان أو مرض يصيب الماشية أو الطيور وغير ذلك من الظروف غير المتوقعة مما يجعله يعجز عن الوفاء بديونه من محاصيله أو انتاج ما يقوم بتربيته من حيوانات وطيور فمن الخير تمكين هذا الزارع أو المربي من الحصول على صلح يستطيع منه تأجيل الوفاء أو الحط من قدر الديون فينفادي بذلك انهار مركزه المالي أو يستعيد مركزه ويستأنف نشاطه]]144).

"بالجملة إذا كان من مزايا الإفلاس تحقيق المساواة بين الدائنين وطرح القيود حول المدين لمنعه من الإضرار بحقوق دائنيه، وتوقيع العقوبات عليه إذا لجأ إلى الإهمال أو التدليس وتبسيط الإجراءات والاقتصاد في النفقات، وتمهيد السبل أمام المدين لاستعادة مركزه المحطم، وتخويل السلطة القضائية حق الإشراف على أعمال التصفية الجماعية لالغاء العش وطغيان بعض الدائنين على البعض الآخر، فمن غير المرغوب فيه قصر هذه المزايا على المعاملات التجارية دون المدنية، وإنما الخير كل الخير في تعميمها وبسط نفعتها]]145).

إن عزوف المشرع المصري عن تنظيم الإفلاس المدني قد أدى إلى ضياع الكثير من حقوق المقرضين، ومعظمهم بنوك قطاع عام أو مؤسسات الدولة الأخرى، نتيجة لمحاولة أصحاب المشروعات الزراعية والحيوانية الكبيرة في الفترة الأخيرة، إفشالها وذلك للاستيلاء على هذه القروض وعدم ردها إلى أصحابها لعجز الأنظمة القانونية للقانون المدني في تحقيق الحماية الكافية لما نحى الائتمان، وذلك لطول إجراءات الحجزات الفردية وتعقدها وكثيرة نفقاتها وعدم تحقيقها لأهدافها.

ويكفي أن نشير إلى ما يستشعره رجال القانون أنفسهم من عجز الأنظمة القانونية في حماية الدائنين واستقرار القناة لديهم بأفضلية حصول الدائن على جزء ولو بسيط من حقه بالتراضي من الحصول على كامل حقه عن طريق التقاضى. فهل من المتصور في مثل هذا المناخ أن يتطور الائتمان؟ وهل ينتظر أن يحدث تقدم اقتصادى أو تنمية في البلاد؟

ثانياً: سيادة فكرة تنظيم الإفلاس المدني:

إنه لمن عجب العجاب أن الفقه التقليدى يرى أن التفرقة بين الإفلاس والإعسار قد أصبحت من التقاليد القانونية المتأصلة في الوقت الذى أجمعت فيه الدراسات التاريخية على أن القانون الرومانى قد عرف نظام التصفية الجماعية والتي يراعى فيها المحافظة على المساواة بين الدائنين، وهذا النظام يتضمن إجراءات: أولهما نقل حيازة أموال المدين إلى الدائنين Missio Possessionem وثانيهما: بيع هذه الأموال وتوزيع الثمن الناتج عنه بين الدائنين بنسبة ديونهم Venditio Bonorum. ويعتبر هذا التنظيم أساس التشريعات الحديثة المتعلقة بالإفلاس.

ومما هو جدير بالذكر أن إجراءات التصفية الجماعية كانت تتخذ في مواجهة كل مدين يعجز عن دفع ديونه، لا فرق في ذلك بين ما إذا كان تاجراً أم غير تاجر، بمعنى أن نظام الإفلاس المدني كان معروفاً عند الرومان]]146).

ولذلك فقد اتجهت معظم التشريعات إلى الأخذ بنظام يتضمن قواعد تقوم على تصفية أموال المدين الذى يعجز عن أداء ديونه ودون تمييز بين التجار وغير التجار ومن أمثلة ذلك، التشريع الألماني منذ صدور قانون الإفلاس عام 1877، والتشريع الانجليزى منذ القانون الصادر فى سنة 1883، والتشريع الهولندى منذ القانون الصادر فى عام 1893، والتشريع التشيلى والتشريع السويدى والتشريع النرويجى والدنماركى والنظام الأمريكى، والتشريع السويسرى فى حدود معينة]]147).

هل يستطيع أحد أن ينكر تقدم الائتمان فى هذه البلدان؟ وهل يستطيع أحد أن يثبت أن عدم التفرقة بين الإعسار والإفلاس أو الأخذ بالإفلاس المدني، قد حالت دون تشجيع الائتمان أو التقدم الاقتصادى فى هذه الدول]]148).

حتى فى البلدان التى تشبث فيها الفقه التقليدى بالتفرقة بين الإفلاس والإعسار ومحاربة الأخذ بفكرة الإفلاس المدني قد استشعر القضاء عجز نظام الإعسار فى حماية الدائنين وتشجيع الائتمان ولذلك فقد حاول القضاء إصلاح نظام الإعسار بقدر طاقته وحصر جهوده فى إقامة شئ من المساواة بين الدائنين، والعمل على التضييق على المدين لمنعه من العبث بحقوق دائنيه، غير أن الجهود التى صرفتها المحاكم كانت تصطدم بنصوص تشريعية جامدة لم تجد محكمة النقض الفرنسية مناصاً من نقضها بإعلان مخالفتها للقانون مع اعترافها بفائدتها ولزوم الأخذ بنتائجها. ثم استمرت المحاكم فى محاولتها بأن لجأت إلى الدعوى البوليصة ورأت أن تتخذ منها وسيلة لتحقيق بعض المساواة بين الدائنين وقد أقرت محكمة النقض الفرنسية فى بادئ الأمر هذا الوضع، ولكنها لم تلبث أن استقرت على قصر فائدة الدعوى على الدائنين الذين رفعوها أو تدخلوا فيها وبشرط أن تكون حقوقهم قد نشأت قبل التصرف المطعون فيه]]149).

لم يستطع القضاء الفرنسي إذن إصلاح مثالب الإعسار أو الحد منها غير أن هذا لم يقعد الفقهاء الفرنسيين عن مواصلة المناداة بوجوب الإصلاح. وذهب نفر منهم إلى أن خير وسيلة لبلوغ هذا الهدف رفع القوائم التي تفصل بين الإفلاس والإعسار وتطبيق الإفلاس على كل مدين يعجز عن أداء يذونه تاجراً كان أم غير تاجر. فنشأت بذلك في فرنسا مسألة الإفلاس المدني "La Faillite civile" قد ذهب بعض الفقهاء إلى ضرورة وضع نظامين لتصفية أموال المدين الذي يعجز عن الدفع، أحدهما لغير التجار وموضعه القانون المدني، والآخر للتجار ومحلّه القانون التجاري [150].

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد تأثر كثيراً بصدور قانون الإفلاس الألماني عام 1877 وأخذ بنظام الإفلاس المدني، ولذلك قد قدم إلى البرلمان جملة مشروعات بقوانين تهدف إلى إصلاح نظام الإعسار تارة، وإلى الأخذ بنظام الإفلاس المدني تارة أخرى. ولكن نجد أن المشرع الفرنسي تشبث بتقاليد القانونية ولم يشأ نقل نظام الإفلاس إلى ميدان المعاملات المدنية لاعتقاده بأنه نظام لا يصلح لمثل هذا الميدان [151].

وعلى الرغم من نفور المشرع الفرنسي من نظام الإفلاس المدني فقد اضطر في بعض الظروف إلى التدخل لتطبيق نظام الإفلاس على المدنيين غير التجار، مثل قانون أول يوليو 1893 الذي يقضى بتطبيق بعض قواعد الإفلاس على تصفية شركة قناة بنما. وقانون أول أغسطس 1893 الذي أضاف إلى المادة 68 من القانون الصادر في 24 يوليو 1867 والخاص بتنظيم شركات الأموال فقرة جديدة تنص على أن "شركات التوصية وشركات المساهمة التي تنشأ في الأشكال التجارية تعتبر شركات تجارية وتخضع للقواعد والعادات التجارية مهما كان موضوع الشركة". ثم أضافت المادة 3 من قانون 27 مارس عام 1925 إلى هذا الوضع الشركات ذات المسؤولية المحدودة [152].

وقد استمر الحال على هذا المنوال إلى أن اتسع نطاق الائتمان المدني وتغيرت أهدافه وأصبح انتماءً انتاجياً في معظم حالاته. كما أهتم القانون التجاري من جانبه بالائتمان الاستهلاكي وبالتالي تداخلت الأدوار بين القانون المدني والقانون التجاري ونتيجة لهذه التطورات والتغيرات اتضح أن للائتمان طبيعة واحدة وأن الاختلاف يكمن في الدرجة أو في النطاق [153]، ولذلك نهضت حركة تشريعية معاصرة لحماية المستهلك في نطاق الائتمان [154].

ولقد بلغ التطور أشده مما أدى إلى أن يخرج المشرع الفرنسي عن تحفظه التقليدي ويأخذ صراحة بنظام الإفلاس المدني فقد صدر قانون رقم 89 - 1010 في 31 ديسمبر 1989 والخاص بتوفى وتنظيم الصعوبات المرتبطة بزيادة حجم الديون الخاصة بالأشخاص والعائلات. هذا القانون يعتبر تنظيمياً صريحاً لفكرة الإفلاس المدني [155].

وبهذا التشريع الأخير تكتمل حلقات التطور التي تؤكد وحدة طبيعة الائتمان، وتدعو فقه القانون الخاص إلى إعادة النظر في الفصل التام بين الائتمان المدني، والائتمان التجاري، والاهتمام بدراسة القانون الخاص الاقتصادي لمواجهة ما يستجد من تطورات.

وإذا كانت هذه هي الحقيقة الناصعة، فإنه ليس هناك محل للتعلق بأهداب مدرسة قانونية بعينها، أو التحفز لفرع تخصص بذاته، وإنما يجب البحث عن وسائل قانونية تتفق وجسامتها المهمة الملقاة على عاتقنا، وتواكب السياسة الإصلاحية الشاملة، ومن بين أهم هذه الوسائل تنظيم الإفلاس المدني في التقنين المصري.

المطلب الخامس الحق في الحبس Le droit de retention

تمهيد:

إن الحق في الحبس يعتبر استجابة طبيعية للفطرة الإنسانية فمن الطبيعي أن أول ما يخطر للدائن، إن كان مديناً في نفس الوقت بأداء شيء لمدينه، هو أن يحبس ما في يده حتى يقضى له حقه. كما أن الحق في الحبس يعد أيضاً استجابة لاعتبارات العدالة ومقتضيات حسن النية، حيث أنه ليس من المقبول أن يطالب مدين دائنه بأن يؤدي إليه ما التزم به من أداء قبل أن يوفى هو بدينه.

ولهذه الأسباب نجد أن الحق في الحبس يرجع تاريخه إلى عهد قديم، إلى القانون الروماني، ففي هذا القانون كان الحائز لعين لا يملكها وهو يعتقد أنها ملكه، إذا أنفق مالاً على حفظها أو في تحسينها، وأراد المالك أن يسترد العين، أعطى البريتور الروماني للحائز دافعاً بالغش Exceptiodoli يدفع به دعوى الاسترداد حتى يسترد ما صرفه في حفظ العين وفي تحسينها. ولذلك أعطى هذا الدفع بالغش في العقود الملزمة لجانب واحد كالوديعة، إذا أنفق المودع عنده مالاً على الوديعة، وكان له الحق في استرداد ما أنفق [156].

ولكن التنظيم القانوني للحق في الحبس لم يقف عند هذه الفكرة البديهية وإنما التطور قد صقل هذه الوسيلة وأدى إلى بلورة نظام متكامل له في التشريعات الحديثة. وعلى ذلك سوف ندرس أولاً فكرة الحق في الحبس، ثم نعرض بعد ذلك للنظام القانوني في الحبس. ولنر ذلك بشئ من التفصيل.

(146) محسن شفيق، المرجع السابق، فقرة 72 ص 95.

(147) محسن شفيق، المرجع السابق، فقرة 22 ص 41.

(148) انظر:

(149) أنظر:

P. de Lestapis, La notion juridique de crédit, avec préface de J. Bonnet, L. G.

D. J. 1941, p. 230 et s.

(150) محسن شفيق، المرجع السابق، فقرة 20 ص 38، 39 وأنظر أيضاً:

J. L. Vallence, Op. Cit.

(151) محسن شفيق، المرجع السابق، فقرة 23 ص 44.

(152) أنظر في تفاصيل أكثر محسن شفيق، المرجع السابق، فقرة 23 ص 46. قارن ما نصت عليه المادة 2/10 من القانون التجارى الجديد الصادر فى عام 1999 والتي تنص على أن يكون تاجراً (كل شركة تتخذ أحد الأشكال المنصوص عليها في القوانين المتعلقة بالشركات أياً كان الغرض الذى أنشئت الشركة من أجله).

(153) أنظر مؤلفنا السابق، نحو قانون خاص بالانتماء، ص 221 وما بعدها.

(154) أنظر المرجع السابق، ص 82 وما بعدها.

(155) أنظر J. O. Janvier 1990; Aussi la Semaine Juridique, 17 janv. 1990, No 63451.

(156) أنظر:

G. Marty, P. Raynaud droit civil, t, II, V. I les sûretés, la Publicité foncière, Sirey,

1971, No. 17 B. 13.

وأنظر أيضاً السهوري، الوسيط، ج 2 فقرة 636 ص 1124 وما بعدها.

(142) أنظر مؤلفنا نحو قانون خاص بالانتماء، منشأة المعارف، 1990 ص 227 وما بعدها. ومؤلفنا نحو قانون للإفلاس المدنى، دار المعرفة الجامعية، 1991.

(143) أنظر محسن شفيق، القانون التجارى المصرى، الجزء الثانى، الإفلاس، مطبعة دار نشر الثقافة، ط أولى، 1951، فقرة 24 ص 47.

(144) قارن محسن شفيق، المرجع السابق، فقرة 21 ص 40.

(145) أنظر محسن شفيق، المرجع السابق، فقرة 21 ص 41.

1 فكرة الحق فى الحبس

إذا كانت القاعدة أن جميع الدائنين متساوون فى حق الضمان العام إلا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون، فإنه من المتفق عليه أن هذا التقدم لا يكون إلا بناءً على اتفاق، كالرهن الرسمى أو الحيازى، أو حكم، كحق الاختصاص، أو نص القانون، كحقوق الامتياز. غير أنه أمكن الخروج على قاعدة المساواة بين الدائنين نتيجة وجود أحد الدائنين فى مركز متميز لم يسع إليه وإنما وجد فيه مصادفة. فإذا كان القانون يمنح صراحة أحد الدائنين أولوية معينة لصفة فى الدين كحقوق الامتياز، إلا أنه فى بعض الأحيان يسمح لأحد الدائنين أن يستمد من أمر واقع ضماناً للوفاء بحقه. فالدائن يستمد هذا التميز من موقف سلبى محض، من مجرد الامتناع عن تسليم الشئ. ولذلك يجب أن نقف على ماهية الحق فى الحبس وخصائصه، ثم نقوم بعد ذلك بتمييزه عن الأنظمة القانونية التى قد تشبه به.

أولاً: ماهية الحق فى الحبس وخصائصه:

فى هذا الصدد سنحاول جاهدين وضع تعريف للحق فى الحبس ثم نستخلص بعد ذلك، ما يميزه من خصائص.

1تعريف الحق فى الحبس:

الحق فى الحبس هو الحق المعترف به، فى بعض الحالات، لأحد الدائنين الذى يلتزم بأداء شئ معين فى حوزته بأن يمتنع عن رده حتى يتم الوفاء بحق نشأ له بمناسبة التزامه ومرتبطة به.

وقد حاول المشرع المصرى أن يقنن الحق فى الحبس فوضع قاعدة عامة صاغها على النحو التالى تنص المادة 246 من التقنين المدنى على أنه "1 لكل من التزم بأداء شئ أن يمتنع عن الوفاء به ما دام للدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبطة به، أو ما دام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا". "2 - ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشئ أو محرز، إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة، فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشئ حتى يستوفى ما هو مستحق له. إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع". (157)

والفرض الذى يواجهه هذا النص أن هناك شخصين، أحدهما يحوز أن يحرز شيئاً عليه التزام بأدائه للآخر، ونشأ له فى نفس الوقت حق قبله بمناسبة التزامه هذا ومرتبطة به. والنتيجة المنطقية يكون له أن يحبس الشئ الذى يلتزم بأدائه إلى أن يوفى له حقه. مثل ذلك المودع عنده له أن يحبس الشئ المودع حتى يستوفى ما أنفقته فى حفظه.

وقد أصبح الحق فى الحبس من المبادئ المستقرة فى التشريعات الحديثة بالرغم من خروجه على قاعدة أنه "لا يجوز للشخص أن ينتصف لنفسه بنفسه" Nul ne peut se faire justice soi-même - إذ أن القانون الحديث يدين دائماً كل محاولة لإقامة العدالة الخاصة لكن بما أن الحق فى الحبس لا يشكل إلا موقفاً سلبياً يتمثل فى مجرد الامتناع عن أداء شئ معين، لذلك فإنه لا يمثل فى ذاته أى إخلال بالسلم والأمن فى المجتمع. علاوة على أن اعتبارات العدالة ومقتضيات حسن النية تنهض كأساس قوى لهذا الحق" (158).

فالحق فى الحبس يعكس رد فعل طبيعى وعميق لدى الإنسان. فإنه لدى الدائن، الذى لم يستوف حقه قناعة ثابتة بأنه عند ممارسته للحق فى الحبس إنما يباشر نوعاً من القصاص العادل. فإنه ليس من المقبول أن يعاقب الإنسان على سلوك أقرب إلى حق الدفاع الشرعى منه إلى الاعتداء (159).

(157) لم يرد فى التقنين المدنى الفرنسى قبل مرسوم مارس 2006 نص عام مثل هذا النص ولكن توجد تطبيقات متفرقة. فى هذا المرسوم جاء نص المادة 2286 من التقنين المدنى الفرنسى لينص على مايلى " يمكن أن يستفيد من الحق فى حبس الشئ: 1 كل من أودع لديه الشئ حتى الوفاء بحقه. 2 كل من له حق لم يتم الوفاء به ونشأ عن عقد يلزمه بتسليمه. 3 كل من له حق ناشئ بمناسبة حيازته للشئ.

4كل من استفاد من رهن بدون حيازة" "الحق في الحبس ينقضى بالتخلي الإرادى عن الشئ" وتنص المادة 2287 من التقنين المدنى الفرنسى على أن "النصوص الواردة في هذا الكتاب (الكتاب الرابع) لا تمثل عقبة في تطبيق القواعد المنصوص عليها في حالة افتتاح إجراءات الوقاية، التقويم القضائى أو تصفية الأموال وكذلك في حالة افتتاح إجراءات معالجة مراكز الاسراف في الاستدانة للأشخاص العاديين."

أنظر () 158]

G. Marty, P. Raynaud, op. Cit., No. 17 p. 13.

أنظر () 159]: N. Catala – Franjou, de la nature juridique de droit retention, Rev, trim, dr. civil 1967. No. 1 p. 11.

2 خصائص الحق في الحبس:

الحق في الحبس يعبر عن موقف سلبي ولا يعطى لصاحبه أى ميزة إيجابية، فهو لا يعطى لصاحبه أى امتياز على الشئ المحبوس. كما أن الحق في الحبس يعتبر وسيلة من وسائل الضمان، ووسيلة من وسائل الضغط لحمل المدين على تنفيذ التزامه، ولنر تفصيلاً هذه الخصائص.

أ الحق في الحبس لا يعطى لصاحبه أية ميزة إيجابية:

فالحق في الحبس لا يتضمن أية خاصية إيجابية. فليس لصاحبه حق الأفضلية أو حق التتبع. كما أن صاحبه لا يستطيع أن يستعمل الشئ الذى فى حوزته أو فى حيازته. وبصفة عامة ليس للحابس أن يستأثر بكل أو بعض المنافع الاقتصادية للشئ. وذلك فإن الحق فى الحبس لا يعتبر حقاً عينياً [160].

فالميزة الوحيدة التى قررها القانون للحبس هى ميزة سلبية محضة، هى الرخصة فى القول "لا" لكل من يطالب بتسليم الشئ حتى يستوفى حقه الذى نشأ بمناسبة التزامه بأداء الشئ ومرتبب به، وذلك إذا توافرت شروط معينة.

ب مجرد الحق فى حبس الشئ لا يثبت حق امتياز عليه (م 2/247 مدنى مصرى):

إن الحق فى الحبس يستمد كل قوته من حيازة الشئ والسيطرة عليه [161] دون أن يثبت للحابس حق امتياز على هذا الشئ. فليس للدائن الحابس حق الأفضلية أو التتبع، بالمعنى المقصود فى الحقوق العينية التبعية.

وعلى ذلك فليس للدائن الحابس أن ينفذ على الشئ لاستيفاء حقه من ثمنه بالأفضلية على الدائنين الآخرين. وإذا قام الحابس بالتنفيذ على الشئ المحبوس بوصفه دائناً عادياً ليس له أن يرفض تسليم الشئ إلى من يرسو عليه المزداد. إذ أن قيامه بإجراءات التنفيذ يتضمن استعداده لتسليم الشئ. ويقتصر حقه على الدخول فى التوزيع بالاشتراك مع غيره من الدائنين.

ولذلك يكون من الأفضل للدائن الحابس أن يتحصن فى الحق فى الحبس من أن يباشر هو التنفيذ على الشئ المحبوس. فإذا قام غير الحابس من الدائنين بالتنفيذ على الشئ المحبوس، كان له أن يحبسه عن الراسى عليه المزداد حتى يستوفى حقه. وحتى يكون التنفيذ مجدياً، سيضطر الدائنون المنفذون إما إلى وفاء دين الحابس فى مركز متميز نتيجة الأفضلية الفعلية التى تمتع بها على إثر حبسه للشئ.

كما أن تصرف المدين فى الشئ المحبوس، والحبس لا يحول دون ذلك، يخرج من ملكه، وبالتالي من ضمانه العام، ولذلك لا يجوز للدائن أن ينفذ عليه رغم بقاء الشئ فى يده. كما لا يستطيع الدائن الحابس، وهو دائن عادى، أن يتتبع الشئ فينفذ عليه بما له من حق بعد انتقال ملكيته إلى المتصرف إليه. لكن كل ما له أن يمتنع عن تسليم العين إلى المتصرف إليه حتى يستوفى حقه كاملاً. وقد يضطر المتصرف إليه فى سبيل أن تخلص له الملكية إلى الوفاء بدين الحابس، والرجوع بما دفع على المدين المتصرف وفقاً للقواعد العامة. وبذلك يكون الحق فى الحبس قد أثمر كوسيلة للضمان وللضغط فى حصول الدائن الحابس على حقه.

ج الحق فى الحبس وسيلة للضمان تتبع قانون الائتمان [162]:

من الخصائص الهامة التى يجب إبرازها، فى هذا الصدد أن الحق فى الحبس لا يقتصر على قانون العقود فحسب وإنما يمتد ليشمل كافة الالتزامات غير التعاقدية الأخرى [163]. كما أن الحق فى الحبس يعمل فى الغالب على ضمان الوفاء بالتزام محله مبلغ من النقود فالحق فى الحبس ليس مقصوداً فى ذاته وإنما ليعمل على ضمان الوفاء بالتزام معين.

وكذلك من المتصور، من الناحية النظرية، ألا يكون دائماً التزام الحابس الذى نشأ بمناسبته حقاً له ومرتبب به التزاماً بإعطاء، بل يمكن أن يكون التزاماً بعمل أو بامتناع عن عمل [164]، ولكنه متعلق بشئ.

لكن مما تجدر الإشارة أنه ليس كل التزام يمكن أن ينشأ عنه حق فى الحبس فوجود التزام يعد شرطاً ضرورياً حتى يكون الحبس مشروعاً، ولكنه ليس وحده كافياً، إذ يلزم، علاوة على ذلك، أن يكون هناك علاقة بطريقة أو بأخرى، بين هذا الالتزام ومحل التزام الحابس، وهذه العلاقة هى المعيار الذى يتحدد على ضوءه الالتزامات المضمونة بالحق فى الحبس.

ويرى الفقه والقضاء أن هذه العلاقة تتمثل فى الارتباط La Connexité بين التزام الحابس وحقه الذى نشأ له بمناسبة هذا الالتزام ولكن لا يشترط فى هذه العلاقة أن تكون علاقة سببية بين الالتزامين كما سوف نرى فيما بعد.

وهذا الارتباط قد ينشأ نتيجة لوجود علاقة تبادلية Interdépendance هذه العلاقة التبادلية قد يكون مصدرها عقد أو قد لا يكون هناك عقد على الإطلاق. كما أن هذا الارتباط قد يكون نتيجة لمجرد إحراز الشيء أو حيازته على النحو الذي سوف نراه تفصيلاً فيما بعد.

وقد استشرع المشرع المصري هذه الوظيفة للحق في الحبس فنظمه تحت عنوان "إحدى وسائل الضمان: الحق في الحبس" بل أكثر من ذلك نجد أن المادة 246/أ مدني تعطي "لكل من التزم بأداء شيء أن يتمتع عن الوفاء به، ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام ترتب عليه بسبب إلزام المدين ومرتب به أو لم يقدم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا". فهذا النص يكشف اعتراف المشرع بما للحق الحبس من وظيفة ضمان. فنجده قد أعطى للحابس الخيار بين الحق في الامتناع عن الوفاء بالتزامه إلى أن يستوفى ما له من حق نشأ له بمناسبة هذا الالتزام ومرتب به، أو الحصول على تأمين كاف، شخصي أو عيني لضمان الوفاء بهذا الحق. فبذلك يكون المشرع قد وضع حق الحبس في منزلة التأمينات. بالرغم من أنه ليس تأميناً بالمعنى الفني الدقيق، لما يجمعهما من وظيفة واحدة، وهي وظيفة الضمان [165].

كما أن هذه الوظيفة تفسر لنا ما يتصف به الحق في الحبس من أنه حق لا يقبل التجزئة، فالحق في الحبس باعتباره وسيلة ضمان لا يسقط بقبول الدائن الوفاء الجزئي. كما أنه ليس للمدين أن يطالب الحابس بتسليم جزء من الشيء المحبوس مقابل الجزء الذي وفي به. فللدائن أن يحبس الشيء كله إلى أن يستوفى حقه كاملاً.

د الحق في الحبس وسيلة من وسائل الضغط على المدين للتنفيذ:

هذه الخاصية تؤكد كذلك أن الحق في الحبس ليس حقاً عينياً. فإذا كان الحق في الحبس أثر من آثار الحيازة والسيطرة على الشيء إلا أن ذلك لا يعد بذاته دليلاً على كونه حقاً عينياً. فالحابس قبل أن يستخدم هذه الوسيلة من وسائل الضغط لم يكن على الإطلاق صاحب حق عيني على الشيء المحبوس، فهو لم ينازع في ملكية الغير، ولم يظهر بمظهر المالك عليه بل على العكس بتمسكه بالحق في الحبس فإنه يقر بالتزامه بالتسليم. كما أن ذلك يعد اعترافاً منه بعرضية سنده وبملكية الغير، باعتباره دائماً لم يستوف حقه. وعلى ذلك لا يمكن أن نذهب في التفكير إلى حد أنه اكتسب حقاً من مجرد واقعة الحبس إذ كيف يمكن ذلك مع أنه قد تم بإرادة منفردة لم يعطها القانون أية خاصية إيجابية. علاوة على ذلك يمكن اعتبار أن سند الحيازة، الذي كان اتفاقاً، أصبح فجأة قانونياً حيث أنه بفضل ترخيص القانون بقيت هذه الحيازة مشروعة بالرغم من أنها ضد رغبة المالك [166].

فامتناع الحابس عن تسليم شيء من الواجب الوفاء به حتى يستطيع أن يستوفى حقاً نشأ له بمناسبة التزامه هذا ومرتب به يعد وسيلة لحمل المدين على الوفاء بهذا الحق [167]. فنتيجة لممارسة هذا الضغط الاقتصادي والنفسى يعد الحق في الحبس طريقاً خاصاً من طرق التنفيذ، مما جعل طبيعته ونطاقه محلاً للمنازعة من جانب بعض الفقهاء، وإن كانت فعاليته خارج نطاق كل شك.

فالحق في الحبس وسيلة خاصة للضغط، محاولة فظة من جانب الدائن للحصول على حقه بنفسه، ولذلك لم يمنح هذا الحق بطريقة مطلقة وبدون قيد أو شرط وإنما أحبط بشروط معينة تحقق الغرض منه وتمنع ما قد ينشأ عنه من سلبات على النحو الذي سوف نراه.

ثانياً: تمييز الحق في الحبس عما قد يشتبه به:

الحق في الحبس يعتبر بالاجماع نظاماً مستقلاً، فنطاق الحق في الحبس لا يختلط لا بالدفع بعدم التنفيذ ولا بالمقاصة.

1 الحق في الحبس والدفع بعدم التنفيذ:

منطقة التشابه بين النظامين تتحقق عندما يكون هناك التزام محله شيء معين بالذات. ففي هذه الحالة يشترك الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس في طريقة الاستعمال، فكل منهما يترجم في الواقع في واقعة الحبس. لكن هذا التشابه الظاهري لا يعتبر مؤشراً على التطابق بين النظامين.

فنطاق الدفع بعدم التنفيذ ينحصر في الالتزامات الرئيسية الناشئة عن عقد من العقود الملزمة للجانبين، كعقد البيع مثلاً. فالدفع بعدم التنفيذ لا يكون إلا بين التزامين بينهما علاقة سببية، حيث يعتبر تنفيذ البائع لالتزامه بتسليم الشيء المبيع سبباً لتنفيذ المشتري لالتزامه بدفع الثمن. فإذا لم ينفذ البائع التزامه، كان للمشتري أن يدفع بعدم التنفيذ بينما الحق في الحبس يعتبر أجنبياً عن نظرية السبب [168].

خلاصة القول أنه إذا كان كل من الوسيطتين يتم استعمالها بطريقة متطابقة أي عن طريق الدفع إلا أن ذلك يتم في مواقف مختلفة تماماً، فالدفع بعدم التنفيذ جزاء لنظرية السبب، بينما السمة المميزة للحق في الحبس تكمن في التبعية التي ينشأها هذا الحق بين التزامين ليس بينهما صفة المثلية للدينين ولا صفة التقابل.

(160) أنظر على عكس ذلك: R. Rodière, Note sous cass. 1er civil 22 mai 1962.D. 1965, 60.

حيث يرى أن الحق في الحبس أثر من آثار الحيازة وبالتالي لا يكون إلا حقاً عينياً قابلاً بطبيعته للاحتجاج به في مواجهة الكافة وأن غياب حق الأفضلية والتتبع لا يعتبر أمراً حاسماً.

- (161) [نقض 1989/1/18 س 40 ص 198 ".... والقانون أعطى هذا الحق للحائز مطلقاً".
 (162) [نقض 1992/1/29 س 43 ص 256 "فالحق في الحبس وسيلة ضمان دون أن يكون وسيلة استيفاء". وانظر مؤلفنا في الضمانات غير المسماة السابق الإشارة إليه ص 33 وما بعدها.
 (163) [انظر في تفصيل ذلك السنيهورى، الوسيط، ج 2 فقرة 642، ص 1140، 1141.
 (164) [انظر N. Catala – Franjou, op. Cit., No. 4 p. 17.
 وانظر أيضاً إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 11، ص 243.
 (165) [يجب ألا نخلط بين الحق في الحبس هنا والحق في الحبس باعتباره أحد السلطات التي يخولها الحق العيني التبعي للدائن المرتهن رهن حيازة ومع ذلك قارن:
 J. F. Pillebout, Recherches sur l'exception d'inexécution Thèse, Paris 1971 No. 458 p. 40 et s.
 (166) [انظر N. Catala – Franjou, op. Cit., op 2 p. 13.
 (167) [انظر بصفة خاصة:
 Ph. Gerbay, Moyens de perssion privés et exécution du contrat, Thèse Dijon 1976.
 (168) [انظر دراسة تفصيلية لاختلاف الفقه في فرنسا حول نطاق كل من الحق في الحبس والدفع بعدم التنفيذ. Ph. Pillebout, op. Cit., No. 3 p.
 20 et s. وانظر حكم محكمة النقض في 1985/11/6 س 36 ص 972 حيث قضت المحكمة بأن "جرى قضاء هذه المحكمة على أن مجال إعمال الدفع بعدم التنفيذ – وفقاً لما تنص عليه المادة 161 من القانون المدني – مقصور على ما تقابل من التزامات طرفي التعاقد، ومناطق ذلك ما اتجهت إليه إرادتهما، وهو ما لمحكمة الموضوع حق استظهاره."

2 الحق في الحبس والمقاصة:

في الواقع إن المقاصة تعد وسيلة فنية أعلى بلا جدال من الحق في الحبس. فالمقاصة طريق من طرق الوفاء. فهي تعطي إشباعاً مباشراً للدائن بينما الحق في الحبس يعطيه أملاً في ذلك. هذه النتيجة الحاسمة لا يمكن الوصول إليها إلا طبقاً لخاصية معينة في الديون المتقاصة، وهي صفة المثلية للدينين.
 على العكس بالنسبة للديون غير المثلية، أي خارج نطاق المقاصة، استطاع الحق في الحبس أن يتطور، ومن هنا جاءت القاعدة التقليدية، والتي في جوهرها ليست إلا إقراراً للواقع، أن الأشياء المعينة بالذات هي التي يمكن أن تكون محلاً للحق في الحبس (169).

(169) [انظر في ذلك N, Catala – Franjou, op. Cit., No. 3 p. 1.
 يمكن أن تكون محلاً للحق في الحبس (1).]

وعلى ذلك فحق الحابس ليس إلا الامتناع عن تسليم شيء معين طالما أنه لم يستوف حقه. فنطاق الحق في الحبس ينحصر في الحالة التي يجتمع فيها على رأس شخص واحد دين وحق ليس بينهما علاقة سببية، وليساً مثليين، والحق في الحبس دائماً تابع لحق معين ويشكل لصاحبه الضمان الوحيد الذي تحت تصرفه، كما أن استقلالية الدينين من حيث النشأة يحول دون عمل الدفع بعدم التنفيذ.

2 النظام القانوني للحق في الحبس:

وفي هذا الصدد ندرس شروط الحق في الحبس وآثاره وانقضاءه وذلك حتى تكتمل أمامنا صورة هذه الوسيلة القانونية.

أولاً: شروطه:

وضع المشرع المصري نظرية عامة في الحق في الحبس، ولم يكتف كما فعلت بعض التشريعات بإيراد تطبيقات خاصة ومتفرقة للحق في الحبس.

ومناطق الحق في الحبس هو أن يوجد على الحابس التزام بأداء شيء معين وينشأ له حق مستحق الأداء بمناسبة هذا الالتزام ومرتبطة به. وعلى ذلك لا يكفي أن يكون كل من الشخصين دائناً للآخر ومديناً له، وإنما يلزم أن يكون التزام كل منهما مرتبطاً بالتزام الآخر. وعلى ضوء ذلك نجد أن شروط الحق في الحبس تدور حول مسائل ثلاث: وجود التزام على الحابس بأداء شيء، وحق له مستحق الأداء، وارتباط بين حق الحابس وبين التزامه بأداء الشيء.

الشرط الأول: وجود التزام على الحابس بأداء الشيء:

وهذا الشرط يحتاج إلى تفصيل سواء فيما يتعلق بطبيعة الشيء محل الالتزام، أو بمالكه، أو بمشروعية وضع اليد على الشيء. فبالنسبة لطبيعة الشيء محل الالتزام، فإن الأصل لا تهم طبيعة هذا الشيء، إذ أن كافة الأشياء تصلح محلاً لحق الحبس ويستوى في ذلك العقار أو المنقول. غير أن هناك استثناءات من هذا الأصل العام، فهناك بعض الأشياء التي لا يجوز لحبسها. من ذلك الأشياء العامة لأن في حبسها تعطيلاً للمنفعة العامة التي خصصت لها هذه الأموال. وكذلك الأشياء التي لا يجوز الحجز عليها حيث أن حبسها يترتب عليه تفويت الغرض الذي قصده المشرع من تقرير عدم جواز الحجز عليها.

أما بالنسبة لمالك الشيء المحبوس. فإنه في الغالب يكون هذا الشيء مملوكاً للمدين الذين يحتج الحابس بحقه في مواجهته. ولا يشترط، في هذه الحالة، أن يكون الحابس حائزاً لهذا الشيء بنية تملكه، بل يكفي أن يكون الشيء تحت يده ولو كانت حيازته عرضية وقد أكدت المادة 2/246 هذا المعنى بنصها على أن "يكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محرزه وعلى ذلك فيثبت الحق في الحبس للمودع عنده. وللمستعير وللفضولي، وللولى أو الوصى على مال القاصر.

ومع ذلك ليس من الضروري أن يكون الشيء المحبوس مملوكاً للمدين، بل يجوز أن يكون مملوكاً للدائن الحابس نفسه وعليه التزام بأدائه[2].

مثال ذلك أن يقوم الوارث. وهو المالك بحبس عين أوصى المورث بحق الانتفاع بها لآخر حتى يستوفى ما أداه من التكاليف المعنوية والنفقات التي تقتضيها صيانة العين من الموصى له المنتفع، وهو المدين طبقاً للمادة 989/مدنى[3].

أما فيما يتعلق بمشروعية وضع اليد على الشيء، فإنه يشترط ألا يكون الدائن الحابس قد توصل إلى وضع يده على الشيء بطريقة غير مشروعة كالسرقة أو النصب. فقد نصت المادة 2/246 مدنى على حرمان حائز الشيء أو محرزه من الحق فى حبسه إذا كان التزامه برده "ناشئاً عن عمل غير مشروع" وعلى ذلك فمن يسرق منقولاً أو يغتصب عقاراً ثم يقوم بانفاق مصروفات ضرورية عليه يكون مدينأ برده إلى مالكه ودائناً بما أنفق من مصروفات. ولكن ليس له أن يحبس الشيء حتى يستوفى ما أنفق.

وعلى ضوء ذلك فإن الحائز سئى النية يكون له الحق فى الحبس إذا لم يكن قد توصل إلى وضع يده على الشيء بطريق غير مشروع. وذلك يرجع إلى أن العبرة، وذلك طبقاً لصريح نص المادة 2/246، بأصل وضع اليد لا بنية الحائز. وعلى ذلك فقد يكون الحائز سئى النية يعلم أن فى حيازته اعتداء على حق للغير، ولا يكون التزامه بالرد، مع ذلك ناشئاً عن عمل غير مشروع. مثال ذلك وكيل يظهر بمظهر المالك للشيء الذى تسلمه بمقتضى الوكالة، ويقوم بوصفه مالكاً بانفاق مصروفات عليه، أو مستأجر يبني فى الأرض المؤجرة دون علم المؤجر، فاللتزام كل منهما بالرد لم ينشأ عن عمل غير مشروع بل مصدره عقد الوكالة أو الإيجار. ولذلك كان لكل منهما أن يحبس ما فى يده إلى أن يستوفى ما هو مستحق له فى مقابل المصروفات أو البناء[4].

الشرط الثانى: وجود حق للحابس مستحق الأداء:

وفى هذا الشرط تتجلى خصائص حق الحابس باعتباره وسيلة ضغط خاصة لحمل المدين على الوفاء بالتزامه، ووسيلة لضمان الوفاء بحق الدائن الحابس.

فحيث أن الحق فى الحبس وسيلة لحمل المدين على تنفيذ التزامه، لذلك لزم أن يكون للدائن الحابس حق واجب الأداء فى الحال.

وكذلك اشترط فى التزام المدين أن يكون التزاماً مدنياً، فلا يجوز الحبس لحمل المدين على تنفيذ التزام طبيعى، لأن فى ذلك إجبار بطريق غير مباشر على تنفيذ التزام لا جبر فى تنفيذه لانتفاء عنصر المسؤولية فيه.

كما اشترط أن يكون حق الدائن الحابس محقق الوجود Certain فإذا كان الذى يدعيه محلاً لمنازعة جدية انتفى حقه فى حبس الشيء الذى التزم بأدائه. فمثلاً لا يجوز للمودع عنده أن يحبس الوديعة حتى يستوفى تعويضاً يدعى أنه يستحقه إذا كانت دعوى التعويض لم يفصل فيها بعد.

واشترط كذلك أن يكون حق الدائن الحابس مستحق الأداء (Exigible [5]) ولذلك لا يجوز الحبس إذا كان حقه مضاف إلى أجل واقف أو معلقاً على شرط واقف. على أن مهلة الوفاء التى يمنحها القاضى لا تحول دون استعمال الدائن الحق فى الحبس وكذلك الأمر إذا تبرع الدائن بأجل للمدين، ما لم يثبت هذا الأخير أن تبرع الدائن بمنج أجل له قد تضمن تنازلاً منه عن حقه فى الحبس.

ومن حيث أن الحق فى الحبس وسيلة لضمان الوفاء بحق الدائن الحابس فقد ترتب على ذلك ما يلى:

لا يشترط فى حق الدائن الحابس أن يكون مقدراً (Liquide [6]) ولا محل للقياس هنا على المقاصة القانونية، لأن المقاصة طريق من طرق الوفاء، بها ينقضى الدينان بقدر الأقل منهما. ولذلك اشترط أن يكون الدينان مقدرين. ومع ذلك يجب تقدير حق الدائن الحابس فى خلال أجل معقول، يحدده القاضى ليقوم الدائن بذلك، أو أن يقوم القاضى بنفسه بتقدير هذا الحق تقديرأ مؤقتاً حتى لا تطول مدة الحبس.

كما لا يشترط التناسب بين قيمة الشيء المحبوس وبين قيمة حق الدائن الحابس. فيجوز الحبس ولو كان التفاوت بين القيمتين كبيراً[7] (7) وبالمثل يجوز الحبس ولو كان الدائن قد نفذ التزامه تنفيذاً جزئياً[8].

الشرط الثالث: وجود ارتباط بين حق الحابس وبين التزامه بأداء الشيء:

إن الارتباط بين حق الدائن الحابس والتزامه برد الشيء يمثل المبرر القوى الذى فرضته مقتضيات العدالة لاستعمال الحق فى الحبس. بل إن هذا الارتباط هو الذى يحدد نطاق الحق فى الحبس.

وعلى ذلك فلا يكفى أن يكون للحابس حق فى مواجهة المدين حتى يستطيع أن يستعمل الحق فى الحبس، وإنما يلزم أن يكون هذا الحق قد نشأ له بمناسبة التزامه بأداء الشيء ومرتب به.

وقد أكدت هذه الحقيقة المادة 1/246 مدنى بنصها على أن "لكل من التزم بأداء شئ أن يمتنع عن الوفاء به، ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتب به .." فاستعمال الحق فى الحبس يستلزم وجود رابطة تربط العين المحبوسة بالدين المحبوس من أجله

وليس من الضروري أن يكون مصدر هذا الارتباط علاقة تعاقدية بين الطرفين، بل يمكن أن يوجد هذا الارتباط خارج نطاق أية علاقة تعاقدية. ولذلك لا يشترط أن توجد علاقة سببية بين حق الدائن الحابس والتزامه برد الشيء. وعلى ذلك نجد أن تعبير "... مترتب عليه بسبب التزام (الحابس) ومرتبطة به" الوارد في نص المادة 1/246 مدني قد تجاوز الغرض الذي قصده المشرع، إذ يكفي أن يكون حق الحابس قد نشأ له بمناسبة التزامه برد الشيء ومرتبطة به (10). هذا الارتباط بين حق الدائن الحابس والتزامه برد الشيء يتخذ إحدى صورتين: الارتباط القانوني أو المعنوي، والارتباط الموضوعي أو المادي:

1. الارتباط القانوني أو المعنوي: Connexité juridique ou intellectuelle

ويقوم الارتباط القانوني أو المعنوي إذا وجدت علاقة تبادلية بين الالتزامين، أي كان مصدر هذه العلاقة. فقد تنشأ العلاقة التبادلية بمناسبة عقد ملزم لجانب واحد، فمثلاً في الوديعة بغير أجر يلتزم المودع عنده برد الوديعة إلى المودع، ولكن إذا كان المودع عنده قد أنفق مصروفات لحفظ الوديعة أو لحقته خسارة بسببها فيجوز له حبس الوديعة حتى يستوفي من المودع ما هو مستحق له من مصروفات أو تعويض. وبالرغم من أن التزام المودع في حالة المصروفات مصدره الإثراء بلا سبب، وفي حالة التعويض العمل غير المشروع، إلا أن هذا الالتزام قد نشأ بمناسبة عقد الوديعة، فتحقق الارتباط اللازم لقيام الحق في الحبس. وكذلك في عقد الوكالة بغير أجر حيث يجوز للوكيل أن يحبس ما في يده من أشياء يملكها الموكل إلى أن يستوفي ما أنفق في تنفيذ الوكالة. والتزام الموكل برد ما أنفقه الوكيل في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد (م 710 مدني) لم ينشأ عن عقد الوكالة بل مصدره واقعة الانفاق بوصفها فعلاً نافعاً استفاد منه الموكل (إثراء بلا سبب) لكن هذا الالتزام قد نشأ بمناسبة عقد الوكالة فتحقق بذلك الارتباط اللازم لقيام الحق في الحبس. وقد توجد العلاقة التبادلية نتيجة لانحلال الرابطة التعاقدية بالفسخ أو البطلان. فعلى إثر فسخ العقد أو بطلانه يتعين على كل متعاقد رد ما تسلمه بموجب العقد المنحل. وفي هذه الحالة يكون لكل منها أن يحبس ما في يده لضمان تنفيذ التزام الطرف الآخر.

أخيراً قد لا يوجد عقد على الإطلاق، وعلى ذلك تقوم العلاقة التبادلية غير مستندة إلى عقد قائم أو منحل. ففي الفضالة مثلاً يلتزم الفضولي برد ما استولى عليه بسبب الفضالة (م 193 مدني) ومصدر هذا الالتزام هو القانون، وفي نفس الوقت يلتزم رب العمل برد النفقات الضرورية أو النافعة التي تحملها الفضولي وبتعويضه عما أصابه من أضرار بسبب ما قام به من عمل (195) ومصدر هذا الالتزام هو الإثراء بلا سبب. ولكن لما كان كل من الالتزامين قد نشأ بمناسبة الالتزام الآخر، جاز لكل طرف أن يحبس ما في يده حتى ينفذ الطرف الآخر التزامه. ومن ذلك أيضاً علاقة الوصي بالصغير عند انتهاء الوصاية. فالوصي يلتزم بتسليم ما في يده من أشياء مملوكة للصغير وله في نفس الوقت الحق في استرداد ما أنفق من مصروفات في تنفيذ الوصاية فيكون له أن يحبس ما في يده حتى يستوفي ما هو مستحق له ومثله في ذلك الولي والقيم.

(1) انظر في ذلك: N, Catala – Franjou, op. Cit., No. 3 p. 14.
(2) والحق في الحبس هنا لا يخلط بالدفع بعدم التنفيذ إذ أنه لا يشترط أن تكون هناك علاقة سببية بين الالتزامين، وإنما يكفي أن يكون هناك ارتباط بين حق الحابس والتزامه بأداء الشيء.

فمثلاً يجوز لمالك الرقبة أن يتمتع عن تسليم المنقول المنتفع به إلى المنتفع إذا تأخر أو لم يقم هذا الأخير بتنفيذ التزامه بجرد المنقول أو التزامه بتقديم كفالة.

انظر مؤلفنا في الحقوق العينية الأصلية دار النهضة العربية بيروت 1995 ص 269.

(3) انظر في هذا المثال إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 101 ص 227 هامش 1.

(4) المرجع السابق، فقرة 101 ص 229.

(5) نقض 1992/1/29 س 43 ص 25.

(6) نقض 1992/1/29 السابق الإشارة إليه.

(7) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 104 ص 235.

(8) أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة 88 ص 77.

(9) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه لا يحق لمن أودعت عنده سيارة أن يحبسها استيفاء لأجرة السائق التي قام بدفعها بتكليف من المودع (نقض مدني 27 يونيو 1963 مجموعة النقض السنة 14 عدد 2 ص 956 رقم 133) فهنا قد نشأ حق للمودع لديه في مواجهة المودع ولم يسمح له مع ذلك باستعمال الحق في الحبس لأن حق المودع لديه لم ينشأ بمناسبة التزامه برد الوديعة، كما أنه ليس مرتبط به.

(10) انظر إسماعيل غانم، المرجع السابق فقرة 105 ص 235، 236 هامش 2 حيث يرى أن ورود لفظ "السبب" في المادة 1/246 يرجع إلى خطأ في ترجمة عبارة à l'occasion et en connexion التي صيغ بها نص المادة 1/331 من المشروع التمهيدي حيث أن الترجمة الصحيحة لكلمة à l'occasion هي "بمناسبة" وليست بسبب كما جاء في الترجمة العربية.

2. الارتباط المادي أو الموضوعي:

ويقوم هذا الارتباط على واقعة مادية هي حيازة الشيء أو إحرازه، أي إذا كانت العلاقة بين من في يده الشيء وبين من له حق استرداده قد نتجت عن مجرد حيازة الشيء أو إحرازه دون أن توجد أي رابطة أخرى تربط بينهما ولذلك يجب حتى يستطيع الحائز أو المحرز استعمال الحق في الحبس أن يتحقق الارتباط الموضوعي أو المادي بأن يكون حق الحائز أو المحرز قد نجم عن الشيء ذاته. ويتحقق ذلك في إحدى صورتين: إما أن يكون الحائز أو المحرز قد أنفق على الشيء مصروفات يحق له استردادها، وإما أن يكون قد أصابه من الشيء ضرر يستحق عنه تعويضاً.

*ومثال ذلك الصورة الأولى حق الحائز في حبس الشيء عن ماله أو من له الحق في استرداده حتى يستوفى ما أنفق على الشيء من مصروفات نافعة وضرورية. وقد عالج المشرع هذه الصورة صراحة في نص المادة 1/246 مدني والتي تنص على أن "يكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محرزه إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة، فإن له أن يمتنع عن رد الشيء حتى يستوفى ما هو مستحق له .." ويثبت الحق في الحبس للحائز سواء كان حسن النية أو سئ النية، لكن يشترط ألا يكون قد توصل إلى وضع يده على الشيء بطريق غير مشروع على النحو السابق بيانه.

*ومثال الصورة الثانية، إذا فر حيوان من حارسه إلى ملك الجار فسبب له ضرراً كان للجار الحق في حبسه إلى أن يستوفى التعويض المستحق له. ولم ينص المشرع على هذه الحالة، ومع ذلك يجمع الفقه على أنها تدخل في نطاق الحق في الحبس لتوافر الارتباط الموضوعي.

في بعض الحالات يجتمع الارتباط القانوني والارتباط المعنوي معاً. وهذه هي الحالات التي توجد فيها علاقة تبادلية أي كان مصدرها بين حق الدائن الحابس والتزامه برد الشيء. وهذا هو الارتباط القانوني، علاوة على أن حق الدائن الحابس قد نشأ بمناسبة حيازته للشيء نتيجة لما أنفق من مصروفات للمحافظة على هذا الشيء. ومثال ذلك حبس الوكيل أو المودع عنده للأشياء التي عهدهت إليه بحكم الوكالة أو الوديعة إلى أن يستوفى ما هو مستحق له من مصروفات أنفقها على تلك الأشياء.

*وتتجلى أهمية التفرقة بين نوعي الارتباط في مدى الاحتجاج بالحق في الحبس. فالحبس المبني على الارتباط الموضوعي نتيجة ما أنفق الحابس من مصروفات ضرورية متجسدة في الشيء ذاته فيكون للحابس أن يحتج بحقه في مواجهة كل من يطالب بهذا الشيء. أما في غير ذلك من حالات الحبس فإن نطاق الاحتجاج بالحق في الحبس يختلف باختلاف الأشخاص وباختلاف نشأة الحقوق، على النحو الذي سوف نراه تفصيلاً فيما بعد.

*كما أن نوع الارتباط الذي يقوم عليه الحق في الحبس ينعكس على محل الحبس ذاته. ففي الحالة التي يبني فيها الحبس على الارتباط المادي يقتصر الحبس على الشيء ذاته الذي أنفقت عليه المصروفات أو ترتب عليه الضرر أما في حالة الارتباط المعنوي أو القانوني والذي يقوم على علاقة تبادلية، أي كان مصدرها، فإن الحق في الحبس يمتد ليشمل كافة الأشياء التي على الدائن الحابس التزام بأدائها، ولو كان حق الدائن الحابس قد نشأ بسبب مصروفات أنفقت على بعض الأشياء دون البعض الآخر.

وفي الأحوال التي يجتمع فيها نوعا الارتباط معاً يكون للحابس أن يستند إلى أيهما شاء وفقاً لمصلحته. وتطبيقاً لذلك، فإن للوكيل أو المودع عنده أن يستند إلى الارتباط الموضوعي لكي يحتج بحقه على الكافة. ويكون له أن يستند إلى الارتباط المعنوي أو القانوني لكي يستطيع أن يحبس كافة الأشياء التي عهد إليه بها ولو كان ما هو مستحق له مرتبطاً ارتباطاً مادياً ببعض منها فحسب (11).

ثانياً: آثاره

إن وجود الشيء في يد الحابس وتحت سيطرته الفعلية يعطى له حقوقاً ويفرض عليه التزامات. ولذلك يجب أن نعرض أولاً لحقوق الحابس، ثم بعد ذلك لالتزاماته، وأخيراً ندرس نطاق الاحتجاج بالحق في الحبس من حيث الأشخاص.

(11) [إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 108 ص 241.

1 حقوق الحابس:

هذه الحقوق تعكس خصائص الحق في الحبس باعتباره وسيلة للضغط لحمل المدين على تنفيذ التزامه، ووسيلة لضمان استيفاء الدائن الحابس لحقه. وهذه الخصائص تتحقق في الواقع نتيجة لامتناع الحابس عن تسليم الشيء المحبوس إلى ماله أو من له الحق في استرداده. كما أن هذا الحق تزداد فعاليته بمدى الاحتجاج به على الغير ولنر ذلك بشئ من التفصيل:

الامتناع عن تسليم الشيء:

إن الحق في الحبس يستمد وجوده وقوته من السيطرة الفعلية على الشيء ويترجم الحق في الحبس في الواقع في الامتناع عن تسليم الشيء المحبوس إلى ماله أو إلى من له الحق في استرداده، حتى يستوفى ما له من حق نشأ له بمناسبة التزامه برد الشيء ومرتب به فالحابس لم يدع أنه يحتفظ بالشيء بصفة نهائية بصفته مالكا، ولكن يحتفظ به بصفة مؤقتة باعتباره دائناً لم يستوفى حقه. كما أن الحابس لم ينازع في ملكية الغير. ولم يظهر بمظهر المالك عليه، إذ بتمسكه بالحق في الحبس إنما يقر بالتزامه بالتسليم، كما يعد ذلك اعترافاً منه بعرضية سنده وبملكية الغير للشيء المحبوس.

والحق في الحبس يتمثل في شكل دفع يدفع به الحابس مطالبة المدين له بالتسليم. وعلى ذلك لا يمكن أن نذهب في التفكير إلى حد أن الحابس قد اكتسب حقاً من مجرد واقعة الحبس، إذ كيف يتسنى له ذلك مع أنه قد تم بإرادة منفردة لم يعطها القانون أية خاصية إيجابية. واستخدام كلمة الحق في الحبس يرجع إلى أنه بفضل ترخيص القانون بقيت حيازة الحابس مشروعة بالرغم من أنها مخالفة لالتزامه بالرد وأنها ضد رغبة المالك.

ويترتب على ذلك أن الحبس بذاته لا يؤدي إلى انقضاء الالتزام فهو امتناع مؤقت يبغى الحابس من ورائه الضغط على المدين لحمله على الوفاء بالتزامه. وذلك على عكس المقاصة التي يترتب عليها انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما.

كما أن الحابس لا يبغي من وراء امتناعه المؤقت عن تسليم الشيء إلا ضمان الوفاء بحقه الذي نشأ له بمناسبة التزامه بالرد ومرتبطة به فحبس الشيء الذي تحت يده يمثل الوسيلة الوحيدة المتاحة لضمان الوفاء بحقه. ولذلك إذا قام المدين بالوفاء بحق الحابس أو حتى قام بعرض الوفاء به عرضاً حقيقياً يقبله الحابس أو يحكم نهائياً بصحته فقد حقه في الحبس سبب وجوده، وبالتالي انقضى هذا الحق. لكن لا يكفي أن يودع المدين المبلغ المستحق في خزانة المحكمة غير أنه إذا كان حق الحابس غير معلوم المقدار جاز للمدين أن يطلب من القضاء الإذن له في إيداع مبلغ كاف على ذمة الحابس يستوفي منه حقه عند تقديره ويكون للمدين بعد هذا الإيداع إجبار الحابس على تسليم الشيء المحبوس.

ويترتب على أن الحق في الحبس وسيلة من وسائل الضمان أنه لا يقبل التجزئة. كما أن هذا الحق يفقد سبب وجوده أيضاً إذا قام المدين بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه (م 1/46). ولذلك يستطيع الدائن في هذه الحالة أن يجبر الحابس على تسليم الشيء المحبوس ما لم يكن التأمين غير كاف. وقاضي الموضوع هو الذي يفصل، عند النزاع، في مدى كفاية التأمين المقدم من المدين. وليس هناك أي شروط أخرى خاصة بنوع التأمين حيث أن النص مطلق فيجب أن يجري على إطلاقه، ولذلك يستوى أن يكون هذا التأمين تأميناً عينياً، كالرهن، أو تأميناً شخصياً كالكفالة (م 12).

(12) القانون المدني الألماني يستبعد الكفالة من نطاق هذا التأمين انظر م 273 من التقنين المدني الألماني.

2) التزامات الحابس:

إن الحق في الحبس لا يعطى لصاحبه أية ميزة إيجابية. وأن سلطات الحابس لا تتعدى مجرد موقف سلبي، مجرد الامتناع عن تسليم الشيء. ولذلك فالحابس لا ينازع المسترد حقه في الشيء فإن كان الشيء مملوكاً لمدين، ظل المدين مالِكاً له رغم بقاءه في يد الحابس لكن وجود الشيء في يد الدائن الحابس وتحت سيطرته الفعلية يرتب بعض النتائج ويلقى على عاتقه ببعض الالتزامات:

أ التزام الحابس بالمحافظة على الشيء المحبوس:

يلتزم الحابس طبقاً لنص المادة 2/247 مدني بالمحافظة على الشيء وفقاً لأحكام رهن الحيازة. وهذه الأحكام وردت في المادة 1103 مدني، وتتلخص هذه الأحكام في أنه على الحابس أن يبذل في حفظه وصيانته للشيء المحبوس ما يبذله الشخص العادي من عناية. فالتزامه إذن هو التزام ببذل عناية، لا التزام بتحقيق نتيجة. والمعيار في ذلك بطبيعة الحال معيار موضوعي.

كما أن الحابس مسئول عن هلاك الشيء أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع إلى سبب أجنبي. فإذا أثبت ذلك تحمل المالك تبعه الهلاك وذلك راجع إلى أن حبس الدائن للشيء كان مبرراً لعدم دفع المدين ما عليه من التزام. وهذا ما يفسر أيضاً أن الحابس لا يلزم بتعويض الأضرار الناتجة من امتناعه عن تنفيذ التزامه.

ومن مقتضى التزام الحابس بالمحافظة على الشيء أنه إذا كان يخشى عليه الهلاك أو التلف أن يحصل على إذن من القضاء في بيعه وفقاً للأحكام المنصوص عليها في المادة 1119 مدني ودون أن يعتبر مع ذلك متنازلاً عن حقه في الحبس بل ينتقل هذا الحق إلى الثمن.

ويترتب على وجود الشيء المحبوس تحت السيطرة الفعلية للحابس وبما له عليه من توجيه ورقابة، أن يصبح هو الحارس المسئول عما يحدثه الشيء من ضرر للغير وفقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية.

ب التزام الحابس بتقديم حساب عن غلة الشيء المحبوس:

سبق أن أكدنا أن الحق في الحبس لا يعطى لصاحبه أية ميزة إيجابية فليس له حق الأفضلية أو التمتع. كما أنه ليس له أن يستعمل الشيء في حوزته أو في حيازته أو أن يستأثر بكل أو بعض المنافع الاقتصادية لهذا الشيء. ويترتب على ذلك أنه إذا كانت العين المحبوسة تنتج ثمرة أو غلة، فإن ما تنتجه يكون من حق مالكها، وأن كل ما للحائز هو حبس تلك الثمار تبعاً لحبس الشيء ذاته. وتبعاً لذلك يقع على عاتق الحابس التزام بتقديم حساب عن غلة الشيء المحبوس إلى المدين وأن يردّها إليه إذا ما استوفى حقه. وفي هذا يختلف مركز الحابس عن مركز الدائن المرتهن رهن حيازة الذي له أن يخصم ما حصل عليه من ثمار العين المرهونة. من المبلغ المضمون بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله (م 3/1104 مدني)، وكما أنه ليس على الدائن الحابس، خلافاً للدائن المرتهن رهن حيازة، التزام باستثمار الشيء المحبوس إلا إذا كان هذا الاستثمار تقتضيه ضرورة المحافظة على الشيء ذاته (م 13).

(13) أنظر إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 112 ص 248 وقارن السنهاوي، الوسيط، ج2، فقرة 577 ص 1185، 116، أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة 100 ص 89، 90، عبد المنعم البدر، المرجع السابق فقرة 180 ص 202.

3) نطاق الاحتجاج بالحق في الحبس من حيث الأشخاص:

إذا كان ليس هناك خلاف على أن الحق في الحبس يتمثل أساساً في رخصة للدائن في أن يمتنع عن تسليم الشيء المحبوس حتى يستوفي ماله من حق وأن هذا الحق لا يعطى لصاحبه أية ميزة إيجابية فليس له حق الأفضلية أو التمتع، فالتساؤل البديهي الذي يطرح نفسه هو: على من يستطيع الحابس أن يحتج إذن بهذا الامتناع؟ هذه هي مشكلة الاحتجاج بالحق في الحبس.

ولتحديد نطاق هذا الاحتجاج من حيث الأشخاص فإن هناك تفرقة بديهية، تفرض نفسها، بين الخلف العام والدائن العادى من ناحية وبين الخلف الخاص من ناحية أخرى.

فبالنسبة إلى الخلف العام والدائن العادى. فكما أن للدائن الحابس أن يحتج بحقه فى الحبس فى مواجهة المدين الذى يطالب بتسليم الشئ فإنه له كذلك أن يحتج بهذا الحق فى مواجهة خلفه العام ودائنيه العاديين، إذ ليس للخلف العام أو الدائن العادى، أياً كان تاريخ دينه، أكثر مما كان للسلف أو المدين من حقوق.

لكن مما تجدر ملاحظته أن الاحتجاج بحق الحبس على الدائنين العاديين لا يعنى إن للدائن الحابس أن يمنعهم من التنفيذ على الشئ المحبوس فى يده، لأن الحبس لا يجرّد المدين من ملكيته لهذا الشئ، وبالتالي لا يخرجّه من الضمان العام للدائنين، فى الواقع أن المقصود بالاحتجاج بالحق فى الحبس على الدائنين العاديين هو أن الدائن الحابس أن يمتنع عن تسليم الشئ حتى بعد قيام الدائنين الآخرين بالتنفيذ، فيكون له بالتالى أن يمتنع عن تسليم الشئ إلى الراسى عليه المزداد إلى أن يقضى له حقه كاملاً. وهذا يكشف عما يتمخض عنه الحق فى الحبس فى مركز متميز للدائن الحابس بالنسبة لباقي الدائنين. كما يكشف عن جوهره باعتباره وسيلة ضمان قوى فى الوقت الحاضر(14).

أما الخلف الخاص للمدين، فهو من تلقى المدين ملكية العين المحبوسة أو حقاً عينياً عليها، كالمشتري والدائن المرتهن أو صاحب حق الانتفاع. وفى هذا ما يؤكد ما سبق أن قلناه من أن الحبس لا يعطل حق المالك فى التصرف فى ملكه، فله أن يبيع العين وهى محبوسة فى يد الحائز وله أن يرتب عليها حق رهن أو حق انتفاع أو حق ارتفاق أو غير ذلك من الحقوق العينية(15).

فبالنسبة لمسألة الاحتجاج بالحق فى الحبس فى مواجهة الخلف الخاص فإن الأمر يقتضى التفرقة بين الحبس المبني على الارتباط الموضوعى أو المادى بسبب اتفاق مصروفات على الشئ ذاته، وبين صور الحبس الأخرى.

1 فالحبس المبني على الارتباط الموضوعى بسبب اتفاق مصروفات على الشئ ذاته يحتج به على الكافة، إذ أن اتفاق المصروفات قد أفاد الشئ ذاته ومتجسد فيه، فيكون من المنطقى أن يتمسك الحابس بحقه فى الحبس فى مواجهة كل من يطالب باسترداد هذا الشئ ويستوى فى ذلك أن يكون الشئ من المنقولات أو من العقارات ويستوى أن يكون حق الخلف الخاص قد ثبت قبل ثبوت الحق فى الحبس أم بعده. فالحابس يعتبر دائماً بهذه المصروفات فى مواجهة كل من يطالب باسترداد الشئ المحبوس.

2 أما فى الصور الأخرى فى الحبس، فيفرق بين ما إذا كان الشئ المحبوس عقاراً أو منقولاً. فإذا كان الشئ المحبوس عقاراً، فإن من تلقى ملكية هذا الشئ أو أى حق عينى آخر عليه، يجب عليه أن يشهر حقه حتى يستطيع أن يحتج به فى مواجهة الكافة وعلى ذلك فعلى المشتري أن يقوم بتسجيل حقه وعلى الدائن المرتهن أن يقيد هذا الحق فإن كانوا قد شهبوا حقوقهم على هذا النحو قبل أن يثبت للحائز حق فى حبس العين، فإن الحق فى الحبس لا يسرى فى مواجهتهم(16)، وبالتالي لا يستطيع الدائن الحابس أن يحبس عنهم العين. وإن كانوا قد شهبوا حقوقهم بعد أن ثبت للحائز الحق فى حبس العين فإن هذه الحقوق العينية لا تنفذ فى حق الحابس، وبالتالي يستطيع الدائن أن يتمسك بحقه فى الحبس فى مواجهة المشتري والدائن المرتهن أو أى صاحب حق عينى آخر، حتى يستوفى حقه. وهذا بديهى حيث أنه ليس للخلف الخاص من الحقوق أكثر مما كان للمدين وقت أن تلقى الحق عنه، ولم يكن للمدين أن يتسلم الشئ المحبوس إلا بعد أن يوفى للدائن الحابس ماله. علاوة على ذلك فإن فى وجود الشئ فى يد الدائن الحابس إعلاناً كافياً، فلا يقبل من الغير أن يدعى جهله بالعلاقة القائمة بين الدائن الحابس والمدين(17).

وهذه التفرقة يفرضها المنطق السليم، حيث أنه لو سمح للحابس بأن يحتج بحقه فى مواجهة الخلف الخاص، كالدائن المرتهن مثلاً، ولو كان حقه سابقاً وناظراً قبل نشوء الحق فى الحبس لأدى ذلك إلى الإخلال بالثقة الواجبة فى نظام الائتمان(18) إذ يترتب عليه تخويل الدائن الحابس أفضلية فعلية على الدائن المرتهن لا يتمتع بها من يقرر له رهن على العقار بعد قيد الرهن الأول. كما أن تضيق نطاق الاحتجاج بالحق فى الحبس إلى حد قصره على المدين وخلفه العام ودائنيه العاديين، دون الخلف الخاص من شأنه أن يفقد الحق فى الحبس قيمته العملية إذ يكفى لكى يتخلص المدين من آثار الحبس أن يقرر على الشئ حقاً للغير فيسلب الحائز حقه فى الحبس.

أما إذا كان الشئ المحبوس منقولاً، فإن الحق فى الحبس يسرى فى حق من ترتبت لهم حقوق عينية بعد الحبس، ويسرى كذلك فى حق من ترتبت لهم حقوق عينية قبل الحبس إذا كان الحابس حسن النية أى لا علم له بهذه الحقوق لأن الحبس يتضمن الحياة والحياة بحسن نية فى المنقول لها هذا الأثر كما هو معروف(19).

مشكلة المالك غير المدين – وتعرض هذه المشكلة عندما لا يكون المدين مالاً للعين المحبوسة ويطالب المالك باستردادها، فهل يجوز للدائن الحابس أن يحتج بحقه فى الحبس على المالك غير المدين بالحق الذى يطالب به؟ مثال ذلك أن يكون الشئ تحت السيطرة الفعلية لشخص آخر غير المالك ويسبب هذا الشئ ضرراً للغير، فيكون المسئول عن تعويض هذا الضرر هو

الحارس طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية وعلى ذلك هل يجوز للمضروب أن يحبس الشئ في مواجهة المالك. وهو ليس مدينًا بشئ إذا طالب باسترداده؟. ومثال آخر من القضاء الفرنسي، تتلخص وقائعه في أن هناك حارساً على منقول قد تم تعيينه من قبل القضاء حتى الفصل في النزاع بين شخصين على هذا المنقول.

وقد حكم بملكية هذا المنقول لأحدهم، بينما حكم على الآخر بمصاريف الحراسة. فعندما طلب المالك باسترداد المنقول، كان الثاني يرفض دفع ما عليه من دين للحارس، فاضطر الحارس إلى رفض التخلي عن المنقول لملكه حتى يضمن الحصول على حقه بالرغم من أن هذا المالك ليس مدينًا له بشئ. وقد أقرت محكمة النقض الفرنسية هذا الموقف، وذلك على اعتبار أن للحابس أن يحتج بحقه في الحبس في مواجهة المالك رغم عدم مسؤوليته عن الدين (20).

أما بالنسبة لموقف الفقه فقد كان هناك بعض الفقهاء من يرى إمكانية الاحتجاج بالحبس في مواجهة المالك رغم عدم مسؤوليته الشخصية عن الدين الذي يطالب به الحابس (21) وعندما صدر الحكم السابق لمحكمة النقض الفرنسية قد أيده بشدة بعض الفقهاء وذلك على أساس أن الحق في الحبس حق عيني يمكن الاحتجاج به على الكافة (22) بينما أرجع بعض الفقهاء الاحتجاج المطلق بالحق في الحبس إلى أنه يعتبر وصف يلحق بالالتزام، نوع من الأجل القانوني يوقف تنفيذ الالتزام بالتسليم إلى وقت غير معين. فالالتزام بذاته قد لحقه تعديلاً كأثر للقانون وإرادة الحابس. هذا التعديل غير الاتفاقى لحق الالتزام ذاته بطريقة موضوعية وبصرف النظر عن المستفيد. هذا الإجراء لاستحقاق الالتزام ينفذ في حق كل من يطالب بالوفاء به (23). كما أن هناك الارتباط الموضوعي بين حق الحابس والشئ المحبوس. والحق في الحبس دفع قابل للاحتجاج به في مواجهة الكافة لأن فعالية الضمان الذي يقدمه هذا الحق مرتبط بهذا الاحتجاج (24).

في مصر يذهب الفقه إلى عدم جواز الاحتجاج بالحق في الحبس في مواجهة المالك غير المدين. فلا يجوز للمضروب أن يحبس الشئ إلا في مواجهة الحارس. أما المالك، وهو ليس مدينًا بشئ، فلا يحتج عليه بالحبس (25). كما أنه ليس للمقاول من الباطن أن يحبس العين عن المالك بما له من حق في ذمة المقاول الأصلي، ما دام المالك ليس مدينًا للمقاول من الباطن ولا للمقاول الأصلي (26).

ونحن نرى أنه يجوز الاحتجاج بالحق في الحبس في مواجهة المالك غير المدين للحابس، وذلك لأن الدفع بالحبس، كما هو واضح في هذه الأمثلة، مبني على الارتباط الموضوعي أو المادي بين دين الحابس والشئ المحبوس.

(14) قارن ما للحق في الحبس من قوة بالنسبة للتأمينات العينية في ظل قانون الإفلاس الصادر في فرنسا في 25 يناير 1985، انظر:

Ph. Malaurie L. Aynès Droit civil, les Sûretés, droit 1988, éd Cujas no. 214 p. 18.

وانظر مؤلفنا في الضمانات غير المسماة السابق الإشارة إليه ص 33 وما بعدها.

(15) أنظر السنيهورى، الوسيط، ج 2 فقرة 674، ص 1180.

(16) نقض 1985/12/31 س 36 ص 11258.

(17) أنظر إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 113 ص 251.

(18) أنظر عكس ذلك عبد المنعم البدرأوى، المرجع السابق، فقرة 176، ص 199.

(19) السنيهورى، الوسيط، ج 2 فقرة 674 ص 1180.

(20) أنظر. Cass, Civ. Ler 22 Mai 1962, Bull. 1962. I, p. 231.

(21) أنظر. Cass, Civ. 133 Mai 1962, D. 1965, 58, not R. Rodière.

(22) أنظر. Cass, Civ, ler 22 Mai 1962, D. 1965, 58, not R. Rodière.

(23) أنظر. N. Catala – Franjou, op. Cit., no. 23, p. 38.

(24) أنظر. N. Catala – Franjou, op. Cit., no. 23. P. 39. Moratorium.

(25) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 113 ص 250.

(26) السنيهورى، الوسيط، ج 2 فقرة 674 ص 1181 هامش 2.

ثالثاً: انقضاء

سبق أن رأينا أن الحق في الحبس يمثل وسيلة من وسائل الضمان إذ أنه يعمل في الغالب على ضمان الوفاء بالتزام محله مبلغ من النقود، وذلك يبرز تبعية الحق في الحبس للالتزام المضمون.

كما أن الحق في الحبس يمثل وسيلة ضمان بدائية حيث أنه يستمد وجوده وقوته من مجرد حيازة الشئ والسيطرة الفعلية عليه. هذه الخصائص التي يتصف بها الحق في الحبس تتعكس تماماً عن طرق انقضائه. ولذلك نجد أن الحق في الحبس ينقضى بطريقة تبعية تبعاً لانقضاء الالتزام المضمون، كما أنه ينقضى بطريقة أصلية، استقلالاً عن الالتزام المضمون وذلك إذا فقد سبب وجوده.

1 انقضاء الحق في الحبس بطريقة تبعية:

لما كان الغرض الأساس من الحق في الحبس هو ضمان استيفاء الحابس لحقه، أى أن الحق في الحبس حقاً تابعاً للالتزام المضمون، فإنه ينقضى تبعاً لانقضاء الالتزام المضمون. فلو انقضى حق الحابس بالوفاء أو بما يقوم مقام الوفاء، كالتجديد أو المقاصة أو اتحاد الذمة، انقضى الحق في الحبس بالتبعية لذلك. وكذلك قد ينقضى الحق في الحبس بانقضاء الحق المضمون بغير وفاء أصلاً كما لو أبرأ الدائن الحابس المدين من الدين أو إذا انقضى الدين لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي. مع ملاحظة أن الالتزام المضمون بالحق في الحبس لا ينقضى بالتقادم طالما ظلت العين المحبوسة في يد الحابس لأن ذلك يعد إقراراً ضمناً

بالدين من جانب المدين من شأنه أن يقطع التقادم الخاص به. كما أن الوفاء الجزئي لا يؤدي إلى انقضاء الحق في الحبس. لأن الحق في الحبس لا يقبل التجزئة إذ يكون للحابس أن يحتبس جميع العين حتى يستوفى حقه كاملاً.

2. انقضاء الحق في الحبس بطريقة أصلية:

وينقضى الحق في الحبس هنا بطريقة أصلية استقلالاً عن انقضاء الالتزام المضمون إذا فقد سبب وجوده، كتقديم تأمين، كاف للوفاء بالالتزام المضمون، أو هلاك الشيء المحبوس، أو خروجه من يد الحابس خروجاً إرادياً. ولنر ذلك:

أ تقديم تأمين كاف للوفاء بالالتزام المضمون بالحق في الحبس، وفقاً لنص المادة 246/1 مدني يلتزم الحابس بتسليم العين المحبوسة إلى مالكها أو من له الحق في استردادها إذا قدم له هذا الأخير تأميناً كافياً للوفاء بالتزامه. إذ في هذه الحالة ينتفي الغرض من الاستمرار في حبس العين.

ب هلاك الشيء المحبوس، فالحق في الحبس يستمد سبب وجوده وقوته من مجرد حيازة الشيء أو السيطرة عليه. وبذلك نجد أن الدائن الحابس يستمد ضمانه من هذا الواقع. فمن البديهي أن ينقضى الحق في الحبس في حالة هلاك الشيء المحبوس لانعدام المحل.

لكن إذا كان هذا الهلاك بفعل الحابس كان مسؤولاً عن تعويض المالك عنه. أما إذا كان هذا الهلاك لسبب أجنبي فإنه يهلك على مالكه، ولكن هناك تساؤلاً يطرح نفسه وذلك في حالة ما إذا كان الشيء الهالك مؤمناً عليه، أو كان الهلاك راجعاً إلى فعل الغير هل ينتقل الحق في الحبس إلى مبلغ التأمين أو التعويض المستحق في هذه الحالات؟

غالبية الفقهاء ترى أن حق الحابس يتعلق بمبلغ التأمين أو التعويض طبقاً لنظرية الحلول العيني (27)، بينما يرى البعض عدم جواز ذلك لأن الحلول العيني لا يستقيم مع الاعتبارات التي يقوم عليها الحق في الحبس (28).

ونحن نؤيد الرأي الثاني وذلك لأن الحق في الحبس يستمد من الأمر الواقع، من حيازة الشيء والسيطرة الفعلية عليه، وأن الضمان الذي يعطيه للحابس لا يستند إلى حق عيني تبعية وإنما يرجع إلى تميز فعل لا قانوني للدائن الحابس على باقي الدائنين. ولذلك لا يجوز القياس على المادة 1049 مدني والتي تجعل الحق العيني التبعية يتعلق بمبلغ التعويض أو التأمين لأن وظيفة التأمين العيني المستند إلى حق عيني تبعية تقتضي التوسع في نطاق الأفضلية بحيث لا يقتصر على الثمن بل يشمل كل مقابل نقدي أي كانت الصورة التي تمثل فيها (29). ولا محل لهذا في الحق في الحبس فهو لا يخول الدائن أولوية في استيفاء دينه (30).

ج - خروج العين من يد الحابس خروجاً إرادياً، فينقضى الحق في الحبس بخروج الشيء من يد حائزه أو محرزه (م 248/1) كما لو سلم الشيء إلى المالك أو إلى خلفه الخاص إذا تصرف المالك فيه أو إلى الراسي عليه المزداد عند تنفيذ الدائنين على الشيء المحبوس.

وانقضاء الحق في الحبس بالتخلي الاختياري يرجع إلى أن الحق في الحبس يقوم على أساس وضع اليد على الشيء، فيفقد بفقد اليد. وليس أساسه انصراف إرادة الدائن الحابس إلى التنازل عن الحق في الحبس. ولذلك ينقضى الحق في الحبس ولو كان الدائن عند التخلي قد أعلن صراحة "أنه يريد نقل حقه في الحبس من الشيء إلى ثمنه (31) ويستثنى من ذلك حالة ما إذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه الهلاك، أو التلف والتي نظمتها المادة 247/3 مدني.

أما إذا كان الشيء المحبوس قد خرج من يد الدائن الحابس خفية أو انتزع منه رغم معارضته فإن الحق في الحبس لا ينقضى في الحال. إذ يكون للدائن أن يسترد الشيء لياشتر عليه حق الحبس خلال مدة معينة. فقد نصت المادة 248/2 على "ضرورة أن يقوم الدائن بطلب الاسترداد خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذي علم فيه بخروج الشيء من يده وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه". أي أن حقه في الحبس، يسقط بأقصر الأجلين.

وإذا عاد الشيء إلى يد الدائن بعد انقضاء الحق في الحبس فإن حقه القديم في الحبس لا يبعث من جديد إلا إذا كان الشيء قد عاد إليه نفس السبب الذي من أجله سبق له احتيسته، أما إذا عاد إليه بسبب آخر، فليس له حبس إلا لضمان ما على المدين من التزام جديد ناشئ عن هذا السبب الثاني (32). ومثال الحالة الأولى عندما يعهد شخص بإصلاح سيارة إلى صاحب جراج ثم يقوم هذا الأخير بتسليمها له قبل أن يستوفى ما هو مستحق له، فإذا أعادها صاحب السيارة له لاستكمال إصلاحها فيكون لصاحب الجراج في هذه الحالة أن يحبس السيارة لاستيفاء كامل حقه. أما إذا أعادها له لتخزينها عنده فليس له أن يحبسها لاستيفاء أجر ما قام به من إصلاحات لانقضاء الحق في الحبس الضامن لذلك بتسليم السيارة له. لكن يستطيع أن يحبس السيارة لاستيفاء ما أنفقه للمحافظة على السيارة أثناء التخزين، لأن ذلك أنشأ له حق حبس جديد.

(27) [السنهوري، الوسيط، ج 2، فقرة 7684 ص 1193، أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة 105 ص 92، عبد المنعم البدر، المرجع السابق، فقرة 184 ص 204.

(28) [إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 103 ص 222.

(29) [انظر مؤلفنا في التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف 1983، فقرة 14، ص 33، 34 وأنظر أيضاً شمس الوكيل، نظرية التأمينات في القانون المدني، الطبعة الثانية 1995 فقرة 30 ص 67.

(30) [إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 103 ص 223 هامش 1.

(31) [إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 102 ص 230، 231.

(32) [أنور سلطان، المرجع السابق، الباب الثامن الأوصاف أو القيود المعدلة لأثر الالتزام

الالتزام البسيط والالتزام الموصوف:

تكلمنا في الباب السابق عن آثار الالتزام بوجه عام – وكنا نواجه في هذا الباب الالتزام في صورته البسيطة، أي الالتزام الذي لم يلحقه وصف أو قيد يعدل من آثاره. فالالتزام البسيط التزام بات ومنجز بين شخصين، مدين ودائن، ويتعلق بمحل واحد. لكن إلى جانب الالتزام البسيط يوجد الالتزام الموصوف، والالتزام الموصوف هو الالتزام الذي لحق أحد عناصره الثلاثة، رابطة المديونية أو المحل أو الأطراف، وصفاً يكون من شأنه أن يعدل من آثاره – وعلى ذلك تنقسم أوصاف الالتزام إلى ثلاثة أنواع:

- فمنها ما يتصل بنفاذ الالتزام أو وجوده ذاته، وذلك هو الأجل والشرط.
- ومنها ما يتصل بمحل الالتزام، فقد يتعدد المحل، فيكون الالتزام تخييراً أو بدلاً على حسب الأحوال.
- ومنها ما يتصل بأطراف الالتزام، فقد يتعدد الدائنون أو المدينون في الالتزام الواحد. وهذا التعدد قد يكون من غير تضامن أو يكون بطريق التضامن. كما أن هذا التعدد يكون في التزام غير قابل للانقسام.

خطة الدراسة:

على ضوء ما تقدم نجد أن دراسة أوصاف الالتزام تكون في ثلاثة فصول متعاقبة:

- الفصل الأول: في الشرط والأجل.
- الفصل الثاني: في تعدد محل الالتزام.
- الفصل الثالث: في تعدد طرفي الالتزام.

الفصل الأول: الشرط والأجل

1 الشرط والأجل وقانون الائتمان:

إن فكرة الائتمان تفترض وجود ثلاثة عناصر في الواقع، النقود والأجل والثقة. لذلك لا يتصور ائتمان دون أن يكون أداء أحد المتعاقدين قد امتد من حيث الزمان. فالائتمان الحال، ارتباطاً بالنسبة للمستقبل. (.) وعلى ذلك "فكل من الشرط والأجل هو النافذة التي يطل منها النظام القانوني على المستقبل، فالنشاط القانوني لا يستطيع أن يقتصر على الحاضر، بل لا بد أن يمتد إلى المستقبل. فإن أبسط حاجات الإنسان تقتضي منه ذلك، وتدفعه إليه دعاً. وكثيراً من العلاقات القانونية لا يمكن البت فيها إلا في ظروف وملابسات غير محددة، والمستقبل وحده هو الذي يكشف عنها. ولا يصل القانون إلى تحقيق ذلك إلا عن طريق الشرط والأجل، فكلاهما أمر مستقبل يرد إليه مصير العلاقات القانونية، وعن هذا الطريق يستطيع الإنسان أن يتحكم في المستقبل. (.)"

2 ماهية الشرط والأجل والتمييز بينهما:

تنص المادة 265 مدني على أنه "يكون الالتزام معلقاً على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتباً على أمر مستقبل غير محقق الوقوع". (.) كما أن المادة 271 مدني تنص على أنه "يكون الالتزام لأجل إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتباً على أمر مستقبل محقق الوقوع". (.)

وعلى ضوء ذلك يتضح أوجه الاختلاف بين الشرط والأجل بالرغم من أن كل منهما يعد وصفاً يلحق الالتزام فيعدل من آثاره ولنر ذلك بشئ من التفصيل:

الأجل: هو أمر مستقبل محقق الوقوع يترتب عليه نفاذ الالتزام أو انقضاؤه. فالالتزام المقترض برد مبلغ القرض بعد سنة، مثلاً، التزام يتوقف نفاذه على حلول الموعد المحدد. فهو التزام غير مستحق الأداء، بمعنى أن الدائن المقرض، لا يستطيع أن يطالب المدين، المقترض، بمبلغ القرض قبل هذا الميعاد. ويسمى في هذه الحالة بالأجل الواقف، أي الذي يترتب على حوله نفاذ الالتزام، أما إذا اتفق في عقد إيجار على أن تكون الإجارة لمدة سنة مثلاً، معنى ذلك أن المؤجر يلتزم بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة طوال هذه المدة. فإذا انقضت السنة انقضى التزام المؤجر ويسمى الأجل في هذه الحالة بالأجل الفاسخ، أي الذي يترتب على حوله انقضاء الالتزام. والأجل الفاسخ لا يتصور إلا في الالتزامات المستمرة أو الدورية حيث أنه يضع حداً زمنياً ينقضي عنده الالتزام.

وإذا كان الغالب أن يكون الأجل تاريخاً محدداً إلا أن ذلك ليس ضرورياً. إذ أن العبرة في الأمر المستقبل أن يكون محقق الوقوع ولو أنه غير متيقن من الوقت الذي سيقع فيه – وقد أكدت ذلك المادة 2/271 مدني ذلك بقولها "ويعتبر الأمر محقق الوقوع متى كان وقوعه محتماً، ولو لم يعرف الوقت الذي يقع فيه" وعلى ذلك إذا التزم شخص بأن يؤدي لآخر مرتباً مدى حياته، كان التزامه مقترناً بأجل فاسخ وهو موت الدائن، وبديهي أن الموت أمر مستقبل محقق الوقوع وإن لم يعرف تاريخ وقوعه.

الشرط:

هو أمر مستقبل غير محقق الوقوع يترتب على وقوعه وجود الالتزام، وهذا هو الشرط الواقف، أو زواله وهذا هو الشرط الفاسخ، ومثال الشرط الواقف أن يلتزم شخص بهبة ابنه مალأ معيناً إذا تزوج أو ولد له ولد. ففي هذه الحالة لا يوجد التزام الأب إلا إذا تزوج الابن أو رزق بولد، وهذه أمور مستقبلية غير محققة الوقوع، فإن تحقق الشرط وجد الالتزام، وإن تخلف امتنع وجود الالتزام.

وعلى العكس يكون الشرط فاسخاً إذا اتفق على انشاء الالتزام من بادئ الأمر على أن يفسخ إذا تحقق الشرط. مثال ذلك أن يهب شخص آخر مალأ معيناً على أن يعود إليه هذا المال إذا رزق ولداً، ففي هذه الحالة التزام الواهب معلق على شرط فاسخ، فإن تحقق هذا الشرط، وهو أمر غير مؤكد، عاد إليه المال الموهوب. والسمة المميزة للشرط سواء أكان واقفاً أو فاسخاً، إن أثره يستند إلى الماضي، بمعنى أنه إذا تحقق الشرط الواقف اعتبر الالتزام موجوداً لا من وقت تحققه بل من وقت الاتفاق على انشاءه، وإن تحقق الشرط الفاسخ زال الالتزام واعتبر كأن لم يوجد أصلاً.

أوجه الشبه والاختلاف بين الشرط والأجل:

فإذا كان كل من الشرط والأجل أمراً مستقبلاً إلا أن الفارق الجوهرى بينهما هو تحقق الوقوع من عدمه، فالأجل محقق الوقوع أما الشرط فوقوعه غير محقق.

كما أن كلا من الشرط والأجل يعتبران وصفاً في الالتزام ولكنهما يختلفان في الأثر الذى يترتب على اتصاف الالتزام بأى منهما. فالأجل لا أثر له في وجود الالتزام، فإن كان الأجل واقفاً، فالالتزام موجود قبل حلول الأجل وإن كان غير نافذ. ولا يصير نافذاً إلا من وقت حلول الأجل. فإذا كان الأجل فاسخاً فالالتزام موجود ونافذ إلى أن يحل الأجل، فإذا حل الأجل انقضى الالتزام بعد ذلك الوقت دون أن يؤثر في وجوده السابق. وعلى العكس فإن أثر الشرط يرد على وجود الالتزام ذاته ولذلك كان لتحقيق الشرط أثر رجعى. فإذا كان الشرط واقفاً فلا يوجد الالتزام إلا إذا تحقق الشرط، وبتحقيقه يعتبر الالتزام قد وجد مؤكداً من وقت الاتفاق، أما إذا تخلف الشرط فلن يوجد الالتزام أصلاً. وإن كان الشرط فاسخاً، فإن الالتزام يكون موجوداً نافذاً قبل تحققه، ولكن إذا تحقق الشرط ترتب على ذلك زوال الالتزام من الوجود، فيعتبر أنه لم يوجد أصلاً.()

الوفاء عند المقدرة أو الميسرة:

يترتب على الاختلاف الجوهرى بين الشرط والأجل، أنه يلزم، عند اتفاق الطرفين على أمر مستقبل كوصف يلحق الالتزام، تحديد ما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين، أتعليق على شرط أو إضافة إلى أجل. وقد يدق الأمر في بعض الأحيان من ذلك حالة ما إذا اتفق على أن الوفاء بالالتزام يكون عند "المقدرة أو الميسرة" أو "عند الإمكان" فيثور التساؤل في هذا الصدد حول ما إذا كانت هذه الواقعة شرطاً أم أجلاً؟

وتظهر أهمية هذا التساؤل في أنه لو حمل مثل هذا الاتفاق محمل الشرط كان معنى ذلك أن الالتزام غير موجود وقد لا يوجد أبداً. إذا قد يظل المدين غير قادر على الوفاء إلى وقت وفاته فيموت معسراً، فلا يكون للدائن اقتضاء أى شئ حال حياته، ولا أن يشارك غيره من الدائنين في قيمة أموال التركة عند وفاته، لتخلف الشرط الذى توقف على تحققه وجود الالتزام وهو الاقتدار أو الميسرة. أما إذا حمل هذا الاتفاق محل الأجل فإن التزام المدين يكون التزاماً مؤكداً أضيف نفاذه إلى أمر مستقبل هو وفاة المدين على الأكثر، فيكون للدائن أن ينفذ بحقه على أموال التركة ولو كان المدين قد توفى معسراً.

وقد نظم المشرع هذا الفرض بالنص في المادة 272 مدنى على أنه "إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة، عين القاضى ميعاداً مناسباً لحلول الأجل، مراعيأ في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية، ومقتضياً منه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه."

وكما هو واضح فإن المشرع قد وضع قرينة بمقتضاها حمل هذا الاتفاق محمل الأجل لا محمل الشرط. وهذه قرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها. فإذا ثبت أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى جعل الاقتدار أو الميسرة شرطاً، كان وجود الالتزام معلقاً على شرط واقف واستبعد تطبيق أحكام المادة 272، فإذا توفى المدين معسراً فإن الالتزام يتخلف نهائياً.

المبحث الأول الشرط

الشرط كوصف في الالتزام:

ويقصد بهذا الشرط الأمر المستقبل غير المحقق الوقوع، الذى يترتب على تحققه وجود الالتزام أو زواله. والشرط بهذا المعنى أمر خارجى عارض تضيفه الإرادة إلى الالتزام بعد أن يستوفى أركانه وعناصر تكوينه.

وهذا المعنى الاصطلاحي لشرط يميزه عن غيره مما يطلق عليه اسم الشرط، من ذلك شروط العقد، كالشرط الجزائى والشرط الفاسخ الضمنى وشرط المنع من التصرف، والشروط القانونية، أى التى تطلق على عنصر من العناصر التى يتطلبها القانون لترتيب أثر معين، كشرط الرسمية فى عقد الهبة والرهن الرسمى، أو الحاجة كشرط للالتزام بالنفقة – وللتفرقة بين الشرط الواقف وبين الشروط القانونية التى يتطلبها القانون لنشوء الالتزام، أهمية عملية. فللشرط، كوصف فى الالتزام، أثر

رجعى. فإذا تحقق استند أثره إلى وقت انعقاد التصرف. أما الشروط القانونية فالأصل أن ليس لها أثر رجعى، فلا تترتب آثارها إلا من وقت استكمالها.()

أنواع الشرط:

الشرط الواقف والشرط الفاسخ:

فالشرط الواقف هو الذى يترتب على تحققه وجود الالتزام، أما الشرط الفاسخ فهو الذى يترتب على وقوعه زوال الالتزام. وإذا دق الأمر فإن القاضى يحدد طبيعة الشرط بالرجوع إلى نية المتعاقدين وظروف العقد وتعتبر هذه المسألة من المسائل الموضوعية التى يستقل بها قاضى الموضوع ولا يخضع فيها لرقابة محكمة النقض.

ويجب التفرق فى هذا الصدد بين الشرط الفاسخ كوصف فى الالتزام يجعل حق الدائن مهدداً بالزوال وبين الشرط الفاسخ كجزاء لعدم تنفيذ الالتزام المقابل فى العقد الملزم للجانبين. ففى هذا الشرط الأخير لا يترتب عليه الفسخ حتماً، بل يكون للطرف الآخر أن يطالب بالتنفيذ بدلاً من الفسخ. وإذا اختار الفسخ فلا بد من الالتجاء إلى القضاء لاستصدار حكم به، أما تعليق الالتزام على شرط فاسخ، يتم الفسخ بمجرد تحقق الشرط دون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء، كما لا يستطيع الدائن أن يطالب بتنفيذ الالتزام. ومثال ذلك إذا علق التزام الواهب على شرط فاسخ هو زواج الموهوب له من سيدة معينة مثلاً فليس معنى هذا أن الموهوب له قد التزم بعدم الزواج.

فليس للواهب فى هذه الحالة أن يطالب الموهوب له بتنفيذ هذا الالتزام المزعوم، وبالتالي ليس له حق فى التعويض إذا تم هذا الزواج. بل يقتصر أثر الشرط فى هذه الحالة على فسخ الهبة فيسترد الواهب ما وهب. ويتم الفسخ بمجرد تحقق الشرط دون الالتجاء إلى القضاء. وهذا هو الفرق الجوهرى بين الشرط الفاسخ كوصف فى الالتزام، وبين التكليف أو العوض فى الهبة وفيه تنصرف إرادة الواهب إلى إنشاء التزام على عاتق الموهوب له بحيث يكون له أن يطالبه بتنفيذه.

خطة الدراسة:

لدراسة الشرط سوف ندرس أولاً: مقومات الشرط ثم نتحدث بعد ذلك عن الآثار المترتبة على الشرط.

المطلب الأول مقومات الشرط

لكى تصبح واقعة من الوقائع كشرط يتصف به الالتزام، يشترط أن تكون هذه الواقعة، أولاً، أمر مستقبلاً، ثانياً، غير محقق الوقوع، وثالثاً ممكناً، ورابعاً: مشروعاً.

أولاً: الشرط أمر مستقبلي:

يرتبط الشرط ارتباطاً وثيقاً بالمستقبل ولذلك ينبغى لى تعتبر الواقعة شرطاً أن تكون مستقبلة، أى أن يكون تحققها لاحقاً على انعقاد العقد. ويترتب على ذلك أن تنتفى حقيقة التعليق إن كان الأمر الذى علق عليه الالتزام قد وقع فعلاً قبل الاتفاق، ولو كان المتعاقدان يجهلان وقوعه. فإن كانا قد علقا وجود الالتزام على أمر تم وقوعه من قبل ترتب الالتزام باتاً لا معلقاً، وإن كانا قد علقا عليه زوال الالتزام لم ينشأ الالتزام أصلاً.

ثانياً: الشرط أمر مستقبلي غير محقق الوقوع:

لا يكفى فى الواقعة حتى تعتبر شرطاً أن تكون أمراً مستقبلاً بل يجب كذلك أن تكون أمراً غير محقق الوقوع. وفى ذلك يختلف الشرط عن الأجل، حيث أن الأجل أمر مستقبلي محقق الوقوع.

وهو يكون كذلك حتى لو كان وقت وقوعه غير معروف سلفاً، كالموت، فهو أجل غير معين. لكن يمكن أن يكون شرطاً إذا اشترط وقوعه فى خلال مدة معينة. إذ بذلك يصبح أمراً غير محقق الوقوع. فمن يتعهد بهبة آخر مالملاً معيناً إذا توفى والده قبل بلوغه سن الرشد، يلتزم بالتزام معلق على شرط، لأنه ليس من المحقق أن تتم الوفاة على الوجه المشروط.

يشترط ألا يكون تحقق الشرط الواقف متوقفاً على محض إرادة المدين:

إذا كان الشرط أمر غير محقق الوقوع فإن ذلك يقتضى ألا يكون تحققه فى الشرط الواقف متروكاً لمحض إرادة المدين وإلا امتنع قيام الالتزام لانفراد المدين بعقده الرابطة القانونية بأن يكون له أن يلتزم أو لا يلتزم. ولكن لمعرفة متى يعتبر الشرط شرطاً إرادياً محضاً ينبغى أن نعرض لتقسيم الشرط من حيث مدى تعلقه بالإرادة. وقد جرى الفقه على تقسيم الشرط إلى

ثلاثة أنواع: الشرط الاحتمالي والشرط المختلط والشرط الإرادى.

الشرط الاحتمالي:

هو الشرط الذى لا دخل لإرادة الأطراف فى وقوعه وإنما يتوقف تحققه على محض الصدفة أو إرادة شخص آخر غير أحد طرفى الالتزام. مثاله كما لو التزم موظف بأن يؤجر منزله إذا تقرر نقله إلى بلدة أخرى، أو إذا التزم شخص بهبة مال معين لآخر إذا ولد له ذكر. وحكم الشرط الاحتمالي أنه شرط صحيح سواء كان شرطاً واقفاً أو فاسخاً.

الشرط المختلط:

هو الذى يتوقف على إرادة أحد طرفى الالتزام وإرادة شخص معين من الغير فى وقت واحد.

مثال ذلك إذا التزم شخص بهبة مال معين لآخر إذا تزوج من سيدة معينة. فهذا الشرط يتعلق بإرادة من اشترط عليه وإرادة من اشترط الزواج منها وحكم الشرط المختلط أنه شرط صحيح سواء كان شرطاً واقفاً أو فاسخاً.

الشرط الإرادي:

وهو الذى يتوقف تحققه على إرادة أحد طرفي الالتزام فقط، وهذا الشرط إما أن يكون شرطاً إرادياً بسيطاً وإما شرطاً إرادياً محضاً.

والشرط الإرادي البسيط هو الذى يتوقف تحققه على إرادة أحد طرفي الالتزام مقترن بعمل معين. كأن أهبك مالاً إذا تزوجت أو أبيعك منزلي إذا سافرت إلى الخارج. وحكم هذا الشرط أنه شرط صحيح، سواء تعلق بإرادة الدائن أو المدين، وسواء كان شرطاً واقفاً أو فاسخاً.

والشرط الإرادي المحض هو الذى يتوقف تحققه على محض إرادة أحد طرفي الالتزام دون اقتضاء أى شئ آخر. كأن أهبك مالاً إذا أردت أنا، هذا شرط واقف متعلق بمحض إرادة المدين، أو أهبك هذا المال إذا أردت أنت، وهذا شرط واقف متعلق بمحض إرادة الدائن، وحكم هذا الشرط أنه يكون صحيحاً إذا تعلق بإرادة الدائن، إذ يقوم الالتزام إذا شاء الدائن تقاضاه وإن شاء أهل المدين منه – أما إذا تعلق هذا الشرط بإرادة المدين فإن الشرط يكون باطلاً والالتزام كذلك لأن هذا يتنافى مع طبيعة الالتزام ذاته. وقد نصت المادة 267 مدنى على ذلك بقولها أن "الالتزام لا يكون قائماً إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفاً على محض إرادة الملتزم".

وبذلك لا تظهر أهمية تقسيم الشرط إلى احتمالي ومختلط وإرادي إلا بالنسبة للشرط الواقف. فالشرط الفاسخ صحيح فى جميع الأحوال أى سواء كان احتمالياً أو مختلطاً أو إرادياً، بسيطاً كان أو محضاً معقوداً بمحض إرادة الدائن أو المدين. أما الشرط الواقف فهو صحيح إن كان احتمالياً أو مختلطاً أو إرادياً بسيطاً. أما إذا كان إرادياً محضاً فيكون صحيحاً فقط إذا كان متعلقاً بمحض إرادة الدائن. أما إذا كان متعلقاً بمحض إرادة المدين فإن الالتزام لا يكون قائماً لأن ترك زمام الرابطة القانونية فى يد المدين وحده يتنافى مع وجود الالتزام ذاته، إذ سيكون له أن يلتزم أن شاء أو أن لا يلتزم إن شاء أيضاً، بمعنى أنه لم يلتزم فى الحقيقة بأى التزام.

ثالثاً: أن يكون الشرط ممكناً:

من مستلزمات فكرة التعليق بالشرط الاحتمال، أى احتمال وقوعه أو عدم وقوعه. فإذا انتفى احتمال الوقوع انتفت حقيقة التعليق، وينتفى احتمال الوقوع إذا كانت الواقعة المشروطة مستحيلة الوقوع. ويشترط فى هذه الاستحالة أن تكون استحالة مطلقة، وأن تكون قائمة وقت التعليق على الشرط، لأن الاستحالة الطارئة لا تؤثر على صحة التعليق بل تؤدي إلى تخلف الشرط(). ويستوى بعد ذلك أن تكون هذه الاستحالة استحالة مادية ترجع إلى طبيعة الأشياء، كتعهد شخص لآخر بإعطائه جائزة إذا اكتشف دواء يديم الحياة أو يحيى الموتى، أو استحالة قانونية ترجع إلى حكم القانون، كتعهد شخص لآخر بأن يهبه مالاً معيناً إذا حصل له على تنازل شخص ثالث عن نصيبه، فى تركه إنسان على قيد الحياة().

وعلى ذلك نجد أن استحالة الواقعة المشروطة تتنافى مع حقيقة التعليق، وذلك سواء كان الشرط واقفاً أو فاسخاً. ولكن يختلف تأثير هذه الاستحالة فى الالتزام ذاته باختلاف نوع الشرط. فإذا كان الشرط المستحيل واقفاً فالالتزام لن يوجد على الإطلاق لامتناع تحقق الأمر الذى علق عليه وجوده. أما إذا كان الشرط المستحيل فاسخاً فلا أثر له على الالتزام المعلق به، إذ يمتنع زوال الالتزام لأن الشرط الذى يترتب على تحققه زواله لن يتحقق، أى أن الالتزام المعلق على شرط فاسخ مستحيل هو فى الحقيقة التزام بسيط وبات. وقد نصت المادة 1/266 على هذه الأحكام فهى تقضى بأنه "لا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط غير ممكن .. هذا إذا كان الشرط واقفاً، أما إذا كان فاسخاً فهو نفسه الذى يعتبر غير قائم".

رابعاً: أن يكون الشرط مشروعاً:

ويعتبر الشرط غير مشروع إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب(). والعبرة فى تحديد عدم مشروعية الشرط ليس بعدم مشروعية الواقعة المعلق عليها، بل بالغرض الذى يهدف إليه المتعاقدان. وعلى ذلك فقد تكون الواقعة المشروطة غير مشروعة ويكون الشرط مع ذلك مشروعاً صحيحاً. فارتكاب جريمة واقعة غير مشروعة، ولكن يصح اشتراطها كشرط فاسخ للالتزام.

فتصح الهبة مع اشتراط الفسخ إن ارتكب الموهوب له جريمة معينة – إذ لا يقصد بالشرط فى هذه الحالة تحقيق أمر غير مشروع، بل على العكس المقصود من الشرط فى هذه الحالة منعه – وبالعكس قد تكون الواقعة مشروعة والشرط غير مشروع، كتعليق فسخ الهبة على عدم ارتكاب الموهوب له لجريمة معينة. فعدم ارتكاب الجريمة أمر مشروع، ولكن اشتراطها شرطاً فاسخاً جعل الشرط ذاته غير مشروع، لأنه قد قصد به أمر غير مشروع وهو حمل الموهوب على ارتكاب الجريمة.

جزاء الشرط غير المشروع هو البطلان. ولكن ما هو أثر بطلان الشرط على الالتزام المعلق عليه ذاته. قد فرقت المادة 226 مدنى فى هذا الصدد بين الشرط الواقف والشرط الفاسخ:

فإذا كان الشرط غير المشروع واقعاً فلا يقوم الالتزام (م 266 / 1 مدنى) لأن الشرط الواقف، وقد علق عليه وجود التزام يختلط بالبائع الدافع إلى التعاقد، والقاعدة هي بطلان التصرف إن كان البائع عليه غير مشروع، وما دام التصرف باطلاً فلن ينشأ الالتزام.

أما إذا كان الشرط غير المشروع فاسخاً. فطبقاً لنص المادة 1/266 مدنى يجب التفرقة بين حالتين أولاهما تعرض حيث يكون الشرط الفاسخ ثانوى الأهمية فيبطل الشرط ويبقى الالتزام غير مهدد بالزوال، أى يصبح التزاماً باتاً. والثانية تعرض حيث يكون الشرط عنصراً جوهرياً، فإنه يكون هو السبب الدافع للالتزام وفى هذه الحالة يبطل الشرط ولا ينشأ الالتزام. ولكن هذه التفرقة التى أتت بها المادة 266 فى شأن الشرط الفاسخ غير المشروع كانت محل نقد شديد من جانب الفقهاء، حيث أنه يصعب تصور تعليق زوال التزام على شرط فاسخ غير مشروع ثانوى الأهمية فى نظر المتعاقدين.()

المطلب الثانى الآثار التى تترتب على الشرط

إن دراسة آثار الشرط تقتضى منا التفرقة بين مرحلتين: مرحلة التعليق، أى قبل أن يعرف مصيره، سواء أكان الشرط واقعاً أم كان فاسخاً ومرحلة بعد انتهاء التعليق، أى بعد أن تتحقق الواقعة المشروطة أو تتخلف، سواء بالنسبة للشرط الواقف أو الشرط الفاسخ.

أولاً: آثار الشرط فى مرحلة التعليق

وهنا يجب أن نميز بين آثار الشرط الواقف أثناء مرحلة التعليق وآثار الشرط الفاسخ فى هذه المرحلة.

1 آثار الشرط الواقف:

تنص المادة 268 مدنى على أنه "إذا كان الالتزام معلقاً على شرط واقف، فلا يكون نافذاً إلا إذا تحقق الشرط ، أما قبل تحقق الشرط ، فلا يكون الالتزام قابلاً للتنفيذ القهرى ولا التنفيذ الاختيارى، على أنه يجوز للدائن أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ على حقه.()

الشرط الواقف هو الشرط الذى يتوقف عليه وجود الالتزام، بحيث إذا تحقق وجد الالتزام، وإذا تخلف لم يوجد، مثال ذلك أن يلتزم أب بأن يهب ابنه مالاً معيناً إذا ولد له ولد. فالشرط الواقف يوقف وجود الالتزام إلى أن تتحقق الواقعة المشروطة(). وعلى ذلك فليس للدائن حق مؤكد، إذ لا يدرى أيتحقق الشرط أم لا يتحقق. لكن ليس معنى هذا أنه لا توجد رابطة قانونية بين الدائن والمدين أثناء فترة التعليق، فلا شك أنه ليس للمدين أن يعدل عما تعهد به ولو كان قد علق التزامه على شرط لم يتحقق بعد. فليس للدائن مجرد أمل للمدين أن يخلفه، بل له حق ولكنه حق غير مؤكد الوجود.

ويترتب على ذلك عدة نتائج:

أنه لا يجوز للدائن أثناء فترة التعليق أن يباشر أى إجراء من إجراءات التنفيذ فى مواجهة المدين. بل إذا أوفى المدين للدائن أثناء فترة التعليق حقه وفاء اختياريّاً فله أن يسترد ما وفاه لأنه يكون قد أدى غير المستحق، فالالتزام المعلق على شرط واقف لا يقبل التنفيذ الفورى أو التنفيذ الاختيارى (م 268 مدنى). وفى ذلك تنص المادة الفقرة الثانية من المادة 13045 من التقنين المدنى الفرنسى الجديدة على أنه "يجوز استرداد ماتم دفعه طالما أن الشرط الواقف لم يتحقق بعد." ليس للدائن أن يتمسك بالمقاصة فى مواجهة المدين أثناء مرحلة التعليق لأن المقاصة طريق لاستيفاء الحق. ليس للدائن أن يباشر الدعوى البوليصة لأنها لا تستلزم أن يكون حق الدائن موجوداً فحسب بل تتطلب علاوة على ذلك أن يكون حقه مستحق الأداء.

لا يسرى التقادم أثناء فترة التعليق بالنسبة للالتزام المعلق على شرط واقف لأنه لا يستحق الأداء إلا من وقت تحقق الشرط.()

إذا كان الالتزام المعلق التزاماً بنقل ملكية شئ معين بالذات فلا تنتقل الملكية إلى الدائن إلا معلقة على الشرط الواقف، وذلك سواء أكان الشئ منقولاً أو عقاراً وتم تسجيل التصرف ويكون المدين مالكاً تحت شرط فاسخ. إذا كانت هذه الآثار تترتب على اعتبار أن للدائن حقاً غير مؤكد الوجود إلا أنه على أية حال لهذا الدائن حق وليس مجرد أمل. ويترتب على ذلك ما يلى:

أن للدائن أن يتخذ بمقتضاه من الإجراءات ما يكفل له المحافظة على حقه (م 268 مدنى) فإذا كان الالتزام بنقل ملكية عقار جاز للدائن أن يسجل العقد حتى تنتقل إليه الملكية معلقة على شرط واقف، كما يجوز له أن يقيد الرهن المقرر لضمان هذا الحق. ويجوز له أن يرفع دعوى صحة التوقيع، ودعوى غير مباشرة، ودعوى صورية حيث لا يشترط فى الدعويتين الأخيرتين أن يكون حق الدائن مستحق الأداء، وله علاوة على ذلك أن يتدخل فى إجراءات القسمة وفى الدعاوى التى يكون المدين طرفاً فيها. ويجوز له طلب تعيين حارس على العين المملوكة تحت شرط واقف، إذا كان المدين ينازع فى هذا الحق ويخشى على العين بسبب هذه المنازعة.

أن حق الدائن ينتقل بوصفه إلى ورثته إذا توفى أثناء فترة التعليق. كما يجوز له أن يتصرف فيه حال حياته، وأن يوصى به .

2 آثار الشرط الفاسخ:

الشرط الفاسخ هو الشرط الذى يترتب على وقوعه زوال الالتزام. وعلى ذلك فإن الالتزام المعلق على شرط فاسخ التزام قائم ونافذ فى أثناء فترة التعليق، وإن كان مهدداً بخطر الزوال. ولذلك يأخذ الالتزام المعلق على شرط فاسخ، فى أثناء مرحلة التعليق حكم الالتزام البسيط غير الموصوف. بمعنى أنه يعتبر موجوداً وواجب النفاذ فور نشوئه وإن كان قابلاً للزوال، مما يجعل التصرفات التى يأتيتها الدائن بهذا الالتزام معلقة على نفس الشرط الفاسخ المعلق عليه حقه.

ويترتب على اعتبار أن الالتزام المعلق على شرط فاسخ، التزام موجود ونافذ فى مرحلة التعليق النتائج الآتية:

- أن للدائن أن يباشر أى إجراء من إجراءات التنفيذ فى مواجهة المدين. وإذا قام المدين بالوفاء بالتزامه المعلق على شرط فاسخ يعتبر وفاؤه وفاء بالتزام مستحق الأداء.
- يجوز للدائن أن يتمسك بالمقاصة بين حقه وبين ما قد ينشأ فى ذمته من التزام لصالح مدينه ولو كان هذا الالتزام باتاً.()
- ويسرى التقادم أثناء فترة التعليق بالنسبة للالتزام المعلق على شرط فاسخ لأنه التزام مستحق الأداء.
- يجوز للدائن أن يباشر الدعوى البوليصة إذ أن حقه مستحق الأداء.
- إذا كان الالتزام بنقل ملكية شئ فإن الملكية تنتقل إلى الدائن بمجرد الإفراز فى المنقول وبالتسجيل فى العقار، غير أنها ملكية مهددة بالزوال. فيكون مالكاً تحت شرط فاسخ كما كان دانناً بنفس الشرط. وبذلك يكون مصير تصرفاته معقوداً بمصير الشرط. أما المدين فهو مالك تحت شرط واقف إذ يترتب على تحقق الواقعة المشروطة أن تزول الملكية عن الدائن وتثبت الملكية للمدين.

ثانياً: آثار الشرط بعد انتهاء التعليق

يجب أن ندرس، فى هذا الصدد متى ينتهى التعليق، ثم نعرض بعد ذلك لآثار انتهاء التعليق، وأخيراً نقف على حقيقة قاعدة الأثر الرجعى للشرط والاستثناء الواردة عليها.

أ انتهاء التعليق بتحقيق الشرط أو تخلفه:

تنتهى مرحلة التعليق إذا ما تحدد مصير الشرط بأن تحقق أو تخلف. ولا يعتبر الشرط قد تحقق إلا إذا وقعت الواقعة المشروطة على النحو المتفق عليه بين المتعاقدين، فإذا تحدد ميعاد معين لوقوعها فإن الشرط يعتبر متخلفاً إذا لم تقع الواقعة المشروطة قبل انقضاء هذا الميعاد، ولو وقعت بعد ذلك. أما إذا لم يحدد ميعاد معين لوقوعها. فإن الالتزام يظل معلقاً مهما طال المدة دون أن يقع الأمر المشروط، إلا إذا كان من المؤكد أنه لن يقع فيعتبر الشرط قد تخلف منذ هذا الوقت. ويلاحظ أن الشرط يعتبر متحققاً حكماً ولو تخلف إذا كان الطرف الذى له مصلحة فى أن يتخلف، كالمدين فى الشرط الواقف والدائن فى الشرط الفاسخ، قد حال دون تحققه بفعله مثال ذلك أن يشترط الواهب فسخ الهبة إذا ولد له فيعمل الموهوب له على إجهاض زوجة الواهب لكى يمنع تحقق الشرط الفاسخ. ويعتبر الشرط متخلفاً حكماً ولو تحقق، إذا كان تحققه راجعاً إلى فعل من جانب الطرف الذى له مصلحة فى أن يتحقق، كالدائن فى الشرط الواقف والمدين فى الشرط الفاسخ. كمن يؤمن على مال له ضد خطر معين ثم يعمل على تعجيل وقوع هذا الخطر.

ب أثر انتهاء التعليق:

ينتهى التعليق بتحقيق أو بتخلف الشرط، ويترتب على ذلك عدة آثار سواء بالنسبة للشرط الواقف أو الشرط الفاسخ.

1 أثر تخلف الشرط

يختلف هذا الأثر باختلاف ما إذا كان الشرط شرطاً واقفاً أو شرطاً فاسخاً. إذا كان الشرط واقفاً وتخلف، فإن حق الدائن يصبح عدماً أى امتنع وجوده(). ويترتب على ذلك زوال كل الإجراءات التحفظية التى اتخذها الدائن أثناء فترة التعليق، وزوال التصرفات التى صدرت منه فى شأن هذا الحق. إذا كان الشرط فاسخاً وتخلف، فإن الالتزام الذى كان مهدداً بالزوال أثناء فترة التعليق يزول عنه هذا الخطر ويتأيد نهائياً، وتتأيد بالتالى جميع التصرفات التى يكون قد أجراها الدائن أثناء فترة التعليق.

2 آثار تحقق الشرط

يختلف هذا الأثر باختلاف ما إذا كان الشرط واقفاً أو شرطاً فاسخاً. إذا كان الشرط واقفاً وتحقق، فإن حق الدائن يتأكد وجوده ويصبح حقاً نافذاً مستحق الأداء، ويكون للدائن مباشرة الإجراءات التنفيذية، ويكون الوفاء إليه صحيحاً لا سبيل إلى استرداده، كما يكون له رفع الدعوى البوليصة، ويسرى التقادم من وقت تحققه وله أن يتمسك بالمقاصة إذا توافرت شروطها الأخرى ويعتبر حق الدائن حقاً موجوداً ونافذاً مستحق الأداء ليس فقط منذ تحقق الشرط بل من وقت الاتفاق على انشائه عملاً بفكرة الأثر الرجعى للشرط(). ويترتب على ذلك عدة نتائج:

- إذا كان المدين قد وفى الدين عن غلط أثناء فترة التعليق ولم يكن قد استرد بعد ما دفع، فإنه لا يستطيع استرداده بعد تحقق الشرط إذ يعتبر أن حق الدائن كان موجوداً مؤكداً من وقت الاتفاق على انشائه.

- إذا كان حق الدائن المعلق على شرط واقف مضموناً برهن، وقيد الرهن قبل تحقق الشرط فإن الرهن يأخذ مرتبته من تاريخ قيده لا من تاريخ تحقق الشرط.
- إذا صدر قانون جديد أثناء فترة التعليق يعدل من شروط إنشاء الالتزام، كاشتراط الرسمية مثلاً، فإن هذا القانون لا يسرى على الالتزام المعلق بعد تحقق الشرط، إذ يبقى هذا الالتزام خاضعاً للقانون القديم بفضل الأثر الرجعي للشرط، إذ يعتبر الحق موجوداً منذ البداية أى منذ أن كان التشريع القديم سارياً.
- إذا كان الالتزام المعلق على شرط واقف التزاماً بنقل ملكية شئ، وكان الدائن قد تصرف فى الشئ أثناء فترة التعليق، باعتباره مالِكاً للشئ تحت شرط واقف، ثم تحقق الشرط بعد ذلك، فإنه يعتبر قد تصرف فيما يملك لأنه يعتبر مالِكاً للشئ وقت التصرف، فيكون تصرفه صحيحاً نافذاً، وكذلك بالنسبة للمتصرف إليه إذ تنتقل إليه الملكية من وقت التعاقد مع المالك لا من تحقق الشرط وذلك بفضل الأثر الرجعي للشرط. على العكس من ذلك تصرفات المدين، وهو مالِك للشئ تحت شرط فاسخ، تعتبر صادرة من غير مالِك.
- أما إذا كان الشرط فاسخاً وتحقق فإن حق الدائن الذى كان موجوداً أثناء فترة التعليق يزول ويعتبر كأنه لم يوجد أصلاً.) . ويترتب على الأثر الرجعي لزوال الالتزام عدة نتائج:
- إذا كان المدين قد وفى به أثناء فترة التعليق كان له استرداد ما دفع بدعوى رد غير المستحق، ومن باب أولى يكون له الاسترداد إذا كان وفى عن غلط بعد تحقق الشرط. تزول كافة الإجراءات التنفيذية والتحفيزية التى يكون الدائن قد باشرها أثناء فترة التعليق للتنفيذ بحقه أو للمحافظة عليه.
- إذا كان الالتزام المعلق على شرط فاسخ التزاماً بنقل ملكية شئ وانتقلت الملكية بمقتضاها أثناء فترة التعليق، كالمشتري تحت شرط فاسخ، فإن تحقق الشرط الفاسخ زالت الملكية عن الدائن بأثر رجعي، وكان العين لم تخرج أبداً عن ملك المدين. ويترتب على ذلك أن التصرفات التى صدرت من الدائن فى شأن الشئ المتصرف فيه أثناء فترة التعليق تعتبر صادرة من غير مالِك ولا تنفذ فى مواجهة المدين وهو المالك الحقيقى.

ج - فكرة الأثر الرجعي للشرط:

فى هذا الصدد سنعرض لقاعدة الأثر الرجعي للشرط وتأصيلها، ثم ندرس بعد ذلك الاستثناءات الواردة عليها.

1- تأصيل قاعدة الأثر الرجعي للشرط:

تعتبر قاعدة الأثر الرجعي للشرط من التقاليد الموروثة عن القانون الرومانى. وقد أثارت هذه القاعدة الخلاف بين الكثير من الفقهاء، كما تباينت بصدها التشريعات، بين مؤيد ومعارض لها. وقد ظل المشرع المصرى أميناً على هذه التقاليد الموروثة وصاغ قاعدة الأثر الرجعي فى المادة 1/ 270 فنص على أنه "إذا تحقق الشرط استند أثره إلى الوقت الذى نشأ فيه الالتزام، إلا إذا تبين من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أن وجود الالتزام أو زواله إنما يكون فى الوقت الذى تحقق فيه الشرط" وعلى ضوء هذا النص سنباحول تأصيل قاعدة الأثر الرجعي سواء من حيث الصياغة، أو الأساس القانونى، أو الاعتبارات العملية.

فمن حيث الصياغة نجد أن الأثر الرجعي مجاز أو افتراض قانونى، فمن حيث الواقع والحقيقة لم يكن للالتزام المعلق على شرط واقف وجوداً مؤكداً فى فترة التعليق، كما أن الالتزام المعلق على شرط فاسخ كان قائماً بالفعل أثناء فترة التعليق. وعلى ذلك فالقول بأنه بتحقيق الشرط الواقف يعتبر أن الالتزام كان باتاً و نافذاً من وقت الاتفاق على إنشائه، وبأن يتحقق الشرط الفاسخ يعتبر كأن الالتزام لم ينشأ أصلاً، قول يجرى على خلاف الحقيقة، فهو يقوم على المجاز أو الافتراض القانونى.

فمن حيث الأساس القانونى، وكما يبدو من نص المادة 1/ 270 مدنى مصرى، أن الأثر الرجعي يعتبر تفسيراً لإرادة المتعاقدين. ولذلك يستبعد الأثر الرجعي إذا تبين من هذه الإرادة أو طبيعة العقد أن وجود الالتزام أو زواله، إنما يكون فى الوقت الذى تحقق فيه الشرط.

فمن حيث الاعتبارات العملية نجد أن المشرع أراد بإسناد أثر الشرط إلى الماضى حماية حقوق الطرف الذى تحقق الشرط لمصلحته، وهو الدائن فى الشرط الواقف أو المدين فى الشرط الفاسخ. وعلى ذلك إذا كان الالتزام المعلق التزاماً بنقل ملكية شئ فإن مالِكه أثناء فترة التعليق هو المدين، البائع إن كان الالتزام معلقاً على شرط واقف، أو هو الدائن، المشتري، إذا كان الالتزام معلقاً على شرط فاسخ، فإذا تحقق الشرط، ولم يكن له أثر رجعي، لترتب على ذلك أن الملكية لن تنتقل إلى الطرف الآخر إلا منذ ذلك الوقت، فتتخذ فى حقه التصرفات التى تمت فى أثناء فترة التعليق. وبذلك يتلقى الدائن، المشتري تحت شرط واقف فى الالتزام الذى كان معلقاً على شرط واقف، العين محملة بالحقوق التى قررهما المدين، البائع، للغير قبل تحقق الشرط. ويتلقى المدين، البائع، فى الالتزام الذى كان معلقاً على شرط فاسخ، العين محملة بالحقوق التى قررهما الدائن، المشتري تحت شرط فاسخ، للغير أثناء فترة التعليق. ولكى ينفذى المشرع هذه النتيجة جعل للشرط أثراً رجعياً بحيث يصبح المشتري تحت

شرط واقف بعد تحقق الشرط مالكاً للشيء المبيع منذ البداية، أى من الوقت الذى نشأ فيه الالتزام وبذلك يعتبر البائع غير مالك منذ ذلك الوقت وبالتالي تعتبر التصرفات التى صدرت منه أثناء فترة التعليق غير نافذة فى حق المشتري لصدورها من غير مالك. وبالمثل يصبح المشتري تحت شرط فاسخ بعد تحقق الشرط غير مالك للشيء المبيع منذ البداية، أى من الوقت الذى نشأ فيه الالتزام وبذلك يعتبر كأن المبيع لم يخرج أبداً من ملك البائع وبالتالي تعتبر التصرفات التى صدرت من المشتري قبل تحقق الشرط الفاسخ غير نافذة فى حق البائع وهو المالك الحقيقى.

2 الاستثناءات من الأثر الرجعى:

إن قاعدة الأثر الرجعى للشرط تعد من حيث الصياغة القانونية مجازاً أو افتراضاً قانونياً مخالفاً للحقيقة، يجد أساساً له فى تفسير إرادة المتعاقدين، وتبريراً له فى الاعتبار العملية. والتسليم بهذه الحقيقة له فائدة عملية من حيث أن يؤدى إلى قصر الأثر الرجعى فى الحدود التى أرادها المشرع، فلا يتوسع فى نتائجه خارج هذه الحدود. وعلى ضوء ذلك نستطيع أن نفهم الاستثناءات التى أوردها المشرع على قاعدة الأثر الرجعى للشرط وسنعرض فيما يلى لبعض هذه الاستثناءات:

1. يجوز للمتعاقدين الاتفاق على استبعاد الأثر الرجعى للشرط، أى الاتفاق على ترتيب أثر الالتزام من وقت تحقق الشرط لا من وقت الاتفاق عليه م (1/270) وهذا الاستثناء مبرره أن قاعدة الأثر الرجعى ليست إلا تفسيراً للإرادة.

2. يستبعد الأثر الرجعى للشرط إذا كانت طبيعة العقد تقتضى أن يكون وجود الالتزام أو زواله من وقت تحقق الشرط لا من وقت الاتفاق عليه م (1/270). وذلك هو الحال فى العقود الزمنية حيث أن الزمن فيها عنصر جوهري فيستحيل فيها الأثر الرجعى مثال ذلك أن يشترط شرط فاسخ فى عقد الإيجار () أو عقد التوريد، وتم تنفيذ العقد خلال مدة معينة ثم تحقق الشرط، فلا يكون لهذا الشرط أى أثر رجعى، لأن ما تم تنفيذه لا يمكن الرجوع فيه، ويقتصر أثره على إنهاء العقد بالنسبة للمستقبل.

3. أعمال الإدارة التى تصدر من الدائن تبقى نافذة رغم تحقق الشرط الفاسخ (م 2/269) والعلة من هذا الاستثناء هو عدم تعطيل استغلال العين محل الالتزام أثناء فترة التعليق، لأنها لو خضعت لقاعدة الأثر الرجعى للشرط لأحجم الغير عن التعامل فى شأنها مع المالك تحت شرط فاسخ، لاحتمال تحقق الشرط وزوال ملكية الدائن، وما يترتب عليها من أعمال الإدارة بأثر رجعى. ويشترط لإعمال هذا الاستثناء أن تكون أعمال الإدارة قد تمت بحسن نية، بأن يكون الإيجار مثلاً قد عقد لمدة معقولة وبأجرة المثل ووفقاً لشروط مادية مقبولة وهذا الحكم ينصرف أيضاً إلى أعمال الإدارة التى تقع من المدين تحت شرط واقف لتوافر العلة.

4. لا يكون للشرط أثر رجعى إذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب أجنبى لا يد للمدين فيه (م 270 مدنى) وهذا الحكم عام ينطبق على الشرط الواقف والشرط الفاسخ. ومقتضى هذا النص أن تبعة الهلاك لا تخضع لقاعدة استناد أثر الشرط وقت نشوء الالتزام.

وعلى ذلك فإذا كان الشرط واقفاً، كما لو بيعت عين معينة تحت شرط واقف، ثم هلكت العين بسبب أجنبى قبل تحقق الشرط، فقد كان مقتضى الأثر الرجعى للشرط عند تحققه اعتبار أنها كانت على ملك الدائن (المشتري المالك تحت شرط واقف) فتهلك عليه إذا كان قد تسلمها وعلى البائع إن لم يكن قد تسلمها طبقاً للقواعد العامة. ولكن المادة 270 مدنى قد استبعدت الأثر الرجعى للشرط ولذلك فإن هلاك العين يمنع من نشوء الالتزام لانعدام المحل ولا يكون للعقد أثر ولو تحقق الشرط بعد ذلك ويجرى الأمر كما لو كان الطرفان لم يتعاقدا أصلاً على البيع ويكون هلاك الشيء على مالكه، وهو البائع، سواء كان الهلاك قبل التسليم أو بعده.

أما إذا كان الشرط فاسخاً، وهلكت العين المبيعة بسبب أجنبى قبل تحقق الشرط، فقد كان مقتضى الأثر الرجعى للشرط عند تحققه اعتبار العقد كأن لم يكن وأن الشيء لم يخرج أصلاً من ملك البائع فيكون الهلاك عليه سواء كان هذا الهلاك قبل التسليم أو بعده، ولكن المادة 270 قد استبعدت الأثر الرجعى للشرط، ولذلك فإن تبعة الهلاك ترتبط بالتسليم، فإذا كان المشتري قد تسلم العين المبيعة وهلكت فى يده لسبب أجنبى فإن هلاكها يكون على المشتري لا على البائع ولو تحقق الشرط الفاسخ بعد ذلك.

5. سريان مدة التقادم المسقط من وقت تحقق الشرط الواقف لا من وقت الاتفاق استثناء من قاعدة الأثر الرجعى للشرط (م 2/381 مدنى) والعلة من ذلك أنه لا يتصور أن يسرى التقادم فى وقت، أى فى فترة التعليق، لم يكن يستطيع الدائن فيه أن يطالب المدين بالتنفيذ.

هذه هى طائفة من الاستثناءات التى ترد على قاعدة الأثر الرجعى للشرط، وهناك غيرها، كما فى الشفعة والثمار وتطهير العقار من الرهن. هذه الاستثناءات تدعونا إلى التساؤل عن الجدوى الحقيقية لقاعدة الأثر الرجعى للشرط. وقد دفعت كثرة هذه الاستثناءات بعض الفقهاء إلى المطالبة بالاستغناء عنها ورد النتائج التى تبنى عليها إلى قواعد أخرى تصلح أساساً لها دون اللجوء إلى الافتراض.

السابق، فقرة 107 ص 93.

المبحث الثاني الأجل

لدراسة الأجل يجب أن نفق أولاً على التعريف به وأنواعه، ثم نعرض بعد ذلك للآثار التي تترتب عليه، وأخيراً نتعرف على أسباب انقضاء الأجل وسقوطه.

المطلب الأول التعريف بالأجل وأنواعه

ويقتضى التعريف بالأجل أن نفق على ماهية الأجل وبيان خصائصه ثم نعرض بعد ذلك لأنواع الأجل.
أولاً: ماهية الأجل وخصائصه:

قد عرفت المادة 1/271 مدني الأجل، ومن هذا التعريف نستطيع أن نتبين خصائص الأجل.

1 ماهية الأجل:

الأجل هو أمر مستقبل محقق الوقوع يترتب عليه نفاذ الالتزام أو انقضاؤه دون أن يكون لذلك أثر رجعي (33) وكما هو واضح من هذا التعريف أن الأجل إما أن يكون واقعاً يترتب عليه إرجاء نفاذ الالتزام، وإما أن يكون فاسخاً فيؤدي إلى انقضاء الالتزام. والأجل الفاسخ لا يعتبر وصفاً للالتزام بالمعنى الفني الدقيق لأنه لا يعدل من آثار الالتزام، إذ يجوز للدائن أن يطلب تنفيذ الالتزام المضاف إلى أجل فاسخ فور نشوئه فالأجل الفاسخ هو الذي يحدد النطاق الزمني للالتزام.

[33] أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة 232 ص 210. تنص المادة 1305 من التقنين المدني الفرنسي بعد تعديله في 2016 على أن "يكون الالتزام لأجل عندما يبرأ استحقاقه إلى وقوع حدث مستقبل ومحقق الوقوع". وتنص المادة 1305 1 على أنه "يجوز أن يكون الأجل صريحاً أو ضمناً"، "عند عدم الاتفاق، يجوز للقاضي تحديد الأجل أخذاً في الاعتبار طبيعة الالتزام ومركز الأطراف".

2 خصائص الأجل:

والأجل سواء كان واقعاً أو فاسخاً، يتسم بعدة خصائص فهو أمر مستقبل، وأمر محقق الوقوع.
1 الأجل أمر مستقبل، فالأجل عادة ما يكون تاريخاً معيناً يحدد لنفاذ الالتزام أو لانقضائه على النحو السابق بيانه.
2 الأجل أمر محقق الوقوع: وهذا هو الفارق الجوهرى بينه وبين الشرط ولذلك نجد أن الالتزام المضاف إلى أجل مصيره معروف فإذا كان الأجل واقعاً كان من المحقق أن الالتزام سيصير نافذاً، وإن كان الأجل فاسخاً كان من المحقق أن الالتزام سينقضى. أما الالتزام المعلق على شرط فإن مصيره مجهول، فإن كان واقعاً فلا يدرى أيتحقق الالتزام أم يتخلف فيمتنع وجوده، وإن كان فاسخاً فلا يدرى أيتحقق فيزول الالتزام أم يتخلف فيتأيد الالتزام نهائياً.
لكن إذا كان الأجل أمر محقق الوقوع إلا أن هذا لا يقتضى التيقن من تاريخ الوقوع، فميعاد حلول الأجل قد يكون محدد التاريخ، وقد يكون غير معروف التاريخ، ومع ذلك يبقى الأجل محقق الوقوع. وقد نصت المادة 272/2 على أنه "يعتبر الأجل محقق الوقوع متى كان وقوعه محتملاً، ولو لم يعرف الوقت الذي يقع فيه" وعلى ذلك فإن الموت يعتبر أجلاً رغم انتفاء التيقن من حينه لأن وقوعه أمر محتم لا شبهة فيه. فعدم التيقن ينصب هنا على تاريخ وقوع الأمر لا على الأمر ذاته. أما إذا كان عدم التيقن ينصب على الأمر ذاته لا على تاريخ وقوعه فإنه يعتبر شرطاً لا أجلاً.

ثانياً: أنواع الأجل

يقسم الأجل من حيث مصدره إلى أنواع ثلاث: اتفاقي، وقانوني، وقضائي.

1 الأجل الاتفاقي:

مصدره إرادة المتعاقدين. وقد يكون هذا الأجل صريحاً أو ضمناً (34). والأجل الصريح هو الذي يتفق عليه صراحة. أما الأجل الضمني فهو أجل يستخلص من ظروف التعاقد أو من طبيعة الالتزام. ومثاله الالتزام بتوريد أغذية للمدارس، فهو التزام مضاف إلى أجل واقف وهو موعد بدء الدراسة وإلى أجل فاسخ هو موعد انتهائها. وكذلك ولو كان الالتزام التزاماً بعمل يقتضى اتمامه مدة من الزمان، كالتزام المقاول والتزام الناقل يعتبر كليهما مضافاً إلى أجل واقف، ولو لم يحدده المتعاقدان صراحة، يتمثل في المدة اللازمة لتمام بناء المنزل أو نقل البضاعة. والقاضي هو الذي يحدد مدة الأجل في مثل هذه الحالات، مسترشداً في ذلك بطبيعة الالتزام وكيفية تنفيذه، ومكان التنفيذ وعرف الجهة. (35)

(34) انظر الفقرة الأولى من المادة 1305 من التقنين المدني الفرنسي السابق الإشارة إليها.

(35) انظر الفقرة الثانية من المادة 1305 من التقنين المدني السابق الإشارة إليها.

2 الأجل القانوني:

هو الأجل الذي يكون مصدره القانون ومن أمثلة الأجل القانوني الواقف الوصية إذ هي مضافة إلى أجل واقف هو موت الموصى. ومن أمثلة الأجل القانوني الفاسخ انقضاء حق الانتفاع بموت المنتفع (م 933/1) أو انقضاء الشركة بموت أحد الشركاء (م 528 مدني). ومن ذلك أيضاً ما يقرره القانون في أوقات الأزمات الاقتصادية من تأجيل لبعض الديون ويسمى هذا التأجيل Moratorium.

3 الأجل القضائي:

وهو الأجل الذي يكون مصدره القضاء وهو ما يسمى عادة بنظرة الميسرة أو مهلة الوفاء Ladélai de grâce وهذا الأجل القضائي هو أجل واقف يمنحه القاضي للمدين عاثر الحظ حسن النية إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من ذلك

ضرر جسيم (م 346 / 2). وتتميز نظرة الميسرة بأنها أضعف أثراً من الأجل الاتفاقى، فهي لا تمنع من وقوع المقاصة أو من التمسك بالحق في الحبس أو الدفع بعدم التنفيذ. [36] (36) انظر المادة 13435 من التقنين المدنى الفرنسى الجديدة، وسيتم معالجة مهلة الوفاء تفصيلاً عند عرض الأحكام الخاصة بالوفاء بالتزام بمبلغ من النقود. انظر هامش ص 210، 211 من مؤلفنا مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، طبعة 2020.

المطلب الثانى آثار الأجل

فقد سبق أن رأينا أن الأجل الفاسخ لا يعتبر وصفاً بالمعنى الفنى الدقيق حيث أنه لا يعدل من آثار الالتزام.

يجب التفرقة فى هذا الصدد بين الأجل الواقف والأجل الفاسخ.

أولاً: أثر الأجل الواقف:

القاعدة أنه "إذا كان الالتزام مقترناً بأجل واقف فإنه لا يكون نافذاً إلا فى الوقت الذى ينقضى فيه الأجل، على أنه يجوز للدائن، حتى قبل انقضاء الأجل، أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقوقه، وله بوجه خاص أن يطالب بتأمين إذا خشى إفلاس المدين أو إفساره واستند فى ذلك إلى سبب معقول" (م 274 / 1 مدنى). [37] وعلى ضوء ذلك نجد أن الأجل الواقف يترتب عليه إرجاء نفاذ الالتزام إلى أن يحل الأجل المحدد. ولكن من ناحية أخرى فإن الأجل لا يؤثر على وجود الالتزام لأنه أمر مستقبلي محقق الوقوع. ولذلك فإن هناك آثار تترتب على وجود الالتزام، وآثار أخرى تترتب على عدم نفاذه.

(37) تنص المادة 1305 2 من التقنين الفرنسى بعد تعديله 2016 على أنه "ملا يكون مستحقاً فى أجل معين لا يجوز المطالبة به قبل استحقاقه، لكن ماتم الوفاء به مقدماً لايجوز إسترداده."

1- الآثار التى تترتب على وجود الالتزام قبل حلول الأجل:

الالتزام المضاف على أجل واقف التزام موجود. ويترتب على وجود الالتزام عدة نتائج نجمها فيما يلى: للدائن أن يتخذ من الإجراءات ما يكفل له المحافظة على حقه – كقيد الرهن المقرر لضمان حقه، وتجديد هذا القيد، والتدخل فى إجراءات القسمة التى يكون المدين طرفاً فيها، وله أن يطلب وضع الأختام، كما له التدخل فى الدعاوى المرفوعة من المدين أو عليه ليحول دون وقوع غش أو تواطؤ للإضرار بحقه.

للدائن أن يطالب بتأمين إذا خشى إفلاس مدينه أو إفساره واستند فى ذلك إلى سبب معقول (م 274 / 1). فإذا لم يقدم التأمين المطلوب، كان للدائن أن يطالب بسقوط الأجل قياساً على حكم المادة 2 / 273 التى تقضى بسقوط الأجل إذا لم يقدم المدين ما وعد فى العقد بتقديمه من تأمينات.

للدائن أن يلجأ إلى الدعوى غير المباشرة ودعوى الصورية للمحافظة على ضمانه العام، أما الدعوى البوليصية فلا يستطيع الدائن الالتجاء إليها لأن حقه غير مستحق الأداء.

2- الآثار التى تترتب على عدم نفاذ حق الدائن قبل حلول الأجل:

- إذا كان الالتزام المضاف إلى أجل واقف التزام موجود ولكن غير نافذ. ويترتب عدم نفاذ الالتزام عدة نتائج نجمها فيما يلى:
- لا يجوز للدائن أن يجبر المدين على وفاء الالتزام المؤجل قبل حلول الأجل. فالالتزام المؤجل التزام غير مستحق الأداء لا يقبل التنفيذ الجبرى. وإذا رفع الدائن دعوى ضد المدين يطالبه بالوفاء قبل حلول الأجل كان للمدين أن يدفع بعدم قبولها. كما لا يجوز لدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بالوفاء ولو أعلن أنه لن يقوم بتنفيذ الحكم إلا بعد حلول الأجل.
- لا يجوز للدائن أن يتمسك بالمقاصة القانونية بين حقه المؤجل وبين ما قد ينشأ فى ذمته من دين لمدينه، فالمقاصة القانونية نوع من الوفاء القهرى فلا تقع إلا بين دينين مستحقى الأداء (م 362 / 1 مدنى).

- لا يسرى التقادم المسقط إلا من وقت حلول الأجل لأنه قبل حلول الأجل لم يكن للدائن أن يطالب بحقه.
- إذا وفى المدين مع علمه بقيام الأجل اعتبر هذا منه نزولاً عن الأجل، لكن إذا كان المدين يجهل قيام الأجل فله الرجوع على الدائن بدعوى غير المستحق ليسترد ما أداه (م 183 / 1).

- ولما كان الأجل أمر محقق الوقوع، فإذا استرد المدين ما دفعه فمن المحقق أنه سيكون مجبراً على أدائه ثانية عند حلول الأجل، ولذلك أجاز المشرع للدائن، بدلاً من أن يرد الدين ثم يستوفيه ثانية عند استحقاقه، أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل فى حدود ما لحق المدين من ضرر (م 183 / 2) وفى هذا ما يحقق مصلحة الدائن من انتقاء إفسار مدينه دون الإضرار بهذا الأخير. فمثلاً إذا كان الالتزام الذى لم يحل أجله مبلغاً من النقود، التزم الدائن أن يرد للمدين فائدتها بسعرها القانونى أو الاتفاقى عن المدة الباقية لحلول الأجل.

حلول الأجل:

يترتب على حلول الأجل أن يصبح الالتزام منجزاً فيصير حق الدائن مستحق الأداء وترتب عليه كافة آثار الالتزام لكن دون أن يكون لحلول الأجل أثر رجعى، فلا يعتبر الالتزام نافذاً من وقت الاتفاق بل من وقت انتهاء الأجل فحسب. وتطبيقاً لذلك يكون للمدين أن يدفع بعدم قبول دعوى الدائن إذا كان قد رفعها مطالباً بالوفاء قبل حلول الأجل ولو انتهى الأجل أثناء نظر الدعوى. ومما تجدر الإشارة إليه أن مجرد انتهاء الأجل لا يكفى لاعتبار المدين متأخراً إذا لم يقم بتنفيذ التزامه، بل لابد من

إعذاره ما لم يوجد نص أو اتفاق على خلاف ذلك[38]. وبحلول الأجل يصبح حق الدائن مستحق الأداء وبالتالي يستطيع استعمال الدعوى البوليصية واتخاذ إجراءات التنفيذ لاستيفاء حقه، ويسرى التقادم المسقط، ويمكن أن تقع المقاصة بين حق الدائن وبين ما ينشأ في ذمته من دين لمدينه إذا توافرت شروط المقاصة الأخرى.

(38) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 137 ص 285، أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة 235 ص 214، 215.

ثانياً: أثر الأجل الفاسخ:

يقتصر أثر الأجل الفاسخ على مجرد وضع حد زمني ينتهي به الالتزام. وعلى ذلك فالالتزام قبل انتهاء الأجل الفاسخ موجود ونافذ، أى أن للدائن حقاً مستحق الأداء، ويترتب عليه كافة آثار الالتزام المنجز كل ما هنالك إذا انتهى الأجل الفاسخ انقضى الالتزام بالنسبة للمستقبل فقط دون أن يكون له أثر رجعي (م 274 / 2 مدنى). فعقد الإيجار ينتهي بانتهاء الأجل المحدد له. وعقد الإيراد المرتب مدى الحياة ينتهي ب وفاة الدائن. وانتهاء العقد يكون بالنسبة للمستقبل دون أن يكون له أثر رجعي. لكن الأجر والمرتببات التي استحققت عن المدة السابقة على انقضاء الأجل ولم يتم الوفاء بها تظل ديناً يلتزم به المستأجر والمدين. ولذلك نجد أن الأجل الفاسخ لا يعتبر وصفاً للالتزام بالمعنى الفني الدقيق وإنما هو أجل لانقضاء الالتزام بتمام تنفيذه[39]. ولذلك فقد يكون أكثر دقة في التعبير أن يستبدل باصطلاح "الأجل الفاسخ" اصطلاح "الأجل المنهى" إذ أن الفسخ قد يثير في الذهن معنى الأثر الرجعي في حين أن الأجل مجرد من هذا الأثر[40].

(39) عبد المنعم البدرأوى، المرجع السابق، فقرة 191 ص 216.

(40) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 138 ص 285، 286.

المطلب الثالث انقضاء وسقوط الأجل

في هذا الصدد سنعرض لطرق انقضاء الأجل، ثم ندرس بعد ذلك أسباب سقوط الأجل.

أولاً: طرق انقضاء الأجل

إن حلول الأجل هو الطريق الطبيعي لانقضائه، سواء كان الأجل واقعاً أو فاسخاً. لكن قد ينته الأجل قبل حلوله بالتنازل عنه ممن قرر الأجل لمصلحته.

1 حلول الأجل:

يحل الأجل إذا تحقق الأمر المنتظر، الوفاة مثلاً، أو انقضى الميعاد المضروب.

2 النزول عن الأجل:

ينقضى الأجل بالنزول عنه من جانب ممن تقرر هذا الأجل لمصلحته، ويقع ذلك بإرادته المنفردة. لكن إذا كان الأجل قد تقرر لمصلحة المتعاقدين معاً، فإنه يمتنع على أيهما أن يستقل بالتنازل عنه، بل يتعين عليه الاتفاق على ذلك مع المتعاقد الآخر. ومن هنا تظهر أهمية تحديد الطرف الذي تقرر الأجل لمصلحته، لأنه إذا كان الأجل مقررراً لمصلحة المدين فيجوز له النزول عنه والوفاء بالدين قبل حلوله، على حين يمتنع على الدائن المطالبة بالدين قبل هذا الوقت. وإذا كان الأجل مقررراً لمصلحة الدائن، فله المطالبة بالوفاء قبل حلوله، على حين لا يجوز للمدين أن يتمسك بميعاد الوفاء.

والأصل في الأجل أنه مقرر لمصلحة المدين إلا إذا تبين من الاتفاق أو نص القانون أنه تقرر لمصلحة الدائن أو لمصلحة الطرفين معاً[41]. وتطبيقاً لذلك نجد أن الأجل مقرر لمصلحة المدين في القرض بدون فائدة، ولذلك يجوز له رد مبلغ القرض قبل حلول الأجل. وفي الوديعة الأجل مقرر لمصلحة الدائن، وهو المودع، ولذلك يكون له التنازل عنه ومطالبة المودع عنده برد الوديعة قبل انقضاء الأجل المتفق عليه. أما في القرض بفائدة فإن الأجل يعتبر مقررراً لمصلحة الدائن والمدين معاً، لأن من مصلحة الدائن بقاء الأجل قائماً ليحصل على ما يغله مبلغ القرض من فائدة، ومن مصلحة المدين بقاء الأجل للانتفاع بمبلغ القرض طوال مدته. ولذلك فإن الأصل أنه لا يستقل أى من الطرفين بالتنازل عن الأجل. لكن المشرع، تمشياً مع سياسة محاربة الربا أجاز للمقترض بعد انقضاء ستة أشهر على القرض أن يعلن رغبته في إلغاء العقد ورد ما اقترضه على أن يتم الرد في أجل لا يجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان، وفي هذه الحالة يلزم المدين بأداء الفوائد المستحقة عن ستة أشهر التالية للإعلان فحسب، ولا يجوز بوجه من الوجوه إلزامه بأن يؤدي فائدة أو مقابلاً من أى نوع بسبب تعجيل الوفاء، ولا يجوز الاتفاق على إسقاط حق المقترض في الرد أو الحد منه (م 544 مدنى).

(41) تنص المادة 1305 3 من التقنين الفرنسى بعد تعديله 2016 على أن "الأجل مقرر لمصلحة المدين، مالم يتبين من القانون أو من إرادة الأطراف أو من الظروف أنه مقرر لصالح الدائن أو لمصلحة الطرفين معاً"، "يجز للطرف الذى تم تحديد الأجل لمصلحته الحصرية أن ينزل عنه دون موافقة الطرف الآخر".

ثانياً: أسباب سقوط الأجل:

قد نصت المادة 273 مدنى على أسباب ثلاثة لسقوط حق المدين فى الأجل:

1 شهر الإفلاس أو الإعسار:

وعلة سقوط الأجل فى هذه الحالة هى أن الدائن لم يمنح المدين أجلاً للوفاء إلا لثقتة فى يساره، فإذا أشهر إفلاسه أو إعساره فمعنى ذلك أنه لم يكن أهلاً لهذه الثقة. كما أن إسقاط آجال الديون فى هذه الحالة تقضيه ضرورة تحقيق المساواة الفعلية بين الدائنين.

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أن الحكم بشهر الإعسار لا يترتب عليه حتماً سقوط آجال الديون إذ قد تقتضى المحكمة بالإبقاء عليه بناءً على طلب المدين. كما أن سقوط الأجل بسبب شهر الإفلاس أو الإعسار لا يتعدى أثره إلى المدين المتضامن مع المفلس أو المعسر، أو إلى كفلائه، فلا يلتزم هؤلاء بالوفاء إلا عند حلول الأجل.

2 إضعاف التأمينات الخاصة:

فيسقط حق المدين في الأجل إذا أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى للدائن من تأمين خاص ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون، ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين. أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه، فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضماناً كافياً (م 2/273 مدنى) ويتضح من ذلك أنه يشترط لسقوط الأجل في هذه الحالة توافر شروط معينة هي:

أولاً: أن يكون الإضعاف متعلقاً بتأمين خاص ويستوى أن يكون مصدر هذا الضمان الخاص الاتفاق أو القضاء أو القانون. ويستوى أن يكون الضمان الخاص قد رتب بعقد معاصر أو لاحق لنشوء الدين أو بنص القانون. وعلى ذلك لا يسقط الأجل لمجرد إضعاف الضمان العام كما لو تصرف المدين في عين مملوكة له أو أهمل في المحافظة عليها حتى هلك. كذلك لا يسقط الأجل بسبب إضعاف حقوق الامتياز العامة.

ثانياً: أن يكون إضعاف التأمين الخاص راجعاً إلى فعل المدين. ويستوى أن يكون فعلاً عمدياً أو مجرد إهمال ويترتب على ذلك أن يكون للدائن استيفاء الدين فوراً نظراً لسقوط الأجل ومع ذلك أجاز القانون للدائن أن يطالب المدين بتأمين إضافي يكمل به التأمين الأصلي مع بقاء الأجل.

أما إذا كان إضعاف الضمان الخاص راجعاً إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه، كما لو انهدم العقار المرهون بفعل قوة قاهرة أو أفلس الكفيل، فإن الأجل يسقط كذلك. غير أن المدين في هذه الحالة يستطيع أن يتوقى هذا السقوط بأن يقدم للدائن ضماناً كافياً، أى أن الخيار في هذا الفرض للمدين، على حين أنه للدائن في الفرض السابق.

ثالثاً: أن يكون إضعاف التأمين الخاص جسيماً أى إلى "حد كبير" ويقصد بذلك أن يقل التأمين عن قيمة الدين بحيث لا يعطى للدائن ضماناً كافياً للحصول على كامل حقه.

3 تخلف المدين عن تقديم ما وعد به من تأمينات:

إذا وعد المدين في العقد المنشئ للالتزام بتقديم تأمين خاص للدائن، كرهن أو كفالة، ثم تخلف عن تنفيذ ما وعد به، كان هذا سبباً لسقوط الأجل وحلول الدين. والعلة في ذلك واضحة، حيث أن الدائن لم يرض بمنح المدين أجلاً إلا اعتماداً على التأمينات الخاصة التي وعد بها المدين. (42)

(42) تنص المادة 1305 من التقنين المدني الفرنسي بعد تعديله 2016 على أنه "لا يجوز للمدين المطالبة بالاستفادة من الأجل إذا لم يقدم للدائن التأمينات التي وعد بها أو إذا انقص التأمينات التي تضمن الالتزامات"، وتنص المادة 1305 على أن "سقوط الأجل الذي تعرض له المدين لا يحتج به على الملتزمين معه، حتى ولو كانوا متضامنين".

الفصل الثانى تعدد محل الالتزام

لا يترتب على تعدد محل الالتزام تعديل آثار الالتزام في جميع الأحوال فقد يكون الالتزام متعدد المحل Obligation Cumulative وهو الذى يكون محله مشتملاً على عدة أشياء يجب على المدين أداؤها جميعاً، حتى تبرأ ذمته (43). مثال ذلك أن يلتزم المتقاضي بتقديم دار ومبلغ من النقود. وحكم هذا الالتزام هو حكم الالتزام البسيط ذى المحل الواحد، فلا تبرأ ذمة المدين إلا بأداء جميع الأشياء المعتبرة محلاً للالتزام. ولا يوجد هنا أى تعديل لآثار الالتزام.

ولكن هناك حالات أخرى يترتب على تعدد محل الالتزام تعديل في آثار الالتزام من ذلك حالة الالتزام التخييري، وحالة الالتزام البدلى. ولنر تفصيلاً حكم هذه الالتزامات.

(43) تنص المادة 1306 على أن "يكون الالتزام جمعى إذا كان محله عدة أداءات وأن تنفيذها جميعاً هو وحدة الذى يبرى ذمة المدين".

المبحث الأول الالتزام التخييري

ولدراسة الالتزام التخييري يجب أولاً معرفة متى يعتبر الالتزام تخييرياً ثم نعرض بعد ذلك لحكم الالتزام التخييري.

أولاً: متى يعتبر الالتزام تخييرياً:

يكون الالتزام تخييرياً إذا شمل محله أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا أدى واحد منها م 275 مدنى). (44)

وعلى ضوء ذلك يشترط للاحاق وصف التخيير بالالتزام ما يلى:

أن يرد الالتزام على عدة أداءات على نحو يتحقق معه قيام مكنة فعلية للخيار.

أن تكون هذه الأداءات مستوفية للشروط القانونية للمحل، وعلى ذلك فإذا التزم المدين بأحد أمرين، أحدهما غير مشروع، فلا

يكون الالتزام تخييرياً. بل هو في الحقيقة التزام بسيط غير موصوف، ويقتصر محله على الأداء الذى توافرت فيه صلاحية

الالتزام دون غيره (45). أن المدين لا يلزم عند الوفاء إلا بأداء أحد هذه المحال المتعددة فقط.

(44) تنص المادة 1307 على أن "يكون الالتزام تخييرياً إذا كان محله عدة أداءات وأن تنفيذ أحدها يبرى المدين".

(45) المذكورة الإيضاحية، في الأعمال التحضيرية، ج 3 ص 38.

ثانياً: حكم الالتزام بالتخيري:

1 لمن يثبت حق الخيار:

الأصل أن يكون الخيار للمدين ما لم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على أن يكون الخيار للدائن (م 275 مدنى). وإذا امتنع من له الخيار عن استعماله، اختلف الحكم بحسب ما إذا كان الخيار للمدين أم للدائن: فإذا كان الخيار للمدين ثم امتنع عن الاختيار أو إذا تعدد المدينون ولم يتفقوا فيما بينهم، جاز للدائن أن يطلب من القاضي تعيين أجل يختار فيه المدين أو يتفق فيه المدينون، فإذا لم يتم ذلك تولى القاضي نفسه تعيين محل الالتزام (م 276/1 مدنى). أما إذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار، أو تعدد الدائنون ولم يتفقوا فيما بينهم، عين القاضي أجلاً بناءً على طلب المدين، فإذا اقتضى هذا الأجل دون أن يتم الاختيار من جانب الدائن أو الاتفاق بين الدائنين، انتقل الخيار إلى المدين نفسه (م 276/2 مدنى) لا إلى القاضي، وذلك على خلاف الحالة السابقة. [46] تنص المادة 13071 من التقنين المدنى الفرنسى بعد تعديلها على أن "الخيار بين الأداءات يخص المدين" "إذا لم يتم ممارسة الخيار فى الوقت المتفق عليه أو فى مدة معقولة، يجوز للطرف الآخر، بعد الاعتذار، أن يمارس هذا الخيار أو يفسخ العقد" "يكون الخيار الذى تمت ممارسته نهائياً ويفقد الالتزام طابعه التخيري".

2 كيفية استعمال الخيار وأثره:

يعتبر الخيار قد تم طبقاً للقواعد العامة، إذا أخطر صاحب الحق فيه الطرف الآخر بما استقر عليه رأيه، أو متى قام المدين بالوفاء بشئ مما يرد التخيري عليه، إن كان الخيار له، أو متى طالب الدائن بشئ من الأشياء التى يشتمل عليها محل الالتزام، إن كان الخيار له ومتى تم الاختيار امتنع العدول عنه بغير رضا الطرف الآخر [47]. وباستعمال حق الخيار، يتحدد محل الالتزام فى الشئ الذى وقع عليه الخيار وينقلب الالتزام التخيري إلى التزام بسيط محله شئ واحد هو الشئ الذى وقع عليه الخيار.

ولاستعمال حق الخيار أثر رجعى، بمعنى أنه يعتبر أن الالتزام منذ نشوئه قد انحصر فى محل واحد [48] (ويترتب على ذلك أنه إذا كان الالتزام بنقل ملكية أحد شيئين، ثم وقع الخيار على أحدهما فإن الدائن يصبح مالكا لهذا الشئ لا من وقت الخيار بل من وقت العقد إن كان الشئ منقولاً معنياً بالذات) [49].

3 حكم هلاك أو استحالة أحد الأداءات أو جميعها قبل استعمال الخيار: [50]

إذا استحال تنفيذ أحد الأداءات بسبب أجنبى قبل استعمال حق الخيار، فإن الالتزام لا ينقضى بل يتحدد محله فى الشئ الآخر. أما إذا شملت استحالة التنفيذ جميع الأداءات التى يرد عليها التخيري فإن الالتزام ينقضى طبقاً للقواعد العامة. أما إذا كانت الاستحالة راجعة إلى خطأ أحد المتعاقدين فيفرق بين ما إذا كان الخطأ للمدين أم للدائن:

1 فإذا كان الخيار للمدين وكانت استحالة التنفيذ راجعة إلى خطئه فإنه يجب التفرقة بين فرضين:

- الفرض الأول: إذا كانت الاستحالة قد تناولت أحد الشيئين تحدد محل الالتزام فى الآخر وأصبح التزاماً بسيطاً
- الفرض الثانى: إذا كانت الاستحالة قد شملت كلا المحلين فإن المدين يكون مسئولاً عن قيمة آخر شئ استحال تنفيذه (م 227

2 أما إذا كان الخيار للدائن وكانت الاستحالة راجعة إلى خطئه فإنه يجب التفرقة طبقاً للقواعد العامة، بين فرضين:

- الفرض الأول: إذا كانت الاستحالة قد اقتصرت على أحد محلى التخيري تبرأ ذمة المدين من التزامه إلا إذا رأى الدائن استيفاء ما بقى الوفاء به ممكناً، على أن يؤدى للمدين قيمة ما استحال الوفاء به من جراء خطئه.
- الفرض الثانى: إذا كانت الاستحالة قد شملت كلا الشيئين برأت ذمة المدين وتعين على الدائن أن يعوضه عن قيمة أحد الشيئين وفقاً لما يختاره، أى الدائن، لأن الخيار كان له.

3 إذا كان الخيار للدائن وكانت الاستحالة راجعة إلى خطأ المدين فإنه يجب التفرقة بين فرضين:

- الفرض الأول: إذا كانت الاستحالة قد اقتصرت على أحد الشيئين فإن للدائن أن يطالب بقيمة الشئ الهالك، أو أن يطالب بما لم يهلك.
- الفرض الثانى: إذا كانت الاستحالة قد شملت كلا الشيئين معاً فيكون للدائن أن يطالب بقيمة ما يقع عليه اختياره، لأن الخيار كان له.

() [47] أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة 247، ص 222، 223.

() [48] السنهورى، الوسيط، ج 3 فقرة 97 ص 163، إسماعيل غانم المرجع السابق فقرة 154، ص 308، أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة 347، ص 223، عبد المنعم البدرأوى، المرجع السابق فقرة 240 ص 260.

() [49] إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 154 ص 308، أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة 247 ص 223.

() [50] تنص المادة 13072 من التقنين المدنى الفرنسى بعد تعديله 2016 على أنه "استحالة تنفيذ الأداء المختار تبرئ المدين، إذا كانت راجعة إلى قوة قاهرة"، وتنص المادة 13073 على أنه "يجب على المدين الذى لم يعلم باختياره، إذا أصبح أحد الأداءات مستحيلاً، أن ينفذ أحد الاداءات الأخرى". وتنص المادة 13074 على أنه "يجب على الدائن الذى لم يعلم باختياره، إذا أصبح تنفيذ أحد الاداءات مستحيلاً بسبب قوة قاهرة، أن يكتفى بأحد الاداءات الأخرى"، " تنص المادة 13075 على أنه "عندما تصبح الاداءات مستحيلة، لا يبرأ المدين إلا إذا كانت الاستحالة راجعة للقوة القاهرة، بالنسبة لكل أداء".

المبحث الثاني الالتزام البدلي

ونكتفى هنا بتحديد متى يعتبر الالتزام بدلياً، ثم نعقد مقارنة بينه وبين الالتزام التخييري.

أولاً: متى يعتبر الالتزام بدلياً؟

يكون الالتزام بدلياً إذا لم يشمل محله إلا شيئاً واحداً، ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلاً منه شيئاً آخر (م 278 مدنى). [51]

ويتضح من ذلك أنه يشترط لاحاق وصف البدل بالالتزام ما يلى:

• أن يكون للالتزام محل واحد هو المحل الأصلي.

• أن يقوم مقام هذا المحل الأصلي شئ آخر هو البديل تبرأ ذمة المدين إذا أدى هذا البديل.

مثال ذلك أن يقرض الدائن مبلغاً من النقود، يتفق معه على أنه يستطيع عند حلول الأجل، إذا لم يشأ أن يرد مبلغ القرض، أن يعطيه بدلاً منه داراً أو أرضاً معينة[52].

يجب أن يتوافر فى المحل الأصلي جميع الشروط الواجب توافرها فى محل الالتزام، وإلا كان الالتزام باطلاً. أما البديل فإن توافرت فيه الشروط أمكن أن يقوم مقام الأصل، وإلا سقط وبقي الالتزام بمحملة الأصلي قائماً، ولكن يصبح التزاماً بسيطاً ذا محل واحد دون بديل[53].

(51) تنص المادة 1308 مدنى فرنسى بعد تعديلها فى 2016 على أن "يكون الإلتزام بدلياً إذا كان محله أداء معين، ولكن للمدين رخصة القيام بأداء آخر من أجل أن تبرأ ذمته"، "ينقضى الإلتزام البدلي إذا أصبح تنفيذ الأداء المتفق عليه ابتداءً مستحيلاً بسبب القوة القاهرة.

(52) السهوى، الوسيط، ج 2 فقرة 104 ص 178.

(53) السهوى، المرجع السابق، فقرة 104، ص 179.

ثانياً: مقارنة بين الالتزام البدلي والالتزام التخييري:

يتضح مما سبق أن أهم ما يميز الالتزام البدلي عن الالتزام التخييري هو أن محل الالتزام البدلي هو الشئ الأصيل وحده مع إعطاء المدين الحق فى الوفاء ببديل عنه، فى حين أن المحل فى الالتزام التخييري هو عدة أشياء وإن كان الوفاء لا يتم إلا بواحد منها وفقاً لما يختاره صاحب الخيار. ويترتب على هذا الفرق الجوهرى بين الالتزامين عدة نتائج:

تتحدد طبيعة الالتزام البدلي من بادئ الأمر وفقاً لطبيعة الشئ الأصلي وحده دون نظر إلى البديل الذى تبرأ ذمة المدين بأدائه. فإذا كان الشئ الأصلي عقاراً كان الالتزام عقارياً ولو كان البديل منقولاً، والعكس صحيح. وكذلك الحال فيما يتعلق بتقدير قيمة الالتزام ولهذا أهميته من حيث تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع. أما إذا كان الالتزام تخييرياً فلا يمكن تحديد طبيعة الالتزام أو تقدير قيمته. إذا اختلف الشئان فى الطبيعة أو القيمة. إلا عند استعمال صاحب الخيار حقه فى الاختيار. ينقضى الالتزام البدلي إذا أصبح الوفاء بالمحل الأصلي مستحيلاً بسبب اجنبى لا يد للمدين فيه، وتبرأ ذمة المدين، ولو كان من الممكن الوفاء بالبديل. أما إذا كان الالتزام تخييرياً واستحال أحد الشئين فلا تبرأ ذمة المدين بل يجب عليه أن يؤدي إلى الدائن الشئ الآخر.

فى الالتزام البدلي ليس للدائن إلا أن يطالب بالشئ الأصلي فقط ويكون للمدين قبل الحكم أو بعده أن يعرض على الدائن البدل دون الشئ الأصلي. أما إذا كان الالتزام تخييرياً، فعلى الدائن أن يطالب بالشئين حتى يترك الخيار للمدين، إلا إذا كان هو صاحب الخيار فيستطيع أن يقصر المطالبة على ما يقع عليه اختياره.

الفصل الثالث تعدد طرفى الالتزام

1 القاعدة – انقسام الالتزام بقدر عدد الدائنين أو المدينين:

الأصل فى الالتزام هو أن يكون التزاماً بسيطاً فيه مدين واحد ودائن واحد. لكن قد يتعدد المدينون أو الدائنون. والقاعدة فى هذا الصدد هى أن ينقسم الالتزام بينهم، أى أن تتعدد الالتزام بقدر عددهم، ولو كانت هذه الالتزامات جميعاً قد نشأت من مصدر واحد. على ذلك فإن تعدد طرفى الالتزام لا يغير من قواعد تنفيذه شيئاً، لأنه ليس لكل دائن فى حالة تعدد الدائنين، أن يطالب بأكثر من حصته فى الدين، ولا يلزم كل مدين، فى حالة تعدد المدينين، إلا بقدر نصيبه فى الدين. [54]

وتعدد الأطراف إما أن يوجد ابتداءً، وإما أن يطرأ فيما بعد، أى بعد أن نشأ الالتزام فى أول الأمر بين دائن واحد ومدين واحد.

*مثال تعدد طرفى الالتزام ابتداءً أن يبيع ملاك على الشيوع العين الشائعة بينهم فيكون كل منهم دائناً للمشتري بالثمن بقدر نصيبه فى العين المبيعة. فعقد البيع فى هذه الحالة قد أنشأ فى ذمة المشتري التزامات متعددة بقدر عدد الدائنين بالثمن، وكل من هذه الالتزامات مستقل عن الآخر مما قد ينتهى به إلى مصير يختلف عن مصير غيره بالرغم من وحدة المصدر. ويتعدد المدينون إذا اشترى عدة أشخاص عيناً على الشيوع فيما بينهم، فيكون كل منهم مدين بالثمن للبائع بقدر نصيبه فى العين المشتركة، ولا يستطيع البائع أن يطالب أى منهم إلا بقدر تلك الحصة، وبذلك قد ترتب على تعدد المدينين تعدد الالتزامات.

*وقد يكون هذا التعدد طارئاً بعد أن نشأ الالتزام موحداً فى أول الأمر، ويتحقق ذلك إذا توفى الدائن عن عدة ورثة، فينقسم الحق بينهم إلى عدة حقوق، فلا يجوز لأى منهم أن يطالب المدين بما يزيد عن حصته إلا بوصفه نائباً عن الباقيين. فقد تعددت التزامات المدين بتعدد دائنيه. أما إذا توفى المدين عن عدة ورثة فإن الالتزام لا ينقسم بينهم لأنه يبقى على التركة كلها.

(54) تنص المادة 1309 مدنى فرنسى بعد تعديلها على أن "الالتزام الذى يربط عدة دائنين أو مدينين ينقسم بينهم بقوة القانون. هذا الانقسام يتم أيضاً بين ورثتهم، إذا كان هذا التزام تضامنى. إذا لم يتم تنظيم هذا الانقسام بالقانون أو بالعقد، فإنه سيتم بحصص متساوية"، " ليس لأحد من الدائنين حق إلا فى حصته فى الحق المشترك، ولا يلتزم أحد من المدينين إلا بحصته فى الدين المشترك"، " لا يصير الأمر على خلاف ذلك، فى العلاقة بين الدائنين وبين المدينين إلا إذا كان الالتزام تضامنياً أو إذا كان الاداء المستحق غير قابل للتجزئة".

2 الاستثناء – وحدة الدين نتيجة التضامن أو عدم القابلية للانقسام:

يترتب على الحاق الالتزام بوصف التضامن أو عدم القابلية للانقسام أن يحول ذلك الوصف دون انقسام الحق فى حالة تعدد الدائنين أو الالتزام فى حالة تعدد المدينين.

وللأهمية العملية للتضامن كوسيلة من وسائل الضمان الشخصى وكذلك عدم القابلية للانقسام. ونظراً لما يترتب على الحاقهما بالالتزام من تعديل فى إطار هذا الالتزام، فإنه يجب أن نعرض بشئ من التفصيل لأحكام كل منهما.

المبحث الأول التضامن

التضامن الإيجابى والتضامن السلبى:

التضامن وصف يحول دون انقسام الحق فى حالة تعدد الدائنين أو الالتزام فى حالة تعدد المدينين، وهو على هذا النحو قد يكون تضامناً إيجابياً Solidarité active أو تضامناً سلبياً Solidarité passive.

وفى كل من التضامن الإيجابى والتضامن السلبى يكون هناك التزام واحد تعدد أحد طرفيه. وفى حالة ما إذا باع الملاك على الشيوع العين الشائعة، قد يتفق فى عقد البيع على أن يكونوا جميعاً دائنين متضامنين فى الثمن، فيكون لأى منهم أن يطالب المشتري بكل الثمن. وفى حالة ما إذا اشترى عدة أشخاص عيناً على الشيوع فيما بينهم، قد يتفق على أن يكونوا جميعاً مدينين متضامنين بالثمن، فيكون للبائع أن يطالب أى منهم بالثمن كاملاً.

ولما كان فى التضامن خروج على قاعدة انقسام الالتزام فى حالة تعدد أطرافه، بحيث تتعدد الالتزامات بقدر عدد الدائنين أو المدينين، فقد نص المشرع فى المادة 279 مدنى على أن التضامن بنوعيه لا يفترض، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون (55). ولا يقصد بذلك وجوب اشتراطه بصريح العبارة فقد تنصرف إليه الإرادة ضمناً، بحيث يمكن استخلاصه من الظروف لكن ينبغى فى هذه الحالة أن تكون وقائع الحال قاطعة فى الدلالة على هذا الاتفاق، فإذا اكتنف الشك هذه الدلالة فلا تضامن. على أن قاعدة عدم افتراض التضامن قاصرة على المسائل المدنية. أما المسائل التجارية فالقاعدة أن التضامن السلبى مفترض إلا إذا اتفق على استبعاده، لما فى ذلك من تيسير لعملية الانتماء.

* والتضامن السلبى كثير الوقوع فى الحياة العملية لما يكفله للدائن من ضمان شخصى قوى، إذ يصبح للدائن، نتيجة التضامن أكثر من ضمان عام يستطيع الدائن أن يرجع على أى منهما لاستيفاء حقه كاملاً. ولذلك يفوق التضامن وسائل التأمين الشخصى الأخرى، كالكفالة مثلاً، حيث أنه فى التضامن يكون التزام كل من المدينين التزاماً أصلياً، فى حين أن التزام الكفيل التزام تبعى احتياطى لالتزام المدين الأصلي.

* أما التضامن الإيجابى فهو نادر فى الحياة العملية، ذلك أن الغرض المقصود منه هو مجرد تسهيل عملية استيفاء الحق، إذ يكون لكل من الدائنين المتضامنين أن يستوفى كامل الحق من المدين، كما يكون لهذا الأخير أن يوفى بالدين كله لأى منهم فتبرأ ذمته بهذا الوفاء. ولذلك من الميسور تحقيق هذا الغرض دون حاجة للالتجاء إلى التضامن. وذلك بأن يوكل الدائنون أحدهم فى قبض الدين، وفى العمل يفضل الدائنون اتباع هذا الطريق الأخير. ومن الأمثلة العملية النادرة للتضامن الإيجابى فتح حساب إيداع نقود فى أحد البنوك لمصلحة جملة أشخاص فيكون لكل منهم الحق فى سحب المبالغ من الحساب. مثال ذلك فتح حساب لمصلحة زوجين. وهذا الحساب يسمى بالحساب المشترك. Compte joint ويحكم التضامن سواء كان إيجابياً أو سلبياً ثلاثة مبادئ:

• وحدة الدين.

• تعدد الروابط.

• النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر.

ولبيان تلك الأسس ينبغى أن نبدأ بدراسة التضامن السلبى حيث أنه قد عنى به المشرع بتفصيل قواعده (م 284 – 299 مدنى) لما له من أهمية عملية، فى حين أنه قد أجمل قواعد التضامن الإيجابى (م 280 – 283 مدنى). وسوف ندرس إلى جانب التضامن السلبى التضامم أيضاً لما له من أهمية فى الحياة العملية.

(55) تنص المادة 1310 من التقنين المدنى الفرنسى بعد تعديله فى 2016 على أن "يكون التضامن قانونياً أو إتفاقياً، وهو لا يفترض."

المطلب الأول التضامن السلبى:

ولدراسة التضامن السلبى يجب أن نقف أولاً على التعريف به وأهميته للانتماء، ثم نعرض بعد ذلك لدراسة أحكام هذا التضامن.

أولاً: التعريف به وأهميته للانتماء:

وهنا يجب أن نتصدى لتحديد المقصود بالتضامن السلبي ثم نقوم بتحليل عناصره لنقف على حقيقة هذا النظام، ثم نعرض بعد ذلك لأهميته للائتمان.

1 تعريف وتحليل:

نستطيع أن نقول أن التضامن السلبي وصف يلحق بالاتفاق أو بالقانون، الالتزام الذى يتعدد فيه المدينون، بحيث يصبح كل مدين مسؤولاً قبل الدائن عن كل الدين فى مقابل أن وفاء أى مدين بالدين للدائن يبرىئ ذمته وذمة سائر المدينين.
*وكما هو واضح فإن الأثر الرئيسى للتضامن هو منع انقسام الالتزام فى العلاقة فيما بين الدائن والمدينين المتضامنين. أما فى علاقة المدينين المتضامنين بعضهم ببعض فإن الدين ينقسم عليهم طبقاً للقاعدة العامة، بحيث أنه إذا وفى أحدهم بكل الدين، فلا يحق له أن يرجع على أى من الباقيين إلا بقدر حصته فى الدين.

*ولكن مما تجدر الإشارة إليه أنه فى علاقة الدائن بالمدينين المتضامنين إذا كانت القاعدة هى وحدة الدين، بمعنى أن هناك موضوعاً واحداً للالتزام المدينين المتضامنين وأن كلاً منهم قد التزم بالدين كله، إلا أن ذلك لا ينفى أن هناك عدة مدينين قد يختلف مركز كل منهم، إزاء الدائن عن مركز الآخر. فكل من المدينين المتضامنين قد التزم بالدين بناء على ارتباط قانونى خاص به، واتفاق هذه الروابط المتعددة من حيث الموضوع لا ينفى استقلال كل منهما عن الآخر، ولهذا الاستقلال مظاهر متعددة سنعرض لها عند الكلام عن أحكام هذا التضامن.

2 مصادر التضامن السلبي:

سبق أن رأينا أن القاعدة عند تعدد المدينين هى انقسام الالتزام بينهم، أى أن تعدد الالتزامات بقدر عددهم، ولو كانت هذه الالتزامات جميعاً قد نشأت من مصدر واحد. على ذلك فإذا أريد الخروج على قاعدة انقسام الدين بين المدينين قبل الدائن فلا بد من اتفاق أو نص فى القانون.

وهذا ما أكدته المادة 279 بنصها على أن "التضامن بين المدينين لا يفترض وإنما يكون بناءً على اتفاق أو نص فى القانون" (56).

وعلى ضوء ذلك فإن مصدر التضامن السلبي قد يكون الاتفاق أو نص القانون والغالب أن يشترط الدائن التضامن ويرتضى ذلك المدينون، فيكون الاتفاق عندئذ مصدرًا للتضامن. وقد ينص القانون فى بعض الحالات على تضامن المدينين، فإن الحالات التى نص القانون المدنى على التضامن فيها تعتبر واردة على سبيل الحصر ولا يجوز القياس عليها. ومن ذلك مثلاً تضامن المسؤولين عن عمل ضار فى التزامهم بالتعويض عن الضرر (م 169 مدنى). وتضامن الموكلين المتعدين قبل الوكيل فى تنفيذ الوكالة (م 712 مدنى) وتضامن الكفلاء فى الكافة القضائية والقانونية (م 790 مدنى). (56) [نقض 1991/4/28 من 42 ص 945].

3 الأهمية العملية للتضامن السلبي فى نطاق الائتمان:

تضامن المدينين يهيئ للدائن وسيلة سهلة وفعالة من وسائل التأمين الشخصى قلما تدانیه وسيلة أخرى حتى الكفالة وهذا ما يفسر افتراض التضامن بين المدينين فى المسائل التجارية.

كما أنه يندر أن يفوت الدائن فى المسائل المدنية اشتراط التضامن بين مدينه المتعدين، أو بين مدينه والكيل الذى يقدمه. وعلى ذلك فالتضامن السلبي يمكن المدينين من الحصول على الائتمان اللازم ويشجع الدائن على منح هذا الائتمان. فالتضامن ييسر للدائن إجراءات المطالبة بالدين، فيستطيع أن يرجع على أى من المدينين شاء ليطالبه بكل الدين. كما أن التضامن يجنبه مخاطر إعسار أحد المدينين ويلقى بهذه المخاطر على المدينين المتضامنين الذين يتحملون فيما بينهم نتيجة إعسار أحدهم، على النحو الذى سوف نراه تفصيلاً فيما بعد.

ثانياً: أحكام التضامن السلبي

إذا كان الأثر الرئيسى للتضامن بين المدينين هو منع انقسام الدين إلا أن ذلك يقتصر فقط على علاقة الدائن بالمدينين المتضامنين. أما فى علاقة المدينين المتضامنين بعضهم ببعض فإن القاعدة هى انقسام الدين عليهم.

ولدراسة أحكام التضامن السلبي ينبغى التفرقة بين:

- علاقة الدائن بالمدينين المتضامنين.
- علاقة المدينين فيما بينهم.

1 علاقة الدائن بالمدينين المتضامنين (57):

سبق أن رأينا أن الأثر الرئيسى للتضامن فى علاقة الدائن بالمدينين المتضامنين، هو وحدة الدين، بمعنى أن يسأل كل مدين قبل الدائن عن كل الدين، ومع ذلك فإن هذا لا ينفى أن هناك عدة مدينين قد يختلف مركز كل منهم إزاء الدائن، عن مركز الآخر، أى أن وحدة الدين لا تنفى تعدد الروابط وهاتان الفكرتان الجوهريتان هما اللتان تحكمان آثار التضامن فيما بين الدائن والمدينين المتضامنين، يضاف إلى هاتين الفكرتين فكرة ثالثة وهى فكرة النيابة التبادلية بين المدينين. هذه هى الأفكار الثلاثة الرئيسية التى تحكم هذه العلاقة. ولنر ذلك بشئ من التفصيل.

أ وحدة الدين:

يترتب على التضامن بين المدينين أن يصبح كل مدين مسؤولاً قبل الدائن عن كل الدين، بمعنى أن للدائن أن يطالب أى مدين شاء بالدين كله، وفي مقابل ذلك فإن الوفاء بكل الدين من جانب أحد المدينين المتضامنين يبرئ ذمته وذمة سائر المدينين. كما يجوز لأى من المدينين المتضامنين أن يحتج بالدفع المشتركة بينهم فى مواجهة الدائن عند مطالبته بالوفاء وهذا ما يفسر المقصود بوحدة الدين فى علاقة الدائن بالمدينين المتضامنين. ولنر هذه النتائج بشئ من التفصيل:

(1) مطالبة أى مدين بكل الدين:

إن أهم النتائج التى تترتب على التضامن السلبى وتخليها وحدة الدين هو حق الدائن فى أن يطالب أى مدين منفرداً بكل الدين، كما يجوز له أن يطالب المدينين مجتمعين (م 2/285 مدنى). وللدائن مطلق الحرية فى اختيار من يوجه إليه المطالبة منهم، وذلك إذا رجع على المدينين منفردين، فإن لم يستوف منه حقه كاملاً بسبب إعساره، كان له الرجوع بباقي الدين على غيره من المدينين.

وعند مطالبة الدائن أحد المدينين منفرداً بالدين كله ليس لهذا الأخير أن يطالب من الدائن اختصاص باقى المدينين بل كل ماله أن يطلب تأجيل الدعوى لإدخال باقى المدينين (م 119 مرافعات).

(2) الوفاء بالدين من جانب أحد المدينين يبرئ سائر المدينين:

يقابل حق الدائن فى استيفاء كل الدين من أى من المدينين أن الوفاء من جانب أحد المدينين بكل الدين يترتب عليه انقضاء الدين بالنسبة لسائر المدينين، بمعنى أن الدائن لا يستطيع أن يعود إلى مطالبة الباقيين بالدين. وكذلك الحال إذا قبل الدائن وفاء جزئياً من أحد المدينين، فإنه يترتب على ذلك براءة ذمة الباقيين بقدر ما استوفاه، بمعنى أنه لا يجوز أن يطالب المدينين الآخرين، إلا فى حدود ما تبقى من الدين فالتضامن لا يسمح للدائن بأن يستوفى أكثر من الدين الثابت له وهذا ما أكدته المادة 284 مدنى بنصها على أن "... وفاء أحدهم بالدين مبرئ لذمة الباقيين.

ويأخذ حكم الوفاء فى ذلك بأن يقضى أحد المدينين للدائن حقه، بما يعادل الوفاء. فإذا كان الدائن مدينياً فى نفس الوقت لأحد المدينين المتضامنين فطالب هذا المدين بالوفاء بالالتزام التضامنى، كان للمدين أن يتمسك بالمقاصة متى توافرت شروطها ويترتب على ذلك أن ينقضى الالتزام بالنسبة لسائر المدينين.

وكذلك الشأن إذا اتفق الدائن مع أحد المدينين المتضامنين على تجديد الالتزام. فإنه يترتب على ذلك انقضاء الالتزام القديم بالنسبة إلى باقى المدينين وتحمل هذا المدين وحدة الالتزام الجديد الذى قام مقامه، على أن يكون له الرجوع بعد ذلك على الباقيين كل بقدر حصته فى الدين الذى انقضى بالتجديد، كل ذلك مشروط بألا يكون الدائن قد احتفظ بحقه قبلهم. بأن اشترط لتمام التجديد رضاء باقى المدينين الارتباط بالالتزام الجديد، فإن تطلب الدائن ذلك ورفضه باقى المدينين امتنع التجديد وظل الالتزام القديم قائماً. وهذا ما نصت عليه المادة 289 مدنى بقولها يترتب على تجديد الدين بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين أن تبرأ ذمة باقى المدينين، إلا إذا احتفظ بحقه قبلهم". وتنص المادة 1335 مدنى فرنسى الجديدة على أن "التجديد المتفق عليه بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين يبرئ الآخرين".

(3) تمسك أى من المدينين المتضامنين بأوجه الدفع المشتركة بينهم:

لما كان الدين واحداً بالنسبة إلى جميع المدينين المتضامنين فيجوز لأى منهم أن يحتج بأوجه الدفع المشتركة بينهم إذا طالبه الدائن بالوفاء (م 2/285 مدنى) من ذلك بطلان الالتزام بطلاناً مطلقاً لعدم مشروعية السبب، أو المحل، أو عدم استحقاق أداء الالتزام بعد، كما لو كان الالتزام مضافاً إلى أجل واقف أو معلقاً على شرط واقف بالنسبة لكافة المدينين، أو انقضاء كل الدين لسبب من أسباب الانقضاء كالوفاء أو التجديد أو استحالة التنفيذ لهلاك المحل بقوة قاهرة.

(58) تنص المادة 1315 من التقنين المدنى الفرنسى بعد تعديله فى 2016 على أن "يجوز للمدين المتضامن الذى يطالبه الدائن أن يحتج بالدفع المشتركة لجميع المدينين المتضامنين، مثل البطلان، الفسخ وكذلك الدفع الخاصة به..."

ب تعدد الروابط:

سبق أن أكدنا أن وحدة الدين التى تترتب على التضامن لا تنفى تعدد الروابط، نتيجة لتعدد المدينين، التى تربط المدينين بالدائن واستقلال كل رابطة عن الأخرى. وتتجلى مظاهر هذا الاستقلال فى: الاعتماد بالوصف الذى يلحق كل رابطة، وامتناع الاحتجاج على الدائن بأوجه الدفع الخاصة بغير المدين المطالب، وجواز انقضاء رابطة أحد الدائنين لسبب قاصر عليه، فتظل رابطة غيره من المدينين قائمة.

(1) الاعتراف بالوصف الذي يلحق كل رابطة:

إن من أهم مظاهر تعدد روابط المتضامنين في علاقتهم بالدائن هو جواز أن يلحق بكل منها وصف يخالف الوصف الذي يلحق غيرها، فقد تكون رابطة أحد المدينين باتة وروابط غيره معلقة على شرط واقف، وقد تكون أحد هذه الروابط منجزة بينما الروابط الأخرى مضافة إلى أجل واقف.

كما أنه قد يكون الالتزام في جملته مؤجلاً بالنسبة لسائر المدينين ثم يسقط الأجل بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين فقط بسبب إيساره أو إفلاسه أو لغير ذلك من أسباب السقوط.

يترتب على تفاوت الوصف الذي يلحق روابط المدينين المتضامنين أن يتعين على الدائن أن يراعى الوصف الذي يلحق رابطة المدين الذي يريد مطالبته بالدين فإذا كان التزام هذا المدين مؤجلاً أو مضافاً إلى شرط، وجب على الدائن انتظار حلول الأجل أو تحقق الشرط، وفي ذلك تنص المادة 285/ 1 مدنى على أنه "يجوز للدائن مطالبة المدينين المتضامنين بالدين مجتمعين أو منفردين، ويراعى في ذلك ما يلحق رابطة كل مدين من وصف يعدل من أثر الدين."

(57) تنص المادة 1313 من التقنين المدنى الفرنسى بعد تعديلها فى 2016 على أن "يلزم التضامن بين المدينين كل واحد منهم بالدين كله الوفاء الذى يقوم به أحدهم يبرى جميع المدينين تجاه الدائن"، "يجوز للدائن أن يطالب بالوفاء أى مدين متضامن بحسب اختياره، لا تمنع الدعاوى التى يباشرها ضد أحد المدينين المتضامنين الدائن من أن يباشرها كذلك ضد الآخرين."

(57) تنص المادة 1313 من التقنين المدنى الفرنسى بعد تعديلها فى 2016 على أن "يلزم التضامن بين المدينين كل واحد منهم بالدين كله الوفاء الذى يقوم به أحدهم يبرى جميع المدينين تجاه الدائن"، "يجوز للدائن أن يطالب بالوفاء أى مدين متضامن بحسب اختياره، لا تمنع الدعاوى التى يباشرها ضد أحد المدينين المتضامنين الدائن من أن يباشرها كذلك ضد الآخرين."

2) الامتناع عن التمسك بأوجه الدفع الخاصة بمدين

مظهر آخر من مظاهر تعدد الروابط في علاقة المدينين المتضامنين بالدائن هو أنه قد تكون رابطة أحد المدينين معيبة بعيب خاص به لا يتحقق بالنسبة إلى غيره من المدينين كأن يكون أحد المدينين المتضامنين قد تعاقد وهو ناقص الأهلية، أو يكون قد شاب رضاه عيب كغلط أو تدليس أو إكراه، في مثل هذه الحالات لا يجوز لغيره من المدينين إذا طالبه الدائن بأداء الدين، أن يتمسك في مواجهة الدائن بهذا العيب الخاص بالمدين الأول، بل يتعين على المدين الذى يطالبه الدائن أن يوفيه حقه كاملاً. وكذلك الأمر إذا كان الالتزام بالنسبة لأحد المدينين مضافاً إلى أجل تبهواً فلا يجوز لمن كان الالتزام بالنسبة له منجزاً أن يدفع في مواجهة الدائن بعدم حلول الأجل، ولو بالنسبة لنصيب المدين الأول، وعلى هذا الحكم نصت المادة 285/ 2 مدنى بقولها "ولا يجوز للمدين الذى يطالبه الدائن بالوفاء أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين. ولكن يجوز له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به، وبالأوجه المشتركة بين المدينين جميعاً."

(3) انقضاء رابطة الالتزام بالنسبة إلى أحد المدينين دون الباقيين:

من مظاهر تعدد روابط المدينين المتضامنين واستقلالها أن مصير كل رابطة مستقل عن الروابط الأخرى. فقد تنقضى رابطة أحد المدينين المتضامنين بسبب لا يقوم إلا بالنسبة إليه فتظل رابطة غيره من المدينين المتضامنين قائمة ولا يجوز لهم أن يتمسكوا بسبب الانقضاء إلا بقدر حصة زميلهم. وقد أورد المشرع فى التقنين المدنى المصرى عدة تطبيقات لهذه القاعدة، فى المقاصة (م 287) واتحاد الذمة (م 288)، والإبراء (م 289) والتقادم (م 292). أما الوفاء من جانب أحد المدينين المتضامنين فهو يقضى الدين فى جملته (م 284) ومثله اتفاق الدائن على تجديد الالتزام مع أحد المدينين المتضامنين دون أن يحتفظ بحقه قبل باقى المدينين (م 286)، وقد سبق الإشارة إلى ذلك وسنتناول الآن التطبيقات التى أوردها المشرع لهذه القاعدة فيما يلى:

(أولاً) المقاصة:

القاعدة فى هذا الصدد أنه "لا يجوز للمدين المتضامن أن يتمسك بالمقاصة التى تقع بين الدائن ومدين متضامن آخر، إلا بقدر حصة هذا المدين (م 287 مدنى). ولنفهم هذه القاعدة ينبغى أن نفرق بين فرضين، الفرض الأول: أن يطالب الدائن المدين المتضامن الذى أصبح دائناً له بمبلغ مماثل وتوافرت شروط المقاصة بين الدينين، فى هذا الفرض يستطيع هذا المدين أن يتمسك فى مواجهة الدائن بانقضاء الدين بالمقاصة، وينقضى الدين جميعه ولا يجوز للدائن بعد ذلك مطالبة مدين آخر بالدين، إذ يكون لهذا الأخير أن يدفع بانقضاء الدين بالمقاصة التى تمسك بها المدين الأول. الفرض الثانى: أن يطالب الدائن مديناً متضامناً آخر غير الذى تحققت شروط المقاصة بالنسبة إليه، فيكون لهذا الأخير أن يدفع أيضاً فى مواجهته بالمقاصة التى تحققت شروطها بين الدائن والمدين الآخر، ولكن فى حدود حصة هذا المدين فى الدين (م 60).

(ثانياً) اتحاد الذمة:

والقاعدة أنه "إذا اتحدت الذمة بين الدائن وأحد مدينيه المتضامنين، فإن الدين لا ينقضى بالنسبة إلى باقى المدينين. إلا بقدر حصة المدين الذى اتحدت ذمته مع الدائن.

ويتحقق اتحاد الذمة إذا توفي الدائن فورثه أحد المدينين أو توفي أحد المدينين فورثه الدائن. وفي كلتا الحالتين لا ينقضى الدين إلا بقدر حصة هذا المدين فيه. ويكون للمدين الذى ورث الدائن، وللدائن الذى ورث المدين، أن يرجع على أى من المدينين الآخرين بكل ما يتبقى بعد استئصال تلك الحصة منه.

لكن يجب أن نلاحظ أنه فى حالة ما إذا ما ورث الدائن أحد المدينين المتضامنين وكانت التركة معسرة بحيث أن الدائن لم يستوف إلا بعض حصة المدين المتوفى فى الدين. فإنه يكون له الرجوع بما تبقى من هذه الحصة على باقى المدينين، لأن من شأن التضامن ألا يتحمل الدائن خطر إعسار أى من المدينين.

(ثالثاً) الإبراء:

فصل المشرع الأحكام الواجبة الاتباع إذا ما أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين فى المواد 289. 291 وعلى ضوء هذه النصوص يجب لمعرفة أثر هذا الإبراء التفرقة بين فرضين: الإبراء من الدين والإبراء من التضامن.

(أ) إذا أبرأ الدائن أحد المتضامنين من الدين ذاته:

انقضى الالتزام بالنسبة لهذا المدين، فى علاقته بالدائن فلا يجوز للدائن أن يطالب به. أما بالنسبة للمدينين المتضامنين الآخرين فإن الدائن قد يقصد أن يقتصر أثر الإبراء على هذا المدين، وقد يقصد أن يعم أثره سائر المدينين ولنر حكم هاتين الحالتين بشئ من التفصيل:

- فى الحالة الأولى: إذا قصد الدائن اقتصار أثر الإبراء على أحد المدينين كان له الرجوع على الباقيين بالدين بعد استئصال حصة المدين الذى أبرأه (61) ، إلا إذا كان الدائن قد احتفظ لنفسه وقت الإبراء بالحق فى الرجوع على باقى المدينين بكل الدين، وفى هذه الحالة يكون لمن وفى بكل الدين الرجوع على من أبرأ بحصته وبذلك تقتصر الفائدة التى تعود على المدين من الإبراء على امتناع مطالبة الدائن له (م 289 مدنى).
- الحالة الثانية: إذا قصد الدائن بالإبراء الصادر منه أن يعم سائر المدينين فإن الدين ينقضى فى جملة، على أن هذا الأثر لا يترتب إلا إذا صرح الدائن بذلك، فإن لم يصرح به اقتصر أثر الإبراء على حصة المدين المبرأ على النحو السابق بيانه (م 1/289 مدنى).

(ب) إذا أبرأ الدائن المدين المتضامن من التضامن فحسب:

امتنع عليه مطالبة هذا المدين إلا بقدر حصته فى الدين. فإن استوفاهما منه كان له الرجوع على الباقيين على وجه التضامن بالدين بعد استئصال الحصة التى استوفاهما (62) ، فإن لم يكن قد استوفاهما بعد فله مطالبة أى مدين آخر بكل الدين ولهذا الأخير أن يرجع على المدين المبرأ من التضامن بحصته فى الدين، ما لم تكن إرادة الدائن قد انصرفت إلى إبراء ذمتهم من حصة المدين الذى تم الإبراء لمصلحته (م 290). (63)

أما إذا أبرأ الدائن سائر المدينين من التضامن. فلا ينقضى الدين بداهة، بل ينقسم الدين بينهم، ولا يكون للدائن الرجوع على كل منهم إلا بقدر حصته فى الدين.

وفى جميع الأحوال فإن المدينين المتضامنين يشتركون جميعاً فى تحمل حصة المعسر منهم فلا يتحملها المدين الموفى وحده. ويترتب على ذلك أن المدين المبرأ يظل، رغم إبرائه، مسئولاً عن نصيبه فى حصة من يعسر من المدينين الآخرين (م 291/1). على أنه إذا أخلى الدائن المدين الذى أبرأه من كل مسئولية عن الدين فإن هذا الدائن هو الذى يتحمل نصيب هذا المدين فى حصة من يعسر من المدينين الآخرين (م 2/291).

(رابعاً) التقادم:

والقاعدة فى هذا الصدد أنه "إذا انقضى الدين بالتقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين، فلا يستفيد من ذلك باقى المدينين إلا بقدر حصة هذا المدين (م 1/292 مدنى). ويحدث هذا الفرض عندما تكتمل مدة التقادم المسقط بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين دون الباقيين.

ويرجع ذلك إلى اختلاف الوصف الذى يلحق رابطة كل منهم، فإن كان الدين منجزاً أو باتاً بالنسبة لمن انقضى دينه بالتقادم، بينما كان الدين مضافاً إلى أجل واقف أو معلقاً على شرط واقف بالنسبة إلى غيره، حيث أن التقادم لا يسرى فى شأنه إلا من اليوم الذى يصبح فيه الدين مستحق الأداء، أى من وقت حلول الأجل أو من وقت تحقق الشرط ومن ذلك أيضاً أن تنقطع مدة التقادم أو يقف سريانه بالنسبة إلى أحد المدينين دون المدين الآخر، فتكتمل مدة التقادم للمدين الذى استمر التقادم بالنسبة إليه دون انقطاع أو وقف قبل أن تكتمل بالنسبة لغيره.

فى مثل هذه الحالات يجوز للمدين الذى اكتملت له مدة التقادم أن يتمسك به وينقضى الدين كله بالنسبة إليه. أما بالنسبة للمدينين المتضامنين الآخرين فلا يستفيدون من ذلك التقادم إلا بقدر حصة هذا المدين، أى لا يلتزمون إلا فى حدود المتبقى من الدين بعد استئصال هذه الحصة، سواء كان المدين الذى اكتملت مدة التقادم بالنسبة إليه قد سبق أن تمسك بالتقادم أو لم يكن قد سبق له ذلك بأن كان الدائن قد بدأ بمطالبة أحد المدينين الآخرين.

وهذا الحكم تمليه اعتبارات العدالة، لأنه لو كان للدائن أن يطالب هؤلاء المدينين بكل الدين، دون استئصال حصة من انقضى التزامه بالتقادم. لترتب على ذلك تحمل هؤلاء المدينين لهذه الحصة من الدين مع امتناع الرجوع بها على المدين الذى اكتملت بالنسبة له مدة التقادم [64].

ج النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر:

بصدد هذه الفكرة يظهر التفاوت الواضح فى مدى التضامن كوسيلة ضمان بين كل من القانون المدنى الفرنسى والمصرى. ففى القانون الفرنسى قد استخلص الفقهاء من نصوص التقنين المدنى فى هذا الصدد مبدأ النيابة التبادلية فيما ينفع وفيما يضر. وقد اعتنق القضاء الفرنسى هذا المبدأ وراح يستخلص منه نتائج منطقية أخرى لم ينص عليها المشرع. أما فى القانون المدنى المصرى فقد قصر المشرع مبدأ النيابة التبادلية على ما ينفع دون ما يضر. ولنر ذلك بشئ من التفصيل.

(1) التفاوت فى مدى التضامن بين القانون الفرنسى والقانون المصرى:

يترتب على التضامن باعتباره وصفاً فى الالتزام أن يوجد بين المدينين المتضامنين مصلحة مشتركة. ولذلك فقد رتب المشرع الفرنسى على قيام هذه المصلحة المشتركة بين المدينين المتضامنين عدة نتائج استهدف منها تعزيز ضمان الدائن وتقويته وذلك عن طريق تبسيط إجراءات رجوع الدائن على المدينين المتضامنين. وقد رد الفقه الفرنسى هذه النتائج إلى فكرة جامعة هى فكرة النيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين، ومقتضاها أن كل مدين نائب عن المدينين الآخرين فى علاقتهم بالدائن، فأى إجراء يتخذه الدائن فى مواجهة أى منهم ينتج أثره بالنسبة للباقيين. [65]

وقد استحوذت فكرة النيابة التبادلية فيما بين المدينين المتضامنين على القضاء وراح يستخلص منها نتائج منطقية جديدة لم ينص عليها المشرع، أهمها ما يتعلق بحجية الشئ المقضى به، وبالطعن فى الأحكام، وبالصلح وحلف اليمين والتحكيم وقد وضع القضاء الضوابط اللازمة لهذه التطبيقات [66].

وقد أخذ التقنين المدنى السابق بهذه الفكرة وذلك من خلال تطبيقاتها التى نصت عليها فى المواد 163/108، 166/110، 167/111. وبذلك يتضح أن القاعدة العامة فى القانون الفرنسى وفى ظل التقنين المدنى السابق فى مصر. أن كل مدين نائب عن المدينين الآخرين فيما فيه مصلحتهم وفيما يترتب عليه ضرر بهم ما دام هذا الضرر لا يتضمن زيادة فى عبء الالتزام [67].

أما التقنين المدنى المصرى الحالى فإنه لم يتضمن نصاً صريحاً يقرر مبدأ النيابة التبادلية، بل أورد المشرع عدة نصوص يستفاد منها أن النيابة التبادلية فيما بين المدينين المتضامنين قاصرة فقط على ما ينفعهم دون ما يضرهم. وبهذا التعديل الذى أحدثه المشرع المصرى فإن مبدأ النيابة التبادلية قد تطور من النقيض إلى النقيض. فهذا المبدأ فى أصل نشأته كان تأصيلاً لقواعد قصد بها تأكيد وتقوية ضمان الدائن بينما الصياغة التى انتهى إليها المشرع لهذا المبدأ تمخضت عن مصلحة للمدينين. وبذلك افترق القانون المصرى عن القانون الفرنسى بصدد التضامن، وأصبح التضامن فى القانون الفرنسى كوسيلة من وسائل الضمان الشخصى أقوى أثراً وأبعد مدى من التضامن فى التقنين المدنى المصرى. وسوف يتضح لنا ذلك من استعراض النصوص العديدة التى تضمنت تطبيقات لمبدأ النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر. وهذا هو موضوع الفقرة التالية.

(2) تطبيقات مبدأ النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر:

وقد أورد المشرع هذه التطبيقات بصدد قطع التقادم ووقفه واستحالة التنفيذ بخطأ أحد المدينين والإعذار والمطالبة القضائية، والصلح، والإقرار واليمين، وحجية الأحكام.

(أولاً) قطع التقادم ووقفه:

تنص المادة 2/292 مدنى على أنه "إذا انقطعت مدة التقادم أو وقف سريانه بالنسبة إلى أحد المدينين فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقى المدينين". تتناول هذه المادة حكم انقطاع التقادم المسقط أو وقفه بالنسبة لأحد المدينين. ومقتضى هذه القاعدة أنه إذا اتخذ الدائن إجراء قاطعاً للتقادم فى مواجهة أحد المدينين (م 383 مدنى) أو أقر أحد المدينين بحق الدائن إقراراً صريحاً أو ضمنياً (م 384) فإن التقادم لن يقطع إلا بالنسبة لهذا المدين، ويظل التقادم سارياً بالنسبة للباقيين. [68] كما أنه إذا قام مانع بحيث يتعذر على الدائن مطالبة أحد المدينين بحقه (م 382/1 مدنى) فإن التقادم لا يقف سريانه إلا بالنسبة لهذا المدين، ولا يجوز للدائن أن يتمسك بهذا الوقف قبل باقى المدينين، بل يسرى التقادم بالنسبة إليهم فى المدة التى ظل فيها موقوفاً بالنسبة لزميلهم.

(ثانياً) استحالة التنفيذ بخطأ أحد المدينين:

تنص المادة 1/293 مدنى على "لا يكون المدين المتضامن مسؤولاً فى تنفيذ الالتزام إلا عن فعله" وقد اختلف الفقهاء حول مسؤولية المدين المتضامن عن استحالة التنفيذ الراجعة إلى خطأ غيره من المدينين فذهب بعض الفقهاء إلى أنه إذا استحال تنفيذ الالتزام بخطأ أحد المدينين، كما لو تسبب بخطئه فى هلاك الشئ محل الالتزام، كان مسؤولاً وحده عن تعويض الدائن. أما المدينون الآخرون فقتبراً ذمتهم من الالتزام، إذ أن خطأ أحد المدينين يعتبر بمقتضى المادة 1/293 سبباً أجنبياً بالنسبة

للمدينين الآخرين[69]). ويرى هؤلاء الفقهاء أن النتيجة التي انتهوا إليها هي التي تتماشى مع اتجاه المشرع المصري إلى الحد من فكرة النيابة التبادلية، ليس فقط باستبعادها فيما يزيد من عبء الالتزام، بل في كافة الأحوال التي يترتب عليها فيها الإساءة إلى مركز المدينين المتضامنين فلا تطبق إلا حيث يترتب عليها نفع لهم[70].

بينما ذهب غالبية الفقهاء إلى أنه في حالة هلاك الشيء بخطأ أحد المدينين، يظل المدينون الآخرون ملزمين بالتضامن بدفع قيمة هذا الشيء شأنهم في ذلك شأن المدين الذي أخطأ، أما عناصر الضرر الأخرى، كالمصاريف التي أنفقها الدائن لإبرام العقد والكسب الذي فاته بسبب عدم التنفيذ، فلا يسأل عنها سوى المدين الذي تسبب في هلاك الشيء بخطئه[71] وهذا ما يتفق مع حكم القانون الفرنسي[72].

نحن نؤيد الرأي الأول لأنه يتفق أكثر مع فلسفة التضامن في القانون المدني المصري والذي قصر النيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين في علاقتهم بالدائن على ما ينفعه دون ما يضرهم أو يسوء مركزهم.

ثالثاً: الإعذار والمطالبة القضائية:

تنص المادة 1/293 مدنى على أنه "إذا أعذر الدائن أحد المدينين المتضامنين أو قاضاه، فلا يكون لذلك أثر بالنسبة إلى باقى المدينين، أما إذا أعذر أحد المدينين المتضامنين الدائن، فإن باقى المدينين يستفيدون من هذا الإعذار" ويعتبر هذا النص تطبيقاً نموذجياً لفكرة النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر.

فبالنسبة للإعذار يجب أن نفرق بين الإعذار الموجه من الدائن إلى أحد المدينين والإعذار الموجه من أحد المدينين إلى الدائن. *فإذا أعذر الدائن أحد المدينين المتضامنين فلا يكون لذلك أثر بالنسبة إلى باقى المدينين وإنما يسأل هذا المدين وحده عن التعويض عن التأخير ويتحمل تبعه هلاك الشيء بعد إعذاره، دون غيره من المدينين.

*أما إذا أعذر أحد المدينين الدائن، فإن آثار هذا الإعذار تتمخض لمصلحة جميع المدينين، فيترتب عليه أن يتحمل الدائن تبعه هلاك الشيء أو تلفه. ويقف سريان الفوائد، ويصبح للمدين الحق في إيداع الشيء على نفقة الدائن والمطالبة بتعويض عما أصابه من ضرر (م 335 مدنى).

أما بالنسبة للمطالبة القضائية، فإنه إذا قاضى الدائن أحد المدينين المتضامنين فلا يكون لذلك أثر بالنسبة إلى باقى المدينين فلا ينقطع التقادم إلا بالنسبة لهذا المدين، وهو وحده الذى تسرى في حقه فوائد التأخير.

(رابعاً) الصلح (73):

وتنص المادة 294 مدنى على أنه "إذا تصالح الدائن مع أحد المدينين المتضامنين وتضمن الصلح الإبراء من الدين أو براءة الذمة منه بأى وسيلة أخرى. استفاد منه الباقيون. أما إذا كان من شأن الصلح أن يرتب في ذمتهم التزاماً أو يزيد فيما هم ملتزمون به، فإنه لا ينفذ في حقهم إلا إذا قبلوه" ومقتضى هذه القاعدة أنه إذا تصالح الدائن مع أحد المدينين المتضامنين، فإن هذا الصلح ينفذ في حق الباقيين بقدر ما يوفر لهم من نفع، كما لو نزل فيه الدائن عن إدعاء من إدعاءاته قبلهم. أما إذا كان من شأن الصلح أن يضر بهم فلا ينفذ في حقهم إلا إذا قبلوه، كما لو أن الصلح قد رتب في ذمتهم التزاماً أو أزداد فيما هم ملتزمون به.

ومع ذلك فإن هذا الحكم قد يتعارض مع طبيعة عقد الصلح باعتباره عقداً لا يقبل التجزئة، فالصلح عقد بمقتضاه يحسم الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان نزاعاً محتملاً، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من إدعاءه (م 549 مدنى). فإذا كان النزاع الذى حسمه أحد المدينين بالصلح مع الدائن نزاعاً مشترك فيه المدينون الآخرون، فإن نزول هذا المدين، عن جزء من إدعاءه بالصلح لا ينفذ في حقهم إلا إذا قبلوه وهم من ناحية أخرى لا يستطيعوا، بغير هذا القبول، الاحتجاج بانقضاء الادعاء الذى نزل عنه الدائن. فالصلح لا يقبل التجزئة فلا يجوز للمدينين المتضامنين الاحتجاج به في شطره المفيد لهم ورفضه في شطره المفيد للدائن. بل يتعين قبوله أو رفضه جملة واحدة[74].

ويلاحظ أنه في الصلح الواقى لا يستفيد من المزايا الممنوحة من جانب دائنيه سوى المدين المفلس نفسه ولا تسرى هذه المزايا بالنسبة للمدينين المتضامنين معه في أحد هذه الديون إذ يبقى للدائن مطالبة الشركاء في الدين بتمام دينه ولو حصل الصلح مع المفلس" (م 2/761 تجارى).

(خامساً) الإقرار واليمين:

وقد أوردت المادة 295 مدنى تطبيقاً لمبدأ النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر بصدد الإقرار واليمين. فإذا أقر أحد المدينين المتضامنين بالدين فلا يسرى هذا الإقرار في حق الباقيين، إذ في الإقرار ضرر بهم.

أما اليمين، فقد يوجهها الدائن إلى أحد المدينين المتضامنين، وقد توجه من أحد هؤلاء إلى الدائن. فلا يضار باقى المدينين من نكول المدين في الحالة الأولى أو من حلف الدائن في الحالة الثانية. ولكن إذا حلف المدين في الحالة الأولى أو نكل الدائن في الحالة الثانية أفاد من ذلك الباقيون. هذا ويلاحظ أنه إذا وجه الدائن اليمين إلى جميع المدينين المتضامنين وجب أن يودى

كل مدين اليمين بنفسه وامتنع اعمال فكرة النيابة التبادلية في هذه الحالة. وعلى ذلك إذا حلف أحد المدينين المتضامنين فلا يستفيد الباقيون من ذلك.

(إسناداً) حجية الأحكام:

فقد نصت المادة 296 مدنى على أنه "1 إذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين، فلا يحتج بهذا الحكم على الباقيين" 2" – أما إذا صدر الحكم لصالح أحدهم، فيستفيد منه الباقيون إلا إذا كان الحكم مبنياً على سبب خاص بالمدين الذى صدر الحكم لصالحه" وهذا تطبيق آخر من تطبيقات مبدأ النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر (75).

فإذا صدر الحكم على أحد المدينين المتضامنين، فلا يحتج بهذا الحكم على الباقيين، لأن المدين الذى صدر ضده هذا الحكم لم يكن يمثلهم فى الدعوى. وعلى ذلك لا يستطيع الدائن أن ينفذ بهذا الحكم عليهم. كما أنه إذا وفى المدين المحكوم عليه بكل الدين ورجع على كل منهم بنصيبه فيه، كان لهم أن يدفعوا مطالبته بكافة الدفوع التى كانوا يستطيعون بها دفع دعوى الدائن. أما إذا صدر الحكم لصالح أحدهم فيفيد منه الباقيون بشرط أن يكون قد بنى على دفع من الدفوع المشتركة بينهم كعدم مشروعية السبب أو المحل: ووجه استفادة باقى المدينين يتمثل فى أنه إذا عاد الدائن إلى مطالبة أحدهم بالدين كان لهذا أن يستند إلى الحكم الصادر لصالح المدين الأول ويتعين على المحكمة أن ترفض دعوى الدائن دون حاجة إلى بحث جديد. لكن إذا صدر الحكم لصالح المدين بناء على دفع خاص به، كنقص أهلية، فلا يفيد منه الباقيون، ولا يجوز لهم التمسك به.

(60) فى القانون الفرنسى يعتبر الدفع بالمقاصة دفعاً شخصياً بحتاً لا يجوز أن يتمسك به سوى المدين الذى وقعت المقاصة بينه وبين الدائن، فإن لم يكن قد تمسك بها فلا يجوز للمدينين الآخرين أن يتمسكوا بتلك المقاصة ولو بقدر حصة ذلك المدين. فى تعديلات 2016 نصت المادة 1315 السابق الإشارة إليها "..... مع ذلك عندما يؤدى دفع شخصى لمدين متضامن

آخر إلى انقضاء حصته فى الدين، وبصفة خاصة فى حالة المقاصة، والإبراء من الدين، فإنه يجوز الاستفادة منه وخصم هذه الحصة من جملة الدين"، وبذلك يتفق هذا الحكم من حكم القانون المصرى فى هذا الصدد. وقد أكدت الفقرة الثانية من المادة 13476 هذا الحكم بنصها على "يجوز للمدين المتضامن = أن يتمسك بالمقاصة التى تقع بين الدائن وأحد مدينه المتضامنين يخصم حصة هذا المدين من الدين فى جملة".

(61) تنص المادة 13501 من التقنين المدنى الفرنسى بعد تعديله فى 2016 فى فقرتها الأولى – تأكيداً للحكم الوارد فى المادة 1315 – على أن "الإبراء من الدين الممنوح لأحد المدينين المتضامنين يبرئ الآخر فى حدود حصته".

(62) تنص المادة 1316 مدنى فرنسى الجديدة على أن "الدائن الذى يتلقى الوفاء من أحد المدينين المتضامنين والذى أبراه من التضامن يحتفظ بحقه فى مواجهة الآخرين، مع استئصال حصة المدين الذى أعفاه".

(63) المادة 1342 9 من التقنين المدنى الفرنسى بعد تعديله فى فقرتها الثانية أخذت بقرينة تسليم السند، سواء أصل السند العرفى، أو صورة من السند التنفيذى بحقه لأحد المدينين المتضامنين تعتبر قرينة بسيطة على الإبراء.

(64) أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة 282 ص 248.

(65) تنص المادة 1314 من التقنين المدنى الفرنسى بعد تعديله 2016 على أن "المطالبة بالفوائد الموجهة إلى أحد المدينين المتضامنين تجعل الفوائد تسرى فى مواجهة الجميع" هذا النص تردّد حرفى لنص المادة 1207 الملغى. وكذلك تنص المادة 2245 مدنى فرنسى على أن اعلان، أحد المدينين المتضامنين بالمطالبة القضائية أو بأحد أعمال التنفيذ الجبرى، أو الاقرار من جانب المدين بالحق الذى تم قطع مدة التقادم بصده يقطع التقادم بالسنية لكل المدينين الآخرين وبالنسبة لورثتهم".

(66) أنظر فى تفصيل ذلك بحثنا التضامن ومبدأ عدم افتراض التضامن، منشأ المعارف، 1985، ص 78 وما بعدها.

(67) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 171 ص 331.

(68) على العكس من ذلك تنص المادة 2245 من التقنين المدنى الفرنسى فى فقرتها الأولى على أن "الاعلان الذى تم لأحد المدينين المتضامنين بمطالبة قضائية، أو بسند تنفيذى جبرى، أو بالإقرار من جانب المدين بحق الذى يجرى بحقه التقادم، يقطع مدة التقادم فى مواجهة الآخرين جميعاً، حتى فى مواجهة ورثتهم"، وبينت الفقرة الثانية من هذه المادة شروط وحدود هذا الانقطاع فى مواجهة الورثة.

(69) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 173 ص 332.

(70) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 173 هامش 2 ص 333.

(71) عبد الحى حجازى، النظرية العامة للالتزام، ج 1، ص 240، 241، عبد المنعم الصدة، فى أحكام الالتزام، فقرة 68 ص 39، أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة 285 ص 250.

[72] M. Planiol et G. Ripert, Traité pratique de droit civil, VII, Les obligations, Par P. Esmein, Radouant, Cabolde, no. 1084

جاءت تعديلات 2016 بنص جديد هو نص المادة 1319 والذى تنص على أن "يسأل المدينون المتضامنون بالتضامن عن عدم تنفيذ الالتزام. يقع العبء النهائى على الذين يرجع إليهم عدم التنفيذ".

(73) الصلح نزول كل من المتصلحين عن جزء من إدعائه، أثره انقضاء الحقوق والادعاءات التى نزل عنها أى م المتعاقدين نزولاً نهائياً، مؤدى ذلك وجوب الحكم بانتهاء الخصومة نقض 20/1/1991 مجموعة أحكام النقض س 42 ص 262.

(74) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 175 ص 335، 336، أنور سلطان: المرجع السابق، فقرة 287، ص 252.

(75) أنظر فى نفس هذا الاتجاه نقض 1991/4/28 س 42 ص 946 حيث تذهب المحكمة إلى

أن "نقض الحكم بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين يستتبع نقضه بالنسبة للباقيين ولو لم يطعنوا فيه". نقض 1993/2/11 س 44 ص 573. ولذلك قضت محكمة النقض بيهنتها العامة فى 1987/12/16 الطعان رقم 300، 409 لسنة 56 هيئة عامة بأن "المحكوم عليه الذى فوت ميعاد الطعن أو قبل الحكم الصادر فى =موضوع غير قابل للتجزئة أو فى التزام بالتضامن أو فى دعوى يوجب القانون اختصاص أشخاص معينين، له أن يطعن فيه أثناء نظر الطعن المقام من أحد زملائه منضماً إليه فى طلباته فإن لم يفعل أمرت المحكمة الطاعن باختصاصه فى الطعن" (م 218 مرافعات) "وقد استهدف المشرع من ذلك استقرار الحقوق ومنع تعارض الأحكام فى الخصومة الواحدة بما يؤدى إلى صعوبة تنفيذ تلك الأحكام بل واستحالته فى بعض الأحيان، وهو ما قد يحدث إذا لم يكن الحكم فى الطعن قانوناً فى مواجهة جميع الخصوم فى الحالات السالفة التى لا يحتل الفصل فيها إلا حلاً واحداً بعينه" مجلة القضاة السنة 25 العدد الثانى يوليو – ديسمبر 1993 ص 100، 101.

(59) تنص المادة 1315 من التقنين المدنى الفرنسى السابق الإشارة إليها على ".... لايجوز للمدين المتضامن أن يحتج بالدفوع الشخصية الخاصة بغيره من المدينين المتضامنين، مثل منح أحدهم أجل معين...."

(59) تنص المادة 1315 من التقنين المدنى الفرنسى السابق الإشارة إليها على ".... لايجوز للمدين المتضامن أن يحتج بالدفوع الشخصية الخاصة بغيره من المدينين المتضامنين، مثل منح أحدهم أجل معين...."

2 علاقة المتضامنين فيما بينهم

القاعدة التى تحكم هذه العلاقة هى قاعدة انقسام الدين فيما بين المدينين المتضامنين كل بقدر حصته، كما أنه إذا وفى أحدهم بكل الدين كان له الرجوع على الباقيين بحصة كل منهم فى الدين. ولتر ذلك بشئ من التفصيل.

أ انقسام الدين بين المدينين المتضامنين:

إن الأثر الجوهري للتضامن يتجلى بوضوح في علاقة المدينين المتضامنين بالدائن بحيث يكون كل مدين مسؤولاً عن الدين بالكامل في مواجهة الدائن. أما في علاقة المدينين المتضامنين فيما بينهم فإن القاعدة هي انقسام الدين عليهم كل بقدر حصته بحيث يتحمل كل منهم نصيبه فيه.

ولتحديد حصة كل من المدينين المتضامنين يجب، إن كان التضامن اتفاقياً، الرجوع إلى الاتفاق المعقود فيما بينهم. وإن كان التضامن قانونياً، فقد ينص القانون على الأساس الواجب الاتباع لتحديد حصة كل من المدينين (76) فإن لم يظهر ذلك من الاتفاق أو لم ينص عليه القانون فإن القاعدة أن الدين ينقسم إذا وفاه أحد المدينين حصصاً متساوية بين الجميع (م 2/297 مدني)

لكن إذا كان أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة في الدين فهو الذي يتحمل به كله نحو الباقيين (م 299 مدني). ويتحقق ذلك إذا كان صاحب المصلحة في الدين هو المدين الأصلي ولم يكن الباقيون سوى ضامنين وإن ظهروا في صلتهم بالدائن بمظهر المدينين الأصليين، في هذه الحالة يتحمل هذا المدين وحده كل الدين. (77) ومثال ذلك، أن يكفل الكفيل الدين فيما بينه وبين المدين، ولكنه يتقدم إلى الدائن مديناً متضامناً مع المدين الأصلي ومتضامناً مع الكفلاء الآخرين الذين يتقدمون هم أيضاً مدينين متضامنين مع المدين، وفي هذه الحالة لا يكون للكفيل حق التقسيم على الكفلاء الآخرين، ولا حق تجريد المدين، بل هو لا يبقى مديناً تابعاً في علاقته بالدائن، وإنما يكون مديناً أصلياً متضامناً مع المدين المكفول. وكما هو واضح فإننا أمام مدينين متضامنين متعددين في دين واحد، ولكن واحداً من هؤلاء المدينين هو صاحب المصلحة في الدين، أي هو المدين الأصلي، والباقيون ليسوا إلا كفلاء عنه، ففي العلاقة بينهم وبين الدائن تسرى قواعد التضامن دون قواعد الكفالة، أما في علاقتهم ببعضهم ببعض، فقواعد الكفالة هي التي تسرى دون قواعد التضامن (78).

(76) انظر نص المادة 169 مدني إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 178، ص 338.
(77) تنص المادة 1318 من التقنين المدني الفرنسي بعد تعديله 2016 على أنه "إذا كان الدين يتعلق بشأن لا يخص إلا أحد المدينين المتضامنين، فهو الذي يلتزم وحده بالدين تجاه الآخرين. فإذا قام بالوفاء به فليس له أي رجوع على مدنيه. أما إذا قام هؤلاء بالوفاء به، فلهم حق الرجوع عليه."
(78) انظر في تفصيل ذلك السهوري، الوسيط، جزء 3 فقرة 208 ص 363 وما بعدها.

ب رجوع المدين الموفى على باقي المدينين:

إذا وفي أحد المدينين بكل الدين كان له الرجوع على باقي المدينين بحصة كل منهم في الدين (79) ، ويأخذ حكم الوفاء انقضاء الدين بطريق آخر يتحمل فيه أحد المدينين أكثر من نصيبه، كالتجديد الذي يعقده أحد المدينين مع الدائن وينقضى به الالتزام القديم دون أن يتحمل فيه باقي المدينين الالتزام الجديد، والمقاصة التي تقع بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين إذا تمسك بها هذا المدين عند مطالبة الدائن له، أو تمسك بها الدائن عند مطالبة المدين بما له، فانقضى الالتزام التضامني كله أو انقضى منه ما يزيد عن حصة المدين فيه.

والمدين الموفى يستطيع أن يرجع على باقي المدينين بأحد طريقين: إما بدعوى شخصية، وهي دعوى الوكالة في التضامن الاتفاقية، أو دعوى الفضالة في التضامن القانوني. وإما بدعوى الحلول وفقاً للمادة 1/326 مدني التي تخول الموفى الحلول محل الدائن إذا كان هذا الموفى ملزماً بالدين مع المدين.

ويختار المدين الموفى أي من الدعويين وفقاً لما يراه محققاً لمصلحته فدعوى الحلول تسمح له بأن يحل محل الدائن فيما له من حق، وبما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع، وما يكفله من تأمينات، وما يرد عليه من دفعات ويكون الحلول بالقدر الذي أداه المدين الموفى من ماله (م 329 مدني) وعلى ذلك فقد يستفيد المدين الموفى من هذه الصفات كأن يكون الدين تجارياً أو ثابتاً في سند رسمي. وقد يضار من ذلك إذا كان هذا الدين يسقط بنوع قصير من التقادم أو تكون المدة التي سرت في مواجهة الدائن مدة طويلة بحيث لم يبق للمدين الموفى إلا مدة قصيرة وينقضى بعدها الدين، أما بالنسبة للتأمينات فإن المدين الموفى يستفيد منها لأنه يحل محل الدائن في حقه وما يكلفه من تأمينات. بالنسبة للفوائد فإن المدين لا يستطيع أن يرجع بها على الباقيين بدعوى الحلول إلا إذا كان الدين منتجاً لها. فإن لم يكن كذلك فإنه ليس له حق إلا في الفوائد القانونية محسوبة من وقت المطالبة القضائية طبقاً للقواعد العامة (م 229 مدني).

أما الدعوى الشخصية فإن مدة تقادمها لا تبدأ إلا من وقت الوفاء بالدين للدائن لأنه من هذا التاريخ فقط ينشأ حق المدين الموفى. أما بالنسبة للفوائد فإن المدين الموفى يستحق الفوائد القانونية على كل ما دفعه للدائن وفاء للدين، بوصفه وكليلاً أو فضولياً، من وقت الدفع (م 710، 195 مدني).

وسواء رجع المدين الموفى بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول، فليس له أن يطلب أي مدين آخر إلا بحصته في الدين (م 2/297 مدني) تطبيقاً لقاعدة انقسام الدين فيما بين المدينين المتضامنين. ولكن إذا وجد الموفى أحد المدينين معسراً فهو لا يتحمل وحده تبعة هذا الإعسار، بل يشترك معه في تحملها سائر المدينين الموسرين كل منهم بقدر حصته في الدين (م 298 مدني). ما لم يكن الدائن قد أبرأ أحد المدينين، من الدين أو من التضامن، من كل مسؤولية عن الدين، إذ في هذه الحالة يتحمل الدائن نصيب هذا المدين في حصة المعسر (2/291 مدني).

وفى ذلك تنص المادة 1/1317 من التقنين المدنى الفرنسى بعد تعديله على أنه " إذا كان أحد المدينين المتضامنين معسراً. توزع حصته على المدينين الموسرين، كل بقدر حصته، بما فيهم المدين والذي قام بالوفاء والذي استفاد من الإبراء من التضامن."

(79)تنص المادة 1317 من التقنين المدنى الفرنسى بعد تعديله 2016 على أن "لا يتحمل المدينون المتضامنون فى الدين ، فيما بينهم، إلا بقدر حصة كل واحد منهم"، " يملك المدين الذى يدفع مايزيد عن حصته الرجوع على الآخرين بما يتناسب مع حصصهم."

المطلب الثانى التضامن الإيجابى

تشابه أحكامه مع التضامن السلبى وندرته فى العمل:

ويتفق التضامن الإيجابى مع التضامن السلبى فى المصدر، كما أن المبادئ التى تحكم التضامن السلبى هى ذاتها التى تحكم التضامن الإيجابى بين الدائنين، والمبادئ الثلاثة التى تحكم التضامن الإيجابى هى: وحدة الدين، وتعدد الروابط، والنيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر وهذه هى المبادئ التى تحكم علاقة المدين بالدائنين المتضامنين، أما فيما يتعلق بعلاقة الدائنين المتضامنين فيما بينهم فالقاعدة هى انقسام الدين.

والتضامن الإيجابى نادر الوقوع فى العمل، إذ فائدته الحقيقية إنما تعود على المدين وحده، إذ هو يسهل عليه إبراء ذمته بوفاء الدين كله لأى من الدائنين المتضامنين. أما بالنسبة للدائنين فهذا التضامن قد يعرضهم للخطر إذا ما استوفى أحدهم الدين ثم أعسر قبل أن يوفى لشركائه حصصهم، ولذلك أعطت المادة 280 مدنى لأى من الدائنين أن يمانع فى أن يتم الوفاء لأحدهم. وفى ذلك تنص هذه المادة على أنه "1 إذا كان التضامن بين الدائنين، جاز للمدين أن يوفى الدين لأى منهم، إلا إذا مانع أحدهم فى ذلك" 2 ومع ذلك لا يحول التضامن دون انقسام الدين بين ورثة أحد الدائنين المتضامنين، إلا إذا كان الدين غير قابل للإنقسام" (80)، ولنر هذه الأحكام بالتفصيل.

(80)تنص المادة 1311 من التقنين المدنى الفرنسى بعد تعديله 2016 على أن " يسمح التضامن بين الدائنين لكل واحد منهم أن يطالب بالوفاء بكل الدين وأن يقبضه الوفاء لأحد الدائنين، والذي ينبغي أن يكون لحساب الآخرين، يبرئ المدين فى مواجهة الجميع" " يجوز للمدين أن يوفى الدين لأى من الدائنين المتضامنين طالما لم يطالبه أحد."

أولاً: علاقة الدائنين المتضامنين بالمدين

يحكم هذه العلاقة ثلاثة مبادئ وحدة الدين، تعدد الروابط، النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر.

1 وحدة الدين:

مقتضى مبدأ وحدة الدين أن يكون لكل من الدائنين المتضامنين أن يطالب المدين بالوفاء بكل الدين (م 1/281 مدنى). وفى مقابل ذلك يجوز للمدين أن يوفى الدين كله لأى منهم فتبرأ ذمته بهذا الوفاء قبلهم جميعاً م 1/280 مدنى. (غير أنه يرد على هذا المقتضى بشقيه عدة قيود:

أولاً: أن انقضاء الدين بالنسبة للدائنين جميعاً إذا قام المدين بوفائه لأى منهم مقيداً بألا يكون قد مانع أحدهم فى ذلك الوفاء (م 1/280 مدنى) وإلا فلا تبرأ ذمة المدين قبل باقى الدائنين إلا بقدر حصة الدائن الذى تم الوفاء له. وإذا أراد المدين أن يتخطى هذه العقبة عليه الوفاء للدائنين

مجتمعين أو إيداعه الشئ محل الالتزام(81). مع مراعاة أنه لا يشترط فى اعتراض الدائن المانع أى شكل خاص(82). ثانياً: اتخاذ أحد الدائنين قبل المدين إجراءات المطالبة يوجب عليه أن يوفى الدين كله لهذا الدائن أو لمن انضم إليه فى تلك الإجراءات من الدائنين الآخرين. ويترتب على ذلك أنه لا يحتج بوفاء أداه المدين لدائن آخر بعد المطالبة إلا بقدر حصة الدائن الموفى له(83).

ثالثاً: وفاة أحد الدائنين المتضامنين يترتب عليه انقسام الدين بين ورثته. فالتضامن الإيجابى لا يحول دون هذا الانقسام (م 2/280 مدنى) ومقتضى هذا الحكم أنه لا يجوز لأى من ورثة الدائن المتضامن أن يطالب المدين إلا بقدر حصته فى الميراث. كما أنه لا يجوز للمدين أن يوفى لأى منهم إلا بقدر هذا النصيب. أما باقى الدائنين المتضامنين فإن مبدأ وحدة الدين يظل يحكم العلاقة فيما بينهم وبين المدين، فيجوز لأيهم أن يطالب المدين بكل الدين، كما يجوز للمدين أن يوفى بكل الدين لأحدهم.

(81) وذلك قياساً على ما جاء فى المادة 1/302 فى شأن عدم القابلية للانقسام، أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة 258 ص 234، وقارن السهنورى، الوسيط، ج 3 فقرة 133 ص 215 هامش 2.

(82) انظر: أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة 258 ص 234، إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 181، ص 342.

(83) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 181 ص 342، 343.

2تعدد الروابط:

يجب أن نؤكد أيضاً فى هذا الصدد أن وحدة الدين التى تترتب على التضامن لا تحول دون تعدد الروابط (نتيجة لتعدد الدائنين) التى تربط الدائنين بالمدين واستقلال كل رابطة عن الأخرى.

وتتجلى مظاهر هذا التعدد وذلك الاستقلال، فى الاعتداد بالوصف الذى يلحق رابطة كل دائن بالمدين. وفى قصر براءة ذمة المدين قبل أحد الدائنين لسبب غير الوفاء على حصة هذا الدائن.

أ الاعتداد بالوصف الذى يلحق كل رابطة:

يترتب على استقلال رابطة كل دائن بالمدين عن رابطة غيره من الدائنين وجوب اعتداد كل دائن بالوصف الذى يلحق رابطته، ويعدل من أثر الالتزام فى مواجهته (م 1/281 مدنى). من ذلك أن يكون الدين بالنسبة إليه معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل.

ومقتضى هذا الاستقلال أيضاً أنه لا يجوز للمدين إذا طالبه أحد الدائنين المتضامنين بالوفاء أن يحتج على هذا الدائن بأوجه الدفع الخاصة بغيره من الدائنين، ولكن يجوز له أن يحتج على الدائن المطالب بأوجه الدفع الخاصة بهذا الدائن، وبأوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعاً. (م 281/ مدنى) من ذلك أن يشوب إحدى الروابط عيب لا يمس الروابط الأخرى، كوقوع المدين فى غلط يجيز له أن يطلب إبطال العقد بالنسبة لبعض الدائنين فحسب، بأن كان البعض على علم بهذا الغلط وكان البعض الآخر لا يعلم به ولم يكن من السهل عليه أن يتبينه (م 120 مدنى). فإذا كان العيب خاصاً برابطة أحد الدائنين كان الدفع المبنى عليه دفعاً خاصاً لا يحتج به إلا على هذا الدائن. على عكس الدفع المشترك، كالدفع بالبطلان لعدم مشروعية المحل مثلاً[84].

ب قصر براءة ذمة المدين قبل أحد الدائنين لسبب غير الوفاء على حصة هذا الدائن:

من مقتضى تعدد الروابط أن انقضاء رابطة أحد الدائنين المتضامنين، دون أن يوفى المدين الدين، وبسبب خاص بهذا الدائن، لا ينصرف أثره إلى الدائنين الآخرين إلا بقدر حصة هذا الدائن (م 2/282 مدنى). وبذلك يكون المشرع قد قصر أثر التضامن الإيجابى فى صلة الدائنين المتضامنين بالمدين على استيفاء الدين، فإذا استوفاه أحدهم من المدين برأت ذمة هذا الأخير قبلهم جميعاً.

وعلى ذلك فالتجديد الذى ينعقد بين المدين وأحد الدائنين المتضامنين لا يترتب عليه انقضاء الالتزام إلا بالنسبة لهذا الدائن وحده، ويبقى الالتزام القديم قائماً بالنسبة لباقي الدائنين فيجوز لأى منهم أن يطالب المدين بعد استئصال حصة الدائن الذى اتفق على التجديد. وتطبق هذه القاعدة على المقاصة التى تقع بين المدين وأحد الدائنين، وعلى اتحاد الذمة، وعلى الإبراء. وبالمثل إذا انقضى التزام المدين قبل أحد الدائنين المتضامنين بالتقادم، ولم ينقض بهذا السبب قبل غيره من الدائنين، لعدم استكمال مدته بالنسبة لهم بسبب عدم استحقاق حقهم أو لوقف التقادم أو انقطاعه فى مواجهتهم، فإنه لا يجوز للمدين أن يتمسك بالتقادم فى مواجهتهم إلا بقدر حصة هذا الدائن[85].

(84) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 182 ص 343، 344.

(85) انظر أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة 262 ص 126، إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 182 ص 344، 345، وانظر عكس ذلك، عبد الحى حجازى، المرجع السابق، ج 1 ص 221 - 222.

3 النيابة التبادلية:

المبدأ: اقتصار النيابة التبادلية على ما ينفع دون ما يضر. وقد نصت المادة 2/282 على ذلك صراحة بأنه "لا يجوز لأحد الدائنين المتضامنين أن يأتى عملاً من شأنه الإضرار بالدائنين الآخرين".
تطبيق المبدأ: الشق الأول: تقوم فكرة النيابة التبادلية على ما يحقق مصلحة الدائنين المتضامنين. ولذلك إذا قطع أحد الدائنين التقادم المسقط انقطع بالنسبة للباقيين (86). كما إذا طالب أحدهم بفوائد الدين سرت هذه الفوائد بالنسبة لهم جميعاً من وقت هذه المطالبة.

وإذا أقر المدين بالدين فى مواجهة أحدهم استفاد منه الباقيون، ما لم يكن هذا الحكم مبنياً على سبب خاص بهذا الدائن. الشق الثانى: يقوم على استبعاد النيابة التبادلية فيما يضر. وعلى ذلك إذا أعذر المدين أحد الدائنين المتضامنين فلا يكون لذلك أثر بالنسبة إلى باقي الدائنين. وكذلك إذا صدر حكم لصالح المدين ضد أحدهم فلا يسرى على غيره من الدائنين. وإذا وجه أحد الدائنين المتضامنين اليمين إلى المدين فحلف أن الدين غير موجود فلا يضر بذلك باقي الدائنين.

ثانياً: علاقة الدائنين المتضامنين فيما بينهم

المبدأ: انقسام الدين:

وقد نصت المادة 283 مدنى على أن "1 أن كل ما يستوفيه أحد الدائنين المتضامنين من المدين يصير من حق الدائنين جميعاً ويتحصون فيه 2" وتكون القسمة بينهم بالتساوى إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك."

وعلى ذلك يكون رجوع الدائنين المتضامنين على بعضهم وفقاً للاتفاق الذى تم بينهم أو النص إن كان هناك نص، وإلا تتم القسمة بينهم بالتساوى. وهذا الرجوع لا يكون إلا بدعوى شخصية، دعوى الوكالة إذ أمكن استخلاص وكالة ضمنية، وإلا فدعوى الفضالة، ولا تتصور دعوى الحلول بداهة فى التضامن الإيجابى (87)، حيث أن الحلول لا يتصور إلا فى الوفاء عن الغير لا فى الاستيفاء عن الغير.

أما إذا كان أحد الدائنين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة فى الدين، فلم يكن الآخرون إلا مجرد وكلاء فى القبض، فلا يكون لهم عليه رجوع إن قد استوفى الدين، وله أن يرجع بالدين كله على من استوفاه من الآخرين (88).

(86) تنص المادة 1312 من التقنين المدني الفرنسي بعد تعديله 2016 على أن "كل عمل يقطع التقادم أو يوقفه في مواجهة أحد الدائنين المتضامنين، يستفيد منه الدائنون الآخرون".

(87) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 184 ص 346.

(88) أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة 266 ص 238، إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 184 ص 346.

المبحث الثاني عدم القابلية للانقسام

الالتزام القابل للانقسام وغير القابل للانقسام:

لا تتور مشكلة التفرقة بين الالتزام القابل للانقسام والالتزام غير القابل للانقسام إلا حيث يتعدد أحد طرفي الالتزام أما إذا كان هناك دائن واحد أو مدين واحد فإنه لا أهمية لكون الالتزام قابلاً للانقسام أو غير قابل لأنه في جميع الأحوال يجب على المدين أن يوفى بالالتزام كله حتى ولو كان قابلاً للانقسام، كما لا يجبر الدائن على قبول الوفاء الجزئي (م 1/342 مدني). أما إذا تعدد أحد طرفي الالتزام أو كلاهما فإنه يتعين التفرقة بين الالتزام القابل للانقسام وغير القابل له. فإذا كان الالتزام قابلاً للانقسام (وغير تضامني أو تضامني) فلا يجوز لأي من الدائنين المتعددين أن يطالب المدين إلا بقدر حصته في الدين، ولا يجوز إلزام أي مدين من المدينين المتعددين إلا بوفاء نصيبه في الدين. أما إذا كان الالتزام غير قابل للانقسام جاز لكل دائن من الدائنين المتعددين أن يطالب المدين بوفاء الدين كاملاً، كما يجوز إلزام أي مدين من المدينين المتعددين بوفاء كامل الدين للدائن.

وعلى ذلك يجب الوقوف على أسباب عدم قابلية الالتزام للانقسام، ثم معرفة الآثار التي تترتب على ذلك. وأخيراً نعقد مقارنة بين عدم القابلية للانقسام والتضامن.

المطلب الأول أسباب عدم قابلية الالتزام للانقسام

ترجع أسباب عدم الانقسام إلى أحد سببين: 1 إما إلى طبيعة المحل (م 300/أ). 2 وإما إلى اشتراط المتعاقدين ذلك (م 300/ب).

أولاً: عدم الانقسام الطبيعي:

وعدم الانقسام الطبيعي يرجع إلى أن محل الالتزام لا يقبل بطبيعته أن ينقسم إما لأن المحل يستعصى على التجزئة فلا يتصور تجزئته، وإما لأن المحل – وإن كان يقبل الانقسام – إلا أنه امتنع تجزئته لنظر المتعاقدين إليه ككل لا يقبل التجزئة بسبب الغرض المقصود منه. على ذلك فإن عدم القابلية للانقسام تكون في الحالة الأولى، مطلقة، وفي الحالة الثانية، نسبية.

1 عدم الانقسام المطلق:

يرجع ذلك إلى طبيعة المحل ذاته. مثال ذلك الالتزام بامتناع عن عمل حيث أن أي مخالفة جزئية لهذا الالتزام تعتبر مخالفة للالتزام في جملته، فلا يتصور انقسام الالتزام بعدم المنافسة للمشتري في حالة تعدد بائعي المحل التجاري مثلاً. أما بالنسبة للالتزام بعمل فإنه قد لا يقبل المحل بطبيعته الانقسام، كما في الالتزام بتسليم حيوان حي. أما الالتزام بنقل حق عيني أو إنشائه على شيء، أي الالتزام بإعطاء، فيندر أن يكون غير قابل للانقسام بصفة مطلقة بسبب طبيعة محله، مثال ذلك الالتزام بتقرير حق ارتفاع.

2 عدم الانقسام النسبي:

وهذا لا يرجع إلى طبيعة محل الالتزام وإنما يرجع إلى الغرض الذي رمى إليه المتعاقدان. مثال ذلك التزام المقاول ببناء المنزل، فهذا الالتزام من الممكن تجزئته وفقاً لمراحله المتعاقبة، ومع ذلك فالالتزام المقاول لا يقبل التجزئة بالنظر إلى الغرض الذي رمى إليه المتعاقدان وهو المنزل بأكمله، فإذا تعهد مقاولان ببناء منزل وفقاً لمواصفات معينة فلا ينقسم الالتزام عليهما وإن لم يشترط التضامن بينهما، إذ يجوز لرب العمل أن يطالب أياً منهما ببناء المنزل كاملاً وفقاً للمواصفات المتفق عليها. ومن ذلك أيضاً أن يتعهد مؤلفان لناشر بوضع مؤلف في موضوع معين فهذا الالتزام لا يقبل الانقسام بالنظر إلى الغرض منه.

ثانياً: عدم الانقسام المشروط:

ويرجع عدم الانقسام في هذه الحالة إلى مجرد الاتفاق على عدم تجزئة الوفاء. فعدم الانقسام لا يرجع إلى طبيعة المحل المطلقة أو النسبية، وهذا الاتفاق قد يكون صريحاً أو ضمناً يستخلص من ظروف التعاقد، وبصفة خاصة من الغرض المقصود من الالتزام، كما لو اشترى شخص أرضاً من عدة ملاك وكان مفهوماً في العقد أنه قد قصد أن يقيم عليها مصنعاً، فلا يجوز الوفاء من كل مالك بقدر حصته الشائعة، بل يجب الوفاء بالكل (89).

واشترط عدم الانقسام قد يقصد به تحقيق مصلحة للدائن، وهذا هو الغالب إذ يكون للدائن في هذه الحالة مطالبة أي مدين من المدينين المتعددين بأداء كامل الالتزام، وقد يقصد به تحقيق مصلحة المدين حتى لا يضطر إلى تقسيم الوفاء على دائنيه المتعددين من ذلك اشتراط الشركات عدم تجزئة الأسهم والسندات عند وفاة صاحبها على عدة من ورثة، مقتضى ذلك أن الشركة غير ملزمة بتقسيم الأرباح والفوائد على الورثة وإنما تقوم بالوفاء بها جملة واحدة.

المطلب الثانى آثار عدم قابلية الالتزام للانقسام

إن الأثر الجوهرى لعدم القابلية للانقسام هو وجوب الوفاء به جملة واحدة، فالالتزام غير القابل للانقسام لا يقبل ال وفاء الجزئى وتظهر أهمية عدم القابلية للانقسام عندما يتعدد الدائنون أو المدينون كما سبق أن رأينا. ولنر ذلك تفصيلاً.

أولاً: حالة تعدد المدينين:

القاعدة إذا تعدد المدينون فى التزام غير قابل للانقسام كان كل منهم ملزماً بوفاء الدين كاملاً (م 1 / 301 مدنى)، كما أن للمدين الذى وفى بالدين حق الرجوع على الباقيين، كل بقدر حصته إلا إذا تبين من الظروف غير ذلك (2 / 301 مدنى) (90) وعلى ضوء ذلك يجب التفرقة بين علاقة الدائن بالمدينين وعلاقة المدينين فيما بينهم.

1 بالنسبة لعلاقة الدائن بالمدينين:

نستطيع أن نستخلص من ذلك أن الآثار التى تترتب على هذه القابلية للانقسام عند تعدد المدينين تشتهب بآثار التضامن السلبى من حيث أن كل مدين فى علاقته بالدائن يكون مسؤولاً عن الدين كله (وحدة الدين) كما أن ذلك لا ينفى اختلاف رابطة بعض المدينين على رابطة البعض الآخر (تعدد الروابط).

أما بالنسبة للنيابة التبادلية بين المدينين فى صلتهم بالدائن قد اختلف الفقهاء حول مدى انطباقها فى حالة عدم القابلية للانقسام عند تعدد المدينين. فيذهب البعض إلى استبعادها (91)، بينما يرى البعض الآخر أنه يمكن الأخذ بها فى الحدود المقررة فى شأن التضامن، أى فيما ينعف دون ما يضر (92)، وهناك فريق آخر يرى أنه ليس للخلاف فى الواقع إلا أهمية عملية محدودة لأنه إذا أخذنا بفكرة النيابة التبادلية فيما ينعف دون ما يضر، وجب مع ذلك مراعاة السبب الذى يرجع إليه عدم القابلية للانقسام، فإذا كان السبب يرجع إلى طبيعة المحل، كان للدائن مطالبة أى مدين بكامل الالتزام، ولو كان هذا الالتزام قد انقضى بالنسبة إلى غيره من المدينين بالتقادم، أما إذا كان عدم الانقسام عرضياً أى مشروطاً فيجوز لمن يطالبه الدائن بوفاء الدين أن يستنزل منه حصة من انقضى الالتزام بالنسبة إليه بالتقادم (93).

نحن نرى أن الوضع الصحيح للمسألة يكمن فى البحث عن الأساس الذى ترتكز عليه فكرة النيابة التبادلية فى التضامن. وقد سبق أن رأينا أن الأساس الذى يفسر فكرة النيابة التبادلية بين المدينين هو المصلحة المشتركة بين هؤلاء المدينين. ولهذا السبب استطاع الفقه الفرنسى إرجاع النصوص الواردة فى هذا الصدد إلى فكرة النيابة التبادلية فيما ينعف وفيما يضر. كما أن القضاء الفرنسى انطلق من هذا الأساس وراح يستخلص النتائج المنطقية الأخرى المترتبة على ذلك على النحو السابق بيانه بصدد التضامن.

وإذا رجعنا إلى عدم القابلية للانقسام الذى يتعدد فيه المدينون سوف نجد أن عدم الانقسام قد يرجع إلى اتفاق الأطراف أو إلى طبيعة المحل ذاته، وعلى ذلك نستطيع أن نقول أنه يمكن افتراض قيام المصلحة المشتركة بين المدينين فى حالة الاتفاق على عدم الانقسام فحسب، وبالتالي يكون هناك محل لتطبيق فكرة النيابة التبادلية فيما ينعف لا فيما يضر فى القانون المصرى فى هذه الحدود. أما إذا كان عدم الانقسام طبيعياً بحيث لا يكون هناك أى دخل لإرادة الأطراف فى ذلك فإنه لا يمكن افتراض قيام مصلحة مشتركة فيما بين المدينين فى هذه الحالة وبالتالي عدم إمكانية تطبيق فكرة النيابة التبادلية.

(90) تنص الفقرة الثانية من المادة 1320 من التقنين المدنى الفرنسى بعد تعديله 2016 على أن "يلتزم أى من المدينين فى الالتزام غير قابل للانقسام، بالوفاء به كاملاً، لكن له أن يرجع على الآخرين كل بقدر حصته".

(91) [السنهورى، الوسيط، ج 3 فقرة 218 ص 390. وعبد الحى حجازى، المرجع السابق، ج 1 ص 259 وص 264 وما بعدها، عبد المنعم البدر، المرجع السابق فقرة 275 ص 288.

(92) [إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 186 ص 350 وبصفة خاصة هامش 1.

(93) [أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة 302، ص 264.

2 بالنسبة لعلاقة المدينين فيما بينهم:

فالقاعدة هى انقسام الدين. بمعنى أن للمدين الذى أوفى الدين كاملاً للدائن أن يرجع على الباقيين بقدر حصته فى الدين إلا إذا تبين من الظروف غير ذلك.

ويكون الرجوع فى الحالات التى يجوز فيها ذلك، بمقتضى الدعوى الشخصية أو بمقتضى دعوى الحلول. كما أن الموفى من هؤلاء المدينين لا يتحمل وحدة تبعة إعسار أحدهم بل توزع هذه التبعة على الباقيين بنسبة حصة كل منهم فى الدين.

ثانياً: حالة تعدد الدائنين:

إذا تعدد الدائنون جاز لكل دائن أن يطالب بأداء الالتزام كاملاً كما هو الحال فى التضامن الإيجابى ولكن هذا مشروط بعدم اعتراض أحد الدائنين على ذلك، إذ فى هذه الحالة يتعين على المدين أداء الدين للدائنين مجتمعين أو إيداع الشئ محل الالتزام (م 1 / 302 مدنى). وإذا استوفى أحد الدائنين الالتزام من المدين رجع عليه الباقيون كل بقدر حصته (م 2 / 302 مدنى). وتقوم النيابة التبادلية فيما بين الدائنين فى الحدود السابق بيانها. (94)

(94) تنص الفقرة الأولى من المادة 1320 من التقنين المدنى الفرنسى الجديدة على أنه يجوز لأى من الدائنين فى الالتزام بأداء غير قابل للانقسام، بالطبيعة أو بالعقد، أن يطالب به وأن يتقاضى الوفاء به كاملاً، إلا إذا عرض على الآخرين، ولكن لا يجوز له وحده أن يتصرف فى الحق، ولا أن يتقاضى ثمناً بدلاً عن الشئ. وتنص الفقرة الثالثة على أن "يكون الأمر كذلك بالنسبة لكل وارث من ورثة الدائنين والمدينين".

مقارنة بين عدم القابلية للانقسام والتضامن:

يتبين لنا من دراسة كل من التضامن وعدم القابلية للانقسام أن هناك تشابه واضح بينهما في الآثار. لكن هذا التشابه الواضح في الآثار لا يحجب عنا ما بينهما من فروق نلخصها فيما يلي:

أولاً: هناك فارق في المدى بين كل من عدم القابلية للانقسام الطبيعي والتضامن. فالتضامن يمتد ليشمل كل من التنفيذ العيني والتعويض النقدي، أما عدم القابلية للانقسام الطبيعي، وهو الذي يرجع إلى طبيعة المحل المطلقة أو النسبية، فيقتصر أثره على التنفيذ العيني دون التعويض النقدي، حيث أن الالتزام يبقى غير منقسم ما دام محله لا يقبل التجزئة. أما إذا تحول إلى تعويض نقدي لتعذر التنفيذ العيني، انقسم الالتزام بالتعويض. مثال ذلك أن يلتزم مقاولان ببناء منزل دون تضامن بينهما، فللدائن أن يطالب أيّاً منهما ببناء المنزل كاملاً، وذلك هو التنفيذ العيني لا يقبل الانقسام بسبب طبيعة المحل كما نظر إليه في العقد. أما إذا تأخر المقاولان في إقامة المنزل أو لم يقيماه وفقاً للمواصفات أو لم يقيماه أصلاً، فإن التعويض عن التأخير أو عن عدم التنفيذ ينقسم بينهما فلا يلزم كل منهما إلا بقدر حصته، ولذلك يكون من مصلحة الدائن ألا يكتفى بعدم القابلية للانقسام بل عليه أن يشترط التضامن بين المدينين (95). وكذلك الحال إذا تعدد الدائنون في التزام يقبل التجزئة بسبب طبيعة محله، كما لو تعهد مقاول ببناء منزل لشخصين معاً، ثم تحول الالتزام إلى تعويض نقدي، فلا يكون لكل منهما أن يطالب بالتعويض كله إلا إذا كان التضامن مشروطاً بينهما (96).

ثانياً: هناك فارق من حيث أثر الوفاة على انقسام الالتزام من عدمه. ففي الالتزام غير القابل للانقسام، سواء كان عدم الانقسام طبيعياً أو مشروطاً، لا ينقسم الالتزام بين الورثة. فإذا كان الالتزام لا يقبل الانقسام وتوفي الدائن عن عدة ورثة كان لكل وارث أن يطالب بالدين كله. على العكس من ذلك في الالتزام التضامني. فمثلاً إذا اشترط التضامن بين الدائنين في التزام يقبل الانقسام، كدفع مبلغ من النقود، ثم توفي أحدهم فلا يحول التضامن دون انقسام الحق بين الورثة (م 2/280 مدني) على النحو السابق بيانه.

وتنطبق نفس هذه القاعدة في حالة وفاة أحد المدينين المتضامنين في القانون الفرنسي. لكن لا محل لذلك في القانون المصري إذ أن الدين لا ينقسم بين الورثة على أي الأحوال، بل هو مضمون بأموال التركة جميعاً ضمناً لا يقبل التجزئة (97).

(95) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 187 ص 353.

(96) انظر إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 187 ص 354.

(97) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 187 ص 354.

القسم الثاني انتقال الالتزام

1 تطور الائتمان وسهولة تداول الحقوق:

إن من أهم أسباب تطور الائتمان التجاري هو سهولة انتقال الحقوق وتداولها أما في الائتمان المدني فنجد أن حوالة الحق وحوالة الدين محاطة بكثير من الإجراءات التي تعوق إلى حد كبير سهولة تداول الحقوق المدنية كما سنرى فيما بعد. ولكن مما تجدر ملاحظته أن الحق المدني إذا كان ثابتاً في سند اسمي أو أذني أو لحامله فإنه يتبع في شأن انتقاله وتداوله نفس الطرق والوسائل المتبعة في القانون التجاري.

ففي السندات الأسمية، كالأسهم والسندات، يتم انتقالها عن طريق القيد في دفتر خاص معد لذلك في الشركة أو لدى الدولة في حالة ما تصدره هذه الأخيرة من سندات. أما السند المتضمن شرط الإذن، كالكمبيالة والسند الإذني والشيك. وغير ذلك من سندات، كسند الشحن أو سندات الخزن، فإن انتقالها يتم عن طريق التظهير. وتخضع في نظرنا لمبدأ تطهير الدفوع. أما السندات لحاملها، وهي السندات التي تحرر ابتداءً لحاملها أيّاً كان، كالأسهم والسندات والكمبيالة والسند الإذني والشيك وغيرها، فإن انتقال الحق بها يتم بالتسليم المادي للسند المثبت فيه الحق.

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الحالي ينص في المادة 442/1 منه على أنه "يجوز إثبات حق مدني في سند اسمي أو سند اذني أو سند لحامله. وفي هذه الحالة تتم حوالة هذا الحق بالنقل أو التظهير أو التسليم". وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد أنه "لا يشترط اتخاذ الإجراءات المقررة في المادة 430 (تقابل المادة 305 مدني) في الحالات التي يواجهها هذا النص (م 1/442 من المشروع). فالقاعدة هي اتباع الأوضاع المقررة في قانون التجارة في حوالة الحق ولو كان مدنياً متى أثبت شكلاً في سند اسمي أو سند إذني أو سند لحامله". وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة "اكْتفاء بتطبيق القواعد العامة" (98).

ونحن نميل إلى ضرورة تسهيل تداول الحقوق المدنية حتى يواكب الطفرات التي شهدتها الائتمان في الوقت الحاضر، وبصفة خاصة في الدول المتقدمة، كما أن ذلك يقابل طموحاتنا في تطور اقتصادي سريع لنلحق بركب الحضارة (99).

(98) مجموعة الأعمال التحضيرية، ج 3 ص 133 - 134 في الهامش.

(99) انظر في تفصيل أكثر بحثنا نحو قانون خاص بالائتمان، السابق الإشارة إليه، وبصفة خاصة ص 212 وما بعدها. وقد استجابت تعديلات 2016 للتقنين المدني لهذه الاعتبارات بإعادة تنظيم حوالة الحق بالتشدد في إجراءات الصحة، وتبسيط إجراءات النفاذ في مواجهة المدين وغيره، وتنظيم نفقات عملية الحوالة. كما أن المشرع أعاد الأمور إلى نصابها بتنظيم حوالة الدين بنصوص صريحة (م 132713281)، انظر: Rapport, JO. 11 fevr. 2016.

2موضوع وخطة الدراسة:

يقصد بانتقال الالتزام هو أن يتحول الالتزام ذاته، سواء في جانبه الإيجابي أو جانبه السلبي، من شخص إلى آخر. من دائن إلى دائن آخر، باعتباره حقاً شخصياً وهذا ما يسمى بحالة الحق، أو من مدين إلى مدين آخر، باعتباره التزاماً، وهذا ما يسمى بحالة الدين.

وأهم ما يتسم به انتقال الالتزام هو أن الالتزام، في الحالتين، يظل كما هو رغم تغير أحد طرفيه، فإن الذي ينتقل بالحالة هو الالتزام ذاته بجميع مقوماته وخصائصه وصفاته و ضماناته ودفعه.

وانتقال الالتزام إما أن يكون بسبب الموت، وإما أن يتم حال الحياة. فإذا توفي الدائن انتقل حقه إلى ورثته من بعده. ويصبح هؤلاء هم الدائنون مكانه، وإذا توفي المدين انتقل دينه إلى ورثته من بعده ويصبح هؤلاء المدينون مكانه، ولكن تتحدد مسؤوليتهم عنه بأموال التركة.

أما انتقال الالتزام فيما بين الأحياء فإنه يتم عن طريق الحوالة، سواء حوالة الحق، وحوالة الدين. أو التنازل عن العقد فيما يتضمنه من حقوق والتزامات كوحدة واحدة ([100]). علاوة على ذلك، كما سوف نرى فيما بعد، أن هناك انتقالاً للحق في حالة الوفاء مع الحلول.

وسنقتصر هنا على دراسة حوالة الحق في باب أول، وحوالة الدين في باب ثان. أما الوفاء مع الحلول سوف نعرض له عند دراسة الوفاء كسبب من أسباب انقضاء الالتزام.

الباب الأول حوالة الحق

التعريف بحوالة الحق وأهميتها العملية:

* حوالة الحق اتفاق بمقتضاه ينقل الدائن ما له من حق قبل المدين إلى شخص آخر يصبح دائناً مكانه. ويسمى الدائن الأصلي محيلاً، والدائن الجديد محالاً له، والمدين محالاً عليه.

* وحوالة الحق قد تتم في مقابل ثمن نقدي فتأخذ حكم البيع، وقد تتم بلا مقابل فتأخذ حكم الهبة، وينطبق عليها الشروط الشكلية والشروط الموضوعية الخاصة بعقد الهبة، وقد يقصد بالحوالة قضاء دين على المحيل للمحال له، فتأخذ حكم الوفاء بمقابل وقد يقصد بها إعطاء تأمين خاص فتأخذ حكم الرهن([101]). على أنه مهما تعددت الأغراض التي تنصرف إليها حوالة الحق فإن هناك قواعد عامة مشتركة تنطبق في جميع الحالات. وهذه القواعد هي موضوع هذا الباب.

* وعلى ضوء ما تقدم نستطيع أن نتبين ما تحققه حوالة الحق من فوائد لكل من المحيل والمحال له. فبالنسبة للمحيل فإن الحوالة قد تلبي حاجته إلى نقود حالة لا يحققها له حقه المضاف إلى أجل، وقد تكون الحوالة وسيلة ميسرة لقضاء ما عليه من دين للمحال له، وقد تكون الحوالة وسيلة للتخلص من مدين مماطل تقتضى مطالبته إجراءات طويلة، ويغلب في هذه الحالة أن يكون ثمن الحوالة أقل من قيمة الحق الأسمية.

أما بالنسبة للمحال له فإنه يقصد من وراء الحوالة المضاربة، وذلك عندما يشتري الحقوق بأقل من قيمتها الاسمية وبأمل استيفائها كاملة من المدين، وقد يقصد من وراء الحوالة توظيف أمواله، عن طريق شراء الحقوق المؤجلة والتي تغل فائدة مرتفعة ومضمونة بتأمينات جديّة مأمونة.

ولدراسة القواعد العامة التي تحكم الحوالة في جميع هذه الحالات ينبغي أن نعرض أولاً لشروط الحوالة، ثم ندرس بعد ذلك آثارها.

الفصل الأول

(100) أنظر بحثنا في التنازل عن العقد، منشأة المعارف، 1985.
(101) وقد أجملت كل ذلك المادة 1321 من التقنين المدني الفرنسي بعد تعديله 2016 حيث نصت على أن " حوالة الحق عقد ينقل بمقتضاه الدائن المحيل، بعوض أو بغير عوض، كل حقه أو بعضه في مواجهة المدين المحال عليه إلى شخص من الغير يسمى المحال له"، " يجوز أن ترد الحوالة على حق واحد أو عدة حقوق حالية أو مستقبلية، معينة أو قابلة للتعيين"، " تشمل الحوالة توابع الحق"، " لا يشترط رضا المدين، مالم يكن قد اشترط عدم قابلية الحق للحوالة".

ملاحظة: نظم المشرع الفرنسي في تعديلات 2016 حوالة الحق وحوالة الدين مع التجديد والإنابة تحت عنوان العمليات التي ترد على التزامات وذلك في الفصل الثاني من الباب الرابع المتعلق بأحكام الالتزام. ونحن لا نتفق مع هذا التبويب حيث أن المشرع جمع بين أنظمة مختلفة من حيث الطبيعة والغاية (الحوالة انتقال للالتزام، التجديد والإنابة أسباب انقضاء للالتزام لمجرد التشابه بينهم في أن كل منهم يرد على التزام وأن كل منهم يتم بالاتفاق).

شروط الحوالة

ولدراسة شروط الحوالة ينبغي أن نفرق بين شروط الانعقاد وشروط النفاذ.

المبحث الأول شروط انعقاد الحوالة

إن حوالة الحق ليست إلا اتفاقاً بين المحيل والمحال له. وعلى ذلك فإن هذا الاتفاق يجب أن تتوفر فيه أركان وشروط صحة الاتفاق بوجه عام. ومن ثم فلا بد من تراض ومحل وسبب. وعلى ذلك فإنه يجب أن يتوافر في المتعاقدين الأهلية اللازمة للتصرف المراد تحقيقه بالحوالة، بيع أو هبة أو رهن أو وفاء بمقابل أو غير ذلك. ويجب أن يكون رضاهما خالياً من العيوب.

كما أن يتوافر في كل من المحل والسبب الشروط اللازمة قانوناً لكل منهما. ونحيل في كل هذه المسائل إلى ما سبق دراسته في النظرية العامة للعقد. ونكتفي هنا بالتركيز على مسألتين جديرتين بالبحث.

أولاً: الحوالة اتفاق بين المحيل والمحال له:

تتم الحوالة في التقنين المدني الحالي برضاء المحيل والمحال له فقط. أي أن الحوالة اتفاق يتم بين الدائن الأصلي (المحيل) والدائن الجديد (المحال له). فالمدين (المحال عليه) ليس طرفاً في اتفاق الحوالة. فلا يشترط رضاه لانعقادها (م 303 مدني، انظر م 1321 الفقرة الرابعة من التقنين المدني الفرنسي الجديدة). والعلة في عدم اشتراط رضاء المدين لانعقاد الحوالة هي أنه يستوى لديه بقاء دائنه أو استبداله بدائن آخر طالما أن شخص الدائن ليس محل اعتبار في الالتزام. وأن هذا التغيير لا يترتب عليه زيادة في عبء الالتزام. وهذا المسلك يتفق مع التقنيات الحديثة، كما أنه يعد خطوة أولى إلى الأمام في سبيل تطوير الانتماء المدني. وحوالة الحق اتفاق رضائي لا يشترط فيه شكل خاص (102) ، ما لم تكن هبة صريحة للمحال له فيجب عندئذ أن تفرغ في شكلها الرسمي.

(102) تنص المادة 1322 من التقنين المدني الفرنسي بعد تعديله في 2016 على أنه "يجب أن تدون الحوالة كتابة، وإلا كانت باطلة."

ثانياً: محل حوالة الحق: (103)

محل الحوالة هو الحق المحال به. والقاعدة في هذا الصدد أن جميع الحقوق الشخصية تجوز حوالتها أيأ كان محلها، وإن كان الغالب عملاً أن ترد على حق اقتضاء مبلغ من النقود. ويستوى من حيث القابلية للحوالة، أن يكون الحق مدنياً أو تجارياً، أو أن يكون الحق موصوفاً بوصف من الأوصاف (أجل أو شرط أو تضامن أو عدم قابلية للانقسام) (104) أو غير موصوف بشئ من ذلك. كما يستوى أن يكون الحق مدوناً في سند مكتوب. حكم قضائي أو سند رسمي أو سند غير رسمي، أو غير مدون أصلاً. هذا الأصل العام في جواز حوالة الحقوق الشخصية أيأ كان محلها لا يجري على إطلاقه وإنما ترد عليه استثناءات ثلاث: وجود نص في القانون يمنع من حوالة بعض الحقوق (م 303 مدني) من ذلك عدم جواز حوالة الحقوق غير القابلة للحجز عليها، كدين النفقة. وإذا كان الحق غير قابل للحجز في جزء منه فحسب فلا تمتنع الحوالة إلا في حدود ذلك الجزء (م 304 مدني).

وجود اتفاق بين الدائن والمدين على منع حوالة الحق (م 303 مدني)، فبعد أن جعل التقنين المدني الحالي حوالة الحق جائزة بغير رضاء المدين، أصبح للمدين، إذا كان لا يريد الحوالة دون رضائه، أن يشترط على الدائن منذ البداية في العقد المنشئ للحق عدم جواز حوالة هذا الحق. وهذا الشرط جائز ومعتبر لأن قابلية الحق للحوالة ليست من النظام العام. ما تستوجبه طبيعة الالتزام من عدم القابلية للحوالة كما هو الحال في الالتزامات التي يكون لشخص الدائن فيها اعتبار خاص. من ذلك أن يكون الالتزام بالقيام بنفقات تعليم شخص معين بالذات.

المبحث الثاني شروط نفاذ الحوالة

(104) تنص الفقرة الثانية من المادة 1323 من التقنين المدني الفرنسي بعد تعديله 2016 على أن "مع ذلك ، فإن حوالة حق مستقبل لا تتم إلا في يوم نشأته، سواء كان بين الأطراف أو بالنسبة إلى الغير."

(103) تنص الفقرة الثانية من المادة 1321 السابق الإشارة إليها على أن "يجوز أن ترد الحوالة على حق واحد أو عدة حقوق، حالية أو مستقبلية ، معينة أو قابلة للتعيين." (103) تنص الفقرة الثانية من المادة 1321 السابق الإشارة إليها على أن "يجوز أن ترد الحوالة على حق واحد أو عدة حقوق، حالية أو مستقبلية ، معينة أو قابلة للتعيين." تنص المادة 305 مدني على أن الحوالة "لا تكون نافذة قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها. على أن نفاذها قبل الغير بقبول المدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ". (105) وعلى ضوء ذلك يجب التفرقة بين المدين والغير فيما يتعلق بنفاذ الحوالة.

أولاً: نفاذ الحوالة قبل المدين:

إذا كان المدين ليس طرفاً في اتفاق الحوالة إلا أنه مع ذلك هو الذي يقع عليه الالتزام بالوفاء بالحق المحال به إلى المحال له دون المحيل، بحيث إذا وفي للمحيل لم يكن هذا الوفاء مبرراً لذمته وجاز للمحال له أن يطالبه بالوفاء مرة ثانية. لكن لكي ترتب الحوالة هذا الأثر الهام في حق المدين فإنه يجب أن تكون هذه الحوالة نافذة قبله بحيث يكون المدين على علم بحصولها. ولهذا السبب لم يجعل المشرع الحوالة نافذة قبل المدين بمجرد انعقادها بين المحيل والمحال له وإنما استلزم ضرورة علم المدين بها. وقد شرع المشرع طريقين يتم بهما هذا العلم، وهما قبول المدين للحوالة وإعلانه بها.

1 قبول المدين للحوالة:

وتتخصص دلالة هذا القبول على مجرد إقرار المدين بحصول الحوالة، بحيث يكون عليه أن يؤدي الحق المحال به في نفس الحدود التي كان عليه أن يؤديه فيها للمحيل. وبناءً على ذلك فإن هذا القبول لا يجعل المدين طرفاً في الحوالة. كما أنه لا يتضمن معنى الإقرار بالتزامه قبل المحيل بغير قيد أو شرط، ولذلك كان للمدين رغم قبوله للحوالة أن يتمسك في مواجهة المحال له بكافة الدفع التي كان يستطيع أن يتمسك بها قبل المحيل. ويستثنى من ذلك الدفع بالمقاصة الذي كان يستطيع المدين أن يتمسك بها قبل المحيل، فلا يجوز له التمسك به قبل المحال له إذا كان قد قبل الحوالة دون تحفظ (م 1/368 مدني) وسنعود إلى دراسة هذا الاستثناء عند دراسة المقاصة.

ولما كان الغرض من اشتراط القبول هو الدلالة على علم المدين بحصول الحوالة ولذلك يجب أن يكون هذا القبول تالياً لانعقاد الحوالة، أو على الأقل معاصراً لها، ولكن لا يجوز أن يكون سابقاً على هذا الانعقاد حتى ولو صرح المدين في سند الدين أنه يقبل مقدماً حوالة الحق للغير. لا يشترط في هذا القبول شكلاً خاصاً، فقط يكون صريحاً أو ضمناً، مثل وفاء المدين بعض الدين للمحال له.

2 إعلان الحوالة إلى المدين:

يتم الإعلان بواسطة المحضر، وذلك طبقاً للمادة 6 مرافعات. وهذا الإعلان قد يتم بناءً على طلب المحيل أو المحال له، وإن كان الغالب أن يتم بناءً على طلب الأخير، إذ من مصلحته أن يسارع، بمجرد انعقاد الحوالة، إلى القيام بما يلزم لنفاذها حتى يستقر له الحق المحال.

هذان الطريقتان اللذان اشتراطهما المشرع لنفاذ الحوالة قبل المدين ولذلك لا يجوز أن يحل محلها شيء آخر. وبناءً على ذلك فإنه لا يعتد بالعلم الفعلي المستمد من أي طريق آخر، وبالتالي لا يقوم هذا العلم مقام العلم القانوني للمستفاد من أحد هذين الطريقتين. (106)

(106) تنص المادة 1324 من التقنين المدني الفرنسي بعد تعديله 2016 على أن " لا تنفذ الحوالة قبل المدين ، مالم يكن قد إرتضاه سلفاً، إلا إذا تم إخطاره بها أو إذا علم بها."

ثانياً: نفاذ الحوالة قبل الغير:

تنفذ الحوالة قبل الغير بنفس الإجراءات التي تنفذ بها قبل المدين. أي بقبول المدين الحوالة أو إعلانه بها. لكن القاعدة في شأن الغير أنه يشترط للاحتجاج بالورقة العرفية في مواجهته أن يكون لها تاريخ ثابت لذلك تطلب المشرع إذا كانت الحوالة نافذة عن طريق قبول المدين، وهو يتم بورقة عرفية، أن يكون لهذا القبول تاريخ ثابت (م 305 مدني). أما الإعلان فهو بطبيعته ثابت التاريخ لأنه يتم بورقة رسمية على يد محضر. والغرض من اشتراط ثبوت التاريخ هو منع تواطؤ المحيل والمحال عليه على تقديم تاريخ الحوالة إضراراً بالغير. ويقصد بالغير هنا كل من يضار بالحوالة نظراً لأنه قد تعلق له حق خاص بالحق المحال به، كالمحال له.

إجراءات أخرى لنفاذ الحوالة:

ما سبق أن قدمناه من إجراءات لنفاذ الحوالة قبل المدين والغير يعبر عن القاعدة العامة في هذا الصدد، ولكن هناك استثناءات على هذه القاعدة نجملها فيما يلي:

نصت عليه المادة 11 من قانون الشهر العقاري من أن حوالة الأجرة المعجلة لمدة تزيد على ثلاث سنوات يجب تسجيلها حتى تسري في حق الغير. معنى ذلك أنه إذا حول مالك العقار، ما يستحق له من أجرة في المستقبل لمدة تزيد على ثلاث سنوات وجب تسجيلها حتى تسري في حق الغير، كالمشتري للعقار المؤجر أو الدائن المرتهن لهذا العقار. أما إذا كانت الحوالة لأجرة معجلة عن ثلاث سنوات فقط تكون نافذة في حق الغير بالقبول الثابت التاريخ أو الإعلان.

حوالة الحقوق الثابتة في سندات اسمية أو سندات لأذن أو في سندات لحاملها. ففي السند الاسمي، كأسهم وسندات الشركات المساهمة أو سندات على الدولة، تكون الحوالة نافذة في حق المدين أو الغير بقيدها في دفتر خاص يحتفظ به المحال عليه، الشركة أو الدولة، أما في السند لأذن، كالكمبيالة والسندات الإذنية والشيكات الإذنية وغيرها كبوليصة التأمين وبوليصة الشحن، وسندات الخزن، تكون الحوالة نافذة في حق المدين أو الغير بمجرد التظهير، وذلك بأن يضع صاحب السند توقيعاً في ظهر السند. في السندات لحاملها أي كان، فإن الحوالة تكون نافذة في حق المدين أو الغير بمجرد التسليم المادي للسند. هذا النوع الأخير نادر في الحياة العملية لسهولة ضياع الحقوق الثابتة فيه.

(105) خرج المشرع الفرنسي في تعديلاته 2016 على هذه القواعد التقليدية ونصت المادة 1323 على أن "يتم إنتقال الحق فيما بين الطرفين من تاريخ التصرف"، وتكون الحوالة نافذة قبل الغير منذ هذا الوقت. وفي حالة المنازعة، يقع عبء إثبات تاريخ الحوالة على عاتق المحال له، الذي يستطيع إثبات ذلك بكل وسيلة من وسائل الإثبات"، "مع ذلك، فإن حوالة حق مستقبل لا تتم إلا في يوم نشأته سواء كان بين الأطراف أو بالنسبة إلى الغير."

الفصل الثاني آثار الحوالة

مما تجدر الإشارة إليه منذ البداية أن آثار الحوالة تتركب من آثار التصرف القانوني الذي تهدف إليه الحوالة، بيع أو وفاء بمقابل أو رهن أو هبة، وآثار انتقال الالتزام ذاته. وآثار التصرف القانوني المراد تحقيقه من الحوالة تحكمها القواعد الخاصة بهذا التصرف وبالتالي لا حاجة لنا للتعرض لها هنا.

أما بالنسبة لانتقال الالتزام فإنه يثير العديد من العلاقات:

أولاً: العلاقة بين المحيل والمحال له، وثانياً: العلاقة بين المحال له والمحال عليه، وثالثاً: العلاقة بين المحال له والغير. ولنر ذلك بشئ من التفصيل.

المبحث الأول علاقة المحال له بالمحيل

المحيل والمحال له هما طرفا الحوالة – ولذلك فإن الأثر المباشر للحوالة هو انتقال الحق المحال به من المحيل إلى المحال له بمجرد انعقادها، وينتقل هذا الحق، كما هو بما له من صفات وما يشتمل عليه من ضمانات وتوابع وما يلحق به من دفع. كما يلتزم المحيل نحو المحال له بالضمان.

في المقابل فإن التزام المحال له يختلف باختلاف الحوالة فإن كانت الحوالة بيعاً، التزم المحال له بدفع الثمن، وإن كانت مقايضة أو وفاء بمقابل، التزم المحال له بأداء العوض وهكذا. ودراسة هذا الالتزام تدخل في دراسة العقد الذي اشتملت عليه الحوالة، وبالتالي لا محل للتعرض له هنا. ولذلك سوف تقتصر على دراسة ما يلزم به المحيل نحو المحال له.

المطلب الأول انتقال الحق

سبق أن رأينا أنه يترتب على الحوالة انتقال الحق المحال به كما هو بما له من صفات وما يشتمل عليه من ضمانات، وتوابع وما يلحق به من دفع. كما أن هذا الحق ينتقل في العلاقة بين المحيل والمحال له من وقت انعقاد الحوالة. ولنر ذلك بشئ من التفصيل.

أولاً: انتقال الحق بصفاته وتوابعه ودفعه

*يترتب على الحوالة انتقال نفس الحق من المحيل إلى المحال له. فيصبح المحال له دائناً بالالتزام الذي كان للمحيل قبل المحال عليه وهذا الحق ينتقل بكل صفاته وتوابعه و ضماناته.

فالحق المحال به ينتقل من المحيل إلى المحال له بما له من صفات، كما لو كان تجارياً أو ثابتاً في سند تنفيذي. كما يكون له أن يطالب المدين، المحال عليه، بقيمة هذا الالتزام الأسمية ولو كان ما دفعه في شرائه أقل من ذلك مثلاً. والحق المحال به ينتقل من المحيل إلى المحال له بما يشتمل عليه من ضمانات وتوابع. وعلى ذلك فينتقل الحق المحال به بكل ضماناته من كفالة أو امتياز أو رهن أو تأمين آخر (م 307 مدني)، مع مراعاة وجوب التأشير بالحوالة في هامش القيد الأصلي حتى يحتج بانتقال التأمين على الغير 1053 / 2 مدني وم 19 من قانون الشهر العقاري). كما ينتقل هذا الحق بكل مايشتمل عليه من توابع، ومن هذه التوابع أقساط الدين التي حلت والفوائد م 307 مدني). ويعد من توابع الحق المحال به أيضاً الدعاوى التي تحميه وتؤكدده. ومثالها دعوى الفسخ. فإذا حول البائع الثمن، ولم يقم المشتري بالوفاء به إلى المحال له، كان لهذا الأخير أن يرفع دعوى فسخ البيع ضد المشتري فإذا قضى بالفسخ عاد الشئ المبيع إلى المحال له لا المحيل. كذلك فإن انتقال الحق إلى المحال له يقتضي أن يلتزم المحيل بتسليم المحال له سند هذا الحق والوسائل التي تؤدي إلى إثباته والمطالبة به.

*في مقابل ذلك فإن الحق المحال به ينتقل بما عليه من دفع كالدفع بالبطان أو الفسخ أو بانقضاء الدين، ويجوز للمدين المحال عليه أن يتمسك بها قبل المحال له كما كان يصح له أن يتمسك بها قبل المحيل كما سوف نرى فيما بعد. [108] (107) تنص المادة 1326 مدني فرنسي الجديدة على أن "يضمن من ينقل حق بعوض وجود الحق وتوابعه، مالم يكن المحال له اكتسب الحق على مسؤوليته أو كان يعلم الصفة غير المؤكدة للدين".

(108) بالنسبة لمصروفات الحوالة نصت الفقرة الثالثة من المادة 1324 مدني فرنسي الجديدة على أن "يلتزم المحيل والمحال له بالتضامن وبجميع النفقات الإضافية بسبب الحوالة التي لا يلتزم بها المدين من قبل، مالم يوجد شرط مخالف، يقع عبء هذه النفقات على المحال له".

ثانياً: وقت انتقال الحق

ينتقل الحق فيما بين المتعاقدين وهو المحيل والمحال له من وقت انعقاد الحوالة. ويترتب على ذلك أن يمتنع على المحيل قبض الدين أو التصرف فيه بأي نوع من أنواع التصرفات. ولذا يكون ما يستوفيه المحيل من المدين من هذا الوقت من حق المحال له ويتعين رده إليه. وإذا تصرف في الحق المحال به كان مسؤولاً بمقتضى التزامه بالضمان كما سنرى. أما بالنسبة إلى المدين أو الغير فلا ينتقل الحق إلا من وقت نفاذ الحوالة بالقبول أو الإعلان على النحو السابق بيانه. ويترتب على ذلك أنه قبل نفاذ الحوالة في حق المدين أو الغير فإن الدائن في نظر المدين، المحال عليه، هو المحيل لا المحال له، فإذا أوفى بالدين إلى المحيل الدائن الأصلي، كان وفاؤه صحيحاً مبرئاً لذمته، وليس للمحال له سبيل الرجوع عليه. ولكن المحيل هو المسؤول قبل المحال له بالضمان.

المطلب الثاني التزام المحيل بالضمان

قد حدد المشرع نطاق التزام المحيل بالضمان. ولكن هذا التحديد ليس من النظام العام إذ يجوز الاتفاق على خلافه. كما أن المشرع قد حدد ما يرجع به المحال له على المحيل عند تحقق سبب من أسباب الضمان. ولنبحث ذلك بشئ من التفصيل.

أولاً: نطاق الالتزام بالضمان

1 الضمان القانوني:

ضمان المحيل لأفعاله الشخصية:

القاعدة في هذا الصدد أنه "يكون المحيل مسؤولاً عن أفعاله الشخصية، ولو كانت الحوالة بغير عوض أو لو اشترط عدم الضمان" وعلى ذلك فإن المحيل مسؤولاً عن أفعاله الشخصية سواء كانت الحوالة بعوض أم بغير عوض فلا يجوز له أن يأتي عملاً من شأنه الإضرار بحق المحال له، كاستيفاء الحق من المدين، أو رهن الحق للغير، أو حوالة له. ولا فرق في ذلك بين الأعمال التي يأتيها المحيل قبل انعقاد الحوالة أو بعدها ما دام من شأنها تمكين الغير من التعرض للمحال له. كما أنه لا يجوز للمحيل أن يشترط عدم الضمان بالنسبة لأفعاله الشخصية لما ينطوي عليه هذا الشرط من خطر الغش.

الضمان في الحوالة بعوض:

يقتصر الضمان القانوني في هذه الحالة على وجود الحق المحال به وقت الحوالة (م 308 / 1 مدني)، (انظر الفقرة الأولى م 1326 مدني فرنسي جديدة). وعلى ذلك فإذا كان الحق موجوداً وقت الحوالة فلا يسأل المحيل بعد ذلك ولو زال هذا الحق بعد الحوالة لسبب لا يرجع إلى المحيل، كما لو استكملت مدة التقادم المسقط للحق. فالمحيل يضمن أن الحق قد نشأ صحيحاً وأنه لم ينقض بسبب من أسباب الانقضاء قبل انعقاد الحوالة. ويقف الضمان القانوني عند هذا الحد بحيث لا ينصرف إلى يسار المدين فلا يضمن الدائن المحيل للمحال له قدرة المدين على الوفاء. ([109] لكن كما يكون المحيل ملتزماً بضمان وجود الحق، يكون أيضاً ملتزماً بضمان وجود توابعه التي تنتقل معه، كالتأمينات العينية والشخصية الضامنة للحق المحال به. والعبرة بوجود هذه التأمينات وقت الحوالة ولو انقضت بعد ذلك بسبب لا يرجع إلى المحيل.

الضمان في الحوالة بغير عوض:

تقضي المادة 308 / 2 مدني بأنه إذا كانت الحوالة بغير عوض "فلا يكون المحيل ضامناً حتى لوجود الحق". ولكن يجب ألا يفهم من ذلك أن المحيل بغير عوض لا يضمن شيئاً للمحال له لا بحكم القانون ولا بموجب الاتفاق، وإنما ينبغي الرجوع إلى القواعد العامة في الضمان بصدد عقود التبرع. ومن ذلك نص المادة 494 مدني وهي تضع القاعدة العامة في ضمان الواهب استحقاق الشيء الموهوب.

وعلى ضوء ذلك فإذا كانت الحوالة هبة محضة لا عوض فيها واستحق الحق المحال به. أو تبين أن الحق غير موجود أصلاً، لم يجب الضمان على المحيل (الواهب) إلا إذا تعمد إخفاء سبب الاستحقاق أو إذا كان عالماً بانعدام الحق المحال به وأخفى ذلك غشاً عن المحال له فعند ذلك يقدر القاضي للمحال له (الموهوب له) تعويضاً عادلاً عما أصابه من الضرر. وذلك كله طبقاً لنص المادة 494 مدني. ويلاحظ في هذا الصدد أنه يجب أن يكون هناك ضرر أصاب الموهوب له من جراء استحقاق الحق المحال به أو من جراء انعدامه. كما يجب أن يكون هذا الضرر خسارة إيجابية لحقت الموهوب له لا مجرد فوات الحق وإلا لوجب الضمان دائماً في التبرعات وجوبه في المعاوضات ([110]) – كما أنه "إذا استحق الشيء الموهوب، حل الموهوب له محل الواهب فيما له من حقوق ودعاوى" (م 494 / 2 مدني).

(109) تنص الفقرة الثانية من المادة 1326 مدني فرنسي الجديدة على أن "لا يضمن المحيل يسار المدين إلا إذا تعهد بذلك، وفي حدود الثمن الذي يستطيع أن يقضاه من حوالة حقه"، "إذا ضمن المحيل يسار المدين، فلا ينصرف هذا الضمان إلا إلى اليسار الحال، ويجوز مع ذلك أن ينصرف إلى اليسار وقت الاستحقاق، ولكن بشرط أن يكون المحيل حده صراحة على نحو خاص." (110) [انظر في تفصيل ذلك السهوري، الوسيط، ج 3، فقرة 283، ص 512 وما بعدها.

2 الضمان الاتفاقي:

أحكام الضمان القانوني ليست من النظام العام، فيجوز الاتفاق على تعديلها فإلى أي حد يستطيع الطرفان تعديل هذه الأحكام؟ قد يكون الاتفاق على الزيادة في أحكام الضمان القانوني:

ففي الحوالة بعوض يتفق المحال له مع المحيل على أن يضمن الأخير يسار المدين (المحال عليه) ولكن هذا الشرط من شأنه التشديد في أحكام الضمان لذلك يجب ألا يتوسع في تفسيره. وعلى ذلك فإن لم يحدد الوقت الذي يضمن فيه المحيل يسار المحال عليه، فلا يصرف الضمان إلا إلى اليسار وقت الحوالة (م 309 / 2).

وفي الحوالة بغير عوض أصلاً، يجوز أن يتفق المحيل مع المحال له على أنه في حالة استحقاق الحق المحال به أو في حالة انعدامه، يرجع المحال له على المحيل بتعويض عادل حتى ولو كان المحيل يجهل أن الحق المحال به مستحق للغير أو منعدم. لكن لا يجوز الاتفاق على ضمان الاستحقاق حتى لو لم يصيب المحال له أي ضرر حتى لا يكون الاتفاق مصدر ربح غير مشروع للمحال له.

قد يكون الاتفاق على تخفيف أحكام الضمان القانوني:

في الحوالة بعوض، يجوز الاتفاق مثلاً على أن المحيل لا يضمن خلو الحق من العيوب، أو أنه لا يضمن توابع الحق، بل يجوز اشتراط عدم الضمان أصلاً، إلا أن هذا الشرط لا يعفى المحيل من المسؤولية عن أفعاله الشخصية م 311 ([111]) كما سبق أن رأينا.

وفي الحوالة بغير عوض أصلاً لا يجوز الاتفاق على ألا يكون المحيل مسؤولاً عن الضرر الذي يصيب المحال له، حتى لو تعمد إخفاء سبب الاستحقاق أو أخفى غشاً انعدام الحق، ذلك أنه لا يجوز لشخص أن يشترط عدم المسؤولية عن خطئه التقصيري.

(111) [نقض 1979/6/25، س 30 ع، ص 746.

ثانياً: مدى ما يرجع به المحال له على المحيل

المبدأ العام عند تحقق الضمان هو أن أقصى ما يلزم به المحيل، سواء بناءً على أحكام الضمان القانوني أو الاتفاق، رد ما استوفى عليه مع الفوائد والمصروفات (م 310 مدني) ([112]).

وعلى ذلك فإذا كان المحال له قد دفع للمحيل ثمناً أقل من قيمة الدين الأسمية، وهو الغالب فلا يجوز له أن يسترد منه إلا ما دفعه فعلاً كما يرجع علاوة على ذلك بفوائد هذا المبلغ والمصروفات. وهذه هي مصروفات الحوالة ومصروفات الدعاوى التي رجع بها المحال له على كل من المحال عليه والمحيل.

والحكمة من تقرير هذا المبدأ هو قطع السبيل على المرايين لأنه لو أبيح الرجوع على المحيل بقيمة الدين الأسمية لتيسر على المرايين الحصول على فوائد ربوية عن طريق شراء حقوق متنازع عليها بأقل من قيمتها الأسمية، ثم الرجوع بالضمان بعد ذلك بالقيمة الإسمية على المحيل (وهو من افتراض في مقابل الحوالة) في حالة الحكم بعدم ثبوت الحق المحال به.

ويتضح من ذلك أن الحكم الوارد بالمادة 310 مدني يتعلق بالنظام العام ولذلك نص المشرع على تطبيق هذا الحكم، ولو وجد اتفاق يقضى بغير ذلك.

لكن مما تجدر ملاحظته أن حق المحال له في التعويض في حالة ضمان المحيل لأفعاله الشخصية وفقاً للمادة 311 مدني لا يقتصر على استرداد ما دفعه للمحيل عوضاً عن الحق المحال به مع الفوائد والمصروفات، بل يكون التعويض كاملاً يشمل قيمة هذا الحق كلها ولو زادت على ما دفعه المحال له للمحيل ويشمل أيضاً التعويض عن أي ضرر آخر يلحق بالمحال له من جراء فعل المحيل (113).

(112) وهذا الحكم بغير الحكم الوارد بالمادة 226 مدني والذي يجري سريان الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية إذا كان موضوع الالتزام مبلغاً من النقود تأخر المدين في الوفاء به انظر نقض 1966/1/11 س 17 ص 65.

[113] () نقض 1967/2/9 س 18 ص 32، 5، 22 / 1977/3 س 2 ص 732.

المبحث الثاني علاقة المحال له بالمحال عليه

يختلف مدى هذه العلاقة باختلاف ما إذا كانت الحوالة نافذة في حق المحال عليه أم أنها غير نافذة، فقبل نفاذ الحوالة في مواجهة المحال عليه لا يكون للمحال له إلا علاقة دائنية مستقبلية بالمحال عليه. هذه العلاقة تسمح ببعض آثار محدود. أما بعد نفاذ الحوالة في مواجهة المحال عليه يصبح المحال له هو وحده الدائن. ولنر ذلك بشئ من التفصيل.

المطلب الأول قبل نفاذ الحوالة

قبل إعلان الحوالة أو قبولها يبقى المحيل دائماً للمحال عليه، لأن الحوالة لم تنفذ بعد في حق المحال عليه. أما المحال له ليس إلا اتخاذ بعض الإجراءات التي يحافظ بها على حقه. أما المحال عليه فيجب أن يمتنع، إذا كان قد علم بالحوالة فعلاً، من أن يأتي عملاً من شأنه الإضرار بحق المحال له.

أولاً: الإجراءات التحفظية التي يتخذها المحال له

يستطيع المحال له، وهو الدائن الجديد، أن يقوم – بعد انعقاد الحوالة وقبل نفاذها في حق المحال عليه – باتخاذ من الإجراءات التحفظية ما هو واجب للمحافظة على الحق المحال به (م 306 مدني). فيجوز للمحال له أن يقوم باتخاذ إجراءات قطع التقادم، كأن يعمد إلى مطالبة المحال عليه منذ البداية مطالبة قضائية مما يحقق له المحافظة على حقه من السقوط ونفاذ الحوالة في نفس الوقت. كما يجوز للمحال له أن يبادر إلى قيد رهن أو حق امتياز أو حق اختصاص يكفل الحق المحال به، وله أيضاً أن يجدد القيد إذا انتهت المدة القانونية له. بالجملة يستطيع الدائن المحال له أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على الحق الذي انتقل له.

ثانياً: امتناع المحال عليه من الإضرار بحقوق المحال له

من الطبيعي أن المحال عليه، قبل نفاذ الحوالة، وإذا كان لا يعلم فعلاً بصورها، يستطيع أن يعامل المحيل – وهو لا يزال الدائن له – في شأن الحق المحال به، فيوفيه آياه، أو يجده معه، أو يستبرئه منه وهكذا. ويكون كذلك الحال بالنسبة لمحال له ثان نفذت حوالته قبل المحال عليه.

أما إذا كان المحال عليه يعلم فعلاً بالحوالة الأولى، ولو قبل أن تصبح نافذة، فيكون من واجبه حينئذ أن يمتنع عن إتيان أي عمل ينطوي على غش ويكون من شأنه الإضرار بحقوق المحال له، فليس له أن يوفى الحق المحال به للمحيل غشاً وتواطؤاً معه. كما ليس له أن يتواطأ غشاً مع محال له تال للمحال له الأول، فيقبل الحوالة الثانية حتى يجعلها نافذة قبل الحوالة الأولى.. بل أنه يستطيع، قبل نفاذ الحوالة، أن يوفى الحق المحال به للمحال له، ويعتبر هذا الوفاء بمثابة قبول منه للحوالة. كما يستطيع المحال له أن يطالبه بالحق المحال به مطالبة قضائية، وتعتبر هذه المطالبة بمثابة إعلان للحوالة.

المطلب الثاني بعد نفاذ الحوالة

إذا صارت الحوالة نافذة في حق المحال عليه عن طريق قبوله أو إعلانه بها يصبح المحال له هو الدائن الجديد ويحل محل المحيل، بالنسبة إلى المحال عليه، في نفس الحق المحال به في الحالة التي يكون عليها وقت نفاذ الحوالة. وفي مقابل ذلك يكون للمحال عليه التمسك بالدفع التي كان له أن يتمسك بها قبل المحيل وقت نفاذ الحوالة، وكذلك الدفع المستمدة من عقد الحوالة. ولنر ذلك بشئ من التفصيل.

أولاً: حلول المحال له محل المحيل

إذا صارت الحوالة نافذة في حق المدين المحال عليه عن طريق قبوله لها أو إعلانه بها. انتقل الحق المحال به من المحيل إلى المحال له، ويصبح المحال له هو الدائن الجديد. وينتقل هذا الحق بالحالة التي كان عليها وقت نفاذ الحوالة. ويترتب على ذلك أنه قد أصبح المحال عليه ليس له إلا دائن واحد، هو المحال له، الذي يجب أن يوفيه حقه. فلا يجوز له أن يوفى الحق، بعد نفاذ الحوالة، إلى المحيل، وإذا فعل ذلك كان الوفاء غير مبرئ لذمته، ويستطيع المحال له أن يستوفى الحق منه مرة ثانية، ولا يبقى للمحال عليه إلا الرجوع على المحيل بما دفعه إليه دون حق. كما يجوز للمحال له أن يجبر المحال عليه على الوفاء له بالحق كاملاً، وأن يقضى الحق بأى سبب من أسباب الانقضاء، كالتجديد والمقاصة واتحاد الذمة والإبراء. علاوة على ذلك لا يستطيع المحيل أن يتصرف في الحق المحال به مرة ثانية، كما لا يجوز أن يوقع أحد دائني المحيل حجزاً تحفظياً على الحق المحال به تحت يد المحال عليه بعد نفاذ الحوالة. وعلى العكس من ذلك يستطيع المحال له أن يتصرف بكافة أنواع التصرف في الحق المحال به، ويجوز لدائنيه أن يوقعوا حجزاً تحفظياً على الحق تحت يد المحال عليه.

ثانياً: حق المحال عليه في التمسك في مواجهة المحال له

بالدفع التي كانت له قبل المحيل

تنص المادة 312 على أنه "للمدين أن يتمسك قبل المحال له بالدفع التي كان له أن يتمسك بها قبل المحيل وقت نفاذ الحوالة في حقه، كما يجوز له أن يتمسك بالدفع المستمدة من عقد الحوالة" (1). ولنر ذلك بشئ من التفصيل. فكما أن الحق المحال به ينتقل من المحيل إلى المحال له قبل المحال عليه بالصفات والضمانات التي له وقت نفاذ الحوالة، فإن للمحال عليه أيضاً أن يتمسك بما يرد على هذا الحق من دفع. وعلى ذلك فإن المحال عليه يستطيع أن يتمسك قبل المحال له، بالنسبة إلى الحق المحال به، بالدفع التي كان يستطيع التمسك بها قبل المحيل وقت نفاذ الحوالة. فإذا كان هناك، في هذا الوقت، دفع يمكن أن يدفع به المطالبة بهذا الحق قبل المحيل، فإن المحال عليه أن يتمسك بهذا الدفع قبل المحال له. فيستطيع المدين المحال عليه أن يدفع ببطلان الدين أو انقضائه بأى سبب من أسباب الانقضاء، أو غير ذلك من الدفع.

ويلاحظ أن الوقت المعتبر في تحديد الدفع التي يجوز التمسك بها في مواجهة المحال له هو وقت إعلان الحوالة أو قبولها، فكل دفع نشأ سببه قبل هذا الوقت يجوز التمسك به ولو ترتب حكمه فيما بعد. فإذا كان الحق معلقاً على شرط فاسخ، وتحقق الشرط بعد نفاذ الحوالة، كان للمحال عليه التمسك بهذا الدفع قبل المحال له، لأن سبب الدفع كان قائماً وقت نفاذ الحوالة وإن ترتب حكمه بعد ذلك. ومع ذلك قد خرج المشرع على هذه القاعدة بالنسبة للدفع باتحاد الذمة والدفع بالمقاصة – فإن مات المحيل بعد صدور الحوالة، ولكن قبل نفاذها، وورثة المحال عليه، فإنه لا يكون لهذا الأخير أن يدفع مطالبة المحال له بانقضاء الحق باتحاد الذمة وذلك لأن للمحال له أن يرجع بالضمان على المحيل أو على تركته التي يمثلها الوارث، أى المحال عليه.

كذلك إذا كان هناك حق للمحال عليه في ذمة المحيل بحيث ينقضى الحق المحال به بالمقاصة، ولكن إذا كان المحال عليه قد قبل الحوالة دون تحفظ فإنه لا يستطيع أن يدفع مطالبة المحال له بالمقاصة، كما كان يستطيع دفعها بالدفع الأخرى وذلك طبقاً لنص المادة 1/368 مدنى.

(1) [1] تنص الفقرة الثانية من المادة 1324 مدنى فرنسي الجديدة على أنه "يجوز للمدين الاحتجاج قبل المحال له بالدفع للصيغة بالدين، كالبطلان، الدفع بعدم التنفيذ، الفسخ، أو المقاصة بين الديون المرتبطة. ويجوز له أن يحتج أيضاً بالدفع الناشئة عن علاقاته مع المحيل، قبل أن تصبح الحوالة نافذة قبله، كمنح أجل أو الأبراء أو المقاصة بين الديون غير المرتبطة."

المبحث الثالث علاقة المحال له بالغير

لا ينتقل الحق المحال به إلى المحال له إلا من وقت نفاذ الحوالة قبل الغير، أى من وقت إعلان المدين بالحوالة أو من وقت أن يصبح قبوله للحوالة ثابت التاريخ.

ويقصد بالغير هنا كل من يضار بالحوالة نظراً لأنه قد تعلق له حق خاص بالحق المحال به بوصفه لازال في ذمة المحيل لم ينتقل منه إلى المحال له. فإذا حول الدائن حقه إلى شخصين على التوالي كان لكل منهما غيراً بالنسبة للحوالة الصادرة للأخر. كذلك إذا رهن الدائن حقه ضماناً لدين عليه، كان الدائن المرتهن من الغير بالنسبة للمحال له. ودائن المحيل الذى يحجز على الحق المحال به تحت يد المحال عليه يعتبر أيضاً من الغير. وعلى ذلك قد يحدث تنازع بين المحال لهم، أو بين المحال له ودائن مرتهن، أو بين محال له ودائن حاجز، فكيف يفض هذا التنازع؟

أولاً: التنازع بين المحال لهم

إذا حول الدائن حقه إلى عدة أشخاص على التعاقب فنزاع كل منهم الآخر في الحق المحال به، فالقاعدة في هذا الصدد هي تفضيل من أصبحت حوالته قبل غيرها نافذة في حق الغير، ولو كان انعقادها متأخراً (م 313 مدنى) (2) على أن هذه القاعدة ليست مطلقة بل يحد منها مبدأ أن الغش يفسد التصرفات، بمعنى أنه إذا تمت الحوالة الثانية بالتواطؤ بين المحيل

والمحال له الثاني للإضرار بحق المحال له الأول، وجب تفضيل الحوالة الأولى ولو كان إعلانها للمدين لاحقاً لقبوله الحوالة الثانية أو إعلانه بها.

وإذا كان التنازع بين محال له ودائن مرتهن، كانت الأفضلية بينهما على أساس الأسبقية في النفاذ أيضاً، فإذا كانت الحوالة قد أصبحت نافذة قبل الرهن انتقل الحق إلى المحال له خالياً من الرهن.

(2) تنص المادة 1325 مدني فرنسي جديدة على أن "يفض التنازع بين المحال لهم المتعاقبين على الحق لصالح الأسبق في التاريخ، ويحل له الرجوع على الشخص الذي قام المدين بالوفاء له".

ثانياً: التنازع بين المحال له والدائن الحاجز

يعتبر دائن المحيل من الغير، وعلى ذلك لا تنفذ الحوالة في مواجهته إلا بقبول المدين الثابت التاريخ أو بإعلانه بالحوالة. ولا تثار مشكلة التنازع بين المحال له ودائن المحيل الحاجز إذا كان الحجز قد وقع على الحق المحال به تحت يد المدين بعد أن أصبحت الحوالة نافذة، لأن الحق المحال به قد خرج من ذمة المحيل ولم يعد في الضمان العام لدائنيه ولكن يثار التنازع في غير ذلك من صور:

إذا تم قبول الحوالة أو إعلانها بعد توقيع الحجز بمعرفة دائن المحيل. في هذا الفرض يعتبر الحجز صحيحاً لأنه بالنسبة للحاجز لازال الحق المحجوز عليه ثابتاً للمحيل لم ينتقل منه إلى المحال له. لكن إذا كان اتخاذ إجراءات نفاذ الحوالة بعد الحجز لا يترتب عليه انتقال الحق المحال به، إذ تعلق به حق الدائن الحاجز، إلا أن الحوالة تعتبر في هذه الحالة بالنسبة للدائن الحاجز بمثابة حجز آخر (م 314/1 مدني). والقاعدة عند تعدد الحجوز على مال واحد أنه لا أفضلية لحاجز متقدم على حاجز متأخر، فيقسم الحق المحال به قسمة غرماء بين الحاجز والمحال له.

إذا وقعت الحوالة بين حجزين أولهما سابق على نفاذ الحوالة وثانيهما تال لنفاذها. فالقاعدة في هذه الحالة أن "الدين يقسم بين الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر قسمة غرماء، على أن يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له قيمة الحوالة" (م 314/2 مدني). والعلة في ذلك أن الحوالة غير نافذة في مواجهة الحاجز المتقدم على حين أنها نافذة في مواجهة الحاجز المتأخر فيجب ألا يضار المحال له منه. كما أن المشرع أراد أن يجعل الحاجز المتأخر يزاحم الحاجز المتقدم إذ لا محل لتفضيل أحدهما على الآخر.

فإذا فرض أن الحق محل الحجوز والحوالة مقداره 1200 ووقع عليه حجز سابق على نفاذ الحوالة بدين قدره 400، ثم نفذت حوالة بجزء من الحق قدره 800، وأخيراً وقع حجز متأخر بعد نفاذ الحوالة بدين قدره 400 فإن الحق يقسم بين الثلاثة قسمة غرماء بنسبة 400:800:400 أى بنسبة 1:2:1.

ثم يستكمل للمحال له قيمة الحوالة من حصة الحاجز المتأخر فتكون النتيجة أن يحصل الحاجز المتقدم على 300 والمحال له على قيمة حوالته كاملة أى 800 ويحصل الحاجز المتأخر على 100 ملحق – حوالة الحقوق المهنية (قانون ديلي):

قد ظهر حديثاً شكل جديد لحوالة مبسطة للحقوق من أجل تسهيل حصول المؤسسات على الائتمان اللازم من البنوك. ويعتبر بعض الفقهاء هذه الظاهرة مظهر من مظاهر مصرفة Bancarisation القانون المدنى(3).

وهذا الشكل الجديد للحوالة ليس قاصراً على القانون التجارى فحسب، ولكن يشمل ما يسمى بشكل غامض، بقانون المهنيين. وقد صدر قانون 2 يناير 1981 والمسمى بقانون ديلي وهو اسم البرلمانى الذى كانت له المبادرة فى تقديمه. وقد تم تعديله بقانون 4 يناير 1984. وقد سهل هذا القانون حوالة ورهن الحقوق الحالية والمستقبلية إذا كانت بهدف ضمان الائتمان الممنوح من البنك للمهنى لممارسة مهنته. وأهم سمة من سمات هذا القانون أن التفرقة بين صحة الحوالة وعدم نفاذها قد اختفت. كما أن الشكالية قد تم تبسيطها مع جعلها أكثر لزوماً. وأهم خصوصية لهذه الحوالة أن الآثار التى تنتج عنه تختلف بحسب إرادة الأطراف.

هذه الحوالة تهدف إلى تسهيل ممارسة المهني لمهنته من ناحيتين:

يجب أن يكون هدف الائتمان الممنوح هو ممارسة المهنة.

يجب أن يكون الحق الذى يستخدم كضمان ناشئ عن أعمال المهنة.

تنشأ الحوالة نتيجة الإيداع لدى البنك قائمة بالحقوق المهنية Un bordereau وهذه الحوالة تتم إذن فى ورقة شكلية، كالسندات القابلة للتداول.

يجب أن تتضمن هذه القائمة عدة بيانات جوهرية، تعيين الحق، والتاريخ، واسم البنك، وكذلك يجب أن تحدد ما إذا تمت على سبيل الحوالة للحق المهني Acte de cession de créance professionnelle أو على سبيل الرهن للحق المهني Acte de nantissement de créance professionnelle .

وإيداع القائمة لدى البنك كاف لجعل الحوالة نافذة فى حق الغير اعتباراً من التاريخ الموضح بالقائمة (م 1/4) ويقصد بالغير فى هذا الخصوص الغير بالمعنى الفنى الدقيق، مثل المحال له الثانى أو دائن المحيل. ولا يشترط فى هذا التاريخ أن يكون ثابتاً لكن فى حالة المنازعة فإن صحة التاريخ يمكن أن تثبت بكافة طرق الإثبات.

ولضمان معرفة المدين (المحال عليه) بالحوالة على وجه يقينى وبالتالي منعه من الوفاء بالدين إلى المحيل (الدائن) فإنه يجوز للمحال له أن يخطر بالحوالة (م 2/4) وهذا الإخطار يمكن أن يتم بأى وسيلة (مرسوم 9 سبتمبر 1981 م 1/2) بخطاب، حتى ولو عادى، أو ت لكس أو فاكس أو غير ذلك. وهذا يشكل فارقاً ملحوظاً مع حوالة الحق العادية. علاوة على ذلك، إذا قبل المدين الوفاء للمحال له فإنه يلتزم فى مواجهته، وبالتالي لا يستطيع أن يدفع فى مواجهته بالدفع التى كان له أن يدفع بها فى مواجهة المحيل ما لم يكن المحال له سيئ النية، بمعنى أنه قد تصرف عن قصد الإضرار بالمدين وذلك باستلامه القائمة (م 5) وهذا فارق هام أيضاً يميز هذه الحوالة عن حوالة الحق العادية. فى العمل قد تم استعمال حوالة الديون المهنية على نطاق واسع بسبب ما تحققه من مزايا عديدة[4].

(3) أنظر. Ph. Malaurie, L. Aynès. Les Sûretés, 2e éd. 1988, n° 785 p. 561.
(4) أنظر نبيل سعد، الضمانات غير المسماة السابق الإشارة إليه، ص 274.

الباب الثانى حوالة الدين

المقصود بحوالة الدين والغرض منها:

حوالة الدين اتفاق به ينتقل عبء الدين بجميع مقوماته من المدين الأصلي إلى شخص آخر. فنجد فى حوالة الدين ثلاثة أشخاص. المحيل المدين الأصلي، والمحال عليه وهو المدين الجديد الذى يتحمل الدين، والدائن. والحوالة فى صورتها العادية تتم باتفاق بين المدين (المحيل) وشخص آخر يتحمل عنه الدين (المحال عليه). لكن توجد صورة أخرى نادرة فى الحياة العملية وهى أن تتم الحوالة باتفاق بين الدائن والمحال عليه وهو المدين الجديد. وحوالة الدين قد تتم على سبيل التبرع وذلك إذا كان لدى المحال عليه هذه النية. وقد يقصد من الحوالة إقراض المحال عليه للمحيل قيمة الدين الذى تحمل عنه. وأخيراً قد يقصد بها وفاء المحال عليه بدين قد ترتب فى ذمته من قبل للمحيل. وقد أحسن المشرع المصرى، فى التقنين الحالى، صنفاً بتنظيمه لحوالة الدين بجانب تنظيمه لحوالة الحق، وذلك لأن حوالة الدين كفيلة بأن تحقق من الأغراض العملية ما يصعب تحقيقه بالالتجاء إلى غيرها من النظم القانونية الأخرى، كالإنابة والتجديد، والاشتراط لمصلحة الغير.

خطة الدراسة:

سنتناول فى هذا الباب دراسة الصورة العادية والمألوفة لحوالة الدين فى فصل أول، ثم نقوم بعد ذلك بدراسة الحوالة التى تتم باتفاق بين الدائن والمحال عليه وهى الصورة النادرة للحوالة، فى فصل ثان.

الفصل الأول الصورة العادية لحوالة الدين

الحوالة باتفاق المدين الأصلي والمحال عليه:

يتم انعقاد الحوالة بمجرد اتفاق المدين الأصلي والمحال عليه أى الشخص الذى يتحمل عنه الدين (م 315) [5]. وهذه هى الصورة العادية لحوالة الدين، فكما يتصرف الدائن فى مركزه كدائن عن طريق حوالة الحق، فإن المدين يتصرف أيضاً فى مركزه كمدين عن طريق حوالة الدين. ولذلك ينبغى أن نقف هنا على شروط هذه الحوالة، ثم نعرض بعد ذلك لآثارها.

المبحث الأول شروط الحوالة

شروط انعقاد وشروط انفاذ:

حيث أن الحوالة إتفاق بين المحيل والمحال عليه فإنها تخضع للقواعد العامة فى انعقاد العقود وصحتها. كما أنها تمس مصلحة شخص آخر وهو الدائن فلذلك يلزم أن تكون هذه الحوالة نافذة فى حقه.

المطلب الأول شروط الانعقاد

إن حوالة الدين إتفاق، ولذلك يشترط لانعقادها توافر أركان الاتفاق وشروط صحته. فمن حيث التراضى ينبغى وجود تراض صادر عن ذى أهلية وخال من العيوب. ومن حيث المحل، فإنه ينبغى أن يتوافر فى الدين المحال به الشروط القانونية الواجب توافرها فى المحل طبقاً للقواعد العامة. ومما يجدر ملاحظته فى هذا الصدد أن الحوالة ترد على جميع الديون أياً كان محلها، سواء كانت منجزة أو مؤجلة. بآته أو معلقة على شرط، بل يمكن أن ترد على الدين المستقبل. أما من حيث السبب فإنه يجب أن يكون سبب التزام المحال عليه موجوداً، وأن يكون الباعث الدافع عليها مشروعاً. ولا يشترط القانون شكلاً خاصاً فى حوالة الدين، هذا ما لم يتفق الأطراف على اشتراطه.

المطلب الثانى شروط النفاذ

إقرار الدائن للحوالة شرطاً لنفاذها قبله:

إذا كانت حوالة الدين اتفاق بين المدين الأصلي (المحيل) وشخص آخر يتحمل عنه الدين (المحال عليه) إلا أنها تؤثر مباشرة فى مصالح الدائن، إذ أنها تؤدى إلى إحلال المحال عليه محل المدين الأصلي. ومن الثابت أن المدينين يتفاوتون فى يسارهم

كما أنهم يتفاوتون في حسن القضاء والمطل، كما يقول الحنفية – ولذلك كانت القاعدة أن حوالة الدين لا تكون نافذة في حق الدائن إلا إذا أقرها (م 316 مدنى). وعلى ذلك لا يكفي إعلان الدائن بحوالة الدين، على عكس الحال في حوالة الحق، حيث يكفي إعلان المدين. فالدائن لا يجبر على تغيير مدينه لأن تغيير المدين أمر خطير، وإنما يبقى الخيار له بين إقرار الحوالة أو رفضها.

ومما يجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أن إقرار الدائن للحوالة لا يعتبر قبولاً ينعقد به عقد جديد يرتب آثاره من وقت الإقرار، بل أن هذا الإقرار يرد على عقد تم تكوينه باتفاق طرفيه المدين الأصلي والمحال عليه. غير أنه إذا تم هذا الإقرار استند أثره إلى تاريخ انعقاد الحوالة، ويترتب على ذلك أن يصبح المحال عليه في علاقته بالدائن خلفاً خاصاً للمحيل من هذا التاريخ. لكن إذا رفض الدائن الحوالة فإنها لا تنفذ في حقه ولا ينتقل الدين بالتالى من المحيل، المدين الأصلي، إلى المحال عليه، بل يظل المحيل ملتزماً بالدين في مواجهة الدائن.

ولا يشترط في إقرار الدائن شكلاً خاصاً بل يمكن أن يكون صريحاً أو ضمناً. ومن صور الإقرار الضمنى أن يقبل الدائن من المحال عليه، مع علمه بالحوالة ودون تحفظ، الوفاء ببعض الدين، أو قبضه الفوائد المستحقة منه. ومن ذلك أيضاً أن يطالب الدائن المحال عليه بأداء الدين، أو أن يمنحه أجلاً للوفاء به. كما لا يشترط لصحة الإقرار أن يكون قد سبق إعلان الدائن بالحوالة بل له إذا علم بها أن يقرها ولو لم تكن قد أعلنت إليه بعد.

وليس لإقرار الدائن ميعاد محدد يجب صدوره فيه بل للدائن أن يقر الحوالة في أى وقت بعد انعقادها طالما لم يعدل عنها طرفيها قبل الإقرار، ولم يرفض الدائن الحوالة من قبل. لكن يجوز للمحيل أو المحال عليه، إذا رأى مصلحته تقتضى أن يحدد الدائن موقفه من الحوالة، أن يعلنها بها وأن يحدد له أجلاً معقولاً للإفصاح عما يعترضه في شأنها. فإذا انقضى الأجل والدائن باق على سكوته. اعتبر ذلك السكوت رفضاً للحوالة (م 2/316 مدنى).

على أن هناك صورة عملية بالغة الأهمية نصت عليها المادة 322 مدنى وفيها يعتبر السكوت إقراراً. وهذه الصورة تعرض عند التصرف في عقار مرهون رهناً رسمياً حيث أن التصرف في هذا العقار لا يستتبع انتقال الدين المضمون بالرهن إلى المتصرف إليه إلا إذا اتفق على ذلك (م 1/322 مدنى). فإذا اتفق البائع والمشتري مثلاً على حوالة الدين وسجل عقد البيع تعين على الدائن طبقاً للمادة 3/322 مدنى "متى أعلن رسمياً بالحوالة أن يقرها أو يرفضها في ميعاد لا يجاوز ستة أشهر، فإذا انقضى هذا الميعاد دون أن يبيت برأى اعتبر سكوته إقراراً". وتتميز هذه الصورة الخاصة من الحوالة بعدة أمور أولها أن المشرع حدد الأجل الذى يجب على الدائن أن يفصح فيه عن موقفه من الحوالة بستة أشهر تبدأ من تاريخ الإعلان إذا وقع بعد تسجيل عقد بيع العقار المرهون ومن تاريخ التسجيل إذا تم الإعلان قبل هذا التسجيل. ثانيهما، يجب أن يكون الإعلان رسمياً، أى على يد محضر، وإلا كان عديم الأثر.

والعلة من هذا النص هو الموازنة بين مصالح كل من المدين والدائن فالمشرع أراد بالنص على اعتبار سكوت الدائن في هذه الحالة إقراراً لا رفضاً للحوالة أن يبسر للمدين الأصلي سبيل التخلص من الدين بعد أن انتقلت ملكية العقار المرهون ضماناً لهذا الدين وذلك لتجتمع المسؤولية الشخصية والعينية في شخص المشتري. كما أن المشرع لم يهدر مصلحة الدائن إذ يستطيع أن يمنع هذا الانتقال ويستبقى مدينه الأصلي مسئولاً شخصياً عن الدين بأن يرفض الحوالة، لكن إذا سكت الدائن بعد إعلانه بالحوالة إلى أن انقضى ميعاد الستة أشهر، كان هذا السكوت إقراراً للحوالة لا رفضاً لها. (6ج)

المبحث الثانى آثار الحوالة

لدراسة آثار الحوالة يجب أن نفرق بين علاقات ثلاث: علاقة المدين الأصلي (المحيل) بالمحال عليه، وعلاقة الدائن بالمحال عليه، وأخيراً علاقة الدائن بالمدين الأصلي.

المطلب الأول

(5) [تعديلات 2016 للتقنين المدنى الفرنسى إشتراطت موافقة الدائن المسبقة فنصت المادة 1327 على أنه "يجوز للمدين، باتفاق مع الدائن، أن يحول دينه".

(6) [جاء تنظيم التقنين الفرنسى فى تعديلات 2016 مختلفا بعض الشئ عن تنظيم القانون المصرى له. فالمادة 13271 تنص على أنه "لايجوز للدائن، إذا أعطى موافقته المسبقة على الحوالة أو لم يتدخل فيها، أن يعترض عليها أو يتمسك بها. إلا من اليوم الذى يتم فيه إخطاره بها أو من وقت علمه بها".

أما المادة 13272 تنص على "إذا الدائن وافق صراحة على الحوالة، يبرأ المدين الأصلي بالنسبة للمستقبل، عند تخلف هذه الموافقة، ومالم يوجد شرط مخالف، يلتزم المدين بالتضامن بالوفاء بالدين".

وتنص المادة 1328 على أن "يجوز للمدين المحال عليه، والمدين الأصلي، إذا بقى ملتزماً، الاحتجاج على الدائن بالدفع للصيقة بالدين، كالبطلان، والدفع بعدم التنفيذ، والفسخ، والمقاصة بين الديون المرتبطة. يجوز كذلك لكل واحد منهم التمسك بالدفع الشخصية الخاصة به".

تنص المادة 13281 على أن " إذا لم يبرئ الدائن المدين الأصلي، تبقى التأمينات التي تم الاتفاق عليها، في الحالة العكسية، لا تبقى التأمينات المقدمة من الغير إلا بموافقتهم " إذا إبرى المحيل، يبقى مدينوه المتضامنون ملتزمون بعد استئزال حصته من الدين." علاقة المحيل بالمحال عليه

تترجم هذه العلاقة آثار اتفاق الحوالة بين طرفيه، المدين الأصلي (المحيل) والمحال عليه. وهذه الآثار تتحدد وفقاً لما يترأى للطرفين. فقد يشترط اعتبار الحوالة غير قائمة إلا إذا أقرها الدائن، أو أن يشترطاً اقتصار الحوالة على إنشاء مجرد التزام على عاتق المحال عليه بقضاء حق الدائن.

فإذا سكت الطرفان عن تنظيم تلك الآثار وجب الرجوع إلى القواعد المكملة لإرادتهما والواردة في هذا الصدد. وعلى ضوء هذه القواعد نجد أن آثار الحوالة بين طرفيها تختلف بحسب موقف الدائن منها.

أولاً: قبل إقرار الدائن للحوالة وعند الرفض:

المبدأ أن الحوالة لا تكون نافذة قبل الدائن طالما أنه لم يقرها ومن باب أولى إذا كان قد رفضها. ويترتب على ذلك أن يكون المدين الأصلي هو المسؤول أمامه عن الدين. هذا فيما يتعلق بالدائن، أما بالنسبة لطرفي الحوالة فإنه بمجرد انعقادها صحيحة فإنها تكون نافذة فيما بينهما، وهي لذلك تنشئ التزاماً في ذمة المحال عليه قبل المحيل. وهذا ما نصت عليها المادة 1/317 مدني بقولها "أن المحال عليه (يكون) ملزماً قبل المدين الأصلي بالوفاء للدائن في الوقت المناسب". والوقت المناسب هو عادة وقت حلول الدين المحال به، لكن لا يوجد ما يمنع من الاتفاق على أن يكون الوقت المناسب غير ذلك، كأن يكون وقت مطالبة الدائن للمدين الأصلي بالدين. وعند عدم الاتفاق على شيء من ذلك فإن جوهر التزام المحال عليه هو أن يدرأ عن المدين الأصلي مطالبة الدائن له، بوفائه الدين للدائن، أو على الأقل تسليم مقدار الدين للمدين الأصلي ليقوم هذا بنفسه بالوفاء لدائنه.

فإذا لم يقر المحال عليه بالتزامه هذا، كان للمدين الأصلي أن يرجع عليه بالتعويض طبقاً للقواعد العامة. هذا مع ملاحظة أنه "لا يجوز للمدين الأصلي أن يطالب المحال عليه بالوفاء للدائن مادام هو لم يقر بما التزم به نحو المحال عليه بمقتضى عقد الحوالة" (م 2/317 مدني)، فقد يكون المحال عليه قد اشترط على المدين الأصلي مقابلاً لتحمله بالدين عنه. فإذا كان المدين لم يؤد هذا المقابل كان للمحال عليه، إذ طالبه المدين بتنفيذ التزامه بالوفاء للدائن، أن يدفع بعدم التنفيذ طبقاً للقاعدة العامة في العقود الملزمة للجانبين.

ثانياً: بعد إقرار الدائن للحوالة:

بعد إقرار الدائن للحوالة تصبح هذه الحوالة نافذة في حقه ويترتب على ذلك أن يصبح المحال عليه ملتزماً نحو الدائن بالدين المحال به، وتبرأ ذمة المدين الأصلي. وينعكس ذلك على العلاقة بين المدين الأصلي والمحال عليه، إذ يعتبر المحال عليه قد أدى للمدين الأصلي ما يعادل قيمة الدين الذي تحمله عنه منذ برئت ذمته من الدين، أي منذ أصبحت الحوالة نافذة في حق الدائن.

ولتحديد القواعد التي تحكم العلاقة بين المحال عليه والمدين الأصلي يجب الوقوف على الغرض المقصود من الحوالة. فقد يكون الغرض من تحمل المحال عليه تبعة الدين هو إقراض المدين الأصلي ما يعادل مبلغ الدين. ففي هذه الحالة يرجع المحال عليه على المدين الأصلي بما أقرضه طبقاً لشروط القرض الذي تم بينهما. وقد يكون القصد من ذلك وفاء المحال عليه بدين للمدين الأصلي ترتب في ذمته قبله كثر لم يتم أدائه، ففي هذه الحالة تبرأ ذمة المحال عليه من الثمن بمجرد قيام الدين في ذمته للدائن وقبل الوفاء بهذا الدين. وقد يكون القصد من ذلك أن يتبرع المحال عليه للمدين الأصلي بقيمة الدين الذي تحمل عنه به، ففي هذه الحالة تكون العلاقة بينهما علاقة تبرع تطبق في خصوصها القواعد العامة في التبرع.

المطلب الثاني علاقة الدائن بالمحال عليه

تختلف هذه العلاقة قبل إقرار الحوالة عنها بعد إقرارها.

أولاً: قبل إقرار الحوالة:

قبل إقرار الحوالة، ليس للدائن أي حق قبل المحال عليه وعلى ذلك فقبل هذا الإقرار يكون لطرفي الحوالة أن يعدلا فيها أو يعدلا عنها. أما بعد الإقرار فلا مجال للتعديل أو العدول ويكون للدائن أن يتمسك بالحوالة كما هي. ولكن لكي ينتج هذا الإقرار، كتعبير للإرادة، أثره القانوني يجب أن يتصل بعلم من وجه إليه، المدين الأصلي أو المحال عليه، وذلك طبقاً للقواعد العامة م 291 مدني.

ثانياً: بعد إقرار الحوالة:

إذا أقر الدائن الحوالة واتصل هذا الإقرار بعلم من وجه إليه، انتقل ذات الدين عن المدين الأصلي إلى المحال عليه، ويصبح المحال عليه مديناً بنفس الدين قبل الدائن.

وعلى ذلك فحوالة الدين لا تنشئ ديناً جديداً على عاتق المحال عليه. ويترتب على انتقال نفس الدين من المدين الأصلي إلى المحال عليه النتائج الآتية:

التزام المحال عليه يبقى محتفظاً بالصفات التي كانت لدين المدين الأصلي. فمثلاً إذا كان هذا الدين تجارياً بقى كذلك بالنسبة للمحال عليه.

تبقى للدين المحال به ضماناته (م 318 / 1 مدنى) دون حاجة إلى اتفاق خاص على ذلك. وتسرى هذه القاعدة على التأمينات العينية التي تقررت من جهة المدين الأصلي. أما إذا كان المدين مضموناً بكفالة شخصية أو عينية، فإن الكفيل لا يضمن المحال عليه إلا إذا رضى بالحوالة (م 318 / 2 مدنى). ذلك أن الكفالة عقد يقوم على ثقة الكفيل فى المدين الذى يضمنه. ويترتب على انتقال الدين ذاته إلى المحال عليه، أن يكون لهذا الأخير أن يتمسك بجميع الدفوع التي كان للمدين الأصلي أن يتمسك بها. كما يجوز له أن يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة (م 320 مدنى).

والدفوع التي كان للمدين أن يتمسك بها هي الدفوع المتعلقة بالدين المحال به، كالدفع بالبطلان أو الإبطال، وكالدفع بانقضاء الدين بأى سبب من أسباب الانقضاء، على أنه يلاحظ فيما يتعلق بالدفع بالمقاصة بين الدين المحال به ودين على الدائن للمدين الأصلي، أنه إذا كان المدين الأصلي يعلم وقت الحوالة بأن له ديناً على دائنه، فإن إقدامه على الحوالة، رغم علمه يفيد نزوله عن التمسك بالمقاصة، فلا يجوز للمحال عليه أن يتمسك بها.

وكذلك للمحال عليه التمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة، كالدفع ببطلان أو إبطال الحوالة. وأخيراً للمحال عليه أن يتمسك فى مواجهة الدائن بالدفوع الخاصة بشخصه كالدفع بالمقاصة بين حق له على الدائن والدين المحال به. أما الدفوع الخاصة بشخص المحيل فلا يجوز له التمسك بها.

المطلب الثالث علاقة الدائن بالمحيل

قبل إقرار الدائن للحوالة يبقى المدين الأصلي ملزماً بالدين، ويجوز للدائن أن يطالبه بأداء الدين رغم الحوالة. أما بعد إقرار الحوالة فإن المدين الأصلي تبرأ ذمته من الدين، ويصبح المحال عليه مديناً به. ولكن الغالب أن الدائن ما كان يقر الحوالة، وبالتالي إبراء ذمة المدين الأصلي، إلا إذا وثق من يسار المحال عليه. ولذلك نصت المادة 319 مدنى على أنه "يضمن المدين الأصلي أن يكون المحال عليه موسراً وقت إقرار الدائن الحوالة، ما لم يتفق على غير ذلك" ومفاد ذلك أن براءة ذمة المدين الأصلي قبل الدائن براءة نهائية معقودة بيسار المحال عليه وقت إقرار الدائن للحوالة. وعلى ذلك إذا كان المحال عليه معسراً فى ذلك الوقت، وكان الدائن يجهل هذا الإعسار فلا تبرأ ذمة المدين الأصلي. هذه القاعدة غير متعلقة بالنظام العام إذ يجوز الاتفاق على عكسها، فيجوز أن يبرئ الدائن ذمة المدين الأصلي نهائياً بالرغم من إعسار المحال عليه. بل ويعتبر الدائن قد أعفى مدينه الأصلي من ضمان يسار المحال عليه، إذا كان عالماً وقت الإقرار بإعسار هذا الأخير.

الفصل الثانى الصورة الخاصة بحوالة المدين

الحوالة باتفاق الدائن والمحال عليه:

إذا كان الغالب المألوف أن تتعقد الحوالة باتفاق بين المدين والمحال عليه، إلا أنه ليس هناك ما يمنع أن تتعقد باتفاق الدائن والمحال عليه (م 321 مدنى). ولا يشترط فى هذه الحالة رضا المدين، فالحوالة تتعقد سواء أقرها المدين أو مانع فيها وذلك راجع إلى أن القاعدة أن الوفاء يجوز من غير المدين ولو كان ذلك دون علم المدين أو رغم معارضته. وبالنسبة لانقضاء الحوالة وصحتها فى هذه الصورة فإنها تخضع للقواعد العامة ولا يوجد جديد فى هذا الصدد. وبالنسبة لآثار الحوالة فى هذه الصورة فإنه يترتب على الحوالة بالإضافة إلى براءة ذمة المدين الأصلي، أن ينتقل الدين ذاته إلى المحال عليه بصفاته و ضماناته ودفوعه، كما هو الحال فى الحوالة فى صورتها العادية م 321 / 2 مدنى). أما بالنسبة إلى علاقة المدين الأصلي بالمحال عليه، فإنه بمجرد انعقاد الحوالة بين المحال عليه والدائن يعتبر أن المحال عليه قد أدى إلى المدين الأصلي ما يعادل قيمة الدين المحال به. فإن لم تكن نيته قد انصرفت إلى التبرع بهذه القيمة للمدين الأصلي، كان له الرجوع عليه بها.

القسم الثالث انقضاء الالتزام

أسباب انقضاء الالتزام:

الالتزام أو الحق الشخصى مصيره حتماً إلى الزوال، أما بالوفاء أو بغيره من أسباب الانقضاء. فتأييد رابطة الالتزام يتعارض مع الحرية الشخصية للمدين.

وقد تناول التقنين المدنى المصرى أسباب انقضاء الالتزام فى الباب الخامس من الكتاب الأول الخاص بالالتزامات بوجه عام، فى المواد من 323 إلى 388. وقد صنف التقنين المدنى أسباب الانقضاء فى ثلاث طوائف هي:

أولاً: انقضاء الالتزام بالوفاء، إذ هو الطريق الطبيعى والمألوف لانقضاء الالتزام، وفيه يؤدى للدائن حقه ذاته. ثانياً: انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء، وفيه يؤدى للدائن حقه بما يعادله، ويتحقق ذلك فى الوفاء بمقابل، والتجديد والإنابة والمقاصة، واتحاد الذمة.

ثالثاً: انقضاء الالتزام دون وفاء أو ما يعادل الوفاء، وفيه ينقضى الالتزام دون أن يحصل الدائن على حقه ولا على ما يعادله، ويكون ذلك في الإبراء، واستحالة التنفيذ، والتقدم المسقط، ولندرس هذه الطوائف الثلاث في ثلاثة أبواب على التوالي.

الباب الأول الوفاء

التعريف بالوفاء وأنواعه:

الوفاء هو النهاية الطبيعية المرغوب فيها للالتزام. فبالوفاء تصل رابطة الالتزام إلى غايتها ومبتغاها، فالمدين ينفذ ذات الالتزام الذي التزم به تنفيذاً اختيارياً. [7])

وينصرف الوفاء إلى تنفيذ الالتزام أيّاً كان محله، أى سواء كان محله دفع مبلغ من النقود، أو تسليم شيء أو القيام بعمل، أو الامتناع عن عمل. وعلى ذلك فالوفاء بالمعنى القانوني لا يقتصر، كما هو الحال في معناه الدارج، على تنفيذ الالتزامات التي يكون محله دفع مبلغ من النقود.

والوفاء كما يعتبر سبباً لانقضاء الالتزام، فكذلك يعتبر طريقاً لتنفيذه. ولذا تعالج بعض التشريعات، كالتقنين السويسري والبولوني، أحكام الوفاء عند بحث قواعد التنفيذ. أما التقنين المصري جرياً على التقليد اللاتيني – تناول أحكام الوفاء بين طرق انقضاء الالتزام.

الوفاء في صورته العادية يتم من جانب المدين ويترتب عليه انقضاء الالتزام، وهذا هو الوفاء البسيط، ولكن قد يقوم شخص غير المدين بوفاء دين الدائن فيترتب على ذلك انقضاء هذا الدين وحلول الموفى محله في الرجوع على المدين.

خطة الدراسة:

سنتناول في هذا الباب، في فصل أول، دراسة الأحكام العامة للوفاء البسيط، ثم في فصل ثان الأحكام الخاصة بالالتزام بمبلغ من النقود، وفي الفصل الثالث دراسة الوفاء مع الحلول.

(7) تنص الفقرة الأولى من المادة 1342 من التقنين المدني الفرنسي بعد تعديله 2016 على أن "الوفاء هو التنفيذ الاختياري للأداء المستحق".

الفصل الأول الأحكام العامة

في هذا الفصل نتناول بالدراسة ما يلي:

- طرفا الوفاء، الموفى وهو من يقوم بالوفاء، والموفى له وهو من يتلقى الوفاء.
- كيفية الوفاء، من حيث محله وظروفه المختلفة.

المبحث الأول طرفا الوفاء

الموفى والموفى له:

طرفا الوفاء هما في العادة المدين والدائن فهما طرفا الالتزام – غير أنه قد يقع الوفاء من شخص غير المدين، كما أن هناك ثمة حالات يصح فيها الوفاء وإن تم بين يدى شخص غير الدائن. ولذلك سنتكلم أولاً في الموفى، وثانياً في الموفى له.

المطلب الأول الموفى

سبق أن قلنا أن الوفاء قد يقع من المدين أو من شخص من الغير. كما أنه إذا كان الوفاء بالالتزام بإعطاء شيء فإنه يشترط لصحته أن يكون الموفى مالكا للشيء وأهلاً للتصرف فيه، ولنر ذلك بشئ من التفصيل.

أولاً: ممن يصح الوفاء؟

من المدين أو من الغير

نصت المادة 1/323 مدني على أنه يصح الوفاء من المدين أو من نائبه أو من أى شخص آخر له مصلحة في الوفاء، وذلك مع مراعاة ما جاء بالمادة 208، (وهي خاصة بحالة المدين محل الاعتبار من جانب الدائن)

فالأصل أن يتم الوفاء من المدين نفسه لأنه هو الملتزم، وقد ينوب عن المدين نائبه كوكيل أو ولى أو وصى أو قيم. ولكن يصح كذلك أن يقوم بالوفاء شخص آخر له مصلحة في الوفاء. وغير المدين قد تكون له مصلحة في الوفاء بدين المدين كما لو كان كفيلاً عنه. أو كان قد اشترى من المدين عقاراً مرهوناً رهناً رسمياً ضماناً لدين المدين، وهذا هو حائز العقار المرهون فأراد بالوفاء للدائن المرتهن أن يظهر العقار من الرهن.

ومع ذلك قد لا يكون للغير مصلحة في الوفاء بالدين ويوفى به، إما لأنه يريد التبرع للمدين بقيمة الدين الذي وفاه عنه، وإما أن يكون فضولياً رأى أن المدين مهتداً بإجراء التنفيذ القهرى على أمواله فأراد أن يسدى إليه خدمة مؤقتة بأن يوفى للدائن دينه على أن يرجع على المدين بعد ذلك بمقدار ما أوفى. والقاعدة أن الدائن ملزم بقبول الوفاء من الغير إلا في حالتين نصت عليهما المادة 323:

1 إذا كان للدائن مصلحة في أن يصدر الوفاء من المدين نفسه، في هذه الحالة يكون له أن يرفض الوفاء من الغير. ففي الالتزام بعمل إذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين (م 208 مدني). ومن ذلك إذا كان قد روعى في الالتزام اعتبار خاص بشخص المدين فللدائن أن يرفض الوفاء من الغير، كتعهد رسام برسم صورة، أو جراح مشهور بإجراء عملية جراحية.

2 إذا تقدم للوفاء بدين المدين شخص من الغير، لا مصلحة له في الوفاء، فاعتراض المدين على ذلك وأبلغ الدائن هذا الاعتراض في هذه الحالة يكون للدائن الخيار بين قبول الوفاء من الغير أو رفضه.
وللغير الذي قام بالوفاء أن يرجع على المدين بقدر ما دفعه (م 1/324)، إلا أن تكون نيته قد انصرفت إلى التبرع له. ويكون الرجوع بدعوى الفضالة إذا تم الوفاء بغير علم المدين، أو بدعوى الوكالة إذا أقر المدين الوفاء بعد حصوله فإذا تم الوفاء رغم اعتراض المدين كان رجوع الموفى على أساس قواعد الإثراء بلا سبب، ويكون للمدين بناءً على ذلك أن يمنع رجوع الموفى بما وفاه عنه كلاً أو بعضاً إذا ثبت أنه له أية مصلحة في الاعتراض على الوفاء.

ثانياً: شروط صحة الوفاء بالالتزام بإعطاء شيء:

إذا كان محل الالتزام إعطاء شيء فيشترط لصحة الوفاء سواء قام به المدين أو شخص من الغير، شرطان نصت عليهما المادة 325 هما:

1 أن يكون الموفى مالكاً للشيء الذي وفى به، وذلك حتى يتسنى تنفيذ الالتزام بإعطاء بنقل الحق على الشيء إلى الدائن إذ أنه لو وقع الوفاء بشيء غير مملوك للموفى امتنع ذلك، وجاز للدائن طلب إبطال الوفاء ليتجنب رجوع المالك الحقيقي عليه علاوة على حمل الموفى على إعادة الوفاء صحيحاً إليه.

2 أن يكون الموفى أهلاً للتصرف في الشيء الموفى به، فالوفاء بالالتزام بإعطاء عمل إرادى من أعمال التصرف ينتقل به الحق على الشيء من الموفى إلى الموفى له. فإذا لم يكن الموفى أهلاً للتصرف كان الوفاء قابلاً للإبطال لمصلحته. غير أن حق ناقص الأهلية في طلب إبطال الوفاء واسترداد ما أوفى به مشروطاً بأن يكون قد أصابه ضرر بسبب الوفاء (م 2/325 مدني)، ولا شك في تحقق شرط الضرر إذا كان الموفى من الغير ولم تكن له مصلحة في وفاء دين المدين. أما إذا كان الموفى هو المدين نفسه فقد يبدو لأول وهلة أنه ليس من المتصور أن يصيبه ضرر من الوفاء بدين التزم به. ومع ذلك يتحقق شرط الضرر في بعض الحالات من ذلك أن يكون المدين ناقص الأهلية قد أوفى قبل حلول الأجل، أو قد أوفى بشيء أكبر قيمة من الشيء المدين به.

المطلب الثاني الموفى له

القاعدة أن الوفاء يكون للدائن أو لمن له صفة في استيفاء الدين (9). أما الوفاء للغير فلا يترتب عليه انقضاء الالتزام إلا في حالات استثنائية. ولنر ذلك بشيء من التفصيل.

أولاً: الوفاء للدائن أو لمن له صفة في استيفاء الدين:

الأصل أن الدائن هو ذو الصفة في الدين، وله أن ينيب عنه وكيلاً في ذلك. وقد جعل المشرع من التقدم بمخالصة صادرة من الدائن قرينة على ثبوت صفة استيفاء الدين لمن يحمل تلك المخالصة، ما لم تنتف دلالة هذه القرينة بالاتفاق على وجوب الوفاء للدائن شخصياً (م 232 مدني)، ويكون للمدين في هذه الحالة أن يرفض الوفاء لمن يتقدم له بالمخالصة الصادرة من الدائن حتى يستوثق من ثبوت صفته في استيفاء الدين.

ويشترط لصحة الوفاء أن يكون الدائن أهلاً لاستيفاء الدين. فإذا كان ناقص الأهلية وجب أن يتم الوفاء لنائبه القانوني، كالولي أو الوصي أو القيم، فإذا أدى الوفاء له شخصياً كان الوفاء قابلاً للإبطال، ومع ذلك إذا أصاب الدائن ناقص الأهلية منفعة من الوفاء. كان الوفاء إليه صحيحاً بقدر هذه المنفعة. (10)

ثانياً: الوفاء للغير:

إذا تم الوفاء للغير الدائن أو لغير ذي صفة في استيفاء الدين فلا تبرأ ذمة المدين من الدين، ويتعين عليه الوفاء به ثانية للدائن، لأن القاعدة أن من يفى بالدين غلطاً يفى به مرتين. غير أنه يستثنى من هذه القاعدة حالات ثلاث نصت عليها المادة 333:

1 إقرار الدائن للوفاء. بهذا الإقرار ينفذ هذا الوفاء في حقه بالنسبة لعلاقته بالمدين. أما بالنسبة لعلاقته بالموفى له، فقد يقصد التبرع له بقيمة الدين الذي استوفاه، أو قد يقصد بتنصيبه وكيلاً عنه في قبض الدين، وفي هذه الحالة الأخيرة يتعين على الموفى له تقديم حساب للدائن عن وكالته طبقاً للقواعد العامة.

2 إذا عادت على الدائن منفعة من هذا الوفاء وبقدر هذه المنفعة. مثال ذلك أن يقوم المدين بوفاء الدين لدائن الدائن فتبرأ ذمة المدين بقدر ما برئت ذمة الدائن قبل دائته نتيجة هذا الوفاء.

3 الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين في حيازته. ويطلق على مثل هذا الشخص اسم الدائن الظاهر. مثال ذلك أن يكون الموفى له قد ظهر بمظهر صاحب الحق، كوارث ظاهر للدائن يتضح بعد ذلك أن الوارث الحقيقي شخص آخر. ويشترط لصحة الوفاء في هذه الحالة أن يكون المدين حسن النية، أي يعتقد عند الوفاء أنه يؤدي الحق للدائن الحقيقي. فإذا وقع الوفاء صحيحاً في هذه الحالة لم يبق أمام الدائن إلا الرجوع على الموفى له على أساس المسؤولية التقصيرية إذا كان الدائن الظاهر سئ النية وعلى أساس الإثراء بلا سبب إذا كان حسن النية.

المبحث الثاني كيفية الوفاء

ويقصد بكيفية الوفاء دراسة المسائل المتعلقة بمحل الوفاء، والظروف المختلفة التي تحيط بالوفاء، من زمان ومكان ونفقات وإثبات، وأخيراً الوسائل القانونية المتاحة للمدين للتغلب على عنت الدائن في قبول الوفاء. من إغذار وعرض حقيقي.

المطلب الأول محل الوفاء

ويقصد بمحل الوفاء ما يتم به الوفاء من جانب المدين، وهناك قواعد تحكم محل الوفاء. وهذا هو ما نعرضه الآن.

أولاً: الوفاء بالشئ المستحق:

الأصل أن يكونه الوفاء بعين ما التزم به المدين، سواء كان الالتزام بإعطاء أو كان التزاماً بعمل أو بامتناع عن عمل (11). وهذه القاعدة المقررة لمصلحة الدائن لا يجوز الخروج عليها بصفة عامة إلا بموافقة، فلا يجوز للمدين أن يلزم الدائن بقبول شئ آخر غير الشئ المستحق ولو كان مساوياً له في القيمة أو كانت له قيمة أعلى (م 341 مدني) (12).

(11) هجر المشرع الفرنسي هذا التقسيم الثلاثي للالتزام وحل محله مصطلح "الأداء المستحق".
(12) تنص الفقرة الثانية من المادة 1342 مدني فرنسي الجديدة على أن "يجوز للدائن أن يقبل بأن يتلقى على سبيل الوفاء شيئاً آخر غير ذلك الذي كان مستحقاً له". (انظر المادة 350 مدني مصري).

ثانياً: عدم جواز تجزئة الوفاء:

الأصل أن يوفى المدين بكل ما التزم به، فلا يجوز للمدين أن يجبر الدائن على أن يقبل وفاء جزئياً لحقه (م 1/342 مدني) (13). هذه القواعد لا تنصرف فقط إلى أصل الدين بل تسري كذلك على ملحقاته كالمصاريف أو الفوائد، فلا يجوز للمدين إجبار الدائن على قبول الوفاء بأصل الدين منفصلاً عن ملحقاته. على أن هذه القاعدة ليست أمراً فيجوز الاتفاق على تحويل المدين الحق في تجزئة الوفاء. كما أنه في بعض الحالات ينص القانون على إباحة تجزئة الوفاء استثناءً. من ذلك مهلة الوفاء التي يمنحها القاضي طبقاً لنص المادة 2/246 مدني، م 1342 مدني فرنسي الجديدة.

وقاعدة عدم جواز تجزئة الوفاء حق لكل من الدائن والمدين فيجوز لكل منهما أن يتمسك بها، غير أن المادة 2/342 قد أوردت استثناء من هذه القاعدة: فإذا كان الدين متنازاعاً فيه، وأقر للمدين بجزء منه، فليس له أن يمتنع عن الوفاء بهذا الجزء متى طالب به الدائن، بدعوى التريث حتى يحسم النزاع في الجزء الباقي. ويتيسر له قضاء حق الدائن كاملاً.
(13) تنص الفقرة الأولى من المادة 1342 4 مدني فرنسي الجديدة على أن "يجوز للدائن أن يرفض الوفاء الجزئي حتى ولو كان الأداء قابلاً للانقسام".

ثالثاً: كيفية احتساب الخصم عند تعدد الديون:

تعرض هذه المشكلة عندما تتعدد الديون في ذمة المدين لدائن واحد وتكون جميعاً من جنس واحد كنقد مثلاً، ويؤدي المدين مبلغاً لا يفي بها جميعاً فالسؤال كيف يتم احتساب الخصم، أي تعيين جهة الدفع – وتثور نفس هذه المشكلة في حالة ما إذا كان المدين ملزماً بدين واحد تتبعه مصاريف وفوائد، وكان ما أداه لا يفي بالدين والملحقات جميعاً وقبل الدائن هذا الوفاء الجزئي. وقد وضع المشرع في المواد 343 – 345 القواعد التي تتبع في احتساب الخصم في الحالتين.

وهي قواعد مكملة لإرادة المتعاقدين فيجوز الاتفاق على مخالفتها. (14) ففي حالة الدين الواحد، يخصم ما أدى من حساب المصروفات ثم من الفوائد ثم من أصل الدين (م 343 مدني).

وفي حالة تعدد الديون، للمدين أن يعين عند الوفاء الدين الذي يريد الوفاء به. ويكون اختياره واجب الاحترام ما لم يحل دون ذلك مانع اتفاقي، كما لو اتفق على أن يبدأ الوفاء بدين معين، أو مانع قانوني كما لو اختار المدين الوفاء بدين مضاف إلى أجل مقرر لمصلحة الدائن أو اختار ديناً يزيد مقداره عن المبلغ الذي دفعه للدائن بما يؤدي إلى جبر الدائن على قبول وفاء جزئي فإذا لم يعين المدين الدين الذي يريد الوفاء به، فيكون الخصم من حساب الدين المستحق الأداء. فإذا تعددت الديون الحالة فمن حساب أشدها كلفة على المدين، كالدين الذي يغل فوائد أو المضمون برهن، فإذا تساوت الديون في الكلفة فيكون الخصم من حساب الدين الذي يعينه الدائن.

المطلب الثاني ظروف الوفاء

ونقصد بظروف الوفاء ما يتعلق منها بزمان الوفاء، ومكان الوفاء، ونفقات الوفاء، وإثبات الوفاء.

أولاً: زمان الوفاء:

القاعدة: يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائياً في ذمة المدين، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بذلك (م 346/1 مدني) (15). معنى ذلك أنه إذا لم يكن الالتزام مضافاً إلى أجل واقف أو معلقاً على شرط واقف وجب الوفاء به فوراً بمجرد نشوئه، وإلا كان للدائن أن يلجأ إلى إجراءات التنفيذ القهري.

الاستثناء: نظرة الميسرة: إن استحقاق أداء الالتزام لا يمنع من تأجيل تنفيذه بناءً على نظرة الميسرة التي قد يمنحها القاضي للمدين. ونظرة الميسرة هي أجل قضائي يجوز منحه للمدين إذا توافرت شروط معينة نصت عليها المادة 2/346 مدني بقولها "على أنه يجوز للقاضي في حالات استثنائية، إذا لم يمنعه نص في القانون أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم" (16). وعلى ذلك فإن القاضي يستطيع أن يمنح المدين مهلة للوفاء بالتزامه إذا توافرت شروط ثلاثة:

ألا يوجد نص في القانون يمنع من نظرة الميسرة. (17]

أن تكون حالة المدين تستدعي ذلك بأن كان في عسرة مؤقتة ينتظر زوالها.

ألا يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم، كأن يكون قد عول على استيفاء حقه لكي يوفى ما عليه من ديون في آجالها وإلا كان معرضاً للإفلاس، ففي هذه الحالة تكون مصلحة الدائن أولى بالرعاية ولا يمنح القاضي للمدين أى مهلة للوفاء.

(14] تنص المادة 1345 مدنى فرنسى الجديدة على أنه "يجوز للمدين بعدة ديون أن يعين، عند الوفاء، الدين الذى يريد الوفاء به " فإذا لم يعين المدين، يتم الخصم على النحو التالى: أولاً: من الديون المستحقة، يتم الخصم فيما بينها من الديون التى كان للمدين مصلحة أكبر فى الوفاء بها، عندما تتساوى الفائدة، يتم الخصم من الدين الأقدم، إذا تساوت جميع الأمور فإن الخصم يكون تناسيباً".

(15] تنص الفقرة الثانية من المادة 1342 مدنى فرنسى الجديدة على أن " يجب أن يتم الوفاء بمجرد أن يصبح الدين مستحقاً".

(16] انظر: المادة 1343 – 5 مدنى فرنسى الجديدة.

(17] من هذا القليل نص المادة 158 و 461 من التقنين المدنى و المادة 59 من التقنين التجارى الجديد.

ثانياً: مكان الوفاء:

القاعدة: إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات وجب تسليمه فى المكان الذى كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك (م 1/347 مدنى). (18]

أما فى الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء فى المكان الذى يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء. أو فى المكان الذى يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال (م 2/347 مدنى). (19]

معنى ذلك أنه على الدائن أن يسعى إلى المدين لاستيفاء حقه، دون أن يسعى المدين إلى الوفاء به، وهذا ما يعبر عنه بأن "الدين مطلوب لا محمول".

(18] تنص المادة 1342 5 مدنى فرنسى الجديدة "يبرأ المدين بتسليم شئ معين بتسليمه للدائن بالحالة التى هو عليها. إلا إذا أثبت، فى حالة التلف، أن هذا التلف لا يعزى إلى فعله أو إلى فعل الأشخاص الذين يجب أن يسأل عنهم".

(19] تنص المادة 1342 – 6 مدنى فرنسى الجديدة " يجب أن يتم الوفاء فى موطن المدين، فى حالة عدم تعيين القانون أو العقد مكان آخر". وتنص المادة 1343 على أن "مكان الوفاء بالالتزام بمبلغ من النقود هو موطن الدائن، مالم يعين القانون أو العقد أو القاضى مكان آخر".

ثالثاً: نفقات الوفاء:

القاعدة: تكون نفقات الوفاء على المدين، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك (م 348 مدنى). (20]

ويعتبر من نفقات الوفاء مصاريف شحن البضاعة إلى مكان التسليم، ونفقات إعداد المبيع للتسليم وغير ذلك من نفقات.

وهذه القاعدة لا يعمل بها – إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغيرها – من ذلك أن يتفق فى عقد البيع مثلاً على أن يكون التسليم خالصاً من أجره النقل والرسوم الجمركية. وفى هذه الحالة يتحمل البائع هذه النفقات بدلاً من المشتري كما هو الأصل. ومثال النص ما تقضى به المادة 462 مدنى من تحميل المشتري رسوم تسجيل عقد بيع العقار وذلك على خلاف القاعدة السابقة حيث أن نفقات التسجيل هى نفقات لازمة لوفاء البائع بالتزامه بنقل ملكية العقار المبيع إلى المشتري.

رابعاً: إثبات الوفاء:

يخضع إثبات الوفاء للقواعد العامة فى الإثبات – فيقع عبء إثبات الوفاء على المدين (م 1 من قانون الإثبات). ويجب الإثبات بالكتابة إذا زادت القيمة الموفى بها عن ألف جنيه (م 60 من قانون الإثبات). (21]

وقد هيا المشرع للموفى السبيل إلى الحصول على الدليل المثبت للوفاء فنصت المادة 349 مدنى على أنه "لمن قام بوفاء جزء من الدين أن يطلب مخالصة بما وفاه مع التأشير على سند الدين بحصول هذا الوفاء، فإذا وفى الدين كله كان له أن يطلب رد سند الدين أو الغاءه. فإن كان السند قد ضاع كان له أن يطلب من الدائن أن يقر كتابة بضياح السند" (22]) فإذا رفض الدائن القيام بذلك. جاز للمدين أن يودع الشئ المستحق إيداعاً قضائياً. فيحصل بذلك على الدليل المطلوب.

المطلب الثالث موقف المدين من امتناع الدائن

(20] تنص المادة 13427 مدنى فرنسى الجديدة على أن "تكون نفقات الوفاء على عاتق المدين".

(21] تنص المادة 13458 مدنى فرنسى الجديدة على أن "يتم إثبات الوفاء بكافة طرق الإثبات".

(22] تنص الفقرة الأولى من المادة 1342 – 9 مدنى فرنسى الجديدة على أن "تسليم الدائن إرادياً للمدين أصل السند العرفى، أو صورة من السند التنفيذى لحقه يعتبر قرينة بسيطة على الإبراء".

(8] تنص المادة 13421 مدنى فرنسى الجديدة على أن "يجوز أن يتم الوفاء ولو من شخص غير ملزم به، عدا حالة الرفض المشروع للدائن".

(9] تنص المادة 13422 مدنى فرنسى الجديدة على أن "يجب أن يتم الوفاء للدائن أو من الشخص المعين لتسلمه".

(10] تنص الفقرة الثانية من المادة 1342 2 مدنى فرنسى الجديدة على أن "الوفاء الذى يتم لشخص ليس له صفة لتسلمه يعتبر مع ذلك صحيحاً إذا أقره الدائن أو إذا عاد عليه بفائدة".

من الواضح أن للمدين مصلحة فى أن تبرأ ذمته من دينه لكن قد يحول دون ذلك امتناع الدائن عن قبول الوفاء. إزاء هذا الموقف قد بين المشرع الطريق الواجب الإلتزام من جانب المدين للتغلب على هذا التعنت (23].

هذا الطريق يتمثل فى إجراءات العرض الحقيقى من جانب المدين. لكن يجب أن يسبق هذه الإجراءات قيام المدين بإعذار الدائن وذلك حتى يسجل عليه رسمياً رفضه للوفاء. وسوف ندرس هذه النقاط تفصيلاً على التوالى:

أولاً: الإعذار:

قد حدد المشرع ثلاث حالات لتعنت الدائن فى عدم قبول الوفاء مما يخول للمدين إعداره فيها:

حالة رفض الوفاء المعروض عليه عرضاً صحيحاً، أى الوفاء الذى استكمل لشروطه من حيث الموضوع والميعاد وطريقة التنفيذ، دون أى مبرر.

حالة تصريح الدائن بعدم قبول الوفاء.

حالة امتناعه عن القيام بالأعمال التى لا يتم الوفاء بدونها (م 334 مدنى). كامتناع المشتري عن التصديق على إمضائه لإجراء تسجيل عقد بيع العقار.

والغرض من إعدار المدين للدائن هو تسجيل رفضه الوفاء ولذلك يجب أن يتم ذلك فى إعلان رسمى، أى على يد محضر. فإذا تم هذا الإعدار ترتبت عليه عدة آثار لمصلحة المدين (م 335 مدنى):

وقف سريان الفوائد إذا كان الدين يغل فائدة.

حق المدين فى المطالبة بتعويض عما أصابه من ضرر من جراء رفض الدائن قبول الوفاء.

انتقال تبعة الهلاك من المدين إلى الدائن. (24)

حق المدين فى اتخاذ إجراءات العرض الحقيقى وما يتبعه من إيداع الشئ على نفقة الدائن. وهذا ما نبهته فيما يلى:

ثانياً: العرض الحقيقى:

لا يترتب على مجرد إعدار الدائن أن تبرأ ذمة المدين من الدين، بل يجب لترتيب هذا الأثر أن يلجأ المدين إلى إجراءات العرض الحقيقى التى نص عليها قانون المرافعات فى المواد 487 – 493. وتتلخص هذه الإجراءات فى مراحل ثلاث:

1 العرض:

ويختلف العرض باختلاف محله. فإذا كان الشئ المعروض من النقود أو غيرها من المنقولات، فإن العرض يكون بأن يسلم المدين للمحضر هذه الأشياء ليعرضها على الدائن فى موطنه عرضاً فعلياً، أما بالنسبة لما لا يمكن تسليمه من الأعيان فى موطن الدائن، فيكون العرض بمجرد تكليف الدائن على يد محضر بتسلمه. ويجب أن يشتمل محضر العرض أو ورقة التكليف ببيان الشئ المعروض وشروط العرض وقبول المعروض أو رفضه (م 487 مرافعات). مما تجدر ملاحظته أنه يجوز العرض الحقيقى فى الجلسة أمام المحكمة دون إجراءات إذا كان من وجه إليه العرض حاضراً، وتسليم النقود المعروضة عند رفضها لكاتب الجلسة لإيداعها خزانة المحكمة (م 489 مرافعات).

2 الإيداع (25) أو الحراسة:

تبدأ المرحلة الثانية إذا رفض الدائن العرض، فإذا كان الشئ المعروض من النقود قام المحضر بإيداعه خزانة المحكمة فى اليوم التالى لتاريخ المحضر على الأكثر (26) ويجب أن يتناول الإيداع المعروض مع فوائده التى استحققت لغاية يوم الإيداع (م 490 مرافعات)، وعلى المدين إعلان الدائن بصورة محضر الإيداع فى ظرف ثلاثة أيام من تاريخه. وإذا كان المعروض شيئاً غير النقود جاز للمدين أن يطلب من قاضى الأمور المستعجلة الترخيص فى إيداعه بالمكان الذى يعينه القاضى إذا كان الشئ مما يمكن نقله أما إذا كان الشئ معد للبقاء حيث وجد جاز للمدين أن يطلب وضعه تحت الحراسة (م 2/448 مرافعات، م 336 مدنى) (27).

وإذا كان محل الوفاء شيئاً من الأشياء التى يسرع إليها التلف، أو التى يتطلب إيداعها أو حراستها نفقات باهظة لا تتناسب مع قيمتها فيجوز للمدين بعد استئذان القضاء أن يبيعها بالمزاد العلنى وأن يودعه الثمن خزانة المحكمة. أما إذا كان الشئ له سعر معروف فى الأسواق أو كان التعامل فيه متداولاً فى البورصات فلا يجوز بيعه بالمزاد إلا إذا تعذر البيع ممارسة بالسعر المعروف (م 337 مدنى).

ويجوز للمدين أن يلجأ إلى الإيداع أو ما يقوم مقامه من إجراء ولو لم يعذر الدائن فى الحالات الآتية (م 338 مدنى):

إذا كان يجهل شخصية الدائن أو موطنه، كما هو الشأن فى وارث مجهول.

إذا كان الدائن عديم الأهلية أو ناقصها ولم يكن له نائب يقبل عنه الوفاء.

إذا كان الدين متنازلاً عليه بين عدة أشخاص، ولم يتيسر للمدين التثبت من صاحب الحق بينهم.

إذا كانت هناك أسباب جدية أخرى تبرر هذا الإجراء (28).

(26) نقض 1994/11/27 س 25 ص 1484.

(27) نقض 1989/3/22 س 40 ص 614 "العرض الحقيقى الذى يتبعه الإيداع شرطه أن تتوافر فيه الشروط المقررة فى الوفاء المبرئ للذمة ومنها أن يتم العرض على صاحب الصفة إلى استيفاء الحق، وأن العبرة فى تحديد مقدار الدين الذى يشغل ذمة المدين ليست بما يزعمه الخصوم بل بما يستقر به حكم القاضى."

(28) نقض 1992/5/18 س 43 ص 690، 1994/9/28 س 45 ص 1249.

(25) نقض 1992/5/18 س 43 ص 690 "لا يمنع من صحة الإيداع أن يكون معلقاً على شرط يحل للمدين فرضه."

(25) نقض 1992/5/18 س 43 ص 690 "لا يمنع من صحة الإيداع أن يكون معلقاً على شرط يحل للمدين فرضه."

3- الحكم بصحة العرض والإيداع:

لكي يقوم العرض الحقيقي بالنسبة للمدين مقام الوفاء يجب أن يتلوه إيداع على النحو السابق بيانه، أو يتلوه أى إجراء مماثل وذلك بشرط أن يقبله الدائن أو يصدر حكم نهائى بصحته. فقد ينازع الدائن فى صحة العرض، ويطلب الحكم بطلانه [29]. كما أن المدين قد لا ينتظر منازعة الدائن بل يبادر بطلب الحكم بصحة العرض حتى يمنع كل نزاع مستقبلي فى شأنه. ولذلك نصت المادة 490 مرافعات على أنه "وتحكم المحكمة مع صحة العرض ببراءة ذمة المدين من يوم العرض". وإذا حكم للدائن بطلان العرض زالت كافة الآثار التى ترتبت على العرض والإيداع واسترد المدين ما أودعه وظلت ذمته مشغولة بالالتزام. أما إذا صدر الحكم لمصلحة المدين، أى صدر الحكم نهائياً بصحة العرض والإيداع، فتبرأ ذمة المدين من التزامه قبل الدائن اعتباراً من يوم العرض.

ويلاحظ أن للمدين أن يرجع عن العرض ما دام الدائن لم يقبله ولم يصدر حكم نهائى بصحته (م 1/340 مدنى)، ويكون للمدين أن يسترد ما أودعه ويظل الدين باقياً فى ذمته وذلك بشرط أن يثبت أنه أخبر دائنه على يد محضر برجوعه فى العرض وكان قد مضى على إخباره بذلك ثلاثة أيام م492 مرافعات). أما بعد قبول العرض من الدائن أو صدور حكم نهائى بصحته، فلا يجوز الرجوع فى العرض إلا بموافقة الدائن، إذ أن العرض فى هذه الحالة يقوم مقام الوفاء، فإذا ارتضى الدائن رجوع المدين اعتبر الوفاء كأن لم يكن فيظل المدين ملتزماً بالدين. ولكن ليس للدائن بعد ذلك أن يتمسك بما يكفل حقه من تأمينات ولا يكون له الرجوع على المدينين المتضامنين أو الكفلاء (م 2/340 مدنى).

فى القانون الفرنسى بعد تعديلات 2016 للتقنين المدنى هجر المشرع فكرة العرض الحقيقى وإستبدالها بإجراءات أكثر فاعلية. فبعد اعذاره للطائفة طبقاً لنص المادة 1345 مدنى فرنسى بينت المادة 2/1345 مدنى فرنسى الجديدة نصت على أن "إذا لم تنته العرقلة (من جانب الدائن) فى غضون شهرين من الاعذار، يستطيع المدين إذا ماتعلق بالالتزام بمبلغ من النقود، إيداعه فى خزانة الودائع والأمانات، فإذا تعلق بالالتزام بتسليم شئ، أن يضع هذا الشئ لدى حارس محترف"، "إذا كانت حراسة الشئ مستحيلة أو بتكلفة باهظة، جاز للقاضى أن يأذن ببيعه ودياً أو فى مزايعة علنية. يودع الثمن فى خزانة الودائع والأمانات، بعد خصم نفقات البيع"، الإيداع والحراسة تبرئان المدين من وقت إخطار الدائن بهما". وتنص المادة 13452 مدنى فرنسى الجديدة على أنه "عندما يتعلق بالالتزام بمحل آخر، يبرأ المدين، إذا لم تنته العرقلة فى غضون شهرين من الاعذار".

وتنص المادة 13453 مدنى فرنسى الجديدة على أن "تكون مصاريف الاعذار والإيداع والحراسة على عاتق الدائن". (29) [الدفع بعدم صحة إجراءات العرض والإيداع مقرر لمصلحة الدائن وحده فإن أسقط حقه فيه صراحة أو ضمناً فلا يجوز له العودة إلى التمسك به، لأن الساقط لا يعود] نقض 22/6/1994 س 45 ص 1092.

(23) [نقض 1992/5/18 س 43 ص 685 إجراءات إيداع المستأجر للأجرة الواردة فى المادة 27 من قانون 49 لسنة 1977 عدم وجود تعارض بينها وبين الإيداع المنصوص عليه بالمادة 338 مدنى. حق المستأجر سلوك أيهما متى توافرت شرائطه القانونية].

(24) [تنص المادة 1345 مدنى فرنسى الجديدة على أنه "إذا رفض الدائن، وقت الاستحقاق ودون مبرر مشروع، تلقى الوفاء بما هو مستحق له أو منعه بفعلة، يجوز للمدين إعذاره بقبوله أو السماح بتنفيذه"، "اعذار الدائن يوقف سريان الفوائد المستحقة على المدين، ووضع مخاطر الشئ على عاتق الدائن، إذا لم تكن على عاتقه من قبل، عدا حالة غش المدين وخطئه الجسيم"، الاعذار لا يقطع التقادم].

الفصل الثانى الأحكام الخاصة بالالتزام بمبلغ من النقود

خص المشرع الفرنسى الالتزام بمبلغ من النقود بتنظيم خاص فى تعديلات 2016 للتقنين المدنى الفرنسى وذلك لما يتمتع به من خصوصية، ولما يثيره من مشاكل عملية وإقتصادية. ويدور هذا التنظيم حول المسائل الآتية:

أولاً: تأكيد مبدأ القيمة الاسمية للنقود:

فجاء نص المادة 1343 مدنى فرنسى الجديدة على النحو التالى "يبرأ المدين بالالتزام بمبلغ من النقود بدفع قيمته الاسمية" (قارن المادة 134 مدنى مصرى) "قيمة المبلغ المستحق يمكن أن تتغير طبقاً لألية التسعير" (30) [L'indexation) يبرأ المدين بدين قيمى (dette Valeur) بدفع مبلغ من النقود ينشأ عن تصفيته. (31)

وتنص المادة 13433 مدنى فرنسى الجديدة على أن "يتم الوفاء بمبلغ من النقود، فى فرنسا، باليورو. مع ذلك، يجوز أن يتم الوفاء بعملة أخرى إذا كان الالتزام المدون ناشئاً عن عقد دولى أو حكم أجنبى" ونتمنى على المشرع المصرى أن يتبنى نصاً مماثلاً حتى يحسم بعض المشاكل التى ثارت فى العمل.

ثانياً: الفوائد التى يغلفها الالتزام بمبلغ من النقود وكيفية الوفاء به:

تنص المادة 13431 على أنه "إذا كان الالتزام بمبلغ من النقود يغلف فائدة، فإن الوفاء بالمبلغ الأصلى وفوائده يبرئ المدين. يتم الخصم أولاً من الفوائد فى حالة الوفاء الجزئى"، "تكون الفائدة مقررة بالقانون أو مشترطة فى العقد. يجب أن يحدد سعر الفائدة الاتفاقية كتابة، عند تخلف ذلك تعتبر الفائدة سنوية".

وتنص المادة 1343 2 مدنى فرنسى الجديدة على أن "الفوائد المستحقة، والتى تستحق عن مدة سنة كاملة على الأقل، تنتج فائدة إذا اتفق عليها فى العقد أو إذا حددها حكم قضائى" قارن المواد 226 – 228 مدنى مصرى).

وتنص المادة 1343 4 مدنى فرنسى الجديدة على أن (مكان الوفاء بالتزام بمبلغ من النقود هو موطن الدائن، ما لم يعين القانون أو العقد أو القاضى مكاناً آخر) (قارن م 347 مدنى مصرى).

ثالثاً : مهلة الوفاء:

إهتم المشرع الفرنسى منذ زمن ليس بالقصير بتنظيم مهلة الوفاء لتتنسق مع أحكام الاسراف فى الاستدانة المنظمة فى تقنين الاستهلاك منذ 31 ديسمبر 1989.

فنصت المادة 13435 مدنى الفرنسى الجديدة على أنه "يجوز للقاضى، مراعاة لمركز المدين وأخذاً فى الاعتبار حاجات الدائن، أن يؤجل أو يقسط الوفاء بالمبالغ المستحقة، فى حدود سنتين يجوز للقاضى بقرار خاصة ومسبب، أن يأمر بأن المبالغ التى تقابل المستحقات المؤجلة تنتج فوائد بسعر مخفض يعادل على الأقل السعر القانونى، أو أن المبالغ التى يتم الوفاء بها تخصم أولاً من رأس المال" "يجوز للقاضى أن يعلق هذه الإجراءات على قيام المدين بتصرفات خاصة تسهل أو تضمن الوفاء بالدين" "قرار القاضى يوقف اجراءات التنفيذ التى كان الدائن يباشرها. لا تستحق زيادة الفوائد أو الجزاءات المنصوص عليها فى حالة التأخير خلال المهلة التى حددها القاضى" "كل شرط على خلاف ذلك يعتبر كأن لم يكن" "لا تطبق أحكام هذه المادة على ديون النفقة". (قارن المادة 2/346 مدنى مصرى).

(30) تتمثل هذه الآلية فى أن يربط المتعاقدان قيمة المبلغ المستحق لأحدهما بمؤشر معين. هذا المؤشر يجب أن يتعلق بالعناصر الجوهرية فى محل العقد، بحيث أى تغير فى قيمة هذه العناصر يؤدى إلى تغير فى قيمة المبلغ المستحق وبنفس النسبة يتحدد هذا المؤشر إما بنص فى بعض القوانين الخاصة أو بمقتضى شرط فى العقد. نصت المادة 1167 مدنى فرنسى الجديدة على أنه "عندما يجب أن يكون الثمن أو أى عنصر آخر فى العقد محدداً بالأحالة إلى مؤشر غير موجود أو متاح فيستبدل به أقرب مؤشر له". (31) الدين القيمى يتمثل فى التزام بتقديم ميزة اقتصادية معينة. هذه الميزة تتغير بتغير الظروف. وتحدد قيمة هذه الميزة بمبلغ من النقود يوم تنفيذ الالتزام، مثال ذلك الالتزام بالنفقة.

الفصل الثالث الوفاء مع الحلول

التعريف به:

الأثر الطبيعى للوفاء هو انقضاء الدين، وذلك سواء كان الموفى هو المدين أو الغير. وحيث أن الغير يوفى بدين لا مصلحة له فيه فإن له أن يرجع على المدين طبقاً للقواعد العامة. هذا الرجوع يكون بدعوى الوكالة أو الفضالة أو بدعوى الإثراء على حساب الغير حسب الأحوال وعلى النحو السابق بيانه. ورجوع الغير على المدين بهذه الدعوى الشخصية إنما يكون بناءً على دين جديد له مصدر مستقل عن الدين القديم الذى انقضى بالوفاء. ويترتب على ذلك أن الموفى لا يستطيع أن يستفيد مما كان للدين الذى وفاه من صفات أو ضمانات لأنها انقضت بانقضائه.

علاوة على ذلك إذا كان المدين معسراً تعرض الموفى لمزاحمة باقى الدائنين، وما يستتبع ذلك من قسمة غرماء. وتغادياً لهذه النتيجة الضارة بالغير نص القانون، فى بعض الحالات التى للغير فيها مصلحة فى الوفاء بالدين، على حلول الموفى محل الدائن، مما يتيح له الرجوع بدعوى الحلول. أى الرجوع على المدين بنفس الحق الذى كان للدائن علاوة على رجوعه بالدعوى الشخصية. فى غير هذه الحالات التى نص عليها القانون أجاز المشرع الاتفاق على الحلول مع الدائن أو مع المدين.

يتضح مما تقدم أن الوفاء مع الحلول هو نوع من الوفاء يؤدى إلى استيفاء الدائن حقه وحلول الغير الموفى محله فى رجوعه على المدين. فالوفاء مع الحلول نظام قانونى مركب، فهو بالنسبة للدائن وفاء يترتب عليه انقضاء الدين، وبالتالي براءة ذمة المدين قبل الدائن، وهو بالنسبة للمدين نقل الحق من الدائن إلى الموفى، ولذا يحل هذا الأخير محله فى الحق الذى كان له قبل المدين، بما يكفله من تأمينات وما يلحقه من توابع، وما يتصل به من صفات، وما يرد عليه من دفع. ولنر تفصيلاً حالات الوفاء مع الحلول، ثم نعقبها بدراسة آثار الوفاء مع الحلول.

المبحث الأول حالات الوفاء مع الحلول

سبق أن رأينا أن حلول الموفى محل الدائن قد يتم بقوة القانون، بالإضافة إلى ما أجازته المشرع من الاتفاق على الحلول مع الدائن أو مع المدين. أى أن هناك حلول قانونى وحلول اتفاقى.

أولاً: الحلول القانونى:

نصت المادة 326 مدنى على حالات ثلاث يتم فيها الحلول بقوة القانون علاوة على ذلك توجد حالات أخرى وردت فى نصوص متفرقة (32) وسنكتفى هنا ببيان الأحوال التى وردت فى نص المادة 326 مدنى:

(32) كنص المادة 158 من القانون التجارى، والمادة 771 مدنى.

1) إذا كان الموفى ملزماً بالدين مع المدين أو عنه:

ويكون الموفى ملزماً بالدين مع المدين إذا كان متضامناً معه فى الدين. أو كان شريكاً معه فى دين غير قابل للتجزئة. فى هذه الحالة يحل المدين الموفى محل الدائن بعد استئزال حصته فى الدين ويكون الموفى ملزماً عن المدين إذا كان كفيلاً له، سواء كان كفيلاً شخصياً أو كفيلاً عينياً.

2وفاء الدائن المتأخر لدائن متقدم:

والصورة العملية لهذه الحالة أن يكون الموفى دائناً بوفاء دين دائن آخر متقدم عليه بما له من تأمين عيني وسواء في ذلك كان الموفى دائناً له ضمان عيني متأخر في المرتبة أم كان دائناً عادياً.

3وفاء الحائز للعقار بالدين المضمون:

والحائز في قانون التأمينات العينية هو من انتقلت إليه ملكية عقار مرهون أو حق عيني عليه، دون أن يكون مسئولاً شخصياً عن الدين المضمون بالرهن. وعلى ذلك فانتقال ملكية العقار من المدين إلى الحائز لا يحول دون مباشرة الدائن بحقه في تتبع العقار للتنفيذ عليه لاستيفاء حقه.

وقد يرى الحائز في هذه الحالة أن يوفى للدائن المرتهن بدينه لكي يتجنب التنفيذ على عقاره، فيحل بذلك محل الدائن المرتهن في كافة حقوقه. بما فيها حقه في الرهن، وبذلك يكون للحائز حق الرهن على عقار نفسه. وهو يهدف من وراء ذلك منع الدائن المرتهن الذي حل محله في حقه ومرتبته والدائنين المرتهنين التاليين له في المرتبة من التنفيذ على عقاره خاصة إذا كان الدين المضمون بهذا الرهن يستغرق كل قيمة العقار المرهون. ([33])

() [33] جاء التقنين المدني الفرنسي في تعديلات 2016 بنص عام يستوعب الحالات التي كانت نطاق الحلول كحلول المتبوع محل التابع في الرجوع على المسئول وحلول المدين المتضام عند رجوعه على المدينين المتضامين معه فصنت المادة 1346 على أن "يحق للحلول بقوة القانون لصالح، من له مصلحة مشروعة في ذلك، من يقوم بالوفاء متى كان وفاءه مبرراً في مواجهة الدائن، ومن يجب عليه تحمل العبء النهائي لكل الدين أو لجزء منه."

ثانياً: الحلول الاتفاقية:

والحلول الاتفاقية قد يتم بالاتفاق مع الدائن أو بالاتفاق مع المدين:

1 الحلول بالاتفاق مع الدائن:

تنص المادة 327 مدني على أن "للدائن الذي استوفى حقه من غير المدين أن يتفق مع هذه الغير على أن يحل محله ولو لم يقبل المدين ذلك. ولا يصح أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء". ([34])

هذه الحلول تتم بالاتفاق بين الدائن والغير الذي وفي له حقه، ولا ضرورة لرضاء المدين بذلك. كما أنه يجب أن يتم هذا الاتفاق على الحلول بين الدائن والموفى وقت الوفاء وذلك لأن الوفاء لو تم دون اتفاق على الحلول ترتب عليه انقضاء حق الدائن، ولن يجدي الموفى أن يحل فيه بعد ذلك. كما أن الاتفاق على الحلول في هذا الوقت يحول دون التواطؤ بين الدائن والمدين للإضرار بباقي الدائنين.

والغالب أن يقع التصريح بالحلول في المخالصة التي يعطيها الدائن للغير الموفى. ولا تكون هذه المخالصة حجة على الغير في تاريخها إلا منذ أن يصبح لها تاريخ ثابت.

() [34] تنص المادة 1346 من التقنين المدني الفرنسي بعد تعديله 2016 على أن "يتم الحلول الاتفاقية بمبادرة من الدائن عندما يتلقى الوفاء من شخص ثالث، فيحل هذا الأخير محله في حقوقه قبل المدين"، يجب أن يكون هذا الحلول صريحاً " يجب أن يتم الاتفاق عليه في ذات الوقت الذي يتم فيه الوفاء، مالم يبد الدائن رغبته، في تصرف سابق، بأن يكون المتعاقد معه هو الذي يحل محله عند الوفاء، يجوز اثبات تعاصر الحلول والوفاء بكافة طرق الإثبات."

2الحلول بالاتفاق مع المدين:

تنص المادة 328 مدني على أنه "يجوز أيضاً للمدين، إذا اقترض مالا وفي به الدين أن يحل المقرض محل الدائن الذي استوفى حقه. ولو بغير رضاء هذا الدائن، على أن يذكر في عقد القرض أن المال قد خصص للوفاء، وفي المخالصة أن الوفاء كان من هذا المال الذي أقرضه الدائن الجديد". ([35])

ويشترط لحلول المقرض محل الدائن في هذه الحالة أن يكون القرض سابقاً على الوفاء، أو معاصراً له على الأكثر. ويترتب على الحلول في هذه الحالة استفادة المقرض من التأمينات التي كانت تضمن حق الدائن الذي حل محله فيه. ويشترط للاحتجاج بتاريخ القرض والمخالصة في مواجهة الغير أن يكون هذا التاريخ ثابتاً.

المبحث الثاني آثار الحلول

() [35] تنص المادة 1346 من التقنين المدني الفرنسي بعد تعديله 2016 على أن "يتم الحلول أيضاً عندما يحل المدين، الذي اقترض مبلغاً بقصد وفاء دينه، المقرض محل الدائن في حقوقه برضاء هذا الأخير. في هذه الحالة، يجب أن يكون الحلول صريحاً وأن يذكر في المخالصة التي أعطاهها الدائن مصدر الأموال": "يجوز أن يتم الحلول دون معاونة الدائن، ولكن بشرط أن يكون الدين مستحقاً أو أن الأجل مقررراً لمصلحة المدين. يجب حينئذ أن يتم عقد القرض والمخالصة أمام الموثق، وأن يذكر في عقد القرض أن المال تم اقتراضه من أجل الوفاء، وأن يذكر في المخالصة أن الوفاء تم من المبالغ المدفوعة لهذا الغرض من جانب الدائن الجديد."

يترتب على الحلول سواء كان اتفاقياً أو قانونياً آثار معينة، لا تختلف باختلاف نوعي الحلول. والأثر الرئيسي للحلول هو انتقال حق الدائن إلى الموفى، ولكن هذه القاعدة ليست مطلقة وإنما يرد عليها قيود في حالات معينة ولنر ذلك بشئ من التفصيل.

أولاً: القاعدة: حلول الموفى محل الدائن في نفس الحق:

تنص المادة 329 مدني على أن "من حل قانوناً أو اتفاقاً محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من توابع وما يكفله من تأمينات، وما يرد عليه من دفع، ويكون هذا الحلول بالقدر الذي أداه من ماله من حل محل الدائن". ([36])

ويستفاد من هذا النص أن أثر الحلول لا يقتصر على إفادة الموفى من توابع الحق، بل ينصرف إلى إحلاله في هذا الحق محل الدائن، بما لهذا الحق من خصائص، وما يتبعه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفع.

يترتب على الحل أن ينتقل الحق بخصائصه من الدائن إلى الموفى، كما إذا كان تجارياً، أو كانت له مدد تقادم خاصة، أو كان ثابتاً في سند تنفيذي.

وينتقل الحق من الدائن إلى الموفى بما يلحقه من توابع، كالقوائد، والدعاوى المتصلة به، كدعوى الفسخ المقترنة بدين الثمن والدعوى البوليصة.

وينتقل الحق إلى الموفى بما يكفله من تأمينات سواء كانت هذه التأمينات شخصية أم عينية. وكانت الاستفادة من هذه التأمينات هي الغرض الأساسي من ابتداع فكرة الحل، ويلاحظ أنه إذا كان حق الدائن مضموناً بتأمين عقارى مما يجب قيده، فلا يحتج على الغير بانتقال هذا التأمين إلى الموفى إلا بعد أن يؤشر به على هامش القيد الأصلي (م 19 من قانون الشهر العقارى).

وفى مقابل ذلك فإن الموفى يتحمل ما قد يرد على هذا الحق من دفع، بمعنى أن للمدين أن يدفع فى مواجهة الموفى بالدفع التى كان يستطيع أن يدفع بها فى مواجهة الدائن. فإذا كان مصدر حق الدائن عقداً باطلاً أو قابلاً للإبطال، فللمدين أن يدفع بالبطلان أو الإبطال فى مواجهة الموفى كما كان يستطيع أن يفعل فى مواجهة الدائن، وكذلك إذا كان حق الدائن قد انقضى بسبب من أسباب الانقضاء. ([38])

(36) تنص المادة 1346 مدنى فرنسى الجديدة على أن " ينقل الحل إلى المستفيد منه، فى حدود ماتم الوفاء به، الحق وتوابعه، باستثناء الحقوق المتعلقة حصرياً بشخص الدائن " ومع ذلك، من حل محل الدائن، ليس له الحق فى فائدة قانونية إلا من وقت الاعذار، مالم يكن قد اتفق مع المدين على فائدة جديدة، وتكون هذه الفوائد مضمونة بالتأمينات المرتبطة بالحق، عندما تكون مقدمة من الغير، فإنهم يلتزمون، فى حدود، تعهداتهم الأولية، مالم يرتضوا بالالتزام بما هو أكثر من ذلك. ([37]) أنظر إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 233 ص 399.

(38) تنص المادة 1346 5 مدنى فرنسى جديدة على أن "للمدين أن يتمسك بالحلول منذ أن يعلم به، لكن لا يحتج به عليه إلا إذا تم إخطاره أو إذا أخذ علم به" " يكون الحل قابلاً للاحتجاج به على الغير منذ الوفاء."

"للمدين أن يحتج بالدفع للصيقة بالدين فى مواجهة الدائن الحالى، كالبطلان، أو الدفع بعدم التنفيذ، أو الفسخ، أو المقاصة بين الديون المرتبطة. وله كذلك أن يحتج على هذا الدائن بالدفع الناشئة عن علاقاته مع الدائن الذى حل محله قبل أن يصبح الحل قابلاً للاحتجاج به عليه، كمنح الأجل، أو الإبراء، أو المقاصة بين الديون المرتبطة."

رجوع الموفى بدعوى الحل إلى جانب الدعوى الشخصية:

لكى يستفيد الموفى من الآثار السابقة فإنه يرجع على المدينة بدعوى الحل، أى يرجع بنفس حق الدائن. ولكن الاستفادة الموفى بدعوى الحل لا ينفي حقه فى الرجوع بالدعوى الشخصية فلموفى الخيار بينهما حسبما يراه محققاً لمصلحته، ويلاحظ أنه إذا رجع الموفى على المدين بدعواه الشخصية، الوكالة أو الفضالة، أو الإثراء أو القرض فإنه يرجع بناءً على دين جديد، له مصدر مستقل عن الدين القديم الذى انقضى بالوفاء. وبناءً على ذلك فإنه لا يستطيع أن يستفيد بما كان للحق الدائن من خصائص أو توابع أو تأمينات. ومع ذلك فقد يفضل الموقع الرجوع بالدعوى الشخصية من ذلك حالة ما إذا كانت مدة التقادم قد اكتملت بالنسبة إلى دعوى الحل، إذ أن هذه المدة تسرى فى شأنها من اليوم الذى يصبح فيه حق الدائن مستحق الأداء، أو إذا كان حق الدائن مما يتقادم بتقادم قصير، فيكون من مصلحة الموفى الرجوع بالدعوى الشخصية حيث أنها لا تسقط إلا باستكمال مدة التقادم من يوم الوفاء وقد تكون مدة التقادم 15 سنة. ومن ذلك أيضاً، إذا كان حق الدائن لا يغل فائدة أو كانت فائدته أقل من الفائدة القانونية.

كما أنه إذا كان الموفى وكيلاً (م 71) أو فضولياً (م 195 مدنى) فمن مصلحته أن يرجع على المدين بدعواه الشخصية لأنه يحق له المطالبة بفائدة ما دفعه وفقاً للسعر القانونى من يوم الدفع.

ثانياً: القيود الواردة على قاعدة حلول الموفى محل الدائن:

هناك حالات لا يكون فيها الحل كاملاً. ويمكن إرجاع هذه الحالات إلى نوعين رئيسيين:

1 الوفاء الجزئى:

القاعدة: أنه "إذا وفى الغير الدائن جزءاً من حقه وحل محله فيه، فلا يضار الدائن بهذا الوفاء، ويكون فى استيفاء ما بقى له من حق مقدماً على من وفاه، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك" فإذا حل شخص آخر محل الدائن فيما بقى له من حق، رجع من حل أخيراً هو ومن تقدمه فى الحل كل بقدر ما هو مستحق له وتقاسما قسمة غرماء" (م 320 مدنى) ([39]). ولدراسة هذا النص ينبغى أن نفرض فرضين:

الفرض الأول: إذا وفى الغير الدائن جزء من حقه وحل محله فيه .. فى هذا الفرض نفرق بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا ارتضى الدائن الوفاء الجزئى سبباً لانقضاء الدين بأكمله، أى أنه قد تنازل عن الجزء الباقي. فى هذه الحالة يستفيد المدين دون الموفى بهذا الإبراء. لا يرجع الموفى على المدين إلا بقدر ما دفعه فعلاً لا بقيمة الدين كله.

الحالة الثانية: إذا ارتضى الدائن الوفاء الجزئى دون أن يتنازل عن الجزء الباقي. فى هذه الحالة يتقدم الدائن على الموفى فى استيفاء ما تبقى له فى ذمة المدين. وأساس هذا النص تفسير إرادة المتعاقدين المشتركة، إذ الغالب أن الدائن لا يقبل الوفاء

الجزئى من الغير إلا بشرط التقدم على الموفى فى استيفاء باقى حقه من المدين. ويجب ألا يضر الدائن من قبوله الوفاء الجزئى.

الفرض الثانى: إذا حل موف آخر محل الدائن فيما بقى له من حق، فإن الموفى الأول والموفى الثانى فى منزلة واحدة فى رجوعهما على المدين، أى أن كلاً منهما يرجع بقدر ما هو مستحق له. ويتقاسمان ما يصيبان من مال المدين قسمة غرماء." (39) تنص المادة 1346 من التقنين المدنى الفرنسى بعد تعديله 2016 على أن "لا يجوز أن يضر الحلول بالدائن عندما لم يستوف إلا جزء من دينه، فى هذه الحالة، يستطيع أن يباشر حقوقه، بالنسبة لما بقى مستحقاً له، بالأفضلية على الذى لم يتلق منه سوى وفاء جزئياً".

2 الوفاء من أحد الملتزمين بالدين:

إذا تم الوفاء بالدين كله من أحد الملتزمين به، كالمدين المتضامن، فإنه لا يرجع على الباقين إلا بقدر حصة كل منهم فى هذا الدين (م 297 مدنى). ولو كان الحلول كاملاً لرجع على أى منهم بكل الدين بعد استئصال نصيبه فيه. وقد طبق المشرع نفس الحكم بالنسبة للحائز فالقاعدة أنه "إذا وفى حائز العقار المرهون كل الدين، وحل محل الدائنين، فلا يكون له بمقتضى هذا الحلول أن يرجع على حائز لعقار آخر مرهون فى ذات الدين إلا بقدر حصة هذا الحائز بحسب قيمة ما حازه من عقار" (م 330 مدنى).

وهذا النص يعالج الحالة التى يتعدد فيها الحائزون لعقارات ضامنة لنفس الدين. ويحدث ذلك عندما يكون عدة عقارات مرهونة لضمان دين واحد وانتقلت ملكيتها إلى عدة أشخاص كما أن هذا الأمر متصور أيضاً لو كان العقار المرهون واحد إذا بيع جزء منه إلى شخص والجزء الباقى إلى شخص آخر. فإذا وفى أحد الحائزين كل الدين حل محل الدائن فى الرجوع على الحائزين الآخرين. ولكن ليس له بمقتضى هذه الحلول أن يرجع على كل منهم إلا بقدر نصيبه فى الدين بحسب قيمة ما حازه من عقار (م 231 مدنى) ولنفهم هذا الحكم نعطي المثال الآتى: لو فرضنا أن الدين قيمته 6000 جنيه، وكان مضموناً برهون ثلاثة. أحدهما على عقار قيمته 6000 جنيه والثانى قيمته 4000 جنيه والثالث قيمته 2000 جنيه. ثم انتقلت ملكية هذه العقارات إلى ثلاث حائزين مختلفين. فإذا وفى الحائز الأول بكل الدين المضمون للدائن فإنه لا يرجع بمقتضى الحلول على الحائزين الآخرين بكل الدين (6000 جنيه) وإنما يرجع عليهم بقدر حصة كل منهم بحسب قيمة ما حازه من عقار إلى مقدار هذا الدين، أى أن نصيب الحائز الثانى يكون كالاتى:

فيتحمل الحائز الأول الذى وفى الدين مبلغ 3000 جنيه فقط ويرجع على الحائز اثنى بمبلغ 2000 جنيه وعلى الحائز الثالث بمبلغ 1000 جنيه. ويمكن تحديد نصيب كل حائز فى الدين المضمون بطريقة أخرى على النحو التالى:

الباب الثانى انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

ينقضى الالتزام بما يعادل الوفاء بسبب من الأسباب الآتية، الوفاء بمقابل، التجديد والإنابة والمقاصة واتحاد الذمة. والجامع المشترك لهذه الأسباب هو أن كلاً منهما يؤدي إلى انقضاء الالتزام دون أن يفى المدين بعين ما التزم به وإنما يستوفى الدائن ما يعادل هذا الوفاء. ففى الوفاء بمقابل يتلقى الدائن شيئاً آخر خلال الشئ محل الالتزام، وفى التجديد يفى المدين الالتزام القديم بإنشاء التزام جديد، وفى المقاصة واتحاد الذمة يتم الوفاء للدائن بانقضاء التزام عليه.

الفصل الأول الوفاء بمقابل

أولاً: التعريف به وطبيعته:

الوفاء بمقابل هو قبول الدائن فى استيفاء حقه مقابلاً يستعويض به عن الشئ المستحق أصلاً، ويسمى الوفاء بمقابل أيضاً بالاعتياض. (م 350 مدنى مصرى). (40)

والصورة الغالبة للوفاء بمقابل أو الاعتياض، هى أن يكون المدين ملتزماً بدفع مبلغ من النقود ويعجز عن إعداد المبلغ المطلوب فيقبل الدائن منه فى استيفاء حقه نقل ملكية عقار أو منقول وفاء لهذا الالتزام، أو أن يحول له حقاً شخصياً ثابتاً للمدين، قبل شخص آخر. على أنه ليس هناك ما يمنع من أن يكون الالتزام الأصلي بنقل ملكية عين معينة فيرتضى الدائن بدلاً منها مبلغاً من النقود أو عيناً أخرى.

والوفاء بمقابل عملية قانونية مركبة تتضمن مزيجاً من التجديد والبيع والوفاء. ولذلك اختلف الفقهاء بصده (41). وإذا كان الوفاء بمقابل تصرفاً قانونياً ناقلاً للملكية إلا أن الهدف منه هو الوفاء بالتزام معين ولذلك فهو من هذه الناحية تصرف قانونى منتهى للالتزام.

(40) تنص المادة 1342 فى فقرتها الثانية مدنى فرنسى الجديدة على أن "يجوز للدائن أن يقبل فى استيفاء حقه شئ آخر غير الذى كان مستحقاً له". (41) أنظر فى عرض هذا الخلاف: أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة 393 ص 343 وما بعدها.

ثانياً: أحكام الوفاء بمقابل:

إن أحكام الوفاء بمقابل هى انعكاس لطبيعته. ولذلك فإن القواعد المنظمة للوفاء بمقابل تتضمن أيضاً مزيجاً من أحكام التجديد والبيع والوفاء.

فالوفاء بمقابل يتضمن تجديداً للالتزام بتغيير المحل. ولذا ينقضى الالتزام القديم وما يتبعه من تأمينات ولو استحق الشئ المعطى للوفاء فى يد الدائن (م 783 مدنى فى عقد الكفالة). لكن الالتزام الجديد الذى ينشأ محل الالتزام القديم هو التزام

بإعطاء شيء في مقابل الدين، لذلك تسرى عليه أحكام البيع، منها على الأخص ما يتعلق بنقل ملكية الشيء، وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية فيه، وأهلية المتعاقدين، فلا تكفي أهلية الوفاء في الموفى، بل يشترط فيه أهلية التصرف (م 25 مدني). والمحصلة النهائية لهذا الوفاء بمقابل هي انقضاء الالتزام بالوفاء، لذلك اقتضى الرجوع إلى أحكام الوفاء في هذا الشأن، فإذا كانت ديون متعددة بين الدائن والمدين.

وجب مراعاة قواعد احتساب الخصم السابق ذكرها (م 351 مدني) [42].

الفصل الثاني التجديد والإنابة

(42) انظر أنور سلطان. المرجع السابق، فقرة 394 ص 344 وما بعدها.

الصلة الوثيقة بين التجديد والإنابة ترجع إلى أن الإنابة تنطوي على تجديد في بعض صورها. ولذلك سندرس النظامين في مبحثين على التوالي.

المبحث الأول التجديد

تجديد الدين هو اتفاق يقصد به استبدال التزام قديم بالتزام جديد مغاير له في عنصر من عناصره، المدين أو الدائن، الدين. وفي ذلك تنص المادة 353 مدني مصري على أن "يتجدد الالتزام: (أولاً) بتغيير الدين إذا اتفق الطرفان على أن يستبدلا بالالتزام الأصلي التزاماً جديداً يختلف عنه في محله أو في مصدره"، (ثانياً) بتغيير المدين إذا اتفق الدائن مع أجنبي على أن يكون هذا الأجنبي مديناً مكان المدين الأصلي وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأصلي دون حاجة لرضائه، أو إذا حصل المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي قبل أن يكون هو المدين الجديد"، (ثالثاً) بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين وأجنبي على أن يكون هذا الأجنبي هو الدائن الجديد. [43]

وعلى ذلك فإن التجديد يعد، في آن واحد، سبباً من أسباب انقضاء الالتزام ومصدراً من مصادر انشائه، لأن به ينقضي الالتزام القديم وينشأ الالتزام الجديد الذي يأخذ محله. وعلى ضوء هذا التعريف ينبغي أن ندرس شروط هذا التجديد وأنواعه، ثم نعرض بعد ذلك لأحكامه.

المطلب الأول شروط التجديد وأنواعه

(43) تنص المادة 1329 من التقنين المدني الفرنسي بعد تعديله 2016 على أن "التجديد عقد يتم بمقتضاه استبدال التزام قديم، قد انقضى، بالتزام جديد، قد نشأ" يتم التجديد باستبدال الالتزام بين الأطراف أنفسهم، بتغيير المدين أو بتغيير الدائن.

نعرض في هذا الصدد لشروط التجديد، ثم نتعرف بعد ذلك على أنواعه.

أولاً: شروط التجديد:

يشترط لوقوع التجديد شروط ثلاثة:

1. وجود التزام قديم.
2. إنشاء التزام جديد.
3. إحلال الالتزام الجديد محل الالتزام القديم. وهو ما يعبر عنه بنية التجديد.

1 وجود التزام قديم:

يتطلب التجديد وجود التزام قديم أولاً حتى ينشأ بعد ذلك التزام جديد ليحل محله. وعلى ذلك إذا كان القديم قد انقضى قبل التجديد بأي سبب آخر من أسباب الانقضاء أو كان هذا الالتزام باطل بطلاناً مطلقاً، وقع الاتفاق على التجديد باطلاً. ولذلك نصت المادة 353/1 مدني على أنه لا يتم التجديد إلا إذا كان الالتزامان القديم والجديد قد خلا كل منهما من أسباب البطلان". [44]

وهذا الحكم لا ينطبق بطبيعة الحال على الالتزام القابل للإبطال، إذ يجوز الاتفاق على التجديد بصدد هذا الالتزام. فالالتزام القابل للإبطال كما نحن نعلم أنه التزام موجود إلى أن يقضى بإبطاله، فإذا قضى بإبطاله زال بأثر رجعي، وبطل التجديد كذلك تبعاً لزواله، وكما أن الالتزام القابل للإبطال ترد عليه الإجازة. وهذه الإجازة قد تكون صريحة أو ضمنية – ولذلك فإنه قد يستفاد من التجديد نية إجازة الالتزام القديم. وبالتالي التنازل عن الحق في طلب الإبطال مما يترتب عليه تأكيد هذا الالتزام، وكذلك تجديده وزوال كل ما يهدده من خطر الزوال ولذلك نصت المادة 353/2 مدني على أنه "إذا كان الالتزام القديم ناشئاً عن عقد قابل للإبطال فلا يكون التجديد صحيحاً إلا إذا كان قصد بالالتزام الجديد إجازة العقد وأن يحل محله".

(44) تنص المادة 1330 مدني فرنسي الجديدة على أن "لا يتم التجديد إلا إذا كان كلاً من الالتزام القديم والالتزام الجديد صحيحاً، مالم يكن الغرض من التجديد المعلن استبدال إلتزام صحيح بإلتزام آخر مشوب بعيب".

2 إنشاء التزام جديد:

جوهر فكرة التجديد هو انقضاء الالتزام القديم ونشوء الالتزام الجديد ليحل محله. وعلى ذلك لا ينقضى الالتزام القديم إلا إذا حل محله التزام جديد، لأن الدائن لا يقبل غير ذلك، كما أن التجديد لا يتم إذا كان الالتزام الجديد باطلاً بطلاناً مطلقاً (م 353/1 مدني) أو إذا زال لتحقيق الشرط الفاسخ أو لم يوجد لتخلف الشرط الواقف. وفي جميع هذه الأحوال يبقى المدين ملتزماً بالالتزام القديم لأنه لم ينقض.

إذا كان الالتزام الجديد قابلاً للإبطال، فإن الاتفاق على التجديد ينعقد صحيحاً إلى أن يقضى بالإبطال، فإذا به زال الالتزام الجديد بأثر رجعي، واعتبر القديم باقياً. ويلاحظ أنه لا يتصور التجديد إلا إذا كان الالتزام الجديد مغايراً للالتزام القديم في عنصر من عناصره.

3 نية التجديد:

القاعدة أن التجديد لا يفترض، بل يجب أن يتفق عليه صراحة، أو أن يستخلص بوضوح من الظروف (م 1/354 مدني) [45] وعلى ذلك فإن التجديد لا يقع إلا إذا انصرفت إرادة المتعاقدين إلى انشاء التزام جديد ليحل محل الالتزام القديم، أي يجب أن تتوافر نية التجديد لدى المتعاقدين.

على ذلك فإن التجديد لا يستفاد إلا من دلائل قاطعة عليه "وبوجه خاص لا يستفاد التجديد من كتابة سند بدين موجود قبل ذلك، ولا مما يحدث في الالتزام من تغيير لا يتناول إلا زمان الوفاء أو مكانه أو كميته، ولا مما يدخل على الالتزام من تعديل لا تتناول إلا التأمينات أو سعر الفائدة، كل هذا ما لمي وجد اتفاق يقضى بغيره."

وجب أن يتوافر في طرفي اتفاق التجديد الأهلية اللازمة لإبرامه. والأهلية اللازمة في التجديد هي أهلية التصرف، إذ أن التجديد من التصرفات التي تدور بين النفع والضرر سواء بالنسبة للمدين أو الدائن. وعلى ذلك فإن أهلية الإدارة لا تكفي للاتفاق على التجديد.

(45) تنص المادة 1330 مدني فرنسي الجديدة على أن "التجديد لا يفترض، يجب أن تظهر إرادة القيام به بشكل واضح من التصرف."

ثانياً: أنواع التجديد:

سبق أن قلنا أنه لا يتصور التجديد إلا إذا كان الالتزام التجديد مغايراً للالتزام القديم في عنصر من عناصره، كتغيير الدائن أو المدين، أو تغيير الدين ذاته.

1. التجديد بتغيير الدائن: وذلك إذا اتفق الدائن والمدين وأجنبي على أن يكون هذا الأجنبي هو الدائن الجديد (م 2/352 مدني). [46]

2. التجديد بتغيير المدين: وذلك يتم بأحد طريقتين: [47]

- أن يتفق الدائن مع أجنبي على أن يكون مديناً مكان المدين الأصلي وعلى أنه تبرأ ذمة المدين الأصلي دون حاجة لرضائه، لأن ذلك تعهداً بالوفاء.

- أن يحصل المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي قبل أن يكون هو المدين الجديد على أن تبرأ ذمة المدين الأصلي. وتلك هي الإنابة الكاملة على النحو الذي سوف نراه فيما بعد.

3. التجديد بتغيير الدين: ويتجدد الالتزام بتغيير الدين إذا اتفق الطرفان على أن يستبدلا بالالتزام الأصلي التزاماً جديداً يختلف عنه في محله أو مصدره (م 352 أولاً مدني). مثال تغيير محل الالتزام أن يتفق الدائن والمدين على أن يلتزم المدين بالقيام بعمل معين أو نقل ملكية عين معينة بدلاً من التزامه بدفع مبلغ من النقود. ومثال تغيير المصدر أن يتفق على أن يستبقى المستأجر أو المشتري الأجرة أو الثمن على سبيل القرض.

المطلب الثاني أحكام التجديد

أولاً: انقضاء الالتزام الأصلي بتوابعه وإنشاء التزام جديد مكانه:

يترتب على التجديد أثر مزدوج، انقضاء الالتزام القديم وإنشاء التزام جديد مكانه. ومقتضى ذلك أن تنقضي التأمينات التي كانت تكفل الالتزام الأصلي بانقضاء الالتزام القديم ولا تنتقل إلى الالتزام الجديد إلا استثناء بنص في القانون أو الاتفاق أو تبين من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك (م 2/356 مدني) "في ذلك تنص المادة 1334 مدني فرنسي الجديدة على أن "يشمل انقضاء الالتزام القديم جميع توابعه."

(46) تنص المادة 1333 مدني فرنسي الجديدة على أن "يتطلب التجديد بتغيير الدائن رضا المدين. يجوز لهذا الأخير أن يقبل مقدماً أن يكون الدائن الجديد معيناً من قبل الدائن الأول" " يكون الاحتجاج بالتجديد في مواجهة الغير من تاريخ التصرف. في حالة المنازعة في تاريخ التجديد، يقع عبء إثباته على الدائن الجديد، الذي يجوز له أن يثبت بكافة وسائل الإثبات."

(47) تنص المادة 1332 مدني فرنسي الجديدة على أن "يجوز أن يتم التجديد بتغيير المدين دون رضا المدين الأول."

ثانياً: الاتفاق على نقل التأمينات:

أجاز المشرع الاتفاق على نقل التأمينات ولكن قد فرق بين التأمينات العينية التي قدمها للمدين والتأمينات التي قدمت من الغير.

1 التأمينات العينية التي قدمها المدين:

تنص المادة 1/357 على نقل هذه التأمينات إلى الالتزام الجديد بشرط مراعاة الأحكام الآتية:

إذا كان التجديد بتغيير الدين، جاز للدائن والمدين أن يتفقا على انتقال التأمينات للالتزام الجديد في الحدود التي لا تلحق ضرراً بالغير، مثل دائن مرتين.

إذا كان التجديد بتغيير المدين، جاز للدائن والمدين الجديد أن يتفقا على استبقاء التأمينات العينية، دون حاجة إلى رضا المدين القديم، في هذه الحالة يصبح المدين القديم، دون حاجة إلى رضائه، كفيلاً عينياً للمدين الجديد.

إذا كان التجديد بتغيير الدائن، جاز للمتعاقدین ثلاثتهم أن يتفقوا على استبقاء التأمينات. والاتفاق على نقل التأمينات العينية، فى هذه الصور الثلاث لا يكون نافذاً إلا إذا تم مع التجديد فى وقت واحد (م 357 / 2 مدنى) لأنه لو تم التجديد دون اتفاق على نقل التأمينات لترتب على ذلك انقضاء تلك التأمينات بانقضاء الالتزام القديم، دون استطاعة بعثها من جديد. (48)

ويشترط للاحتجاج على الغير بتاريخ الاتفاق على التجديد والاتفاق على نقل التأمينات أن يكون هذا التاريخ ثابتاً لمنع التواطؤ وحماية الغير. كما يتعين التأشير على هامش قيد التأمين العقارى بالاتفاق على نقله.

2التأمينات التى قدمت من الغير:

كالكفالة العينية أو الشخصية أو التضامن، فإنها لا تنتقل إلى الالتزام الجديد إلا برضاء الغير بذلك (م 358 مدنى مصرى) (49).

المبحث الثانى الإنابة

(48) تنص المادة 1334 مدنى فرنسى الجديدة على أن "يشمل انقضاء الالتزام القديم جميع توابعه"، "على سبيل الاستثناء ، يمكن الاحتفاظ بالتأمينات الأصلية لضمان الالتزام الجديد بموافقة الضامنين من الغير".

(49) تنص المادة 1335 مدنى فرنسى الجديدة على أن "التجديد المتفق عليه بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين يبرئ الآخرين". والتجديد المتفق عليه بين الدائن والكفيل لا يبرئ المدين الأصلي، هذا التجديد يبرئ الكفلاء الآخرين فى حدود الحصة المساهمة للكفيل الذى كان التزامه محلاً للتجديد".

فى هذا البحث سوف نعرض فى مطلب أول للتعريف بالإنابة وأنواعها، ثم نكرس المطلب الثانى للإنابة الناقصة لأهميتها العملية فى الوقت الحاضر.

المطلب الأول التعريف بالإنابة وأنواعها

فى هذا المطلب سنقف أولاً على تعريف الإنابة، ثم نبين ثانياً أنواع هذه الإنابة.

أولاً: تعريف الإنابة:

الإنابة عمل قانونى به يحصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبى يلتزم بوفاء الدين مكانه (م 359 / 1 مدنى). (50)

الإنابة عمل قانونى ثلاثى الأطراف المنيب أى المدين، المناب لديه أى الدائن، والمناب وهو الأجنبى الذى ارتضى الوفاء بالدين مكان المدين.

تقع الإنابة فى الغالب إذا كان المنيب (المدين) دائناً للمناب (الأجنبى) فيرتضى الأخير الإنابة ليقضى عن طريقها هذا الدين. كما لو أناب البائع المشتري فى أن يدفع ما عليه من ثمن لدائن البائع.

ومع ذلك لا تقتضى الإنابة أن تكون هناك مديونية سابقة ما بين المدين والأجنبى (م 359 / 2 مدنى). فقد لا يكون المناب مديناً للمنيب ومع ذلك يرتضى الإنابة بقصد التبرع بقيمة الدين للمنيب، أو بقصد إقراضه تلك القيمة على أن يطالبه بها بعد ذلك (51).

(50) تنص المادة 1336 من التقنين المدنى الفرنسى الجديدة على أن "الإنابة هى العملية التى بمقتضاها يحصل شخص ، المنيب، من آخر، المناب، بأن يلتزم نحو شخص ثالث، المناب لديه ، الذى يقبله كمدين".

(51) انظر فى دراسة تفصيلية للإنابة كوسيلة للضمان، نبيل سعد، الضمانات يغر المسماة، السابق الإشارة إليه ص 58 وما بعدها.

ثانياً: الإنابة الكاملة والإنابة الناقصة:

ومعيار التفرقة بينهما يكمن فى إبراء ذمة المنيب من عدمه. فالإنابة الكاملة تتضمن استبدال مدين وهو المناب بالمدين الأصلي وهو المنيب. وهى تتضمن تجديداً بتغيير المدين (52) وقد تتضمن فى نفس الوقت تجديداً بتغيير الدائن إذا كان هناك مديونية سابقة بين المنيب والمناب فلو أناب البائع المشتري فى أن يدفع ما عليه من ثمن لدائن البائع، فإن المشتري (المناب) يصبح مديناً لدائن البائع (المناب لديه) فى دين جديد حل محل دين البائع قبل دائنه، وهذا تجديد بتغيير الدين، وفى نفس الوقت يحل هذا الدين الجديد محل دين المشتري قبل البائع، وهذا تجديد للدائن.

ويشترط لى ترتب الإنابة الكاملة أثرها من حيث إبرائه ذمة المنيب وهو المدين الأصلي:

أن يكون الالتزام الجديد الذى ارتضاه المناب صحيحاً، وهذا تطبيق للقواعد العامة فى التجديد.

ألا يكون المناب معسراً وقت الإنابة (م 360 / 1 مدنى) وهذا منطقي إذ لا يتصور أن يقبل الدائن إبراء ذمة مدينه الأصلي إلا إذا توافرت فى المناب الملاءة وقت الإنابة، لأنه لو كان الأمر على غير ذلك فإنه يكون نتيجة لجهل الدائن بحالة المناب وبالتالي يكون التجديد قابلاً للإبطال للغلط أو التدليس. (53)

المطلب الثانى الإنابة الناقصة

(52) تنص المادة 1337 مدنى فرنسى الجديدة على أن "عندما يكون المنيب مديناً للمناب لديه، وكانت إرادة المناب لديه بإبراء المنيب ناشئة بشكل صريح من التصرف، فالإنابة تتضمن تجديداً".

(53) تنص الفقرة الثانية من المادة 1337 مدنى فرنسى الجديدة على أن "مع ذلك، يبقى المنيب ملتزماً إذا تعهد صراحة لضمان اليسار المستقبل للمناب أو كان هذا الأخير خاضعاً لأجراء تصفيته ديونه وقت الإنابة".

وسنعرض فى هذا المطلب لفكرة الإنابة الناقصة ثم نبين مدى ما تحققه من ضمان شخصى قوى للمناب لديه.

أولاً: فكرة الإنابة:

تنص المادة 2/360 مدنى مصرى على أن "ومع ذلك لا يفترض التجديد فى الإنابة، فإذا لم يكن هناك اتفاق على التجديد قام الالتزام الجديد إلى جانب الالتزام الأول". (54)

هنا سنعرض كيف تتحقق الإنابة ثم نركز على ذاتيتها:

(54) تنص المادة 1338 مدنى فرنسى الجديدة على أن "عندما يكون المنيب مدينًا للمناب لديه ولكن هذا الأخير لم يبرئ المنيب من دينه، فالإنابة تعطى للمناب لديه مدينًا ثانيًا."

1 كيف تتحقق:

الإنابة الناقصة لا يبرئ فيها الدائن (المناب لديه) ذمة مدينه (المنيب) بل يقبل المناب كمدین آخر، فيكون له مدينان عوضاً من مدين واحد، وهذا هو الفرض الغالب، لأن التجديد لا يفترض فى الإنابة (م 2/360 مدنى) وعلى ذلك نجد أن هناك مدينين يلتزمان بمقتضى رابطتين مختلفتين، أمام الدائن بكل أو بجزء من الدين.

وتقوم الإنابة بجانب وظائفها التقليدية، كوفاء بسيط بالالتزام، أو كهبة غير مباشرة، أو كقرض، بوظيفة أساسية وهى أنها تعطى للدائن ضماناً شخصياً قوياً بأن يكون له مدينان بدلاً من مدين واحد. وقد اتسع نطاق الإنابة الناقصة كأداة للضمان فى التشريعات الحديثة وفى مجال التجارة الدولية (55).

التزام المناب قبل المناب لديه التزام مجرد من سببه:

سبق أن رأينا أن الإنابة تتم إذا حصل المدين على رضا الدائن بشخص أجنبى يلتزم بوفاء الدين مكان المدين. ومن أجل حماية الدائن (المناب لديه) وتحقيقاً لاستقرار المعاملات وسرعتها فإن المشرع رأى، خلاف للقواعد العامة، أن يجرّد التزام المناب قبل المناب لديه من سببه وسبب التزام المناب يوجد فى العلاقة بين المنيب والمناب فالمناب قد ارتضى أن يلتزم قبل دائن المنيب إما بقصد قضاء دين عليه للمنيب. وإما بقصد القرض أو التبرع.

ويترتب على تجريد التزام المناب قبل المناب لديه من السبب أن هذا الالتزام لا يتأثر بما قد يعترض التزام المناب قبل المنيب من أسباب البطلان أو الانقضاء أو غير ذلك من دفع، بمعنى أنه يتمتع على المناب أن يتمسك فى مواجهة المناب لديه بأوجه الدفع التى له التمسك بها فى مواجهة المنيب.

وتدعيماً لحماية المناب لديه أن التزام المناب قبل المناب لديه مستقل أيضاً عن التزام المنيب قبل المناب لديه. بحيث يتمتع على المناب كذلك أن يحتج فى مواجهة المناب لديه بالدفع التى كانت للمنيب أن يتمسك بها قبل المناب لديه (56)، والرسم التوضيحي التالى يبين ذلك:

(55) انظر نبيل سعد، الضمانات غير المسماة المرجع السابق الإشارة إليه ص 59 وما بعدها.

(56) تنص المادة 1336 مدنى فرنسى الجديدة فى فقرتها الثانية على أن "مالم يوجد شرط مخالف، لا يجوز للمناب أن يحتج فى مواجهة المناب لديه، بأى دفع مستمد من علاقاته مع المنيب أو من علاقات المنيب مع المناب لديه."



وكما هو واضح من الرسم فإن العلاقة رقم 3 أى العلاقة بين المناب والمناب لديه مستقلة عن كل من العلاقة رقم 2 والتى يرجع إليها السبب فى قبول المناب للإنابة والعلاقة رقم 1 وهى العلاقة الأصلية بين المدين والدائن. وعلى ذلك فليس أمام المناب إلا أن يؤدى ما التزم به للمناب لديه ولا يبقى له بعد ذلك إلا حق الرجوع على المنيب (م 361 مدنى).

2 ذاتيتها:

سبق لنا أن رأينا الآلية التى تتم بها الإنابة وما تفرزه من التزام مجرد من سببه للمناب قبل المناب لديه مما يستتبع معه تمييز الإنابة الناقصة عن غيرها من الأنظمة القانونية التى يمكن أن تختلط بها:

أ الإنابة الناقصة وتعيين جهة الدفع:

تشتهب الإنابة الناقصة وتعيين جهة الدفع من جانب المدين (م 1340 مدنى فرنسى الجديدة) من حيث أنه يسمح بإجراء الوفاء البسيط. لكن تتميز الإنابة عن تعيين جهة الدفع بسمة أساسية وهى أن المدين المعين لا يصلح ملتزماً شخصياً فى مواجهة الدائن، فهو لم يأخذ على عاتقه أى تعهد فى مواجهته. كما أن الدائن لا يملك فى مواجهته أى حق. لذلك لا يستطيع الدائن

الرجوع عليه لمطالبته بالوفاء. لكن إذا قام المدين المعين بالوفاء للدائن إنما هو يقوم به بصفته نائباً عن المدين الأصلي (م 323 مدنى مصرى). بطبيعة الحال يمكن أن يتحول تعيين جهة الدفع إلى إنابة إذا أخذ المدين المعين على عاتقه الوفاء وقبل الدائن ذلك [58].

() [57] تنص هذه المادة على أن "مجرد قيام المدين بتعيين شخص معين ليدفع مكانه لا يحمل على أنه تجديد أو إنابة. والأمر نفسه بالنسبة لمجرد قيام الدائن بتعيين شخص معين لتلقى الوفاء لصالحه".
() [58] انظر فى تعيين جهة الدفع فى القانون الفرنسى: Ph. Malaurie, L. Aynès, les obligations, op. Cit, n° 791 p. 565.

ب الإنابة وحوالة الحق:

الفصل بين الإنابة وحوالة الحق هو التعهد من جانب المناب وقبوله من جانب المناب لديه. ففي حوالة الحق نجد أن للمدين المحال عليه دور سلبي حيث الأمر يقتصر على مجرد تغيير شخص الدائن ولذلك يكفي أن يعلن الدائن المدين بحوالة الحق حتى تصبح نافذة فى حقه وفى مواجهة الغير. أما فى الإنابة نجد العكس أن للمدين دور إيجابى، دور أحد الأطراف، حيث يلزم أولاً بأن يحصل على رضا الغير بالوفاء بالالتزام ثم موافقة الدائن على ذلك.

كما أن الآثار المترتبة على كل من العمليتين مختلفة تماماً: ففي حوالة الحق نجد أن المدين المحال عليه يمكن أن يدفع فى مواجهة المحال له بكافة الدفوع التى كان يمكن أن يدفع بها فى مواجهة المحيل. بينما فى الإنابة نجد أن للمناب لديه حق جديد فى مواجهة المناب، نطاق هذا الحق وفعاليته يتوقف على شروط الإنابة. كما أن آثار كل من العمليتين فى مواجهة الغير مختلفة أيضاً ففي حوالة الحق نجد أنها لا تصبح نافذة فى حق الغير إلا من تاريخ الإعلان أو القبول الثابت التاريخ. أما الإنابة فإنها لا تخضع لأى إجراء من إجراءات العلانية وإنما تنتج آثارها من الوقت الذى يقبل فيه المناب لديه (الدائن) تعهد المناب مع التحفظ من حيث الاحتجاج بتاريخ هذا الاتفاق فى مواجهة الغير إذ يخضع فى هذا الشأن للقواعد العامة فى الإثبات.

ومع ذلك فإنه ليس من السهل دائماً التمييز بينهما. فكل منهما يؤدي إلى انقضاء بسيط لالتزامين سابقين، فمثلاً من يقوم بإعادة بيع عقار تم اكتسابه عن طريق قرض ما زال سارياً يستطيع إما أن ينيب المتصرف إليه لدى المقرض وهذا يفترض تعهد الأولى فى مواجهة الثانى، وإما أن يحيل إلى المقرض حقه فى الثمن فى مواجهة المتصرف إليه. وهذا ما يفسر خلط القضاء الفرنسى بينهما فى بعض الأحيان [59]. كما أن العمل يجرى على الخلط بينهما [60].

فى الواقع أن الصعوبة تعرض، بصفة خاصة، فى حالة قبول المدين لحوالة الحق (م 169 مدنى فرنسى، م 305 مدنى مصرى) فيثور التساؤل، هل يأخذ المدين، بقبوله هذا، على عاتقه التزاماً جديداً أم أنه يقر فقط بمجرد علمه بحوالة الحق؟ والإجابة على هذا التساؤل تتعلق بالتفسير الذى يدخل فى السلطة التقديرية المطلقة لقاضى الموضوع؟

() [59] أنظر على سبيل Com. 5 Nov. 1980, D. 81. 134.
() [60] ففي بعض الصيغ المستعملة فى مجال كتاب العدل (Les notaires) يعتقد أنه من المفيد أن يحدد فى عبارات صريحة فى حالة حوالة الحق "أنه أحال وأناب ونقل، بل وحل محله" انظر. Ph. Malaurie, L. Aynès, op. Cit, n° 906 p. 578.

ج - الإنابة الناقصة والاشتراط لمصلحة الغير:

فى الواقع أن الوضع الناشئ عن الإنابة الناقصة يشبه الوضع الناشئ عن الاشتراط لمصلحة الغير وذلك عندما يطلب المشترط من المتعهد أن يلتزم فى مواجهة الغير (المستفيد). فإذا كان المستفيد دائناً من قبل المشترط فإنه يصبح تحت تصرفه دعواه الأصلية فى مواجهته علاوة على ماله من حق ناشئ عن الاشتراط لمصلحة الغير.

ومع ذلك هناك فروق بين الوضعين سواء من حيث الشروط أو من حيث الآثار:

فمن حيث الشروط، نجد أن الإنابة تستلزم تلاقى الإرادات بين ثلاثة أطراف، المنيب والمناب والمناب لديه. وحق المناب لديه لا ينشأ فى مواجهة المناب إلا عندما يقبل المناب لديه الإنابة.

على العكس من ذلك الاشتراط لمصلحة الغير حيث أنه ينشئ للغير المستفيد حقاً مباشراً منذ الوقت الذى يتم الاتفاق فيه بين المشترط والمتعهد وحتى قبل أن يقبل الغير (المستفيد).

من حيث الآثار، يعتبر حق المناب لديه فى مواجهة المناب مستقلاً تماماً عن العلاقة بين المناب والمنيب. على العكس من ذلك نجد أن فعالية الاشتراط لمصلحة الغير تركز أساساً على العقد الأصلي، فحق المستفيد فى مواجهة المتعهد يعتمد أساساً على العلاقة بين المشترط والمتعهد، ولذلك فإن المتعهد يستطيع أن يدفع فى مواجهة الغير (المستفيد) بكل الدفوع التى كان يستطيع أن يدفع بها فى مواجهة المشترط.

ومع ذلك فإن القضاء الفرنسى يخلط فى بعض الأحيان بين العمليتين [61].

انظر على سبيل المثال () [61]

Paris, 8 Fév. 1878, sous civ. 17 Fév. 1879, S. 80. I. 449; Paris 31 Mai 1979, D. 80,

484, n. Parleani, V° en général Ph. Malaurie, L. Aynès, les obligations, op. Cit. n° 807 p. 579.

ثانياً: مدى ما تحققه الإنابة الناقصة من ضمان

فى هذا الصدد يجب أن نقف على جوهر الإنابة، ثم بعد ذلك نعرض لعناصر القوة فى الإنابة كأداة للضمان الشخصى.

1 جوهر الإنابة:

تقوم الإنابة على تعدد المدينين الذين يرجع الدائن على أيهم شاء. ففي الإنابة الناقصة يوجد أمام الدائن (المناوب لديه) المنيب (مدينه الأصلي) والمناوب (مدينه الجديد) وكل منهما يلتزم في مواجهته طبقاً لعلاقتين مختلفتين. لكن ليس للمناوب لديه أن يتقاضى الدينين، ولذلك فإن الوفاء من أحدهم مبرر للآخر. هذا الوضع قد يتشابه ظاهرياً مع الوضع في الكفالة والدعوى المباشرة. ولذلك ينبغي أن نميز بينهم.

أ الفرق بين الكفالة والإنابة الناقصة:

المعيار الفاصل بين الكفيل والمناوب يستمد من محل التزام كل منهما:

1. فالكفيل يلتزم بدفع دين شخص آخر هو المدين الأصلي، إذا لم يتم هذا الأخير بالوفاء به.

2. المناوب يلتزم بأن يدفع للمناوب لديه دينه الخاص في مواجهته.

يترتب على ذلك:

3. أن التزام الكفيل التزام احتياطي بينما التزام المناوب التزام أصلي.

4. فالالتزام المناوب التزام جديد وعلاقته مع المناوب لديه ليس لها نفس خصائص أو صفات علاقته مع المنيب. وهذا الالتزام الخاص والجديد في مواجهة المناوب لديه لا يسمح للمناوب بأن يدفع في مواجهته بالدفع التي كان له أن يدفع بها في مواجهة المنيب على النحو السابق بيانه.

حتى في المنطقة التي يقترب فيها التشابه بين الإنابة والكفالة، كما لو أن المناوب لم يلتزم في مواجهة المناوب لديه إلا في حدود دينه في مواجهة المنيب، أو في حدود دين المنيب في مواجهة المناوب لديه، فإنه يبقى مع ذلك فارق أساسي هام بينهما وهو أن التزام المناوب التزام مستقل، حيث أن الالتزام الأصلي ليس محلاً لهذا الالتزام ولكنه وصف قد لحق به ([62])، بينما التزام الكفيل التزام تابع، والالتزام الأصلي محلاً له.

ب الفرق بين الإنابة الناقصة والدعوى المباشرة:

إذا كان كل من الإنابة والدعوى المباشرة يشتركان في تسهيل ضمان الوفاء بالالتزام إلا أنه يبقى مع ذلك فروق أساسية بينهما نجملها فيما يلي:

فالدعوى المباشرة تعد استثناءً من قاعدة نسبية آثار العقد، حيث أن المدعى في الدعوى المباشرة (الدائن) يعتبر من الغير بالنسبة للمدعى عليه (مدين المدين) ولذلك فإن الدعوى المباشرة تنشئ رابطة التزام مباشر بين شخصين من الغير مرتبطين على سبيل التبادل مع نفس الشخص وهو المدين الرئيسي، ولهذا السبب فإن الدعوى المباشرة لا تكون إلا بناءً على نص في القانون.

بينما الإنابة تجد مصدرها في الاتفاق الذي يتم بين المنيب والمناوب والمناوب لديه. وهذا الاتفاق هو الذي يحدد نطاقها وفعاليتها. علاوة على ذلك فإن حق الدائن لا يتعلق، كقاعدة عامة، بما هو مستحق لدى مدين المدين إلا من وقت مباشرة هذه الدعوى. وإلى أن يباشر الدائن هذه الدعوى فإن ما هو مستحق للمدين لدى مدينه يبقى في ذمته ويمكن أن ينقضى بالوفاء أو بأى وسيلة أخرى من وسائل انقضاء الالتزام.

أما الإنابة تجعل المناوب مديناً في الحال وبطريقة مستقلة في مواجهة المناوب لديه.

Ph. Malaurie, L. Aynès. Les sûretés. 2^e éd. Ciyas, n° 328, p. 107. أنظر () 62

2 عناصر القوة في الإنابة الناقصة:

سبق أن نوهنا إلى اتساع نطاق الإنابة الناقصة كأداة للضمان في التشريعات الحديثة وفي مجال التجارة الدولية. ولذلك يتعين علينا الآن الكشف عن أسباب القوة في الإنابة كأداة للضمان والتي أدت إلى هذا الانتشار.

تكمّن قوة الإنابة وذاتيتها في قاعدتين أساسيتين:

• عدم الاحتجاج بالدفع.

• رجوع المناوب.

ولنر بشئ من التفصيل هاتين القاعدتين.

أ عدم الاحتجاج بالدفع ونطاقه:

المبدأ: من أهم عناصر القوة في الإنابة مبدأ عدم الاحتجاج بالدفع الذي يهيمن على أحكامها. ومقتضى هذا المبدأ أن المناوب لا يستطيع أن يتصل من تنفيذ التزامه نحو المناوب لديه بالاستناد إلى دفع (ببطلان أو بفسخ أو بعدم تنفيذ) ناشئ عن علاقته مع المنيب أو ناشئ عن علاقة المنيب بالمناوب لديه على النحو السابق إيضاحه. (انظر مادة 2/1336 مدنى فرنسى الجديدة). نطاقه: وعلى ذلك سنحاول أن نتعقب تطبيق هذا المبدأ على العلاقة فيما بين المنيب والمناوب، ثم بعد ذلك في العلاقة بين المنيب والمناوب لديه.

الدفع الناشئة عن علاقة المنيب بالمناب: قد قرر القضاء الفرنسي – ودون الاستناد إلى أى نص أن المناب لا يستطيع أن يدفع في مواجهة المناب لديه بأى دفع كان المناب يستطيع أن يدفع به في مواجهة المنيب. فينبغي على المناب أن ينفذ التزامه في مواجهة المناب لديه، على أن يكون له الرجوع بعد ذلك على المنيب. هذه القاعدة ليست محل نقاش لأنها قديمة ومستقرة [63].

ويمكن تفسير هذه القاعدة بسببين:

الأول: أن التزام المناب التزام جديد، فالمناب لديه له حق دائنيته خاص ناشئ عن التعهد الصادر من المناب نحوه، فهو لا يستعمل حق مدينه (وهو ما يميز الإنابة عن حوالة الحق).

الثاني: أن المناب لديه أجنبي عن العلاقة بين المناب والمنيب، وبالتالي يكون عدم الاحتجاج بالدفع نوعاً من الحماية، بصفة عامة، للغير حسن النية كدستور للعلاقات الخاصة.

حدود المبدأ: مبدأ عدم الاحتجاج بالدفع لا يتعلق بالنظام العام وإنما هو مقرر لحماية المناب لديه لذلك يمكن بهذا الأخير أن يرتضى التنازل عنه فليس هناك ما يمنع من الاتفاق بين المناب والمناب لديه على أن يكون للمناب التمسك بالدفع التي كانت له قبل المنيب (م 361 مدنى العبارة الأخيرة) كما أنه يمكن أن يستفاد هذا الاستبعاد عندما يلتزم المناب في حدود التزامه في مواجهة المنيب، أو عندما يتعهد بدفع ما هو مستحق عليه للمنيب، مما يجعل التزامه خاضعاً للشروط التي هو مدين طبقاً لها في مواجهة المنيب (وهذا ما يقرب الإنابة من الحوالة). كما أن هذا المبدأ لا ينطبق إذا كان المناب لديه سئ النية، عندما يعلم بالعيوب التي تلحق بسبب التزام المناب في مواجهته، وبصفة خاصة عندما يكون هناك تواطؤ على الغش.

انظر () 63

Civ. 31 Mars. 1852, D. P. 52 – 1. 162; Req. 7 Mars 1855, D. P. 55. I. 107; Civ. 24 Janv. 1872, D. P. 73. I. 75; Civ. 1, 26 Janv.

1960, B. I. n° 55; Planiol et Ripert, t. VII. n°

1274: Ripert et Boulanger, t. II, n° 1782; Marty et Raynaud, n° 842; Weill et Terré; n° 1055; Mazeaud – chabas. n° 1250.

الدفع الناشئة عن علاقة المنيب بالمناب لديه:

يتمتع كذلك على المناب أن يدفع في مواجهة المناب لديه بالدفع الناشئة عن العلاقة بين المنيب والمناب لديه ليتخلص من التزامه في مواجهة المناب لديه.

وأكثر التطبيقات العملية الحالية لهذه القاعدة الضمان المستقل La garantie autonome فالبنك الضامن لا يستطيع أن يدفع في مواجهة الدائن (المستفيد) بالدفع التي كان يمكن أن يدفع بها في مواجهة المدين.

هذه القاعدة تطبق دون أدنى صعوبة، عندما يلتزم المناب بأن يدفع مبلغاً معيناً من النقود طبقاً لهذا الشرط أو ذاك كما هو الشأن بالنسبة للضمان المستقل (كالضمان بمجر الطلب) (Lagarantie à première demande) لأنه ليس هناك أدنى إحالة إلى العلاقة بين المنيب والمناب لديه [64].

حدوده: أما عندما يتعهد المناب بدفع "ما هو مستحق للمناب لديه على المنيب" فإن محل التزامه يتحدد بالإحالة إلى التزام المنيب، ولذلك يسمح للمناب أن يحتج في مواجهة المناب لديه بأسباب البطلان أو الانقضاء أو غير ذلك مما يلحق بالتزام المنيب. هذا الوضع يقترب بشدة من حوالة الحق، فالمدين الجديد له نفس الخصائص الموضوعية للالتزام القديم. لكن يبقى مع ذلك فارق جوهري وهو أن التزام المناب التزام جديد، وليس حوالة لالتزام موجود، وعلاقته بالمناب لديه ليست لها نفس الخصائص والصفات للعلاقة التي تربط بين المنيب والمناب لديه.

فالعلاقة القانونية الجديدة التي نشأت بين المناب والمناب لديه لها أثر هام وهو أنه يتمتع على المناب لديه أن يرفع دعوى الفسخ للعلاقة الأصلية في مواجهة المناب في حالة عدم التنفيذ من جانب المناب لالتزامه [65] (وإنما يستطيع أن يباشرها في مواجهة المنيب فقط الطرف الأساسى في العلاقة الأصلية. ويرجع ذلك إلى أن التزام المناب ليس التزاماً تابعاً وإنما هو التزام مستقل، التزام بالضمان لا يجد سببه في العلاقة بين المنيب والمناب لديه).

ب مدى حق المناب في الرجوع:

نحن نعلم أن الكفيل إذا قام بالوفاء بالتزام المدين فإنه يكون له الحق في الرجوع عليه لأنه قام بالوفاء بالتزام غيره. وللکفيل أن يرجع على المدين إما بدعوى شخصية (دعوى الكفالة) أو بدعوى الحلول وذلك طبقاً للحلول القانوني لأنه ملتزم عن المدين (1251/3 مدنى فرنسى حالياً م 1346"، م 799 مدنى مصرى – م 326/أ مدنى مصرى).

هل المناب ملتزم عن المدين؟ فى الواقع نجد أن المناب، وعلى العكس من الكفيل، عندما يقوم بالوفاء للمناب لديه إنما يوفى بدينه في مواجهة المنيب ولذلك لا يملك – كقاعدة عامة – الرجوع على المنيب. وهذا هو الفرض الغالب.

لكن قد يحدث مع ذلك، أن المناب يتعهد للمناب لديه بالرغم من أنه ليس مديناً للمنيب، أو أنه ينبغى عليه الوفاء للمناب لديه فى حين أن التزامه فى مواجهة المنيب كان باطلاً أو انقضى.

ففى هذه الحالات يكون له الرجوع بالدعوى الشخصية حسب طبيعة الاتفاق فى الفرض الأول أو بدعوى الإثراء بلا سبب فى الفرض الثانى. لكن يبقى السؤال قائماً هل فى هذه الفروض له أن يرجع بدعوى الحلول فى هذه الحالات؟.

في الواقع، أنه من المشكوك فيه أن يكون للمناوب الرجوع بدعوى الحلول في هذه الحالات لأنه لم يلتزم في مواجهة المناوب لديه "مع أو عن الغير" (1251/3 مدنى فرنسى حالياً م 1346، م 326/أ مدنى مصرى) وإنما هو التزام بدين مستقل ومتميز عن دين المنيب منذ البداية. [66])

وعلى ذلك إذا أخذنا بمفهوم ضيق للحلول، كما فعل القضاء الفرنسى ابتداءً [67]، فإنه لا يكون للمناوب الحلول القانونى محل المناوب لديه فى رجوعه على المنيب. أما إذا أخذنا بمفهوم واسع للحلول، وذلك لاعتبارات اقتصادية أكثر منها قانونية، فإن المناوب يستطيع أن يحل محل المناوب لديه ويستفيد من التأمينات وخصائص الدين الذى حل فيه فى مواجهة المنيب وذلك لتدعيم الإنابة الناقصة كوسيلة للضمان وبالتالي تشجيع الائتمان.

نخلص من كل ما تقدم أن الإنابة الناقصة تعتبر ضماناً مرناً وأكثر فعالية من الكفالة، وأن نظامها القانونى يتوقف إلى حد بعيد على الانفاق.

(64) أنظر فى تفصيل ذلك نبيل سعد، الضمانات غير المسماة السابق الإشارة إليه ص 5.129
(65) مثال ذلك فى حالة أخذ المناوب على عاتقه الالتزام بدفع المرتب لمدى الحياة فإن المستحق (البائع الأصلي) المناوب لديه لا يستطيع أن يرفع ضد المناوب (المتصرف إليه) دعوى بفسخ عقد البيع، سواء عقد البيع الأصلي أو عقد البيع الثانى، حيث أن المناوب يعتبر حائزاً من الغير والتزامه التزام مستقل، وكل ما يستطيع أن يفعله المناوب لديه أن يرفع هذه الدعوى على المنيب الطرف الأساسى فى العلاقة الأصلية، كما هو موضح فى الشكل التالى:

(66) وردت نصوص تفصيلية عند تنظيم الإنابة فى تعديلات 2016 لمعالجة مسألة الرجوع تنص المادة 1339 مدنى فرنسى الجديدة على أن "إذا كان المنيب دائناً للمناوب فلا ينقضى حقه إلا بتنفيذ التزام المناوب تجاه المناوب لديه فى حدود المستحق" "إلى ذلك الحين، لا يجوز للمنيب المطالبة بالوفاء أو أن يتقاضاه إلا فى حدود الحصة التى تزيد على تعهد المناوب. لا يسترد المنيب حقوقه إلا بتنفيذ التزامه الخاص تجاه =المناوب لديه". "لا تنتج حوالة حق المنيب أو الحجز عليه أثراً إلا طبقاً لذات القيود"، "ومع ذلك، إذا أبرأ المناوب لديه المنيب، فالمناوب نفسه يبرأ فى مواجهة المنيب، فى حدود قيمة تعهده تجاه المناوب لديه. كما أن المشرع الفرنسى تبنى نصاً عاماً فى الحلول القانونى يتسع لمعظم الحالات التى كانت تخرج عن النص الملغى فصت المادة 1346 مدنى الجديدة على أن "يتحقق الحلول بقوة القانون لصالح، من له مصلحة مشروعة فى ذلك، من يقوم بالوفاء متى كان وفاؤه مبرراً فى مواجهة الدائن، ومن يجب عليه أن يتحمل العبء النهائى لكل الدين أو جزء منه".

(67) أنظر. 108. Ph. Malaurie, L. Aynès. Les sûretés, n° 329 p.

الفصل الثالث المقاصة

التعريف بالمقاصة:

المقاصة طريق من طرق انقضاء الالتزام عندما يكون هناك شخصان كل منهما مدين ودائن للآخر فى نفس الوقت فينقضى الدينان بقدر الأقل منهما. فبدلاً من أن يوفى كل منهما بدينه للآخر، يتقاص الدينان فينقضى الدينان بقدر الأقل منهما، فيكون المدين بالدائن الأقل قد وفى دينه ببعض حقه ويكون المدين بالدائن الأكبر قد وفى بعض دينه بحقه ويتعين عليه الوفاء بالقدر الزائد وفاء عادياً، فالمقاصة من هذا الوجه أداة وفاء. وقد جاءت المادة 1347 مدنى فرنسى الجديدة بتعريف مختصر للمقاصة فنصت على أن "المقاصة هى إنقضاء متعاصر للالتزامات متقابلة بين شخصين".

وتظهر الأهمية العملية للمقاصة فى تيسير وضمان الوفاء بالالتزام. فمن ناحية تحول المقاصة دون عملية الوفاء المزدوج وما تتطلبه من جهد ووقت ونفقات ومخاطر. ومن ناحية أخرى تعتبر المقاصة وسيلة ضمان فعالة، فهى تجنب كل من طرفيها مزاحمة باقى الدائنى الطرف الآخر، فيما لو اضطر إلى الوفاء بما عليه، ثم الرجوع بما له على مدينه [68].

وقد نص القانون على شروط معينة، إذا توافرت وقعت المقاصة بحكم القانون، وهذه هى المقاصة القانونية. وقد نظم المشرع أحكامها تفصيلاً فى المواد 363 – 369 مدنى. وبجانب المقاصة القانونية يوجد نوعان آخران من المقاصة هما المقاصة الاختيارية والمقاصة القضائية.

وسوف ندرس أحكام المقاصة القانونية بنوع من التفصيل، ثم نوجز الحديث بعد ذلك عن المقاصة الاختيارية والمقاصة القضائية. [69])

المبحث الأول المقاصة القانونية

(68) أنظر فى المقاصة كوسيلة للضمان لما تعطيه من مركز قانونى متميز مؤلفنا فى الضمانات غير المسماة السابق الإشارة إليه ص 26 وما بعدها.
(69) نظم المشرع الفرنسى المقاصة فى تعديلات التقنين المدنى الفرنسى فى 2016 فى مجموعتين من القواعد الأولى: القواعد العامة فى المواد من 1347 إلى 1347.7. والثانية: القواعد الخاصة فى المواد من 1348 إلى 13482.

ولدراسة المقاصة القانونية ينبغى علينا التعرض أولاً لشروطها، وثانياً لآثارها.

المطلب الأول شروط المقاصة القانونية

تدور شروط المقاصة حول فكرة واحدة، وهى أن المقاصة وفاء للدائن بالحق، وأن هذا الوفاء يتم بقوة القانون. ولذلك تنص المادة 362 مدنى على أنه "1 للمدين حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له قبل هذا الدائن، ولو اختلف سبب الدينين، إذا كان موضوع كل منهما خالياً من النزاع، مستحق الأداء، صالحاً للمطالبة به قضاءً"، "2 ولا يمنع المقاصة أن يتأخر موعد الوفاء لمهلة منحها القاضى أو تبرع بها الدائن". وعلى ذلك ينبغى أن تتوافر الشروط التالية:

1 التقابل بين الدينين:

ويقصد بذلك أن يكون كل من الطرفين دائناً ومديناً للآخر في نفس الوقت وبنفس الصفة [70]. وعلى ذلك تمتنع المقاصة إذا أصبح المدين دائناً لدائنه بعد إعلانه بحالة الحق كما أن المقاصة لا تقع إذا كان أحد الطرفين مديناً بصفته الشخصية ودائناً بصفته وصياً على قاصر أو وكيلأ أو مدير الشركة.

(70) انظر المادة 1/1347 مدني فرنسي الجديدة السابق الإشارة إليها في تعريف المقاصة.

2 التماثل في المحل بين الدينين:

ويقصد بهذا الشرط أن يكون موضوع كل من الدينين نقوداً أو مثليات متحدة في النوع والجودة م 362 مدني (71) وعلى ذلك لا تتصور المقاصة بالنسبة للالتزامات بعمل أو امتناع عن عمل.

(71) تنص المادة 13471 مدني فرنسي الجديدة على أن "... لا تقع المقاصة إلا بين التزامين مثليين، مؤكدين، خالين من النزاع ومستحقى الأداء"، "تعد مثلية الالتزامات المتعلقة ببلغ من النقود ولو بعملة مختلفة، بشرط أن تكون قابلة للصرف، أو الالتزامات التي يكون محلها كمية من الأشياء من نفس النوع."

3 صلاحية كل من الدينين للمطالبة به قضاءً:

يقصد بذلك أن يكون كل من الدينين من الممكن رفع الدعوى به لقهر المدين على الوفاء به، وذلك لأن المقاصة وفاء جبري (72). وعلى ذلك لا تقع المقاصة إذا كان أحد الالتزامين التزاماً طبيعياً والآخر التزاماً مدنياً.

(72) انقض 1994/2/10، س 45 ص 236.

4 استحقاق الدينين للأداء:

يجب أن يكون كل من الدينين مستحق الأداء. وذلك لأن المقاصة وفاء جبري ولا يجوز جبر المدين على الوفاء إلا إذا حل أجل الاستحقاق ولذلك لا تقع المقاصة بين دين مضاف إلى أجل ودين حال، ولا بين دينين مؤجلين إلا إذا حل لأجل أو سقط لسبب من أسباب السقوط.

أما إذا كان لأجل قضائياً، مهلة منحها القاضي، نظرة الميسرة، أو تبرع بها الدائن، فإنه لا يمنع حق المقاصة (م 362/2 مدني) (73) ويرجع السبب في ذلك إلى أن الدين كان في الأصل مستحق الأداء، وقد أمهل المدين لأنه غير قادر على الوفاء، فإذا تبين أنه قادر على الوفاء عن طريق المقاصة، لأنه أصبح دائناً لدائنه، وقعت المقاصة قبل انقضاء الأجل، حيث لا مبرر لحرمان الدائن من أن يستوفي حقه عن طريق التمسك بالمقاصة.

(73) تنص المادة 13473 مدني فرنسي الجديدة على أن "لا تحول مهلة الوفاء دون وقوع المقاصة."

5 خلو الدينين من النزاع:

ويقصد بذلك أن يكون كل منهما محقق الوجود لا شك في ثبوته، ومحدد في مقداره (74). فإذا ثار نزاع حول وجوده أو مقداره فلا تقع المقاصة – ويشترط أن يكون هذا النزاع جدياً حتى تمتنع المقاصة القانونية.

(74) انقض 1994/2/10 س 45 ص 336.

6 قابلية كل من الدينين للحجز:

فلا تقع المقاصة إذا كان أحد الحقين لا يجوز الحجز عليه (م 364/ج) وذلك لأن دين كل من الطرفين يستوفي قهراً من الحق الثابت له.

هذه هي الشروط التي يجب توافرها لوقوع المقاصة القانونية ولا يشترط بعد ذلك أي شرط آخر. فلا يشترط أهلية الوفاء، وذلك لأن المقاصة وفاء قهري لا اختياري، ولا يشترط أن يكون الدينان قد نشأ عن مصدر واحد (م 362/1 مدني)، أو أن يكون بينهما ارتباط كما هو الحال في الحق في الحبس.

كما لا يشترط اتحاد مكان الوفاء. ولكن بمقتضى المادة 363 مدني، يتعين على من يتمسك بالمقاصة رغم اختلاف مكان الوفاء في الدينين أن يعرض الطرف الآخر عما لحقه من ضرر لعدم تمكنه بسبب المقاصة من استيفاء ما له من حق أو الوفاء بما عليه من دين في المكان الذي عين لذلك.

الديون التي لا يجوز فيها المقاصة القانونية: تقع المقاصة في الديون أيأ كان مصدرها وذلك فيما عدا الأحوال الآتية:

إذا كان أحد الدينين نزع دون حق من يد مالكة وكان مطلوباً رده.

إذا كان أحد الدينين شيئاً مودعاً أو معاراً عارية استعمال وكان مطلوباً رده (م 364 مدني).

المطلب الثاني أحكام المقاصة القانونية

وهنا يجب أن نتعرف على كيفية وقوع المقاصة، ثم نعرض بعد ذلك لما يترتب عليها من آثار.

(75) تنص المادة 13472 مدني فرنسي الجديدة على أن "لا تقع المقاصة، مالم يوافق الدائن، بالنسبة للديون غير القابلة للحجز عليها، والالتزامات بالرد في الوديعة والعارية، أو الشئ نزع دون حق من مالكة."

أولاً: كيفية وقوع المقاصة:

القاعدة أنه "لا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها، ولا يجوز النزول عنها قبل ثبوت الحق فيها". (م 1/365 مدني مصري). (76)

وعلى ضوء هذه القاعدة يشترط لوقوع المقاصة التمسك بها ممن له مصلحة فيها كما أنها لا يجوز النزول عنها قبل ثبوت الحق فيها.

(76) تنص الفقرة الثانية من المادة 1347 مدنى فرنسى الجديدة على أن "تقع المقاصة، بشرط التمسك بها، فى حدود ما هو مستحق، فى التاريخ الذى تستوفى فيه شروطها."

1 وجوب التمسك بالمقاصة:

لا تقع المقاصة غلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها. فالمقاصة ليست من النظام العام. ولذلك لا يجوز للقاضى أن يحكم بها من تلقاء نفسه.

والذى له مصلحة فى وقوع المقاصة هو أولاً المدين فى كل من الدينين المتقابلين. وكذلك للكفيل، إذا ما طالبه الدائن بالوفاء بدين المدين، أن يتمسك بالمقاصة بين ما هو مستحق على المدين وما هو مستحق للمدين على هذا الدائن. ولحائز العقار المرهون ضماناً للدين أن يتمسك بالمقاصة بين ما هو مستحق على المدين الراهن وما هو مستحق على الدائن المرتهن وذلك حتى ينقضى الرهن الذى ينقل العقار بالتبعية لانقضاء الدين المضمون بالمقاصة. وكذلك الأمر بالنسبة للمدين المتضامن يجوز له أن يتمسك بالمقاصة التى تقع بين الدائن ومدين متضامن آخر وذلك بقدر حصة هذا المدين فحسب (م 287 مدنى - م 13476 مدنى فرنسى الجديدة فى فقرتها الأولى).

والتمسك بالمقاصة يكون فى صورة دفع لمطالبة الدائن لمدينه بالوفاء بحقه عليه، أو عن طريق دعوى مبتدأة يرفعها صاحب الشأن طالباً فيها تقرير الحصة بين دينه والحق الذى له.

ويصلح التمسك بالمقاصة فى أية حالة كانت عليها الدعوى، بل يجوز التمسك بالمقاصة بعد الحكم وعند الشروع فى التنفيذ ما لم يتضح أن سكوت صاحب الشأن مبناه النزول عن المقاصة.

2 لا يجوز النزول عن المقاصة قبل ثبوت الحق فيها:

إذا كانت المقاصة لا تتعلق بالنظام العام، لذلك فإنها لا تقع إلا إذا تمسك بها صاحب المصلحة فيها، كما أنه لصاحب المصلحة أن ينزل عن التمسك بها، رغم توافر شروطها وثبوت الحق له فيها.

ولكن حماية للمدينين من عسف الدائنين قد نص المشرع على عدم جواز النزول عنها قبل ثبوت الحق فيها، وذلك خشية أن يصبح الاتفاق على النزول عنها شرطاً مألوفاً دارجاً.

ثانياً: آثار المقاصة:

فى هذا الصدد سوف نرى أن آثار المقاصة تتلخص فى انقضاء الدين بقدر الأقل منها، وأن هذا الانقضاء يكون من الوقت الذى يصبح فيه الدينان صالحين للمقاصة. كما أنه يمتنع وقوع المقاصة إضراراً بالغير. أو عندما يكون أحد الطرفين فى حالة إفلاس.

1 انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما:

نحن نعلم أن المقاصة تتضمن معنى الوفاء، ولذلك فإن أثرها المباشر هو انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما (م 2/365 مدنى). وهذا يعنى أن كلاً من الطرفين يوفى دينه بحقه، وإذا اختلف مقدار الدينين، فإن انقضاءهما بقدر الأقل منهما، يعنى أن الدين الأكثر قد وفى به وفاءً جزئياً، وهذه هى إحدى الحالات الاستثنائية التى يصح فيها الوفاء الجزئى بنص القانون دون حاجة إلى رضا الدائن.

كما أن احتساب الخصم فيها كاحتساب الخصم فى الوفاء، إذا تعددت فى جانب أحد الطرفين الديون الجائز المقاصة فيها (م 2/365 مدنى). (77)

2 انقضاء الدينين من الوقت الذى يصبح فيه صالحين للمقاصة:

إذا كانت القاعدة أن المقاصة لا تقع إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها، فإن هذا لا يمنع من أنها تقع بحكم القانون بمعنى أنه متى تم التمسك بالمقاصة وجب على القاضى الحكم بها ما دامت شروطها قد توافرت. ويترتب على المقاصة انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما منذ الوقت الذى توافرت فيه هذه الشروط، أو بعبارة أخرى "منذ الوقت الذى يصبح فيه صالحين للمقاصة".

(م 2/365 انظر عجز المادة 2/1347 مدنى فرنسى الجديدة). فحكم القاضى فى هذه الحالة مقرر للمقاصة التى وقعت من قبل يترتب على هذا المبدأ النتائج الآتية:

إذا كان أحد الدينين يغل فائدة فلا تحتسب هذه الفائدة إلا عن المدة السابقة لتوافر شروط المقاصة. أما المدة اللاحقة فلا تحتسب عنها فوائد لأن الدين قد انقضى منذ الوقت الذى توافرت فيه شروط المقاصة.

إذا كان يترتب على المقاصة انقضاء الدينين من الوقت الذى يصبح فيه صالحين للمقاصة، لذلك فإنها تترتب أثرها ما دام الدين الذى توافرت فيه شروط المقاصة قائماً لم ينقض بالتقادم فى هذا الوقت ولو تم اكتمال مدة التقادم وقت التمسك بالمقاصة (م 366 مدنى).

3 امتناع وقوع المقاصة إضراراً بالغير (م 1/367 مدني): [78]

ويعتبر ذلك من المبادئ العامة التي تحكم آثار المقاصة بالنسبة للغير. وقد طبق المشرع هذا المبدأ بالنسبة للحجز الموقع من الغير، وبالنسبة لحالة الحق بعد قبولها وأخيراً النزول عن المقاصة. إذا وقع الغير حجزاً تحت يد المدين، ثم أصبح المدين دائناً لدائنه، فلا يجوز له أن يتمسك بالمقاصة إضراراً بالحاجز (م 637/2 مدني) ولا يبقى لهذا المدين إلا أن يحجز تحت يد نفسه، فيتيسر له بذلك أن يشترك مع الحاجز الأول في اقتسام الدين المحجوز عند التوزيع.

قبول الحوالة دون تحفظ، إذا توافرت شروط المقاصة القانونية بين دينين، وقام أحد الدائنين بالرغم من ذلك بحوالة حقه إلى شخص آخر وقبل المدين هذه الحوالة دون تحفظ، امتنع عليه بعد ذلك التمسك بالمقاصة في مواجهة المحال له، وتعين عليه أن يوفى لهذا الأخير بالحق المحال به. ثم الرجوع على المحيل بما له من حق قبله (م 1/368 مدني) [79]. لكن إذا كان نفاذ الحوالة قد تم عن طريق إعلانها بها لا قبوله لها فإن هذه الحوالة لا تمنعه من أن يتمسك بالمقاصة (م 368/2 مدني).

الوفاء بعد ثبوت الحق في المقاصة: إذا وفي المدين ديناً كان له أن يطلب بالمقاصة فيه بحق له، فلا يجوز أن يتمسك إضراراً بالغير بالتأمينات التي تكفل حقه، إلا إذا كان يجهل وجود هذا الحق (م 369 مدني). وعلى ذلك إذا كان الموفى يعلم وقت الوفاء أنه له حقاً قبل دائنه ووفى بدينه، رغم ذلك، فليس له بعد ذلك أن يتمسك بالمقاصة، إذ يعتبر قد تنازل عنها، وبالتالي ليس له الرجوع على الكفيل أو المدين المتضامن أو حائز العقار المرهون وليس له أن يتمسك بالرهن إضراراً بالدائنين التاليين له في المرتبة.

4 امتناع وقوع المقاصة في حالة إفلاس أحد الطرفين:

إذا كان لا يلزم أن يكون هناك ارتباط بين الدينين المتقابلين، أي لا يشترط أن ينشأ الدينين من نفس الرابطة القانونية، كأن يكون مصدرها نفس العقد الملزم للجانبين، بل إن اختلاف مصدر الدينين لا يحول دون وقوع المقاصة لكن صدور حكم بشهر إفلاس المدين يحول دون وقوع المقاصة [80].

وتبرر هذه القاعدة، بصفة عامة، بفكرة المساواة بين الدائنين التي تهيمن على هذا الموضوع، وذلك على أساس أن المقاصة تسمح بخرق هذه القاعدة. فمن الملاحظ أن ذمة المدين تتحدد بيوم صدور حكم بافتتاح إجراءات التصفية وبالتالي لا ينبغي ألا تعدل المقاصة من محتواها [81].

وعلى ذلك فإن الشخص الذي يعتبر دائناً ومديناً لأحد التجار في حالة إفلاس ينبغي عليه أن يدفع بالكامل ما هو مستحق عليه بينما لا يدفع له إلا جزء من حقه لأنه سيخضع عندئذ لقسمة الغرماء.

(77) تنص المادة 13474 مدني فرنسي الجديدة على أن "إذا كان هناك عدة ديون قابلة للمقاصة، فإن قواعد احتساب الخصم تكون قابلة للتطبيق". (انظر المادة 1342-10 السابق الإشارة إليها.).

(78) تنص المادة 13477 مدني فرنسي الجديدة تنص على أن "لا يجوز أن تضر المقاصة بالحقوق المكتسبة للغير".

(79) تنص المادة 13475 مدني فرنسي جديدة على أن "ليس للمدين الذي أخذ علم بالحوالة دون أن يحتفظ الاحتجاج في مواجهة المحال له بالمقاصة التي كان باستطاعته التمسك بها في مواجهة المحيل".

(80) انظر:

Com. 18 Oct. 1961, B. III, n° 366, Ph. Malaurie, L. Aynès, les obligations, op. Cit. n° 674, p. 480.

(81) انظر:

G. Ripert et R. Roblat, Traité élémentaire de droit Commercial, L G. D. J. 9e éd. 1981, n° 3044.

ويرد على هذه القاعدة القاسية استثناءان:

الأول: يتعلق بفترة الريبة، أي التي تبدأ من وقت التوقف عن الدفع إلى يوم صدور الحكم المعلن لحالة الإفلاس إذ في هذه الحالة تظل المقاصة القانونية ممكنة أثناء فترة الريبة فيما عدا حالة الغش.

الثاني: القواعد الخاصة بالديون المرتبطة والحساب الجاري.

بالنسبة للديون المرتبطة نجد أنه بالرغم من التسوية القضائية أو التصفية لأموال المدين فإن المقاصة تظل ممكنة بين هذه الديون.

والديون المرتبطة هي الديون التي تنشأ عن نفس الرابطة القانونية كحساب أو من نفس العقد، كالعقد الملزم للجانبين، أو حتى من عقدين مختلفين ولكن توجد بينهما رابطة قوية [82].

وتظهر أهمية هذه القاعدة بصفة خاصة بالنسبة للمقاصة القضائية، فمنذ عام 1967 ومحكمة النقض الفرنسية تقرر أنه عندما يكون هناك ارتباط بين الدينين وكان أحدهما غير حال من النزاع أو غير مستحق الأداء، فإنه ينبغي على القاضي أن يحكم بالمقاصة بعد أن يفصل في النزاع أو بعد أن يصبح الدين مستحق الأداء وفي جميع الأحوال يجب أن يكون كل من الدينين محقق الوجود [83].

أما بالنسبة للحساب الجارى، فى الواقع أنه بصدد الحساب الجارى يتحقق نوع من الاندماج بين ديون وحقوق الأطراف فى رصيد نهائى هو الذى يؤخذ فى الاعتبار، الرصيد النهائى هو نتيجة لكل القيود المحاسبية السلبية والإيجابية للأطراف، وقفل الحساب يعطى بطريقة دورية وآلية هذا الرصيد.

ومن الطبيعى أن إفلاس أحد الطرفين يؤدى إلى قفل الحساب الجارى وبالتالي يمتنع إجراء أى قيد جديد سواء فى جانب الأصول أو فى جانب الخصوم ويستخلص رصيد الحساب فى الحالة التى يكون عليها وقت صدور حكم الإفلاس. ويترتب على ذلك أن يتحدد مركز الطرف المفلس، فإذا كان الرصيد دائماً وجب على الطرف الآخر أن يؤديه إلى السندىك، وإذا كان مدينياً تقدم الطرف الآخر إلى التفليسة مطالباً به ضمن جماعة الدائنين ويخضع فى ذلك لقسمة الغرماء ما لم يكن دينه مضموناً بضمان خاص([84]).

ومع ذلك، فإن البنك الذى يرتبط بحساب جار مع العميل المفلس، بالرغم من أنه دائن عادى، يتمتع بمركز متميز حيث أنه يفلت من مزاحمة باقى الدائنين العاديين له نتيجة المقاصة التى تتم بين جميع بنود الحساب فيعفى من الوفاء بالجانب المدين فى الحدود التى يكون دائناً فيها، ويدخل التفليسة بقدر الرصيد الدائن، فلا يتعرض لمزاحمة بقية دائنى المفلس إلا فى حدود هذا القدر وحده([85]). كل ذلك يعد خروجاً على مبدأ المساواة بين الدائنين العاديين الذى يقوم عليه نظام الإفلاس، ويرجع ذلك إلى قاعدة التجديد وعدم التجزئة التى تحكم آثار الحساب الجارى([86]).

[82] انظر () Ph. Malaurie, L. Aynès, les obligations, op. Cit, n° 679 note 65. P. 483.

[83] انظر () Ph. Malaune, L. Aynès, op. Cit, note 67 n° 679 p. 485.

فى تعديلات 2016 للتقنين المدنى الفرنسى أخذ المشرع بما استقر عليه القضاء الفرنسى فنص فى المادة 13481 على أن "لايجوز للقاضى أن يرفض المقاصة بين الديون المرتبطة لمجرد أن أحد الألتزامين لم يكن خالياً من النزاع أو مستحقاً الأداء" "فى هذه الحالة، تعتبر المقاصة متحققة من يوم إستحقاق الدين الأول من بينها" "فى ذات الحالة، إكتساب الغير الحقوق على أحد الألتزامات لا يمنع مدينه من التمسك بالمقاصة".

([84] علي البارودى، القانون التجارى الأوراق التجارية، العقود التجارية وعمليات البنوك الإفلاس منشأة المعارف 1975 فقرة 408 ص 487.

([85] مصطفى كمال طه، القانون التجارى، الأوراق التجارية – العقود التجارية عمليات البنوك، الإفلاس، دار المطبوعات الجامعية 1986، فقرة 555 ص 491.

([86] علي البارودى، المرجع السابق، فقرة 409 ص 48، 489.

المبحث الثانى المقاصة الاختيارية والمقاصة القضائية

أولاً: المقاصة الاختيارية:

إذا تخلف أحد شروط المقاصة القانونية فلا تقع هذه المقاصة بحكم القانون، ولكنها قد تقع بالاختيار، بإرادة أحد الطرفين، أو بإرادتهما معاً، وفقاً لما إذا كان الشرط المتخلف قد قصد به مصلحة أحدهما فقط، مثال ذلك أن يكون أحد الدينين غير مستحق الأداء بعد لعدم حلول الأجل الذى تقرر لمصلحة أحد الطرفين فقط، فيتنازل عنه ويتمسك بالمقاصة، أو قد قصد به مصلحتهما معاً، مثال ذلك أن يكون الأجل مشترطاً لمصلحة الطرفين، فيتفق على النزول عن الأجل لتقع المقاصة بينهما.

وفى جميع الأحوال لا ترتب المقاصة الاختيارية أثرها من حيث انقضاء الدينين إلا من وقت التمسك بها أو الاتفاق عليها([87]). كل هذا مع مراعاة حقوق الغير بالألا تمس بها هذه المقاصة.

ثانياً: المقاصة القضائية:

هى المقاصة التى يجريها القاضى باستكمال شرط الخلو من النزاع الذى افتقدته المقاصة القانونية. فإذا طلب دائن مدينه بالوفاء بما عليه، فتقدم المدعى عليه بطلب عارض يدعى فيه بحق ينازعه خصمه فى وجوده أو مقداره، فلن تقع المقاصة القانونية لأن أحد الدينين متنازع عليه، ولكن للمحكمة أن تفصل فى هذا النزاع، فإن قضت بوجوب الحق وعينت مقداره حكمت بالمقاصة بين الدينين.

وعلى ذلك فإن القاضى عندما يفصل فى النزاع حول وجود الحق أو مقداره. إنما يقتصر على مجرد استكمال شروط المقاصة القانونية، ومتى توافرت هذه الشروط وقعت المقاصة بحكم القانون. ولذلك فإن حكم القاضى كاشف لا منشئ للمقاصة ولكن المقاصة لا تقع إلا من وقت الحكم، فمنذ ذلك الوقت فقط تكون شروط المقاصة القانونية قد توافرت. ([88])

ويشترط للدعاء بالمقاصة القضائية: أن ترفع به دعوى أصلية أو أن يطلب فى صورة طلب عارض يقدم بحصيفة تعلن إلى الخصم الآخر قبل يوم الجلسة أو يبدى شفاهة فى الجلسة فى حضور الخصم وتثبت فى محضرها تطبيقاً لنص المادة 123 من قانون المرافعات. وهذا الطلب لا يجوز تقديمه لأول مرة أمام محكمة الاستئناف إذ ذلك يعد من الطلبات الجديدة التى لا تقبل فى الاستئناف ويجوز عندئذ للمحكمة أن تحكم من تلقاء نفسها بعدم قبولها طبقاً لنص المادة 235/ 1 من قانون المرافعات([89]).

الفصل الرابع اتحاد الذمة

تعريف:

اتحاد الذمة هو اجتماع صفتي الدائن والمدين في شخص واحد بالنسبة إلى دين واحد (م 370 مدنى مصرى). [90] ويتضح من هذا التعريف الفارق الجوهرى بين اتحاد الذمة والمقاصة. فالمقاصة تفترض شخصين بينهما التزامان، المدين فى أحدهما دائن فى الآخر. أما اتحاد الذمة فهو يفترض جود دين واحد يخلف أحد طرفيه الطرف الآخر فيه.

أولاً: حالات اتحاد الذمة:

اتحاد الذمة متصور بالنسبة لكل من الحقوق العينية والحقوق الشخصية. كما أن اتحاد الذمة يقع بسبب الوفاة أو حال الحياة. اتحاد الذمة فى الحقوق العينية: مثل ذلك إذا توفى مالك الرقبة ورثه المنتفع [91]، أو إذا تلقى مالك العقار المرتفق ملكية العقار المرتفق به، أو بالعكس [92].

اتحاد الذمة فى الحقوق الشخصية: مثال ذلك أن يخلف الدائن المدين، أو يخلف المدين الدائن، لأنه لا يجوز أن يكون الشخص دائناً لنفسه أو مديناً لها [93].

اتحاد الذمة بسبب الوفاة: إذا توفى الدائن وكان الوارث مدينه. فإنه يتلق الحق بالميراث، فيجتمع فيه صفتان المدين والدائن. كذلك إذا توفى المدين ورثه دائنه.

(88) تنص المادة 1348 مدنى فرنسى الجديدة على أن "يجوز أن تقع المقاصة عن طريق القضاء، فمع أن أحد الالتزامات مؤكد إلا أنه لم يكن خالياً من النزاع أو مستحقاً الأداء، تنتج المقاصة حينئذ آثارها من تاريخ الحكم بها، مالم يكن قد تقرر غير ذلك".

(89) نقض 1991/5/20 س 42 ص 1285.

(90) تنص المادة 1349 مدنى فرنسى الجديدة على أن "ينتج اتحاد الذمة من اجتماع صفتي الدائن والمدين بالنسبة للالتزام نفسه فى الشخص نفسه، اتحاد الذمة يقضى الدين وتوابعه، مع الحفاظ بالنسبة للحقوق المكتسبة لصالح الغير أو ضدهم".

(91) انظر فى تفصيل ذلك نبيل سعد، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية بيروت 1995، ص 285، 286.

(92) المرجع السابق، ص 320.

(93) نقض 1994/4/7 س 45 ص 652.

ثانياً: أثر اتحاد الذمة:

يترتب على اتحاد الذمة استحالة المطالبة بالدين، إذ لا يستطيع الشخص أن يطالب نفسه. لذلك نصت المادة 370 على أن "الدين ينقضى بالقدر الذى اتحدت به الذمة".

اتحاد الذمة ليس فى حقيقته سبباً من أسباب انقضاء الالتزام بل هو مانع طبيعى يحول دون المطالبة بالدين، من جراء اتحاد صفتي الدائن والمدين فى ذات الشخص. ويتفرع على ذلك أنه إذا زال السبب الذى أفضى إلى اتحاد الذمة، كان لزواله أثر رجعى، وعاد الدين إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة إلى ذوى الشأن جميعاً ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن (م 370 / 2 مدنى).

(94) نقض 1992/1/29 س 43 ص 256.

(87) تنص المادة 13482 مدنى فرنسى الجديدة على أن "يجوز للأطراف الاتفاق بحرية على إنقضاء جميع الالتزامات المتقابلة، الحالية أو المستقبلية، عن طريق المقاصة، هذه المقاصة ترتب أثرها من تاريخ إتفاقهم، أما إذا تعلق بالالتزامات مستقبلية فمن تاريخ وجودهما معا".

الباب الثالث انقضاء الالتزام دون وفاء

ينقضى الالتزام دون وفاء أو ما يعادل الوفاء بأحد أسباب ثلاثة وهى: الإبراء، واستحالة التنفيذ، والتقادم المسقط.

الفصل الأول الإبراء

التعريف:

الإبراء تصرف قانونى بالإرادة المنفردة به ينقضى الالتزام دون مقابل. وفى ذلك تنص المادة 371 مدنى مصرى على أن "ينقضى الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً، ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ويرتد برده" [95] ويتميز الإبراء بخصيصتين:

أن الإبراء يتم بالإرادة المنفردة للدائن، فلا يشترط لحصول الإبراء اتفاق الدائن والمدين، إلا أن للمدين إذا رأى فى الإبراء مساساً بكرامته، أن يرده، ويترتب على الرد انعدام أثره وبقاء الالتزام قائماً.

الإبراء يعتبر من أعمال التبرع، ولذا تسرى فى شأنه الأحكام الموضوعية للتبرعات (م 1/372 مدنى). أما فيما يتعلق بالشروط الشكلية، فلا يشترط فى الإبراء شرط خاص ولو وقع على التزام يشترط لقيامه توافر شكل خاص فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان (م 2/371 مدنى)، كما لو أبرأ الموهوب له الواهب من التزامه الناشئ عن عقد الهبة والسبب فى ذلك أن الإبراء ليس ناقلاً للحق، وإنما هو سبب لانقضاء الالتزام.

ويترتب على الإبراء انقضاء التزام المدين، فتتقضى تأميناته سواء كانت شخصية أو عينية.

الفصل الثانى استحالة التنفيذ

(95) تنص المادة 1350 من التقنين المدنى الفرنسى الجديدة على أن "الإبراء هو العقد الذى بمقتضاه يبرئ الدائن المدين من التزامه".

ينقضى الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبى لا يد له فيه (م 373 مدنى). [96] وقد سبقت الإشارة إلى هذه القاعدة فى أكثر من موضع، ولذلك سنكتفى بالذكر بشروط انقضاء الالتزام لاستحالة التنفيذ:

يشترط أن تكون الاستحالة تامة، فلا يكفي أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً. إذا في هذه الحالة يتعلق الأمر برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول طبقاً لنظرية الظروف الطارئة دون أن يؤدي إلى انقضائه.

يشترط أن تكون الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه، كالقوة القاهرة أو خطأ الدائن أو خطأ الغير. أما إذا لم تكن الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي، فإن الالتزام لا ينقضى وإن أصبح تنفيذه عيناً مستحيلاً، ويتعين في هذه الحالة الالتجاء إلى التنفيذ بمقابل.

وقد يظل المدين مسؤولاً عن تنفيذ التزامه بطريق التعويض ولو استحال التنفيذ بسبب أجنبي، وذلك في حالة ما إذا اتفق على التشديد من أحكام المسؤولية التعاقدية بتحميل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة (م 217 مدنى). وذلك يعنى أن المدين في الالتزام الذى استحال تنفيذه هو الذى يتحمل تبعية الاستحالة.

(96) تنص المادة 1351 من التقنين المدنى الفرنسى بعد تعديله 2016 على أن " استحالة تنفيذ الأداء تبرى المدين فى حدود ما هو مستحق عليه عندما ترجع هذه الاستحالة إلى حالة قوة القاهرة ، وتكون نهائية، ما لم يتفق على تحملها، أو كان قد تم إعداره سلفاً". انظر أيضاً نص المادة 1196 مدنى فرنسى الجديدة فى فقرتها الثالثة.

وتنص المادة 13511 على أن "عندما تنشأ الاستحالة عن هلاك الشئ المستحق، يبرأ المدين الذى تم إعداره رغم ذلك إذا أثبت أن الهلاك كان سيقع حتى فى حالة إذا ما تم تنفيذ الالتزام"، " مع ذلك يلزم المدين أن ينقل إلى دائنه الحقوق والدعاوى المرتبطة بالشئ".

الفصل الثالث التقادم المسقط

التعريف للتقادم المسقط:

التقادم المسقط عبارة عن مضي مدة معينة على استحقاق الدين دون أن يطالب به الدائن فيتترتب على ذلك سقوط حقه فى المطالبة إذا تمسك بالتقادم من له مصلحة فيه. ([97])

ويرجع إسقاط الحقوق بالتقادم إلى اعتبارات متعددة. فمنها ما يتعلق بالصالح العام وهو تصفية المراكز القديمة ومنع إثارة المنازعات فى شأن عقود أو وقائع لقدم العهد عليها مما يغلب معه فقد السندات الخاصة بها وبالتالي صعوبة الفصل فيها لتعذر معرفة وجه الحق فيها. ومنها ما يتعلق بمصلحة المدين وإهمال الدائن، ذلك أن فى السكوت عن المطالبة بالحق قرينة على الوفاء مما لا يرفع الحرج عن المدين فلا يضطر إلى الاحتفاظ بالمخالصة بالدين إلى ما لا نهاية بل احتفاظه بها طوال مدة سريان التقادم فحسب فإن انقضت هذه المدة كان له إعدام هذه المخالصة (أى سند الوفاء) وهو مطمئن إلى أنه لن يضطر للوفاء للدائن مرة ثانية. كما أن تقرير سقوط حق الدائن بالتقادم يؤدي إلى منع تراكم الديون على المدين وهو أولى بالرعاية من الدائن الذى أهمل المطالبة بحقه.

ولمعرفة الاعتبار الذى بنى عليه التقادم أهمية كبرى فى تحديد مدى حق المدين فى التمسك بالتقادم، فإذا كان مبنى التقادم هو قرينة الوفاء فلن يستطيع المدين التمسك به إذا كان قد اعترف بعدم الوفاء أو بدأ بإنكار وجود الدين حيث أن هذا الإنكار يتضمن الاعتراف بأنه لم يوف به. أما إذا كان مبنى التقادم هو تجنب المنازعات التى يصعب الفصل فيها، أو فكرة منع تراكم الديون على المدين، فإن للمدين أن يتمسك بالتقادم ولو أنه اعترف أنه لم يعرف بالدين أو بدأ بإنكار وجوده.

خطة الدراسة:

ولدراسة التقادم نبدأ أولاً بدراسة مدة التقادم وكيفية احتسابها، ثم ندرس بعد ذلك أثر التقادم.

المبحث الأول

(97) تنص المادة 2219 مدنى فرنسى على أن "التقادم المسقط هو طريقة من طرق إنقضاء الحق تنتج عن عدم مطالبة صاحبه به خلال فترة زمنية معينة". وتنص المادة 2220 على أن " لا تخضع مواعيد السقوط، للنظام المقرر للتقادم، مالم ينص القانون على خلاف ذلك". وتنص المادة 2221 على أن "يخضع التقادم المسقط للقانون المنظم للحق الذى يسرى عليه".

مدة التقادم وكيفية احتسابها

وفى هذا الصدد ندرس القاعدة العامة فى التقادم المسقط، ثم ندرس الحالات التى يتقادم فيها الالتزام بمدة أقصر، ثم نتعرف بعد ذلك على كيفية احتساب هذه المدة.

المطلب الأول مدة التقادم

وهنا نعرض للقاعدة العامة للتقادم المسقط، ثم نعقبها بعرض الحالات التى يتقادم فيها الالتزام بمدة أقصر.

أولاً: القاعدة العامة: التقادم المسقط بخمس عشر سنة:

القاعدة هى أن الالتزام بتقادم بمضى خمس عشرة سنة ما لم ينص القانون استثناءً على مدة أخرى (م 374 مدنى). ([98]) ولهذا التقادم أساس مزدوج يستند إلى فكرتى الصالح العام والصالح الخاص فى نفس الوقت. فنتيجة للاعتبار الأول الذى مبناه تجنب نظر المنازعات التى قدم عليها العهد لتعذر الفصل فيها، نجد أنه لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه (م 388 / 1) كما أنه يصح التمسك به فى أية حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية (م 387 / 2). نتيجة للاعتبار الثانى، والذى مبناه قرينة الوفاء، نجد أنه لا يقع التقادم بقوة القانون، بل يجب أن يتمسك من له مصلحة فيه (م

387/1)، وأنه يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعى بالرغم من انقضاء الالتزام المدنى بالتقادم 386/1)، وأنه يجوز النزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه.

وإلى جانب هذا التقادم العادى توجد حالات يتقادم فيها الالتزام بمدة أقصر من ذلك.

ثانياً: التقادم القصير:

قد تضمنت المواد 375 – 379 من التقنين المدنى على أنواع ثلاثة من التقادم القصير، التقادم بخمس سنوات، والتقادم بثلاث سنوات، والتقادم بسنة واحدة.

1 التقادم الخمسى:

يسرى التقادم الخمسى على ثلاثة أنواع من الحقوق وهى:

أ الحقوق الدورية المتجددة:

ويقصد بالدورية أن الدين يستحق في مواعيد متتالية. والمقصود بالتجدد أن الحق يستحق في موعده الدورى إلا ما لا نهاية مادام مصدره قائماً [99]، ودون أن يؤدي ذلك إلى انتقاض الأصل، مثال ذلك الفوائد.

وقد ذكرت المادة 375/1 من الحقوق الدورية المتجددة أجرة المباني والأراضي الزراعية والفوائد، والإيرادات والمهايا والأجور والمعاشات وهذا التعداد قد ورد على سبيل المثال لا الحصر.

وأساس التقادم في هذه الحالة هو منع تراكم هذه الديون على المدين. وذلك حتى لا يجبر على أداء هذه الديون من رأس ماله بدلاً من ريعه فيما لو تراكت عليه لمدة أطول من خمس سنوات. ويترتب على ذلك أنه يجوز للمدين أن يدفع بالتقادم الخمسى حتى ولو بدأ بإنكار مديونيته، أو كان قد أقر بها، بشرط ألا يتضمن الإقرار معنى التنازل عن التمسك بالتقادم.

وقد استثنى المشرع من نطاق الحقوق الدورية المتجددة، الربيع المستحق في ذمة الحائز سئ النية والربيع الواجب على ناظر الوقف أدائه للمستحقين. فهذه الديون ليست من الديون الدورية المتجددة، وإن بدت كذلك في الظاهر، ولذلك أجرى في شأنها القاعدة العامة وهى سقوط الحق في المطالبة بانقضاء خمس عشرة سنة.

ب حقوق بعض أصحاب المهن الحرة:

"تتقادم بخمس سنوات حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء ووكلاء التفليسة والسماصرة والأساتذة والمعلمين، على أن تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاء عما أدوه من عمل من أعمال مهنتهم وما تكبوه من مصروفات" (م 376 مدنى).

وتعداد هذا النص لأصحاب المهن الحرة وارد على سبيل الحصر. ولذلك أصحاب المهن الحرة الذين لم يرد ذكرهم فلا تسقط حقوقهم إلا بمضى 15 سنة طبقاً للقواعد العامة مثل حق المؤلف قبل الناشر.

وأساس التقادم الخمسى هنا هو قرينة الوفاء، ولذلك لا يجوز للمدين التمسك بهذا التقادم إذا أتى عملاً يتنافى وهذه القرينة وهذا التقادم يستند أيضاً إلى اعتبار هام هو ما جرت به العادة من عدم تحرير سندات مثبتة لهذه الحقوق وبالتالي من عدم تحرير مخلصات مثبتة للوفاء بها.

وذلك إذا حرر سند بحق من هذه الحقوق فلا يتقادم إلا بانقضاء خمس عشرة سنة لأنه لو حرر سند مثبت للحق، فستحرر غالباً مخلصات تثبت الوفاء به (379/2 مدنى).

2 التقادم الثلاثى:

يسرى التقادم الثلاثى على الضرائب والرسوم المستحقة للدولة وإذا استوفت الدولة ضريبة أو رسماً بغير حق، أو زيادة عما هو مستحق، سقط الحق في استرداد ما دفع بغير حق بالتقادم الثلاثى أيضاً (م 377 مدنى) وهذا كله إلا إذا تضمنت القوانين الخاصة أحكاماً أخرى. وفى تشريعات لاحقة جعل المشروع التقادم الخمسى هو القاعدة العامة فى تقادم الضرائب والرسوم. أما الحق في استرداد الضرائب والرسوم التى دفعت بغير حق، فلا زالت القاعدة العامة بشأنه هى قاعدة التقادم الثلاثى وقد تم تعديل البند (2) من المادة 377 مدنى بالمرسوم بقانون 106 لسنة 2011 بأن جعل مدة التقاضى فى هذه الحالة أيضاً خمس سنوات. (100) مع عدة استثناءات وردت فى قوانين خاصة جعلت مدة التقادم سنتين.

، مع عدة استثناءات وردت فى قوانين خاصة جعلت مدة التقادم سنتين.

وأساس تقادم حق الدولة فى الضرائب والرسوم هو عدم إرهاب المدين وإتقال كاهله بتراكم الديون عليه، لذلك يجوز التمسك به ولو بدأ المدين بالمنازعة فى التزامه بها أو أقر أنه لم يوف بها، أما تقادم الحق فى استرداد ما دفع بغير حق من رسوم أو ضرائب فإنه يقوم على الرغبة فى ضمان حسن انتظام حسابات الدولة وميزانياتها.

3 التقادم الحولى:

نصت المادة 378 على طوائف ثلاث من الحقوق تتقادم بسنة واحدة هى:

حقوق التجار والصناع عن أشياء وردها لأشخاص لا يتجرون فى هذه الأشياء.

حقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة وثمان الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم.

حقوق العمال والخدم والإجراء من أجور يومية وغير يومية ومن ثمن ما قاموا به من توريدات. أساس هذا التقادم هو قرينة الوفاء - على النحو السابق بيانه بصدد أصحاب المهن الحرة. وهذه القرينة قرينة ضعيفة لذلك يتعين على القاضى أن يكملها بيمين الاستيثاق. واليمين يوجهها القاضى إلى المدين من تلقاء نفسه. وإذا نكل عنها المدين ألزم بالوفاء رغم مضي السنة ورغم تمسكه بالتقادم. وإذا توفى المدين، فتوجه اليمين إلى ورثته إن كانوا راشدين، أو إلى أوصيائهم إن كانوا قسراً، فيحلفون على أنهم لا يعلمون بوجود الدين أو على أنهم يعملون بحصول الوفاء.

(100) حيث نصت المادة الأولى من هذا المرسوم على مايتى يستبدل بنص البند (2) من المادة 377 مدنى النص الآتى: "ويتقادم بخمس سنوات الحق فى المطالبة برد الضرائب والرسوم التى دفعت بغير حق ويبدأ سريانها من يوم دفعها"، الجريدة الرسمية العدد 28 (مكرر) فى 16 يوليو سنة 2011.

4.تقادم الحقوق الناشئة من الأوراق التجارية:

نظم القانون التجارى الجديد الدعاوى المتعلقة بالكمبيالة فى المواد 465 - 467. فتنص المادة 465تجارى حديد على أن: "1 تقادم الدعاوى الناشئة عن الكمبيالة تجاه قابلها بمضى ثلاث سنوات من تاريخ الاستحقاق". "2 - تقادم دعاوى حامل قبل المظهرين وقبل الساحب بمضى سنة من تاريخ الاحتجاج المحرر فى الميعاد القانونى أو من تاريخ الاستحقاق إذا اشتملت الكمبيالة على شرط الرجوع بلا مصاريف". "3 وتقادم دعاوى المظهرين قبل بعضهم البعض وقبل الساحب بمضى ستة أشهر من اليوم الذى أوفى فيه المظهر الكمبيالة أو من يوم إقامة الدعوى عليه.

كما تنص المادة 466 تجارى حديد على أنه: "1 إذا أقيمت الدعوى فلا تسرى مدد التقادم المنصوص عليها فى المادة السابقة إلا من تاريخ آخر إجراء صحيح فى الدعوى". "2 كما لا يسرى التقادم المذكور إذا صدر حكم بالدين أو أقر به المدين فى سند مستقل إقراراً يترتب عليه تجديد الدين". (قارن نص المادة 2/384 مدنى). وأخيراً تنص المادة 467 تجارى حديد على أنه: "لا يكون لانقطاع المدة المقررة لتقادم الدعوى أثر إلا بالنسبة إلى من اتخذ قبله الإجراء القاطع للمدة" (قارن المادة 2/292 مدنى).

بالنسبة للسند الأذنى نصت المادة 470 تجارى حديد على أن تسرى عليه أحكام الكمبيالة بالقدر الذى لا تتعارض فيه مع ماهيته، وتسرى بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالمسائل الآتية... التقادم.

بالنسبة للشيك نظم القانون التجارى الجديد أحكام التقادم الخاصة به فى المواد 531 - 532. فنصت المادة 531 تجارى حديد على أن: "1 تقادم دعاوى رجوع حامل الشيك على الساحب والمظهرين وغيرهم من الملتزمين بدفع قيمة الشيك بمضى ستة أشهر من تاريخ تقديمه للوفاء أو من تاريخ انقضاء ميعاد تقديمه". "2 وتقادم دعاوى حامل الشيك على المسحوب عليه بمضى ثلاث سنوات من تاريخ تقديمه للوفاء أو من تاريخ انقضاء ميعاد تقديمه". "3 وتقادم دعاوى رجوع الملتزمين بعضهم على البعض الآخر بمضى ستة أشهر من اليوم الذى أوفى فيه الملتزم قيمة الشيك أو من يوم مطالبته قضائياً بالوفاء". "4 إذا أقيمت الدعوى فلا تسرى مدة التقادم المنصوص عليها فى هذه المادة إلا من تاريخ آخر إجراء فى الدعوى". "5 ولا تسرى مدة هذا التقادم إذا صدر حكم بالدين أو أقر به المدين بسند منفرداً إقراراً يترتب عليه تجديده". "6 تسرى على انقطاع هذا التقادم أو وقفه الأحكام المنصوص عليها فى القانون المدنى.

وتنص المادة 532 تجارى حديد على أنه "يجوز لحامل الشيك رغم تقادم المطالبة بقيمته أن يطالب الساحب الذى لم يقدم مقابل الوفاء أو قدمه ثم استرده كله أو بعضه برد ما أثرى به بغير وجه حق. وكذلك يجوز للحامل توجيه هذه المطالبة إلى كل مظهر يحقق إثراء بغير وجه حق.

ويلاحظ أن المادة 68 نصت على القاعدة العامة للتقادم المسقط والتى تقابل نص المادة 374 مدنى وغايرت فى الحكم حيث تنص على أن "تقادم الدعاوى الناشئة عن التزامات التجار قبل بعضهم البعض والمتعلق بمعاملتهم التجارية، بمضى سبع سنوات من تاريخ حلول ميعاد الوفاء بالالتزام إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك، وكذلك يسقط بمضى عشر سنوات الأحكام النهائية الصادرة فى تلك الدعاوى.

ومن جانبنا لا نرى مبرراً لهذه المغايرة فى الحكم بين الالتزامات المدنية والالتزامات التجارية، خاصة وأن المشرع نص فى المادة 5/67 على أن "تقادم دعوى المسؤولية (مسؤولية منتج السلعة أو موزعها وهى مسؤولية تقصيرية) بمضى ثلاث سنوات من تاريخ علم المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه. وتسقط هذه الدعاوى بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع" أى دون مغايرة فى الحكم عند القواعد العامة فى القانون المدنى والواردة فى نص المادة 172 منه والمتعلقة بتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع.

المطلب الثانى كيفية احتساب المدة

(98) تنص المادة 2224 مدنى فرنسى على أن " تقادم الدعاوى الشخصية أو المنقولة بخمس سنوات إعتباراً من اليوم الذى يعلم فيه صاحب الحق أو ينبغى عليه أن يعلم بالوقائع التى تسمح له بممارسته".

(99) بنقض 1991/2/18 س 42 ص 507 سواء كان ثابتاً أو تغير مقداره من وقت لآخر (مثال فى الأجر الإضافى).
يثير موضوع كيفية احتساب مدة التقادم عدة مسائل منها ما يتعلق بالقاعدة العامة فى احتساب المدة، وتحديد بدء سريان التقادم، وما قد يعرض لمدة التقادم أثناء سريانها من أسباب الوقف أو الانقطاع. ولنر ذلك بشئ من التفصيل.

أولاً: القاعدة العامة في احتساب المدة:

حساب مدة التقادم يكون على أساس التقويم الميلادى (م 3 مدنى) والمدة تحسب بالأيام لا بالساعات ولا يحسب اليوم الأول، وهو يوم استحقاق الدين، وتنتهى المدة بانقضاء اليوم الأخير منها (م 380 مدنى مطابق له المادة 2228 والمادة 2229 مدنى فرنسى).

ثانياً: بدء سريان التقادم:

لا يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص إلا من اليوم الذى يصبح فيه الدين مستحق الأداء (م 1/381 مدنى)، أى من الوقت الذى يجوز فيه المطالبة به، إذ منذ ذلك اليوم فقط يمكن القول أن الدائن قد سكت عن المطالبة. وعلى ذلك إذا كان المدين معلقاً على شرط واقف أو مضافاً إلى أجل واقف فلا يبدأ سريان التقادم إلا من وقت تحقق الشرط أو انتهاء الأجل (م 1/381 مدنى) ([101]) وإذا كان تحديد ميعاد الوفاء متوقفاً على إرادة الدائن، كما هو الحال لو اتفق على أن يرد المقترض مبلغ القرض عند الطلب سرى التقادم من الوقت الذى يتمكن فيه الدائن من إعلان إرادته (م 2/381 مدنى) أى فى الأصل، من يوم نشوء الالتزام ما لم يقيم الدليل على أنه لم يكن فى استطاعة الدائن أن يطالب بالدين إلا فى تاريخ لاحق فيسرى التقادم من ذلك التاريخ.

إذا كان الدائن على علاقة مستمرة بالمدين من شأنها أن تنشئ له حقوقاً متعاقبة، فإنه إذا اكتمل للدائن حق قائم بذاته فإن احتساب مدة سقوطه بالتقادم يبدأ من وقت استحقاقه مستقلاً عما ينشأ له من حقوق أخرى، ومن ذلك حقوق أصحاب المهن الحرة (م 379/ مدنى) والحقوق التى تسقط بمدة سنة واحدة (378 / مدنى) فمثلاً إذا قام طبيب العائلة بعلاج مريضين فى أسرة واحدة على التوالى ترتب له دينان قائمان بذاتهما. ولكن تكرار العيادة لأحد المريضين يعتبر كلاً لا يتجزأ ولا يصبح الدين الواجب بسببه مستحق الأداء إلا بعد انتهاء هذه العيادة. وكذلك إذا قام تاجر بالتوريد لعميل له، كان الأمر متوقفاً على ما جرت عليه العادة فى استحقاق ثمن توريداته، كل يوم كل أسبوع أو كل شهر على حسب الأحوال ([102]).

ثالثاً: وقف التقادم:

1 تعريفه:

يقصد بالوقف أن يتعطل سريان التقادم مدة ما بسبب وجود مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه على أن يعود التقادم سيرته الأولى متى زال هذا المانع. أى أن الفترة التى يقف التقادم أثناءها لا تحتسب فى مدة التقادم. والعلة من وقف التقادم هى عدم استطاعة الدائن المطالبة بحق لوجود مانع فمن العدل إذن عدم سريان التقادم ضده.

2 أسبابه:

أ سبب عام أياً كانت مدة التقادم ([103]) : وهو أن التقادم يوقف كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن المطالبة بحقه ([104]). هذا المانع قد يكون مانعاً مادياً، كقيام حرب أو ثورة تحول دون اتخاذ الإجراءات القضائية للمطالبة بالحقوق، ولا يشترط فى المانع المادى أن يرقى إلى مرتبة القوة القاهرة. وقد يكون مانعاً قانونياً أو مادياً ([105]) كعلاقة الأبن بأبيه، والزوج بزوجته أثناء قيام الزوجية، وعلاقة السيد بخادمه، وعلاقة العامل برب العمل.

ب سبب خاص بالتقادم الذى تزيد مدته على خمس سنوات: فيوقف التقادم إذا كان الدائن غير كامل الأهلية أو غائباً أو محكوماً عليه فى جنائية، ما دام ليس له نائب يمثلته قانوناً. والعلة فى تقرير هذا الحكم أن الدائن ليس لديه فى هذه الحالات من حسن الإدراك أو من الوسائل المادية ما يمكنه من المطالبة بحقوقه، أما بالنسبة للتقادم لخمس سنوات فأقل فقد رأى المشرع أن الاعتبارات التى حدثت به إلى تقصير المدة اللازمة لسقوط الحق أولى بالتفضيل من مصلحة الدائن فى هذه الأحوال.

3 أثره:

يترتب على وقف التقادم تعطيل سريانه أثناء الفترة التى تحقق فيها سبب الوقف، ولذلك لا تدخل هذه الفترة فى حساب مدة التقادم، بمعنى أنه يقتصر فى احتساب مدة التقادم على الفترة السابقة على قيام سبب الوقف بالإضافة إلى الفترة اللاحقة لزوال السبب.

رابعاً: انقطاع التقادم:

1 تعريفه:

انقطاع التقادم هو الغاء أو محو ما تم سريانه من مدة التقادم قبل اكتمالها نتيجة لإجراء يتخذه الدائن أو إقرار يصدر من المدين. على أن تبدأ مدة تقادم جديد من وقت زوال السبب الذى أدى إلى الانقطاع. ([107])

2 أسبابه:

أ أسباب ترجع إلى الدائن:

أولاً: المطالبة القضائية: ويقصد بها مطالبة الدائن مدينه أمام القضاء بالحق الذى له فى ذمته، سواء بدعوى مبتدأة أو بمطالبته بحقه فى أثناء السير فى إحدى الدعاوى. ولا بد أن تنصب المطالبة على الحق المراد اقتضاؤه ذاته ([108]). ولذلك لا تكفى

المطالبة القضائية أمام قاضي الأمور المستعجلة، ولا يكفي أن يرفع الدائن الدعوى غير المباشرة على مدين، أو دعوى الصورية، أو الدعوى البوليصة، لأن في جميع هذه دعاوى لا يطالب الدائن بحقه ذاته. والمطالب القضائية من جانب الدائن بحقه تقطع التقادم ولو كان قد رفع دعواه إلى محكمة غير مختصة [109]. ويبدأ التقادم الجديد بعد صدور الحكم النهائي بعدم الاختصاص. وعلى العكس من ذلك المطالبة القضائية الباطلة لعب شكل في إعلان صحيفة الدعوى لا تؤدي إلى انقطاع التقادم. كما يزول كل أثر للمطالبة القضائية بترك الدائن للخصومة وبالحكم بسقوطها [110].

يتضح من ذلك أن انقطاع التقادم المترتب على المطالبة القضائية م 383 مدني يستلزم أن تكون هذه المطالبة صحيحة شكلاً وموضوعاً، وهذا لا يتحقق إلا بصدور حكم نهائي فيها بإجابة صاحبها إلى طلبه كله أو بعضه [111]. أما إذا انتهت بغير ذلك، فالحكم بعدم قبولها مثلاً، يزول أثرها في الانقطاع ويعتبر التقادم الذي بدأ فيها مستمراً لم ينقطع [112].

ثانياً: التنبيه والحجز: والتنبيه بالوفاء هو تكليف المدين على يد محضر بأداء ما هو مطلوب منه، وإنذاره بإجراء التنفيذ الجبري إذا لم يقم بأدائه ويترتب على هذا التنبيه قطع التقادم ولو لم يعقبه حجز أو قضى ببطلان الحجز الذي أعقبه. ويترتب على الحجز ذاته قطع التقادم. وتظهر أهمية ذلك بالنسبة للحجز التحفظي الذي لا يلزم أن يكون مسبقاً بتنبيه لعدم وجود سند تنفيذي بيد الدائن. كما أنه تظهر أهميته في الحجز التنفيذي إذ أنه يترتب على الحجز الذي يعقب التنبيه قطع التقادم الجديد الذي بدأ بعد حصول التنبيه. [113]

ثالثاً: الطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه في تفليسة مدينه، وذلك بتسليم سند دينه إلى المحكمة مع بيان ما يطلبه طبقاً للمادة 650، 651 من القانون التجاري الجديد. كما ينقطع التقادم أيضاً بتقدم الدائن بحقه للاشتراك في توزيع ما نتج عن التنفيذ على مال للمدين.

ب أسباب ترجع إلى المدين: الإقرار بحق الدائن:

ينقطع التقادم إذا أقر المدين بحق الدائن إقراراً صريحاً أو ضمناً. ومثال الإقرار الضمني أن يقوم المدين بدفع جزء من الدين. والإقرار القاطع للتقدم هو الإقرار الذي يصدر من المدين قبل استكمال المدة. ويجب أن يكون خالياً من اللبس وبصورة لا غموض فيها وتكشف عن نية المدين في الاعتراف بالدين [114].

3 أثر انقطاع التقادم:

ويترتب على انقطاع التقادم الغاء أو محو المدة السابقة، ويبدأ احتساب المدة من جديد من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع. والأصل أن يكون التقادم الجديد مماثلاً من حيث طبيعته ومدته للتقدم الأول الذي انقطع (م 385 / 1 مدني) ولكن يستثنى من هذه القاعدة حالتان نصت عليهما المادة 385 / 2 مدني:

إذا كان التقادم مما يسقط بسنة واحدة وانقطع التقادم بإقرار المدين، كانت مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة. إذا كانت مدة التقادم الأصلية أقل من 15 سنة، وانقطع التقادم بالمطالبة القضائية، ثم حكم للدائن وحاز الحكم قوة الأمر المقضي، أي أصبح نهائياً، فإن حق الدائن لا يسقط بعد ذلك إلا بمضي 15 سنة [115]. ما لم يكن المحكوم به متضمناً للالتزامات دورية متجددة لا تستحق الأداء إلا بعد صدور الحكم، فإن مدة التقادم بالنسبة لها تظل 5 سنوات من يوم استحقاقها.

المبحث الثاني أثر التقادم

الأحكام المنظمة لأثار التقادم تعكس الاعتبارات التي يقوم عليها هذا التقادم، وهذا ما سوف نراه في هذا المطلب. أولاً: وجوب التمسك بالتقدم ممن له مصلحة فيه: القاعدة أن الالتزام لا ينقضي بمجرد استكمال مدة التقدم بل يجب التمسك به من ذوى الشأن فلا يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها 387 / 1 مدني [116]. هذا يعكس ما يقوم عليه التقدم من مراعاة المصلحة الخاصة لذوى الشأن لا المصلحة العامة. فالتقدم ليس سبباً حقيقياً من أسباب انقضاء الالتزام بل هو مجرد وسيلة لقطع حق المطالبة به مما قد يترتب عليه سقوط الالتزام رغم أن الدائن لم يستوف حقه، ولذلك وجب أن يترك الأمر فيه إلى ضمير ذوى الشأن.

والتمسك بالتقدم يكون أساساً للمدين، ويجب أن يدفع به بعبارة واضحة لا تحتل الإبهام [117]، وإذا تمسك المدين خطأ بنوع معين من التقدم لا يجوز للمحكمة أن تقضى بسقوط حق الدائن على أساس توافر شروط نوع آخر من التقدم ما دام المدين لم يتمسك به [118].

وإذا تعدد المدينون المتضامون وكانت مدة التقدم قد اكتملت بالنسبة لأحدهم فلباقى المدينين التمسك بالتقدم بقدر حصة ذلك المدين (م 292 / 1 مدني). إلا أنه إذا أبدى أحد المدينين المتضامين هذا الدفع فإن أثره لا يتعدى إلى غيره من المدينين المتضامين الذين لم يتمسكوا به [119]. إذا كان المدين معسراً أو كان عدم تمسكه بالتقدم مما يؤدي إلى اعساره، كان لدائنيه أن يتمسكوا بالتقدم باسمه عن طريق الدعوى غير المباشرة.

كذلك يجوز لكل ذي مصلحة التمسك بالتقادم باسمه شخصياً (م 387 مدني) وعلى ذلك يجوز للكفيل إذا ما طالبه الدائن بالوفاء أن يدفع بانقضاء دين المدين، حتى ينقضي التزامه بالتبعية، وأيضاً يجوز لحائز العقار المرهون أن يدفع بتقادم الالتزام المضمون بالرهن، فيمنع الدائن المرتهن من التنفيذ على عقاره. والتمسك بالتقادم يعتبر دفعاً موضوعياً يجوز إبداءه في أية حالة تكون عليها الدعوى، ولو لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية، لكن لا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض لأنه يعتبر في هذه الحالة دفعاً جديداً لم يعرض على محكمة الموضوع، وهو ما لا يجوز (120) والنزول عنه لا يفترض ولا تؤخذ بالظن (121).

(115) [نقض 1985/12/30 س 26 ص 1241 - 1242.
(116) [نقض 1991/3/11 س 42 ص 699. انظر أيضاً المادة 2227 مدني فرنسي.
(117) [نقض 1982/6/3 س 33 ص 622، 1989/2/16 الطعن رقم 113 سنة 55 ق.
(118) [قارن نقض 1989/12/29 الطعن رقم 948 س 52 ق.
2/4/1968 (119) س 19 ص 689، 1981/12/28 س 32 ص 2452.
(120) [نقض 1991/3/11 س 42 ص 699. انظر في ذلك أيضاً المادة 2248 مدني فرنسي حيث تنص " مالم يكن قد تم التنازل عنه، يجوز إبداء الدفع بالتقادم في أية حالة تكون عليها الدعوى، حتى ولو أمام محكمة الاستئناف".
(121) [نقض 1963/3/28 س 14 ص 398، 1974/2/26 س 25 ص 428.

ثانياً: وقت انقضاء الالتزام بالتقادم:

إذا اكتملت مدة التقادم، وتمسك به المدين، انقضى الالتزام. ويعتبر الالتزام قد انقضى من وقت بدء سريان التقادم لا من وقت استكمال مدته أي أن للتقادم أثراً رجعياً. وقد أورد المشرع تطبيقاً لهذه القاعدة في المادة 386/2 التي نصت على أنه "إذا سقط الحق بالتقادم سقطت معه الفوائد وغيرها من الملحقات ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات" فلو لا الأثر الرجعي للتقادم، أي لو اعتبر الدين منقضيّاً من وقت تمام مدة التقادم فحسب، لوجب على المدين دفع فوائد السنوات الخمس الأخيرة، باعتبار أن أصل الدائن كان قائماً في هذه الفترة، وهو ما استبعده المشرع بالتطبيق للأثر الرجعي للتقادم. ويترتب على انقضاء الالتزام بالتقادم أن يتخلف عنه في ذمة المدين التزام طبيعي (م 386/1 مدني). ولذلك تنص المادة 2249 مدني فرنسي على أن " الوفاء الذي يتم لقضاء دين معين لا يمكن استرداده لمجرد أن مدة التقادم قد إنتهت".

(101) [نقض 1991/2/25 س 42 ص 561.
(102) [انظر في ذلك أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة 472 ص 404، وأنظر نقض 28/6/1973 س 24 ص 988، 1984/3/28 الطعن رقم 387 لسنة 44 ق، انظر في بدء سريان التقادم في القانون الفرنسي المادة 2224 مدني فرنسي ومابعداها وكذلك المادة 2223 مدني فرنسي.
(103) [نقض 1993/1/26 س 44 ص 309.
(104) [تقرير قيام المانع الموقوف لسريان التقادم مما يستقل به محكمة الموضوع ما دامت أقامت قضائها على أسباب سائغة تكفي لحمله "نقض 1993/1/26 السابق الإشارة إليه. تنص المادة 2234 مدني فرنسي على أن "لا يسرى التقادم أو يوقف في مواجهة الذي يستحيل عليه المطالبة نتيجة مانع مصدره القانون أو الاتفاق أو القوة القاهرة".
(105) [نقض 1993/2/16 س 44 ص 605، المانع الأدبي الذي يقف به سريان التقادم يمكن أن يقوم على أسباب تتعلق بشخص الدائن أو على ظروف عامة يتعذر فيها المطالبة بحقه" ومن أمثلة هذه الأخيرة الظروف السياسية التي كانت تسود البلاد، ومن أمثلة الأسباب المتعلقة بشخص الدائن ظروف الضرر النفسية والعصبية التي لازمتها حتى رفع الدعوى، نقض

6/12/1994 س 45 ص 1546، والأسباب التي يوردها قاضي الموضوع لإثبات قيام المانع أو نفيه تخضع لرقابة محكمة النقض، نقض 1994/12/6 السابق الإشارة إليه. وتقدير زوال المانع كسبب لوقف التقادم من سلطة محكمة الموضوع متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة نقض 1994/12/8 س 45 ص 1567.
(106) [تنص المادة 2235 مدني فرنسي على أن "لا يسرى التقادم أو يوقف في مواجهة القصر غير المأذون لهم والبالغين الخاضعين للقوامة، فيما عدا دعاوى الوفاء والرد للمرتبات، الأيراد المرتب، النفقات، الإيجار، المزارعة، الأعباء الإيجارية، فوائد مبالغ القروض، وبصفة عامة دعاوى الوفاء بكل ما يجب دفعه كل سنة أو آجال دورية أقصر" م 2236 مدني فرنسي تنص على أن " لا يسرى التقادم المسقط أو يوقف بين الأزواج، وكذلك بين الأقارب المرتبطين بميثاق مدني بالتضامن".

وتنص المادة 2237 مدني فرنسي على أن " لا يسرى التقادم المسقط أو يوقف في مواجهة الوارث القابل لأن يكون صافي ماله مقابل الحقوق التي له على التركة". تنص المادة 2238 مدني فرنسي على أن "يوقف التقادم اعتباراً من اليوم، بعد أن تطرأ منازعة، الذي يتفق فيه الأطراف على اللجوء إلى الوساطة أو التوفيق أو، عند عدم وجود اتفاق مكتوب، اعتباراً من يوم أول اجتماع للوساطة أو للتوفيق" " يوقف التقادم كذلك اعتباراً من يوم إبرام اتفاق إجراء المشاركة" " أو اعتباراً من موافقة المدين الثابتة عن طريق محضر بالمشاركة في الإجراء المنصوص عليه في المادة L.1251 من تفنين الإجراءات المدنية". "تبدأ مدة التقادم في السريان، لمدة لا يمكن أن تقل عن ستة أشهر، اعتباراً من التاريخ الذي يعلن فيه أحد الأطراف، أو الأثنين، أو الوسيط أو من قام بالتوفيق بأن الوساطة أو التوفيق قد إنتهت" " في حالة الاتفاق على الأجراء بالمشاركة، تبدأ مدة التقادم في السريان اعتباراً من مدة الاتفاق، لمدة لا يمكن أن تقل عن ستة أشهر " " في حالة فشل الإجراء المنصوص عليه في ذات المادة، تبدأ مدة التقادم في السريان اعتباراً من تاريخ رفض المدين" " الثابت عن طريق محضر، لمدة لا يمكن أن تقل عن ستة أشهر".

تنص المادة 2239 مدني فرنسي على أن "يوقف التقادم أيضاً عندما يعطى القاضي حق في طلب إجراء تحقيق مقدم قبل كل قضية" " تبدأ مدة التقادم في السريان، لمدة لا يمكن أن تقل عن ستة أشهر، اعتباراً من اليوم الذي تم تنفيذ الإجراء فيه".

(107) [تنص المادة 2241 مدني فرنسي على أن "المطالبة القضائية، حتى أمام القاضي المستعجل، تقطع مدة التقادم وكذلك مدة السقوط" " ويتحقق نفس الشيء عندما تتم المطالبة أمام قضاء غير مختص أو عندما يبطل إجراء عرضها على القضاء بسبب عيب في الإجراء..

(108) [نقض 1992/2/25 س 43 ص 385، فتكون قاطعة للتقادم في خصوص هذا الحق وحده وتوابعه. مؤدى ذلك دعوى التعويض عن الضرر الشخصي لا تقطع التقادم بالنسبة لطلب التعويض الموروث لاختلاف موضوعهما حيث أن التعويض = الموروث والذي نشأ حق المورث فيه بمجرد إصابته وأصبح جزء من تركته بعد وفاته يختلف عن التعويض عن الضرر الشخصي المباشر.

(109) [نقض 1991/5/8 س 42 ص 1025 "رفع الحائز دعواه أمام القضاء المستعجل طالباً حيازته، قاطع للمدة ولو صدر حكم القضاء المستعجل بعدم الاختصاص".
(110) [نقض 1993/1/31 س 44 ص 403. انظر في ذلك المادة 2243 مدني فرنسي والتي تنص على أن "يعتبر الانقطاع كأن لم يكن، إذا تنازل المدعي عن الدعوى، أو ترك الجلسة الأولى، أو إذا رفض طلبه بشكل نهائي."
(111) [تنص المادة 2242 مدني فرنسي على أن "الانقطاع الناتج عن المطالبة القضائية يرتب أثره حتى انقضاء الخصومة."
(112) [نقض 1986/3/6 س 37 ص 299، انظر عكس ذلك المادة 2241 مدني فرنسي السابق الإشارة إليها.
(113) [تقطع مدة التقادم وكذلك مدة السقوط بالإجراء التحفظي المتخذ طبقاً لتقنين الإجراءات المدنية للتنفيذ أو بإجراء من إجراءات التنفيذ الجبري". (2244 مدني فرنسي).
(114) [نقض 1992/4/19 س 43 ص 613. وفي ذلك تنص المادة 2240 مدني فرنسي على أن "يقطع مدة التقادم إقرار المدين بالحق الذي يسرى عليه التقادم."

ثالثاً: النزول عن التقادم:

يجوز النزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه (122). (123) ولكن أثر هذا النزول نسبي، فهو لا يتعدى المتنازل نفسه إلى ذوى المصلحة الآخرين الذين يجوز لهم التمسك بالتقادم باسمهم شخصياً. فيجوز للكفيل وحائز العقار التمسك بالتقادم رغم نزول المدين. (124) بل إن المادة 388/2 قد أجازت، استثناءً للدائنين أن يطعنوا في تنازل المدين عن التقادم بالدعوى البوليصية بالرغم من أن هذا التصرف من جانب المدين ليس تصرفاً مفقراً إذ هو لا ينقص من حقوق المالية، ولا ينشئ التزاماً جديداً، ولكن رأى المشرع أن مثل هذا العمل من جانب المدين المعسر ظاهر العنت. ولم يشترط القانون الغش من جانب المدين لجواز الطعن بهذه الدعوى.

أما قبل ثبوت الحق فيه يعتبر التقادم رخصة، أي حقاً احتمالياً، وبالتالي لا يجوز النزول عنه لكن السماح بالنزول عنه بعد ثبوت الحق فيه يتسق مع طبيعته حيث أن يؤدي إلى انقضاء حق الدائن بالرغم من عدم استيفاءه. ولذلك أراد المشرع أن يترك دائماً الباب مفتوحاً أمام المدين ليحتكم إلى ضميره، فإذا كان له ألا يتمسك أصلاً بالتقادم فله أيضاً أن ينزل عنه قبل أن يتم لكن يقتصر هذا النزول في هذه الحالة عن المدة فقط (125) وأجيز له أخيراً النزول عنه بعد ثبوت الحق فيه.

رابعاً: الاتفاقات المعدلة لمدة التقادم:

القاعدة أنه لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون (م 1/388 مدني) وعلى ذلك لا يجوز الاتفاق على إطالة أو تقصير مدة التقادم التي حددها القانون لأي نوع منه (126).

خامساً: التفرقة بين التقادم ومواعيد السقوط:

من المواعيد التي نص عليها المشرع ما لا ينصرف إليها أحكام التقادم السابق الإشارة إليها، ويطلق عليها اسم مواعيد السقوط وقد أثارت طبيعة هذه المواعيد الخلاف في الفقه، فمن الشراح من ينظر إليها كنوع معين من التقادم يخضع لأحكام خاصة (127) ومنهم وهم الأغلبية من يفرق بينها وبين التقادم بالمعنى المعروف، نظراً لما بينهما من أوجه خلاف، من أهمها أن ميعاد السقوط لا يقبل الوقف ولا الانقطاع، (128) وعلى القاضى أن يراعى ميعاد السقوط من تلقاء نفسه، ولا يجوز التنازل عنه ولو بعد ثبوت الحق فيه. ولا يتخلف عنه التزام طبيعي، وليس له أثر رجعي.

ومن أمثلة مواعيد السقوط ميعاد السنة الواجب رفع دعوى الاستغلال فيه وإلا كانت غير مقبولة 2/129 مدني) والمواعيد التي يجب فيها على الشفيع أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة، وأن يرفع دعواه على البائع والمشتري وإلا سقط حقه في الشفعة (م 940 مدني).

(122) [نقض 1969/1/30 س 20 ص 210 ولا يثبت هذا الحق إلا باكتمال مدة التقادم نقض 18/2/1975 س 26 ص 429 "استخلاص النزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه مما يدخل في سلطة قاضى الموضوع ولا تعقيب عليه في ذلك من محكمة الطعن ما دام استخلاصه سائغاً. في ذلك تنص المادة 2250 مدني فرنسي على أن "التقادم الذي ثبت الحق فيه هو الوحيد الذي يكون قابلاً للنزول عنه."

(123) [نقض 1978/12/20 س 29 ص 1977 "النزول عن التقادم بسائر أنواعه عمل قانوني من جانب واحد يتم بمجرد إرادة المتنازل وحدها وبعد ثبوت الحق فيه. ولما كان النزول لا يخضع لأي شرط شكلي فكما يقع صراحة بأي تعبير عن الإرادة يفيد معناه، فإنه يجوز أن يكون ضمناً يستخلص من واقع الدعوى ومن كافة الظروف والملابسات المحيطة التي تظهر منها هذه الإرادة بوضوح لا غموض فيه" أنظر أيضاً نقض 1994/2/17 س 45 ص 379. وفي ذلك تنص المادة 2251 مدني فرنسي على أن "النزول عن التقادم يكون صريحاً أو ضمناً" "النزول الضمني الناشئ عن الظروف الذي يدل بدون لبس على إرادة عدم التمسك بالتقادم."
نقض 1978/1/10 س 29 ص 138 لكن لا يجوز النزول ولو ضمناً عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه إلا من شخص يملك التصرف في حقوقه.

نقض 1981/6/24 س 32 ص 1935. 1984/12/30 الطعن رقم 1477 سنة 51ق.

وفي ذلك تنص المادة 2252 مدني فرنسي على أن "لا يستطيع من لا يملك مباشرة حقوقه بنفسه أن ينزل وحدة عن التقادم الذي ثبت الحق فيه."

(124) [تنص المادة 2553 مدني فرنسي على "يجوز للدائنين أو أي شخص له مصلحة في التقادم الذي ثبت الحق فيه الاحتجاج به أو التمسك به حتى ولو أن المدين نزل عنه."

(125) [نقض 1969/1/30 س 20 ص 210 هذا النوع من النزول إنما يقطع التقادم على أساس اعتباره إقراراً من المدين بحق الدائن.

(126) [نقض 1970/2/3 س 21 ص 227. نصت المادة 2254 مدني فرنسي على أن "يجوز باتفاق الطرفين تقصير أو إطالة مدة التقادم. ومع ذلك لا يجوز أن تنزل عن سنة ولا تزيد عن عشر سنوات"، "يجوز للأطراف كذلك، باتفاق مشترك، إضافة أسباب للوقف، أو للانقطاع لمدة التقادم للأسباب المنصوص عليها في القانون. لا تطبق أحكام الفقرتين السابقتين على دعاوى الوفاء أو رد المرتبات، الإيرادات المرتبة، النفقة، الإيجارات، المزروعات، الأعباء الإيجارية، فوائد المبالغ المقرضة، وبصفة عامة، دعاوى الوفاء لكل ما يجب دفعه كل سنة، أو في أجل دورية أقصر من ذلك."

(127) [قطع المشرع هذا الخلاف ونص في المادة 2220 مدني فرنسي على أن "لا تخضع مدد السقوط، للنظام المقرر للتقادم، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك."

(128) [خرج المشرع الفرنسي على ذلك ونص في المادة 2244 مدني فرنسي على أن "تقطع مدة التقادم وكذلك مدة السقوط بالإجراء التحفظي المتخذ طبقاً لتقنين الإجراءات المدنية للتنفيذ أو بإجراء من إجراءات التنفيذ الجبري".

تم بحمد الله،،،