



المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم العالي
جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية في الأحساء
قسم الأنظمة

أحكام الالتزام

رمز المقرر: نظم ٣٠١

إعداد

أ.د/ عبدالله بن عبدالرحمن السلطان

المحاضرة الأولى : الفرق بين الالتزام الطبيعي والمدني

إذا نشأ الالتزام بغض النظر عن مصدره سواء أكان عقداً أو غيره من مصادر الالتزام ، ترتب عليه أثره وهو وجوب تنفيذه ، ويقصد بالتنفيذ " قيام المدين بالالتزام بتنفيذه وفقاً للقانون لصالح الدائن ، وبما يحقق الغرض من وراء نشأة الالتزام " وفكرة التنفيذ في الأصل بسيطة ، ففي عقد البيع يكون تنفيذ التزام البائع بتمام تسليم المبيع ، كما يكون تنفيذ التزام المشتري بتمام الوفاء بالثمن

التنفيذ العيني والتنفيذ عن طريق التعويض

الأصل في تنفيذ الالتزام أن يكون تنفيذاً عينياً ، وهو الأصل ، وذلك بأن يقوم المدين بأداء عين ما التزم به ، كتسليم ذات المبيع الذي اتفق عليه في عقد البيع وفي حال تعذر ذلك بسبب يرجع إلى المدين فإن الالتزام عندئذ ينفذ عن طريق التعويض ، حيث يقوم المدين بدفع تعويض للدائن يشمل ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب بسبب عدم تنفيذ ما التزم به عينياً .

وبصرف النظر عن كون التنفيذ عينياً أو عن طريق التعويض فإن الأصل أن يقوم المدين بتنفيذ ما التزم به اختياراً ، وهو ما يسمى بالوفاء ، وإذا امتنع عن التنفيذ اختياراً أُجبر على التنفيذ العيني أو التنفيذ بطريق التعويض إذا توفرت شروط كل منهما ، ومحل ذلك في الالتزام المدني وهو القانوني ، فإن كان الالتزام طبيعياً فلا جبر في تنفيذه .

وعلى ذلك فلا بد لنا من التمييز بين الالتزام الطبيعي والالتزام المدني ، فالأول : لا يجبر المدين على التنفيذ وأما الآخر فيجبر فيه على التنفيذ .

الالتزام الطبيعي :

الالتزام الطبيعي في القانون الوضعي : هو واجب أدبي يدخل في منطقة القانون فيعترف به إلى مدى معين . وهذا المدى الذي يعترف به هو التنفيذ الاختياري .

وقد سبق تعريف الالتزام المدني بأنه حالة قانونية بمقتضاها يجب على الشخص أن ينقل حقا عينيا أو أن يقوم بعمل أو يمتنع عن عمل

ومثال الالتزام الطبيعي : أن يقوم المدين بتنفيذ ما التزم به بشكل طوعي ، وهو يعلم أن القانون لا يجبره على التنفيذ ، ولكنه يؤدي للدائن ما يحس أن ضميره يلزمه بأدائه ، ويترتب على هذا الالتزام الطبيعي أن المدين لا يستطيع أن يسترد ما دفعه تنفيذا لهذا الالتزام . بخلاف الالتزام المدني الذي لا يقتصر فيه المدين على أنه لا يستطيع استرداد ما دفعه ، بل هو مجبر على الوفاء إذا لم ينفذ اختيارا .

فالالتزام الطبيعي بذلك هو في مرتبة وسطى بين الالتزام المدني ، والواجب الأدبي ، فهو في منطقة الآداب من حيث هو واجب أدبي ، وهو في منطقة القانون من حيث أنه يولد بعض الآثار القانونية ، وهو بذلك مشتمل على عنصر المديونية (الأداء الواجب على المدين) دون عنصر المسؤولية (الذي يمكن الدائن من إجبار مدينه على التنفيذ).

حالات الالتزام الطبيعي ، وأمثله :

١-الحالات التي ينقضي فيها الالتزام المدني نتيجة فقد السند التنفيذي أو انقضاء الالتزام بالتقادم ، كديون سقطت بالتقادم (حيث إن القانون يعترف بوجود الدين لكن لن يكفل تنفيذه)

٢-حالات الواجب الأدبي ، فقير أنقذ مثرياً من الغرق، التزم المثري باجازه الفقير على انقاذه

أمثلة :

١-التزام الشخص الإنفاق على الأقارب الذين لا تلزمه نفقتهم قانونا .

٢-التزام الأب بتجهيز ابنته ، ومساعدة الأب لابنه في بداية حياته العملية .

آثاره :

١- إذا قام المدين بالوفاء بالالتزام الطبيعي كان وفاؤه صحيحاً ، وليس تبرعا ،ومن ثم لا يحق له المطالبة برد ما دفع نتيجة هذا الالتزام .

٢- يصلح الالتزام الطبيعي أن يكون سببا للالتزام المدني

٣- لا يجوز إجراء مقاصة بين التزام طبيعي والتزام مدني ؛ لأن المقاصة يشترط فيها المساواة في الدين من جهة النوع والدرجة .

٤- لا يشترط شكل خاص للوفاء بالالتزام الطبيعي .

٥- لا يُأمين الالتزام الطبيعي بكفالة شخصية أو برهن ؛ لأن في ذلك إجبارا للمدين على التنفيذ بطريق غير مباشر .

٦- يشترط في المدين بالالتزام الطبيعي أهلية الوجوب ، لا أهلية الأداء .

وبذا نجد أن الالتزام الطبيعي يختلف عن الالتزام المدني في تعريفه ، ومصدره حيث إن مصدر الالتزام المدني ، هو السبب القانوني الذي أنشأه العقد أو الإرادة المنفردة أو نص القانون أو عمل غير مشروع ، أو الإثراء بلا سبب . ومصدر التزام الطبيعي هو الواجب الأدبي الذي يستمد أسسه من الدين والعرف والأخلاق ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، وفي آثاره .

طبيعة الالتزام الطبيعي في الفقه الإسلامي :

ويرى بعض الباحثين أن ما يقابل الالتزام الطبيعي في الفقه الإسلامي هو الالتزام الواجب
ديانة ، ومرادف الالتزام المدني هو الالتزام الواجب قضاء .

وعلى ذلك فإن المدين " إذا لم يستوف الالتزام الشرائط القانونية لتنفيذه جبراً ، يبقى قائماً
في ذمة المدين ديانة ، فإذا وفاه مختاراً كان وفاؤه صحيحاً ، ولا يعتبر تبرعاً ، ولا دفعاً لما لا
يستحق"^(١) ، كدفع المدين بعد مرور الزمن المانع من سماع الدعوى به ، ودفع الدين بعد
صدور حكم رفض الدعوى.

(١) المادة ٣٠٣ من وثيقة الكويت .

المحاضرة الثانية : أولاً: التنفيذ العيني

الأصل في تنفيذ الالتزام أن يكون عينياً أي تنفيذ عين ما التزم به المدين ، وبالطريقة المحددة له بحكم القانون والاتفاق ، كتسليم ذات المبيع الذي اتفق عليه في عقد البيع ، ومعنى ذلك أنه حق لكل من الدائن والمدين :

أ. فهو حق للدائن فلا يجوز للمدين أن يمتنع عنه ، بل يجبر على القيام به متى كان ذلك ممكناً ، ب. وحق للمدين فليس للدائن أن يعدل عنه ويطلب التنفيذ بالتعويض ؛ لأن التعويض ما هو إلا وسيلة بديلة للتنفيذ في حال تعذر تنفيذ الالتزام عينياً أو يكون هناك اتفاق مسبق بين الطرفين صراحة على التنفيذ بطريق التعويض حتى وإن كان التنفيذ العيني ممكناً .

شروط التنفيذ العيني :

لا يمكن تنفيذ الالتزام عينياً على المدين إلا إذا توفرت شروط أربعة له ، وهي :

١- أن يكون التنفيذ العيني ممكناً ، ٢- وأن لا يكون فيه إرهاب للمدين ، ٣- أن لا يكون فيه مساس بحريته الشخصية ، ٤- وأن يكون بعد إعدار المدين ، وسنتطرق لكل منها فيما يلي :

الشرط الأول : أن يكون التنفيذ العيني ممكناً

فإذا أصبح التنفيذ مستحيلاً لم تُعد هناك جدوى من المطالبة بالتنفيذ العيني ، ويرجع سبب الاستحالة للتنفيذ لأحد أمرين :

الأمر الأول : استحالة التنفيذ العيني بسبب خطأ المدين ، ففي هذه الحالة يلتزم المدين بالتعويض كالتزام أمين النقل تسليم بضاعة في مكان معين إلا أن البضاعة قد تلفت منه نتيجة خطأ وتقصير بسبب سرعة المفرفة التي أدت إلى انقلاب السيارة وتلف البضاعة ،

ومن أمثلته أيضا : إذا كان استحالة التنفيذ تُردُّ إلى ميعاد تنفيذ الالتزام، فلا يكون في تنفيذه جدوى إذا جاوز التنفيذ ميعادا معيناً ، كتخلف الخياط عن تصميم فستان الزفاف في يوم العرس أو تخلف الرسام عن رسم اللوحة التي تعهد بها خلال فترة المعرض ، وتختلف المحامي عن الطعن بالاستئناف في الحكم قبل مضي ميعاد الطعن فيه بالاستئناف .

الأمر الثاني : استحالة التنفيذ العيني لسبب أجنبي ، إما بسبب قوة قاهرة أو بسبب فعل شخص ثالث غير المدين ، ففي هذه الحالة لا يلزم المدين بالتعويض .

ولا يعتبر التنفيذ العيني للالتزام بدفع مبلغ من النقود مستحيلاً لمجرد كون المدين معسراً ، فلا يعفى من التنفيذ العيني على الرغم من إعساره أما في الالتزامات الأخرى فمن الجائز أن يصبح الالتزام مستحيلاً .

الشرط الثاني : ألا يكون في التنفيذ العيني إرهاب للمدين

إذا كان التنفيذ العيني ممكناً لكن تنفيذه على المدين يرهقه بحيث يسبب له خسائر فادحة جاز للمدين أن يطلب من المحكمة التنفيذ عن طريق التعويض على أن يتوافر لذلك شرطان :

الأول : أن يكون في التنفيذ العيني إرهاب للمدين ، وهو العنت الشديد ، فلا يكفي فيه مجرد العسر والكلفة والضيق ، كالزيادة في ارتفاع التكاليف نتيجة لارتفاع الأسعار أو الرسوم أو الضرائب ، وإنما يجب أن تكون هناك صعوبة شديدة أو خسارة غير عادية يتكبدها المدين إذا لجأ للتنفيذ العيني ، ويترك تقدير ذلك للقاضي .

الثاني : ألا يلحق الدائن من جراء العدول عن التنفيذ العيني إلى التعويض ضرر جسيم ، فلا يكفي أن يكون في التنفيذ العيني إرهاب للمدين ، بل يجب أيضاً ألا يصاب الدائن بضرر جسيم من جراء عدم التنفيذ العيني والاقتصر على التعويض ، وإذا كان لا بد من إرهاب

المدين أو تحميل الدائن ضرراً جسيماً فالأولى بالرعاية هو الدائن ؛ لأنه إنما يطالب بحقه في غير تعسف .

مثال ذلك تجاوز الجار في الارتفاع ببنائه بما يضر بمصالح جاره ، فإنه لا يمكن إجباره على التنفيذ العيني (هدم عقاره) في تلك الحالة ، ولكن يُلزم فقط بتعويض الجار المتضرر في تلك الحالة .

الشرط الثالث : ألا يكون لإجبار المدين على التنفيذ العيني أي مساس بحريته .

فإذا كان تنفيذ الالتزام العيني يقتضي تدخل المدين شخصياً للقيام بتنفيذه ، ويأبى المدين أن يقوم بتنفيذ التزامه كالالتزام الرسام برسم لوحة فنية ، والمهندس بإنجاز تصميم مبنى ، ففي هذه الحالة لا يجوز إجبار المدين على التنفيذ العيني ويقتصر حق الدائن على طلب التعويض لما في ذلك من المساس بحرية المدين الشخصية .

ولكن يجوز الالتجاء إلى وسيلة أخرى لحث المدين على الوفاء بالتزامه من خلال طلب فرض الغرامة التهديدية نظير كل مدة زمنية يتأخر فيها عن الوفاء بالتنفيذ عيناً^(١)

الشرط الرابع : إعدار الدائن للمدين

يجب على الدائن قبل إجبار المدين على التنفيذ العيني إعدار المدين أي أخطاره رسمياً من خلال المحضرين ، فإذا لم يقم الدائن بذلك قبل مطالبته بالتنفيذ العيني قضائياً ، جاز للمدين أن يتقدم للدائن بالتنفيذ العيني ، فيخسر الدائن في هذه الحالة مصروفات التقاضي ، كما لا

(١) وهذا الشرط قد أدخله السنهوري ضمناً في إمكانية التنفيذ العيني ، حيث قال " ويعتبر التنفيذ العيني غير ممكن إذا كان إجراؤه يقتضي تدخل المدين الشخصي ويأبى المدين أن يقوم بتنفيذ التزامه " (١ / ٧٦٠)

يصح كذلك أن يطالب الدائن المدين بتعويض عن تأخره في تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً ؛ لأنه لم يعذره قبل المطالبة القضائية^(١) .

(١) تعتبر المطالبة القضائية في ذاتها إعداراً ، فيجب على المدين أن يبادر إلى تنفيذ التزامه بمجرد أن توجه له المطالبة القضائية ، وإلا كان مسؤولاً عن تأخره . السنهوري (٧٦٧/١)

المحاضرة الثالثة : موضوع التنفيذ العيني : كيف يكون التنفيذ العيني

يجب على المدين أن يقوم بتنفيذ التزامه عينا مختاراً، ويكون تنفيذه طبقاً لما يوجبه مبدأ حسن النية ، وأن يقوم المدين بتنفيذ تعهده بما يطابق نية الطرفين عند التعاقد وطبقاً للأمانة والثقة المتبادلة التي يوجبها شرف التعامل ، وينقسم موضوع التنفيذ العيني أو محل الالتزام إلى ثلاثة أنواع :

١- الالتزام بنقل حق عيني أو إنشائه (إعطاء شيء) .

٢- الالتزام بعمل معين .

٣- بالامتناع عن عمل معين .

القسم الأول : الالتزام بنقل حق عيني^(١) أو إنشائه (إعطاء شيء) .

القاعدة العامة أن الالتزام بنقل حق عيني سواء كان الحق العيني حق ملكية أو أي حق عيني آخر كحق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن - يتم تنفيذه من تلقاء نفسه، فينتقل الحق العيني إلى الدائن بحكم القانون إذا كان الشيء الذي يقع عليه الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه المدين، وينقضي الالتزام بمجرد نشوئه .

إلا أن تنفيذ هذه الالتزام يختلف باختلاف المحل الذي يرد عليه فإما أن يكون منقولاً معيناً بذاته أو معيناً بنوعه ، أو عقاراً ، وذلك على النحو التالي :

النوع الأول . أن يكون محل الالتزام منقولاً معيناً بالذات ومملوكاً للمدين^(٢)

(١) كحق الملكية مثلاً .

(٢)

وذلك كسيارة معينة بالذات أو مجوهرات تم اختيارها بأعيانها وفي هذه الحالة يصبح الالتزام بنقل حق عيني على هذا المنقول نافذا من وقت نشوئه ، فإذا اشترى شخص سيارة معينة بالذات من آخر فإنه يملكها من وقت العقد وقبل أن يتسلمها . فالبيع ينعقد من وقت العقد ، ولو لم يكن المشتري قد تسلم المبيع بعد ، وعلى ذلك فإن الالتزام بنقل الملكية الذي يقع على عاتق البائع ينفذ تلقائيا وبقوة القانون . (١)

ويترتب على ذلك أن لو أن صاحب السيارة باعها على (أ) ، ثم باعها مرة أخرى على (ب) ، ولم يسلمها لأي منهما ، فإن الملكية تنتقل إلى (أ) المشتري الأول دون المشتري الثاني (ب) ، فإذا سلمها إلى (أ) فإنه بذلك قد سلمها إلى مالكها . أما إذا سلمها إلى (ب) فإن هذا يصبح مالكا للسيارة بشرط أن يكون حسن النية - أي غير عالم بسبق المشتري الأول عليها - ، ولكنه لا يملكها بسبب البيع بل بسبب آخر هو الحياة ، وليس هناك ما يمنع من أن تكون ملكية السيارة قد انتقلت أولا إلى (أ) بحكم البيع ثم انتقلت منه بعد ذلك إلى (ب) بحكم الحياة بدليل أن (ب) يتلقى الملكية في هذه الحالة من (أ) لا من البائع الأصلي ، ويجب عليه تعويض المشتري (أ) (٢)

النوع الثاني: أن يكون محل الالتزام منقولاً معيناً بنوعه ، ومقداره لا بذاته .

إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء منقول غير معين بذاته وإنما بنوعه فإن الحق كالملكية مثلا لا ينتقل إلا بإفراز هذا الشيء ، ولا ينتقل بمجرد العقد ؛ لأن العقد يقتصر على إنشاء التزام بنقلها في ذمة المتصرف ، وتنفيذ الالتزام العيني لا يكون إلا بالإفراز أي عزل الشيء المتعهد به عن بقية الصنف من نفس نوعه ، أي أنه بهذه العملية ينقلب من معين بالنوع إلى معين بالذات .

مثاله : باع شخص مائة طن من القمح على (ب) ، فملكية القمح لا تنتقل إلى (ب) بمجرد العقد لأن القمح لم يتعين ، فإذا ما تم تعيين هذه الكمية بإفرازها بقصد تسليمها

(١) لل

(٢) السنهوري ١/٧٧١ .

للمشتري أصبح المبيع شيئاً معيناً بالذات ومن ثم انتقلت ملكيته إلى المشتري بهذا الإفراز دون الحاجة إلى التسليم .

فإذا امتنع البائع (المدين) بتنفيذ التزامه من إفراز الشيء وتسليمه للمشتري اختياراً جاز (للدائن) أن يطالب بالتنفيذ جبراً عن طريق القضاء وذلك بعد إعدار المدين ليثبت عليه تأخيره في التنفيذ العيني عن طريق حصول الدائن على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين ويقوم الدائن نفسه بشرائه ، ويرجع بالثمن والمصروفات على المدين ، بل ويرجع أيضاً بالتعويض عما قد يكون أصابه من خسارة بسبب تأخر المدين في تنفيذ التزامه . وذلك بعد إذن القضاء في ذلك ، ويكون الاستئذان عن طريق الدعوى والحصول على حكم بشراء الشيء والرجوع على المدين .

ويجوز في حالة الاستعجال أن يقوم بذلك دون حاجة لإذن القضاء كما لو تعلق الأمر بمستلزمات طبية لمستشفى أو طبيب . ويجوز للدائن بدلاً من الحصول على شيء من نوع ما التزم به المدين مطالبة المدين بقيمة الشيء ، ويكون التنفيذ في هذه الحالة بمقابل أو عن طريق التعويض .

وإذا كان الشيء الذي لم يعين إلا بنوعه نقوداً فيلتزم المدين بنوعها ومقدارها المذكور في العقد (أو المقدر في الحكم في حالة التعويض عن المسؤولية التقصيرية أو الإثراء بلا سبب أو الالتزامات القانونية) دون أن يكون لارتفاع قيمة النقود أو انخفاضها وقت الوفاء أي أثر . ولا تنتقل ملكيتها من المدين إلى الدائن إلا عند القبض ، ولا يكفي فيه الإفراز .

ج. أن يكون محل الالتزام عقار .

النوع الثالث: أن يكون محل الالتزام عقاراً معيناً بالذات ومملوكاً للمدين كدار أو أرض محددة فإن الالتزام بنقل حق عيني على هذا العقار لا يتم تنفيذه بمجرد نشوئه كما هو الحال بالنسبة للمنقول المعين بذاته ، بل يجب تسجيل التصرف الناقل للملكية وذلك من خلال

شهره في السجلات العقارية لدى كاتب العدل ، إلا أن عدم التسجيل لا يمنع من نشوء الالتزام بنقل الملكية مثلا ؛ لأن هذا الالتزام إنما ينشأ من العقد ، والتسجيل إنما ينفذ الالتزام لا ينشئه .

فإذا باع صاحب الدار داره لآخر ، لم تنتقل ملكية هذه الدار إلى المشتري سواء كان ذلك بالنسبة إلى الغير أو فيما بين المتعاقدين إلا بتسجيل عقد البيع ، وقبل ذلك يبقى الالتزام بنقل الملكية دينا في ذمة البائع ، أما بقية الالتزامات الشخصية فإنها تترتب على عقد البيع مثل حق المشتري في تسلم المبيع والانتفاع به وحق البائع في قبض الثمن .

أما بقية الحقوق العينية الأخرى على الشيء (كالرهن الرسمي ، والرهن الحيازي ، وحق الاختصاص ، وحق الامتياز) فإنها تكون نافذة في حق الطرفين (البائع والمشتري) دون شهر أو تسجيل ومتى تم عقد الرهن ، ونشأ بموجبه التزام الراهن بترتيب حق الرهن على العقار فإن هذا الالتزام يتم تنفيذه بمجرد نشوئه وفقا للقاعدة العامة ، وإنما يلزم لها الشهر بالقيود في السجلات العقارية حتى يحتج بها في مواجهة الغير ، فلا يمكن تتبع العقار للتنفيذ عليه بين يدي المتصرف إليه إلا إذا كان رهنه مقيدا

النوع الرابع : أن يكون محل الالتزام عقارا غير معين بذاته - كما إذا باعت إحدى الشركات أراض البناء كذا مترا من الأرض دون تعيين ، فإن ملكية الأرض المباعة لا تنتقل إلا بالتسجيل العقاري الذي لا يتم إلا بعد التعيين ، لأن الشيء قبل تعيينه غير معروف ، وهناك استحالة طبيعة في أن تنتقل ملكيته أو أي حق عيني آخر يتعلق به إلى الدائن قبل هذا التعيين (١)

والخلاصة : أن حق الملكية مثلا لا ينتقل بالعقد في القانون الوضعي ، وإنما ينشئ التزاما بنقل الملكية ، فإن كان المحل منقولاً معيناً بذاته انتقل الملك من تلقاء نفسه بحكم

(١)السنهوري/١،٧٧٦، ٧٧٧

القانون بمجرد نشوء الالتزام ، وإن كان منقولاً بنوعه فينتقل بإفرازه ، وإن كان منقولاً بقدره - كالنقود - فينتقل بقبضه ، وإن كان عقاراً فينتقل بتسجيله في الشهر العقاري .

(١)

(١) ي

المحاضرة الرابعة : القسم الثاني-الالتزام بعمل معين

تمهيد : كل التزام سواء كان عقديا أو غير عقدي من جهة الهدف منه : أ. إما أن يكون التزاما بغاية ب . أو التزاما بعناية ، فالالتزام بنقل حق عيني هو دائما التزام بغاية ، وكذلك الالتزام بالامتناع عن عمل ، وأما الالتزام بعمل فيكون في بعض صورته التزاما بعناية ، ويكون في صور أخرى التزاما بغاية ، فإذا كان التزاما بغاية فهو لا يعدو أن يكون التزاما بتسليم شيء أو التزاما بإنجاز عمل معين ، ومن ثم يتنوع الالتزام بعمل إلى ثلاثة أنواع ، هي :
١-التزام ببذل عناية ٢-التزام بتسليم شيء ٣-التزام بإنجاز عمل معين (١).
وسنستعرض كلا من هذه الأقسام فيما يلي :

النوع الأول : الالتزام ببذل عناية

هو التزام المدين بالمحافظة على الشيء أو القيام بإدارته أو توخي الحيلة في تنفيذ التزامه .
ومن خلال التعريف يتبين لنا أن الالتزام ببذل عناية إما أن يتعلق بشيء أو بعمل :
فإذا كان متعلقا بشيء فهو إما أن يكون بالمحافظة على ذلك الشيء ، كالتزام المودع بالمحافظة على الشيء الوديعة ، والتزام المستعير أو المستأجر بالمحافظة على العارية أو العين المؤجرة ، كما يتضمن الالتزام بنقل حق عيني التزام بعمل في قسمين من أقسامه الثلاثة ، فيلتزم المدين بالمحافظة على الشيء وهذا التزام بالعناية ، وأن يسلمه للدائن وهذا التزام بالتسليم ، مثل التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري ، فهو يتضمن التزاما بتسليم المبيع إلى المشتري ، والتزاما بالمحافظة عليه حتى وقت التسليم .

وإما أن يكون بإدارة ذلك الشيء ، ويتضمن هذا بطبيعة الحال المحافظة عليه ، كالتزام المرتهن رهن حيازة بإدارة العين المرهونة لاستثمارها استثمارا كاملا ، وكالتزام الوكيل في الإدارة بإدارة العين الموكول إليه إدارتها . وإذا كان الالتزام ببذل عناية متعلقا بعمل ، كالطبيب

(١) السنهوري ١/٧٧٩

يلتزم بعلاج المريض ، والمحامي يلتزم بالدفاع عن مصالح موكله أمام القضاء كان العمل المطلوب من المدين هو توخي الحيطه في القيام بالعمل الموكول إليه ، فالطبيب عليه أن يتوخى أصول صناعة الطب المعروفة في العلاج ولا عليه أن يشفى المريض ، والمحامي عليه أن يبذل العناية المألوفة في الدفاع عن مصالح موكله ، ولا عليه أن يكسب القضية^(١) .

ضابط العناية المطلوبة في الالتزام ببذل عناية:

يعتبر المدين في جميع هذه الأحوال أنه قد وفى بالتزامه إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ، ولم يتحقق الغرض المقصود ، فهلك الشيء المحفوظ أو انتهت إدارته بالخسارة أو أخفق العمل .

و قد يلتزم المدين بموجب القانون أو الاتفاق عناية أكثر أو أقل من عناية الشخص العادي ، إلا أنه لا يجوز الاتفاق على التخفف من العناية إلى الحد الذي لا يكون المدين مسئولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم^(٢) .

النوع الثاني : الالتزام بالتسليم

ومعنى ذلك أن المدين ملتزم بوضع الشيء تحت تصرف صاحب الحق فيه (الدائن) بغير عائق يحول دون قيام الدائن باستلامه والإفادة منه ، ولو لم يتسلمه فعلاً . ويعتبر المدين موفياً بالتزامه بمجرد تخليه عن الشيء للدائن بحيث يمكنه من تسلمه .

ويتنوع الالتزام بالتسليم إلى نوعين : أ. التزام بالتسليم التزاماً أصلياً وبصفة مستقلة ، والتزام بالتسليم التزاماً تبعياً .

(١) السنهوري ١/٧٨١

(٢) السنهوري ١/٧٨٢

أولاً: التزام بالتسليم التزاماً أصلياً وبصفة مستقلة ، فيكون منذ البداية التزاماً بعمل ، كالتزام المستأجر برد العين المؤجرة ، والالتزام المستعير برد العين المعارة ، والالتزام المودع برد الشيء المودع ، والالتزام المرتهن حيازة برد العين المرهونة.

ثانياً : التزام بالتسليم التزاماً تبعياً ، فيكون الالتزام هو التزام بنقل حق عيني مثل التزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري ، والالتزام الشريك بتسليم حصته إلى الشركة ، وكلا الالتزامين قد تضمنه التزام بنقل حق عيني إما إلى المشتري وإما إلى الشركة .

تبعة هلاك الشيء قبل التسليم :

تبرز أهمية التمييز بين الالتزام بالتسليم الأصلي أو التبعي في حال هلاك الشيء قبل تسليمه نتيجة القوة القاهرة ، فإذا كان الالتزام بالتسليم التزاماً مستقلاً فإن تبعة الهلاك تكون على المالك (الدائن) ؛ لأن الأصل في الهلاك أن يكون على المالك ، فهو الذي يكسب الغنم وهو الذي يتحمل الغرم . وإذا كان الالتزام بالتسليم التزاماً تبعياً يتضمنه التزام بنقل حق عيني فإن تبعة الهلاك تكون على المدين بالتسليم ؛ لأن الالتزام بالتسليم في هذه الحالة ليس في حقيقته إلا التزاماً مكماً للالتزام بنقل الملكية إذ لا تُلخَّص الملكية فعلاً للدائن إلا بالتسليم ، ومن ثم كان الهلاك على المدين ، وهو مدين بنقل الملكية وبالتسليم معاً ، وعلى ذلك يتحمل البائع تبعة هلاك المبيع قبل تسليمه للمشتري ، فينفسخ عقد البيع ، ويسترد المشتري الثمن .

أثر الإعذار في تحمل تبعة الهلاك :

مما سبق يتبين لنا أن تبعة الهلاك في الالتزام بالتسليم تكون على المدين إذا كان التزاماً تبعياً ، وتكون على المالك إذا كان التزاماً مستقلاً ، غير أن الإعذار ينقل تبعة الهلاك من طرف إلى الطرف الآخر في كلا الحالتين : فإذا كانت تبعة الهلاك على المدين كما في البيع قبل التسليم ، وأعذر البائع المشتري طالبا إليه أن يتسلم المبيع ، وهلك المبيع بعد الإعذار وقبل التسليم ،

فإن تبعة الهلاك تنتقل من المدين إلى الدائن أي من البائع إلى المشتري ، وإذا كانت تبعة الهلاك على المالك كما في عقد الإجارة قبل تنفيذ المستأجر التزامه برد العين المؤجرة ، وأعذر المؤجر المستأجر طالبا إليه تسليم العين ، وهلكت العين بعد الإعذار وقبل التسليم فإن تبعة الهلاك تنتقل من المؤجر إلى المستأجر .

النوع الثالث : الالتزام بإنجاز عمل معين

وهو التزام بتحقيق نتيجة على عاتق المدين ، كالتزام المقاول إقامة مبنى معين ، والالتزام بتوريد كمية معينة من القمح ، والالتزام بنقل البضائع أو الأشخاص .

أنواع الالتزام بإنجاز عمل معين بالنظر إلى تدخل المدين الشخصي في تنفيذه ثلاثة:

١- أن يكون الالتزام بالإجاز ممكن التنفيذ عينا دون تدخل شخصي من المدين ، وهذا هو الأصل ، كتعهد مقاول ببناء دار ، أو تعهد صانع بصنع شيء معين يمكن لصناع غيره أن يصنعوه ، أو تعهد أمين النقل بنقل أشخاص أو أشياء ، فإذا امتنع المدين عن تعهده والتزامه ، فيجوز للدائن أن يلجأ للقضاء لأخذ إذن منه بتنفيذ الالتزام بواسطة شخص آخر غير المدين وعلى نفقة هذا الأخير . ويجوز في حال الاستعجال تنفيذ الالتزام بواسطة شخص غير المدين دون الرجوع للقضاء ، كما هي الحال في بعض صور الإصلاحات العاجلة بالعين المؤجرة ، فيجوز للمستأجر دون أن يستصدر حكما أن يعهد إلى مقاول يقوم بهذه الإصلاحات العاجلة ثم يرجع بنفقة هذه الإصلاحات على المؤجر بدعوى يرفعها عليه يطالبه فيها بذلك ، وهنا يبسط القاضي رقابته ليتثبت من أن الظروف كانت تبرر هذا التصرف الاستثنائي ، ومن أن المصروفات التي أنفقت في إجراء هذه الإصلاحات العاجلة كانت في حدود معقولة فيحكم بما كلفها على المؤجر .

٢- الالتزام بإنجاز عمل معين غير ممكن عينا دون تدخل المدين وهذا خلاف الأصل ، ويرجع عدم إمكان ذلك إلى حالتين :

١- الاتفاق ، بأن يشترط الدائن على المدين أن يقوم بتنفيذ الالتزام بنفسه ،

٢- طبيعة الالتزام ، بأن كانت طبيعة الالتزام تقتضي أن يكون تنفيذه العيني على يد المدين شخصيا ، كاللزام جراح معروف بإجراء عملية جراحية ، أو محام بالمرافعة في قضية ، أو رسام برسم لوحة فنية. فإذا امتنع المدين من أن يقوم بنفسه بتنفيذ التزامه كان للدائن أحد طريقين :

أ. أن يلجأ إلى طلب فرض غرامة تهديدية على المدين لحثه على الوفاء ب. أن يطالب المدين بالتعويض النقدي لتعذر التنفيذ العيني ، وقد يكون هناك شرط جزائي متفق عليه بينهما فيطالب الدائن بتنفيذه .

ولا يجوز إجبار المدين على التنفيذ بنفسه لمساس ذلك بحريته الشخصية ، وعدم جدوى التنفيذ إذا لم يقم به المدين مختارا .

٣- الالتزام بإنجاز عمل معين يقوم حكم القاضي مقام تنفيذه

مثاله: امتناع البائع عن القيام بإجراءات التسجيل اللازمة لنقل الحق العيني العقاري - وهو الالتزام بالتصديق على إمضائه في عقد البيع تمهيدا لتسجيل العقد - ، فيجوز للمشتري أن يطلب الحكم بإثبات صحة التوقيع ، ويكون الحكم الصادر بذلك بمثابة تصديق على الإمضاء يمكن بعده تسجيل عقد البيع .

إذا امتنع الدائن المرتهن عن التقدم إلى قلم كتاب المحكمة لإجراء شطب الرهن بعد سداد الدين - وهو الالتزام بشطب الرهن - جاز للمدين أن يستصدر حكما يقوم مقام التنفيذ العيني ويشطب بمقتضاه الرهن .

النوع الثالث : الالتزام بالامتناع عن عمل

إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل معين وأخل بهذا الالتزام ، جاز للدائن أن يطلب إزالة ما وقع مخالفا للالتزام ، وله أن يطلب من القضاء ترخيصا في أن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين

الالتزام عن عمل مصدره الاتفاق ، التزم بائع المحل التجاري بعدم منافسة المشتري ، فيحظر عليه فتح محل تجاري منافس بجواره ، وإذا استخدم مهندس في مصنع ، وتعهد المهندس ألا يعمل في مصنع منافس كان أيضا التزم بالامتناع عن عمل ، والتزام الفنان بعدم الأداء في غير مسرح معين .

الالتزام عن عمل مصدره نص القانون : كالتزام الجار ألا يضر جاره ضررا فاحشا ، والتزام الطبيب أو المحامي بعدم إفشاء سر المهنة .

ولا يعد الالتزام بعدم الإضرار بالغير من الالتزام بالامتناع عن العمل ، لأن الالتزام بعدم الإضرار هو في حقيقته التزم باتخاذ الحيطة الواجبة لعدم الإضرار بالغير ، فهو التزم بالعمل ، وإن كان كل منها هو التزم ببذل غاية .

المحاضرة الخامسة

وسائل إكراه المدين على التنفيذ العيني :

تقدم أن التنفيذ العيني قد يكون اختيارا يقوم به المدين طوعا ، وهذا هو الوفاء ، وقد يكون التنفيذ العيني جبرا على المدين ، وهنا تختلف وسائله وهذا ما سنستعرض وسائله فيما يلي :

أولاً: التنفيذ القهري ، فتقوم السلطة العامة بإجبار المدين على تنفيذ التزامه ، عن طريق الحجز على أموال المدين

ثانياً : أن يقوم الدائن نفسه بتنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان تدخل المدين غير ضروري .

ثالثاً : أن يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ العيني إذا سمحت طبيعة الالتزام بذلك كما في حال التصديق على الإمضاء ، ونحوه .

رابعاً : أن يقوم القانون نفسه بإجراء التنفيذ العيني فتنتقل ملكية العين المعينة للدائن بحكم القانون في الالتزام بنقل الملكية .

خامساً: الإكراه البدني ، عن طريق حبس المدين في الدين ، كأجراء تهديدي للضغط عليه ، وإجباره على الوفاء بدينه إذا كان قادرا على ذلك ، وقد ألغي التنفيذ به في القانون المصري إلا في بعض المواد الشرعية^(١) أو المواد الجنائية بذريعة أن هذه الوسيلة تخالف المبادئ المدنية الحديثة ، فالمدين يلتزم في ماله لا في شخصه ، وجزاء الالتزام تعويض لا عقوبة .

أما في الفقه الإسلامي فيجوز الالتجاء إلى الإكراه البدني كآلية لإجبار المدين على الوفاء بالدين ، والإكراه بالبدني مشروع لقوله صلى الله عليه وسلم " لي الواجد ظلم يحل عقوبته

(١) كالإكراه في دين النفقة والحضانة والرضاع والمسكن ، كالإكراه لتحصيل المبالغ الناشئة عن الجريمة المقضي بها للحكومة ضد مرتكب الجريمة . السنهوري ٨٠٢/١ ، ٨٠٣ .

وعرضه " واللي هو مماطلة المدين ، والمعنى أنه إذا ماطل المدين وجب على القاضي أن يأمره بالوفاء ، وإلا أمر بحبسه لحته على الوفاء ، فإن وفى وإلا اقتضى عنه القاضي جبرا ، ولا يقضي بحبسه إلا إذا كان قادرا على الوفاء مماطلا فيه ، ما اتجه الفقه الإسلامي إلى ملازمة المدين ، ومنعه من السفر كوسيلة لإجباره على الوفاء ، ومصدر ذلك ما سبق من الحديث ، جاء في مجلة الأحكام "لرب الدين منع المدين المعسر من السفر حتى يقيم كفيلا ببدنه " .

سادساً: الغرامة التهديدية

هي وسيلة ابتدعها القضاء الفرنسي وتبعه القضاء المصري للضغط على إرادة المدين إذا كان محل التزامه القيام بعمل يقتضي تدخله شخصيا لتنفيذه كالاتزام بالرسم مثلا ، بالحكم عن طريق التهديد المالي له بإلزامه بسداد مبلغ معين عن كل يوم أو أسبوع يتأخر فيه عن تنفيذ التزامه عينا ، وذلك إلى أن يقوم بالتنفيذ العيني أو إلى أن يمتنع نهائيا عن الإخلال بالالتزام ثم يرجع إلى القضاء فيما تراكم على المدين من الغرامات التهديدية ،

شروط الحكم بالغرامة التهديدية :

الشرط الأول : أن يكون هناك التزام امتنع المدين عن تنفيذه مع أن تنفيذه العيني ما زال ممكنا

فإذا لم يوجد هناك التزام فلا محل للتهديد المالي ، ومن ثم لا يجوز الالتجاء إلى التهديد المالي لإجبار المدعى عليه على الحضور إلى المحكمة ، وأن يكون المدين ممتنعا عن تنفيذ التزامه ، بأن تطلب إليه المحكمة هذا التنفيذ فلا يمتثل ، وأما إذا امتثل فلا محل للحكم عليه بتهديد مالي . وكذلك إذا حكم عليه فبادر إلى تنفيذ التزامه في الميعاد الذي حددته المحكمة فلا يسري عليه هذا الكم لأن سريانه مشروط بعدم التنفيذ .

ولا بد أن يكون الالتزام العين لا يزال ممكنا عينا ، فلا يجوز اللجوء للغرامة التهديدية في حالة استحالة العيني سواء كانت بخطأ المدين كعدم رسم الفنان لوحة لمعرض فات مواعده ، أو بسبب أجنبي كعدم تقديم مستندات بسبب فقدانها نتيجة السرقة أو أتى المدين العمل الذي التزم بالامتناع عنه ولم يعد في الاستطاعة الرجوع في ذلك كإفشاء الطبيب أو المحامي أسرار مهنته .

الشرط الثاني : أن يكون التنفيذ العيني غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين بنفسه ، ولذا فإن مجال الغرامة التهديدية يقتصر على الالتزام بعمل أو الالتزام بالامتناع عن عمل .

١- أما الالتزام بعمل فلا بد أن يكون تنفيذه مما يلزم تدخل المدين شخصيا ، كالالتزام بتقديم حساب أو تقديم مستندات أو القيام بعمل فني كتمثيل أو تصوير أو التزام شركات الاحتكار بتقديم خدماتها للمستهلكين كإعادة توصيل التيار الكهربائي ، والالتزام بإخلاء عين مؤجرة أو تسليمها

أما إن كان الالتزام بعمل لا يلزم تدخل المدين شخصيا ، كالتزام المقاول بالتشييد ، فيمكن أن يكلف هذا المقاول غيره بتنفيذه فلا مجال للحكم بالغرامة التهديدية .

٢- و أما في الالتزام بالامتناع عن عمل فلا بد أن يكون الإخلال بالالتزام من شأنه أن يجعل التعويض العيني ممكنا ، كالتزام الممثل بألا يمثل في مسرح معين ، والالتزام بائع المتجر بالامتناع عن منافسة المشتري ، أو التزام المهندس بألا يعمل في مصنع منافس فإنه يجوز الحكم في هذه الحالات على المدين بغرامة تهديدية عن كل مرة يأتي فيها بالأمر الممنوع أو حتى كيف بتاتا عن هذا الأمر

أما إن كان الالتزام عن عمل من شأنه أن يجعل التعويض العيني مستحيلا فلا يكون هناك محل للتهديد المالي كإفشاء الطبيب أو المحامي سر المهنة ، فيتعين في هذه الحالة الاقتصار على الحكم بالتعويض

٣- أما الالتزام بنقل الملكية فلا نحتاج إلى التهديد المالي ؛ فإن كان محل الالتزام عينا معينة كبيع جهاز كهربائي معين ، فلا نحتاج إلى التهديد المالي لأن الملكية تنتقل بحكم القانون للدائن فيصبح الالتزام منفذا ، وكذا إن كان محل الالتزام مبلغا من النقود ؛ لأن تنفيذه عينا دون تدخل المدين ممكن عن طريق الحجز على أموال المدين ، وبقي الالتزام بنقل ملكية شيء لم يعين إلا بنوعه كبيع الحبوب كالقمح أو الشعير وفي أغلب أحواله يمكن تنفيذه عينا دون تدخل المدين بأن يحصل الدائن على حكم بالتنفيذ على نفقة المدين .

الشرط الثالث : المطالبة بالتهديد المالي ، فيجب على الدائن أن يطالب بالتهديد المالي ، فلا يجوز أن تقضي المحكمة من تلقاء نفسها بغرامة تهديدية على المدين إذا لم يطلب الدائن منها ذلك .

خصائص الحكم بالغرامة التهديدية

١- يقدر عن كل وحدة من الزمن يتأخر فيها المدين عن تنفيذ التزامه أو عن كل مرة يخل فيها بالتزامه . فلا يقدر بمبلغ جامد دفعة واحدة حتى يتحقق معنى التهديد .

٢- أن مقداره تحكمي ، لا مقياس له إلا القدر الذي يرى القاضي أنه منتج في تحقيق غايته ،

أ.فغاياته الضغط على المدين وتهديده حتى يقوم بتنفيذ التزامه ، وليس تعويض الدائن عن الضرر الذي أصابه من جراء عدم تنفيذ الالتزام ، فلا يشترط له وجود ضرر أصلا

ب. ويقدر مقداره بقدر عناد وتعنت المدين ، لذا للقاضي أن يزيد في مقدارها كلما رأى داعيا لذلك .

٣- أن له حكم وقتي وتهديدي ، ويترتب على ذلك ما يلي :

أ. أن الحكم به لا يكون نهائيا واجب التنفيذ ، بل يبقى معلقا على رأس المدين ، ولا يجوز تنفيذه إلا إذا تحول إلى تعويض نهائي ، وليس بمقتضى الحكم المؤقت بالتهديد المالي .

ب. أن الحكم به غير مبتوت فيه فلا يطلب من المدين مثلا أن يدمج الغرامة التهديدية في عرض حقيقي للدين المترتب في ذمته .

ج. لا يُجوز الحكم به حجية الأمر المقضي ، فيجوز للقاضي عند تحويله إلى تعويض نهائي أن يزيد فيه أو ينقص منه أو يلغيه كله مراعيًا في ذلك الضرر الذي وقع على الدائن .

د. الحكم به لا يكون قابلا للطعن فيه بطريق النقض

طبيعة الحكم بالتهديد المالي :

ونخلص في نهاية المطاف أن طبيعة الحكم بالتهديد المالي أنها ليست تعويضا ، فلذا لا تقاس بالضرر ، ولا تتوقف عليه ، كما أنه الحكم بها غير واجب التسبب بخلاف التعويض ، كما أنها ليست عقوبة خاصة وإن كانت تشبه العقوبة ، لأن العقوبة نهائية واجبة التنفيذ ، أما الغرامة فهي شيء وقتي ، ولا تنفذ إلا عندما تتحول إلى تعويض نهائي ، وفي هذا التحول قد تنتقص أو تلغى ، فالذي ينفذ في الواقع ليس الغرامة التهديدية الوقتية بل هو التعويض النهائي .

إن الغرامة التهديدية وسيلة للضغط على المدين للتغلب على عناده ، فهي وسيلة من وسائل التنفيذ العيني الجبري ، وهي وسيلة غير مباشرة - تتفق في هذا مع الإكراه البدني ، وتختلف

عن التنفيذ القهري وهو وسيلة مباشرة - ولذا فهي قد تنجح وقد لا تنجح تبعاً لما انتهى إليه المدين من تنفيذ التزامه أو الاصرار على عدم التنفيذ .

أثر الحكم بالتهديد المالي :

إن مصير الغرامة التهديدية مؤقت ، ومؤداها إلى الزوال ، لأنها ستتحول إلى تعويض نهائي ، وذلك أن المدين بين احتمالين :

الأول : أن ينفذ المدين التزامه ، فإن كان هناك ضرر أصاب الدائن بسبب التأخير ، فللقاضي أن يحكم بتعويض نهائي يقدره وفقاً لعدة عناصر (الكسب الفائت ، الخسارة اللاحقة ، إضافة لمقدار عنت المدين في التأخر في تنفيذ التزامه) . وإن لم يكن هناك ضرر على الدائن ، ولم يمتنع المدين فترة طويلة ، جاز للقاضي ألا يحكم بأي تعويض .

الثاني : أن يصر المدين على عدم التنفيذ ، فيحكم القاضي بتعويض نهائي واضعاً في اعتباره مقدار تعنت المدين .

المحاضرة السادسة

ثانيا : التنفيذ بطريق التعويض (بمقابل)

التنفيذ بمقابل ليس إلا طريقا احتياطيا لا يلجأ إليه إلا إذا تعذر التنفيذ العيني ، ويتحقق ذلك في الحالات الثلاثة التالية :

١- إذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلا بخطأ المدين - ويكون مستحيلا إذا كان التنفيذ يقتضي تدخل المدين الشخصي وامتنع هذا عن التنفيذ ولم يجد التهديد المالي في التغلب على عناده - ، كهلاك البضاعة تحت يد متعهد النقل أو فوات موعد الحفلة من متعهد الحفلات دون إقامتها .

٢- إذا كان التنفيذ العيني مرهقا للمدين أو يلحق به ضررا فادحا لا يتناسب مع ما سيلحق الدائن من ضرر نتيجة عدم التنفيذ .

٣- إذا كان في إجبار المدين على التنفيذ العيني مساس بحريته الشخصية ، فهذا لا يمكن اللجوء للتنفيذ العيني بل التنفيذ بمقابل ، كالتزام فنان برسم لوحة أو بالتمثيل في حفلة ، ولا ينفذ التزامه فيجوز مطالبته بالتعويض ، ولا يمكن إجباره على التنفيذ العيني في هذه الحالة .
والتنفيذ بطريق التعويض يتناول كل التزام أيا كان مصدره ، فالالتزام العقد سواء كان التزاما بنقل ملكية أو التزاما بعمل أو التزاما بالامتناع عن عمل يكون تنفيذه بطريق التعويض في الحالات السابقة ، وبخاصة إذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلا بخطأ المدين . والالتزامات التي لا يكون مصدرها العقد يغلب أن يكون تنفيذه بطريق التعويض ، فالالتزام التقصيري ليس إلا نتيجة للإخلال بالتزام قانوني هو أن يتخذ الشخص الحيطة الواجبة لعدم الإضرار بغيره ، وجزاء هذا الإخلال هو التعويض ، وهذه هي المسؤولية التقصيرية ، والالتزام الناشئ من الإثراء بلا سبب ليس إلا نتيجة للإخلال بالتزام قانوني آخر هو ألا يثري الشخص على حساب غيره دون سبب ، وجزاء هذا الإخلال هو التعويض .

شروط استحقاق التعويض :

- ١- الخطأ من جانب المدين بعدم الوفاء بالتزامه .
- ٢- إصابة الدائن بضرر ناتج عن عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو تأخره في تنفيذه .
- ٣- علاقة السببية بين الضرر والخطأ ، أي أن يكون الضرر الذي لحق الدائن ناتج عن عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو تأخره في تنفيذه .

وسائل تنفيذ التعويض :

وسائله كوسائل التنفيذ العيني ، هي التنفيذ الاختياري والتنفيذ الجبري ، فإذا حكم على المدين بدفع تعويض للدائن ، ولم يدفع المدين هذا التعويض اختيارا - وهذا هو الوفاء - جاز للدائن إجباره على الدفع بطريق التنفيذ القهري عن طريق الحجز على أموال المدين .

كيفية تقدير التعويض :

الأصل فيه أن يقوم القاضي بتقدير التعويض ، وهذا هو التعويض القضائي ، وتارة يكون تقديره مقدما باتفاق الطرفين ، وهذا هو التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي ، وأخيرا يكون التقدير عن طريق القانون كما وقع في تحديد الفوائد الربوية المحرمة شرعا . وهذا هو التعويض القانوني ، وسنستعرض فيما يلي هذه الطرق المختلفة :

التعويض القضائي

تمهيد : يجب إعدار المدين ومطالبته بتنفيذ التزامه ، وكما هو واجب في التنفيذ العيني ، هو واجب أيضا في التنفيذ بطريق التعويض ، وبعد أن يعذر الدائن المدين ، يقيم عليه الدعوى فيطالبه بتنفيذ التزامه بالتعويض ، ويطلب من القاضي تقدير التعويض عن الضرر الذي أصابه جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو جراء تأخره في هذا التنفيذ ، وسنتناول فيما يلي الاعذار ثم تقدير القاضي للتعويض .

الفرع الأول : الاعذار

تعريف الاعذار : هو تصرف قانوني بإرادة منفردة من الدائن ، حيث ينه على مدينه بالوفاء ، بحيث يضعه موضع المتأخر عن تنفيذ التزامه إذا لم يف به فورا . أو هو التسجيل الرسمي لتقصير المدين .

أهمية الاعذار:

وتظهر أهمية الاعذار أ. في الالتزامات التي لا يعين لها أجل ، حيث لا يمكن بصدها اعتبار المدين متأخرا إلا بعد مطالبة الدائن له بالوفاء .ب.أو في حالة التأخر عن تنفيذ الالتزام بعد حلول الأجل ، فيحل أجل الالتزام ومع ذلك يسكت الدائن عن أن يتقاضى التنفيذ من المدين ، فيحمل ذلك منه محمل التسامح وأنه لم يصبه ضرر من تأخر المدين في تنفيذ التزامه ، وقد رضي ضمنا بمد الأجل ، أما إذا كان الدائن يريد من المدين أن ينفذ التزامه الذي حل أجله فعليه أن يشعره بذلك عن طريق اعداره بالطرق القانونية ، ومن ثم يصبح المدين ملزما بتنفيذ التزامه فورا ، وكل تأخر في التنفيذ يستوجب التعويض .

أشكال الإعدار :

١- الإنذار ، وهذا هو الأصل في إعدار المدين بورقة رسمية من أوراق المحضرين يبين فيها الدائن بوضوح أنه يطلب من المدين تنفيذ التزامه ، وهذا هو الطريق المعتاد لاعذار المدين ، وقد قيل : " قد أعذر من أنذر "

٢- ما يقوم مقام الإنذار : وهو أي ورقة رسمية تعلن من الدائن إلى المدين ، وتتضمن تكليفه بتنفيذ التزامه ، ومن أمثلة ذلك : ١- التنبيه الرسمي ، ٢- محضر الحجز على أموال المدين ، ٣- إعلان صحيفة الدعوى - فتكون هذه الصحيفة إنذارا ، ومطالبة قضائية في وقت واحد ، ولكن إذا بادر المدين إلى التنفيذ فورا كانت مصروفات الدعوى على الدائن ؛ لأن المدين قد نفذ التزامه بمجرد اعذاره - ولو أمام محكمة غير مختصة ،

٤- الأوراق غير الرسمية ، ككتاب ولو كان مسجلا أو برقية ، فلا تكفي للإعذار في المسائل المدنية ، إلا إذا كان هناك اتفاق بين الأطراف على ذلك أو كان هناك نص في القانون .
وأما المسائل التجارية فيكفي في الاعذار أن يكون بورقة غير رسمية وفقا للعرف التجاري ، بل إن مجرد الإخطار الشفوي يكفي إذا كان ذاك العرف يقضي بذلك .

أنه يجوز الاتفاق على اعتبار المدين معذرا بمجرد حلول الأجل مما يدل على أن الإعذار لا يتعلق بالنظام العام ، ومن باب أولى يصح الاعذار بخطاب عادي أو برقية أو حتى شفاهة .

الحالات التي لا ضرورة فيها للاعذار

١- اتفاق الطرفين مقدما على أن المدين يكون معذرا بمجرد حلول أجل الالتزام دون حاجة إلى أي إجراء ، وقد يكون الاتفاق صريحا وقد يكون ضمنيا ، كأن يوجب رب العمل على المقاول إتمام البناء في تاريخ معين ، وأن يشترط الدائن في عقد التوريد وجوب التسليم فورا ، وأما وضع شرط جزائي في العقد أو اشتراط حلول جميع الأقساط عند تأخر المدين في دفع قسط منها فلا يعد اعفاء من الإعذار .

٢- أن يقضي القانون بعدم الحاجة إلى الاعذار ، وذلك فيما يلي :

أ. إذا كان محل الالتزام تعويضا عن عمل غير مشروع ، فلا يلزم الإعذار لاستحقاق التعويض ، لأن العمل غير المشروع إنما هو إخلال بالالتزام الشخص أن يتخذ الحيطة الواجبة لعدم الإضرار بالغير أي هو التزام ببذل عناية . " ومتى أخل المدين بالالتزام في ذمته ببذل عناية فقد أصبح التنفيذ العيني غير ممكن ، فلا ضرورة إذن للإعذار " كقائد السيارة الذي يتسبب برعونه في إصابة أحد المارة ، ومن يعتمد تلاف أموال الغير كسيارة مثلا .

ب. إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو رد شيء تسلمه دون وجه حق ، وهو عالم بذلك ، فهو في الحالتين سيء النية ، ويكون واجبا عليه أن يرد الشيء إلى الدائن ، وليس الدائن في حاجة إلى اعذاره ، كمن يخفي مسروقات وهو عالم بذلك .

ج. إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين ، فلا معنى لإعذار المدين ؛ لأن الاعذار هو دعوة المدين إلى تنفيذ التزامه ، وقد أصبح التنفيذ غير ممكن أو غير مجد بفعله ، فاستحق عليه التعويض دون حاجة إلى الاعذار ، كإهمال المحامي في رفع طعن خلال المواعيد المقررة نظاما في أحد الأحكام الصادرة على موكله أو تخلف الممثل عن الحفل الذي تعهد بتنفيذه أو عدم تنفيذ المقاول تعهده ببناء جناح في معرض لأحد الأشخاص وينقضي مواعيد المعرض دون تنفيذ المقاول التزامه ببناء الجناح في المعرض .

د. إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه ، مما يثبت سوء نيته ، ولا يكون هناك محل لاعذاره .

هل يجب الاعذار للتعويض عن عدم التنفيذ

التعويض يكون عن عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو عن التأخر في التنفيذ ، والقاعدة العامة تفيد "أن الأعذار واجب في التعويض عن التأخير في التنفيذ ، وليس شرطا لقبول دعوى

التعويض عن عدم التنفيذ " إلا أن أهميته تبدو في تحديد تاريخ الضرر الذي يلحق بالدائن ،
والذي على أساسه يبدأ من تاريخه حقه في التعويض .

الآثار القانونية التي تترتب على الاعذار :

يترتب على اعذار المدين نتيجتان رئيسيتان :

النتيجة الأولى : استحقاق الدائن التعويض عن تأخر المدين تنفيذ الالتزام من وقت الاعذار ،
وأما قبله فلا ، لأنه قد رضي بهذا التأخر ، ولم يصبه منه ضرر ما دام أنه لم يعذر المدين .
وإن كان محل الالتزام مبلغا من النقود فالتعويض عن التأخر - أي الفوائد الربوية - لا يكون
مستحقا بمجرد إعدار المدين ، بل لا بد من رفع الدعوى ، ولا تسري الفوائد إلا من وقت
إعلان صحيفة الدعوى .

النتيجة الثانية : نقل تبعة الهلاك إلى المدين إذا كانت قبل الإعذار على الدائن ، كالمودع
لديه (المدين) يتحمل تبعة هلاك الشيء المودع إذا اعذره المودع (الدائن) بالتسليم ، ولم
يسلمه (١) .

(١) وقد سبق لنا بيان أن تبعة الهلاك في الالتزام بالتسليم على المدين إذا كان التزاما تبعيا ، وتكون على المالك إن
كان التزاما مستقلا ن والاعذار ينقل تبعة الهلاك من طرف إلى آخر ، وأن المدين المعذر إذا أثبت أن الشيء كان
يهلك في يد الدائن لو أنه سلم إليه اندفعت عنه تبعة الهلاك بالرغم من إعداره وانقضى التزامه. السنهوري ١/٨٤١.

المحاضرة السابعة

الفرع الثاني : تقدير القاضي للتعويض

التعويض الواجب على المدين إذا لم يتم بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً نوعان :

١- تعويض عن عدم التنفيذ ٢- تعويض عن التأخر في التنفيذ

فأما التعويض عن عدم التنفيذ يحل محل التنفيذ العيني ولا يجتمع معه ، وأما التعويض عن التأخر في التنفيذ فإنه تارة يجتمع مع التنفيذ العيني إذا نفذ المدين التزامه متأخراً ، وتارة يجتمع مع التعويض إذا لم ينفذ المدين التزامه تنفيذاً عينياً فيجتمع عليه التعويضان : تعويض عن عدم التنفيذ ، وتعويض عن التأخر في التنفيذ .

عناصر التعويض :

أ. عناصر استحقاق التعويض : الأصل أن التعويض إذا لم يكن مقدراً في العقد أو بنص في القانون فإن القاضي هو الذي يقدره ، ويشمل ذلك عنصرين : (١- ما لحق الدائن من خسارة ٢- ما فاته من كسب) سواء كان التعويض عن عدم التنفيذ أو التأخر فيه ، فيقدر أولاً ما أصاب الدائن من ضرر بسبب عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو بسبب تأخره في التنفيذ ، ثم يقدر بعد ذلك ما فات الدائن من كسب ، ومجموع هذين هو التعويض .

مثاله : من تعهد بتسليم بضاعة للدائن ولم يتم بتنفيذ التزامه يدفع تعويضاً عما أصاب الدائن من خسارة بسبب اضطراره شراء هذه البضاعة بثمن أعلى ، وعما ضاع عليه من ربح بسبب فوات صفقة رابحة ثبت أنه كان يعقدها لو قام المدين بتنفيذ التزامه وسلمه البضاعة في الميعاد المتفق عليه .

والممثل الذي لا يقوم بتنفيذ التزامه من أحياء ليلة تمثيلية يدفع تعويضا للدائن عما أصابه من خسارة بسبب ما أنفقه في تنظيم هذه الليلة ، وعما ضاع عليه من ربح كان يجنيه لوأن الممثل قام بالتزامه .

ب. **تقدير التعويض بقدر الضرر** ، فإذا لم يصب الدائن ضرر ولم يفته كسب من عدم قيام المدين بالتزامه أو تأخره فلا يكن هناك تعويض ، وكثيرا ما يتحقق هذا الأمر في حالة مجرد تأخر المدين في تنفيذ التزامه . وقد يتحقق أيضا في حالة عدم التنفيذ ، كما إذا لم يقم محام بالتزامه نحو موكله في التقدم باسمه في قيد رهن لمصلحته ، ويتبين أن تخلف عن تنفيذ التزامه المحامي لم يلحق بالموكل ضررا ، ولم يفوت عليه نفعاً .

ح. **تقدير الضرر المباشر** : فالضرر غير المباشر لا يعوض عنه أصلا ، لا في المسؤولية العقدية ولا في المسؤولية التقصيرية ، فلا يعوض في المسؤوليتين إلا عن الضرر المباشر ، والضرر المباشرة " هو ما يكون 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 " ولكن في المسؤولية التقصيرية يعوض عن كل ضرر مباشر ، متوقعا أو غير متوقع ، أما في المسؤولية العقدية فلا يعوض إلا عن الضرر المباشر المتوقع في غير حالي الغش والخطأ الجسيم

طريقة التعويض :

التعويض إما أن يكون عيني أو نقدي ، والتعويض العيني يكون بإزالة الفعل الضار ، فمن يكسر لوح زجاج يلتزم باستبداله بآخر ، أما التعويض عن ضرر أدبي فيكون بمبلغ نقدي .

حدود التعويض : ويشمل :

التعويض عن الضرر المباشر ، سواء كانت مسؤولية عقدية أو تقصيرية ، وليس غير المباشر .

- ٢- التعويض في المسؤولية العقدية يكون عن الضرر المباشر متوقع الحصول ، وليس غير المتوقع الحصول ، وأما المسؤولية التقصيرية فالتعويض عن الضرر المباشر يكون عن المتوقع الحصول وغير المتوقع ، وفي حالة سوء نية المدين فإنه يسأل عن جميع الأضرار المتوقعة وغير المتوقعة .
- ٣- يشترط لاستحقاق التعويض أن يكون الضرر حالا أو محقق الوقوع ولو كان مستقبلا ، كمن يصاب في حادث أثناء تنفيذ عقد نقل الأشخاص حيث لا يعرف وقت الإصابة بالآثار النهائية للحادث ، أما إذا كان احتماليا فلا يستحق عنه التعويض إلا بحدوثه .
- ٤- الضرر إما أن يكون ماديا أو أدبيا ، كالتعويض للزوج والأقارب عن موت المصاب .
- ٥- يقدر التعويض عن الضرر بالصورة التي وصل إليها وقت النطق بالحكم ، وليس في تاريخ حدوث الواقعة ولا في تاريخ رفع الدعوى .
- ٦- يراعي القاضي عند تقدير الضرر الظروف الخاصة بالمضرور ، كعدم وجود مصدر لتعيشه بعد الإصابة المطلوب التعويض عنها أو كونه العائل الوحيد لأسرته .

التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي)

- تعريفه : اتفاق مسبق على تقدير التعويض إذا أخل أحد المتعاقدين بالتزامه .
- وسمي بالشرط الجزائي ؛ لأنه يوضع عادة كشرط ضمن شروط العقد الأصلي ، ويجوز الاتفاق عليه أيا كان موضوع الالتزام ، كالتزام بعمل أو الامتناع عنه ، أو التزام بإعطاء أمثلة : كعقد المقاوله قد يتضمن شرطا جزائيا يلزم المقاول بدفع مبلغ معين عن كل يوم أو كل أسبوع يتأخر فيها المقاول عن تسليم العمل المعهود إليه إنجازا
- سبب استحقاق الشرط الجزائي :

الشرط الجزائي ليس هو السبب في استحقاق التعويض وإنما نشأ التعويض من مصدر آخر ، وعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدي مثلا هو السبب في استحقاق التعويض عن عدم التنفيذ ، وكذلك تأخر المدين في تنفيذ التزامه العقدي هو السبب في استحقاق التعويض عن التأخير ، والشرط الجزائي إنما هو تقدير المتعاقدين مقدما لكل من التعويضين .

شروط استحقاق الشرط الجزائي :

شروط استحقاق الشرط الجزائي هي نفس شروط استحقاق التعويض ، وهي : ١- وجود خطأ من المدين ، ٢- وضرر يصيب الدائن ، ٣- وعلاقة سببية ما بين الخطأ والضرر ، ٤- وإعذار المدين .

١- شرط الخطأ : فلا يستحق الشرط الجزائي إلا إذا كان هناك خطأ من المدين ، وهذا الخطأ إما أن يكون خطأ عقديا أو تقصيريا ، وقد سبق لنا بيان ما هو الخطأ في الالتزام بتحقيق غاية ، وفي الالتزام ببذل عناية ، أن يكون فإن لم يكن هناك خطأ من المدين فلا مسئولية في جانبه ، ولا يكون التعويض مستحقا ، ومن ثم فلا محل لإعمال الشرط الجزائي ، فما هو إلا تقدير لتعويض قد استحق ، ولم يستحق التعويض .

٢- شرط الضرر : فلا يستحق الشرط الجزائي كذلك إذا لم يكن هناك ضرر أصاب الدائن وذلك أن الضرر من أركان استحقاق التعويض ، فإذا لم يوجد ضرر لم يكن التعويض مستحقا ، ولا محل لإعمال الشرط الجزائي في هذه الحالة .

وقد ذهب القضاء الفرنسي إلى أن الشرط الجزائي يستحق حتى لو لم يثبت الدائن أن هناك ضررا أصابه ن فإن اتفاق الطرفين على شرط جزائي وتقديرهما مقدما للتعويض المستحق معناه أنهما مسلمان بأن إخلال المدين بالتزامه يحدث ضررا اتفقا على المقدار اللازم لتعويضه ، أما القانون المصري فنص صراحة على وجوب وقوع الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي

متمشيا مع القواعد العامة في المسؤولية ، إلا أنه وجوده في العقد لا يخلو من فائدة إذ إنه يجعل الضرر واقعا في تقدير المتعاقدين ، ولذلك يفترض وقوع الضرر ، ولا يكلف الدائن إثباته ، وعلى المدين إذا ادعى أن الدائن لم يلحقه أي ضرر أن يثبت ذلك ، فعبء إثبات الضرر إذن - خلافا للقواعد العامة - ينتقل من الدائن إلى المدين بفضل وجود اشراط الجزائي

٣- شرط علاقة السببية : فلا يستحق الشرط الجزائي إلا إذا قامت علاقة السببية بين الخطأ والضرر ، أما إذا انتفت بثبوت السبب الأجنبي أو انتفت بأن كان الضرر غير مباشر أو كان في المسؤولية العقدية مباشرة ولكنه غير متوقع فعند ذلك لا تتحقق المسؤولية ، ولا يستحق التعويض ، فلا محل إذا لإعمال الشرط الجزائي .

٤- شرط الاعذار : الاعذار شرط لاستحقاق الشرط الجزائي في جميع الأحوال التي يجب فيها إعدار المدين ، وأما الأحوال التي لا ضرورة فيها للاعذار فإنه لا يشترط ، وقد تقدم ذكر ذلك سابقا ، وما دام التعويض لا يستحق إلا بالاعذار في الأحوال التي يجب فيها ، فإنه إذا لم يقد الدائن باعذار المدين في هذه الأحوال لم يكن التعويض مستحقا ، ولا يكون ثمة هناك محل لإعمال الشرط الجزائي .

التكييف القانوني للشرط الجزائي :

يكيف الشرط الجزائي على أنه التزام تابع للالتزام الأصلي ، ويترتب على ذلك أمران :

أ. أن العبرة هي بالالتزام الأصلي لا بالشرط الجزائي ، فلا يستطيع الدائن أن يطالب المدين ولا المدين أن يعرض على الدين إلا بالالتزام الأصلي ما دام تنفيذه ممكنا إلا إذا أصبح تنفيذه مستحيلا بخطأ المدين ، فإن كان بسبب أجنبي فقد انقضى الالتزام، ولا يجوز للدائن حينئذ المطالبة بالشرط الجزائي .

ب. بطلان أو فسخ الالتزام الأصلي يستتبع بطلان وفسخ الشرط الجزائي ولا عكس ، فإذا عقد الالتزام الأصلي غير ذي أهلية مثلا واشترط فيه شرطا جزائيا، كان كل من الالتزام الأصلي والشرط الجزائي باطلا ، ولكن إذا كان الشرط الجزائي باطلا فلا يستتبع ذلك بطلان الالتزام الأصلي ، كأن يشترط الدائن المرتهن كشرط جزائي أنه إذا لم يستوف الدين عند حلوله أن يبيع العين المرهونة دون إتباع الإجراءات الواجبة قانونا أو أن يتملك العين .

وإذا اختار الدائن عند إخلال المدين بالتزامه الأصلي فسخ العقد بدلا من المطالبة بتنفيذ الشرط الجزائي سقط الالتزام الأصلي بمجرد فسخ العقد ، وسقط معه الشرط الجزائي لأنه تابع له .

المحاضرة الثامنة

تمييز الشرط الجزائي عما يشته به :

١- تمييزه عن العربون : العربون هو المقابل لحق العدول عن العقد ، وأما الشرط الجزائي فتقدير لتعويض عن ضرر قد وقع ، ويترتب على ذلك أن الالتزام بدفع العربون قائم حتى لو لم يترتب على العدول عن العقد أي ضرر ، بخلاف الشرط الجزائي فلا يستحقه إلا إذا وقع ضرر على الدائن

العربون تحكمي لا يقاس بمقياس الضرر ، لا يجوز تخفيضه ، وأما الشرط الجزائي فيقاس بمقياس الضرر ، ويجوز تخفيضه بما يتناسب مع الضرر .

العربون يكيف على أنه بدل في التزام بدلي ، ففي البيع مع العربون يلتزم المشتري التزاما أصليا بدفع الثمن في مقابل أخذ المبيع وله إذا شاء أن يعدل عن هذا المحل الأصلي - دفع الثمن في مقابل أخذ المبيع - إلى محل بدلي هو دفع مبلغ العربون في غير مقابل . أما الشرط الجزائي فيكيف على أنه تعويض ، وليس بالالتزام تخيري لأن الدائن لا يستطيع أن يختار بي الالتزام الأصلي والشرط الجزائي ، ولا هو بالالتزام بدلي .

٢- تمييزه عن التهديد المالي : التهديد المالي يحكم به القاضي ، بخلاف الجزائي فيتفق عليه الطرفان . كما أن التهديد المالي تحكمي لا يقاس بمقياس الضرر ، وإنما يقصد به التغلب على عناد المدين .

التهديد المالي حكم وقفي تهديدي ، لا يقبل التنفيذ إلا إذا حول من غرامة تهديدية إلى تعويض نهائي ، وأما الشرط الجزائي فليس بوقفي ولا تهديدي ، وإنما هو اتفاق نهائي قابل للتنفيذ على حاله .

وإذا جاز تخفيض شرط الجزائي للمبالغة في التقدير ، فالأصل فيه عدم التخفيض ، بخلاف التهديد المالي فالأصل فيه التخفيض ؛ لأنه يكون عادة أزيد بكثير من الضرر ، فيغلب تخفيضه عند تحويله إلى تعويض نهائي

التهديد المالي وسيلة غير مباشرة للتنفيذ العيني ، وأما الجزائي فعلى العكس فهو يتصل بالتعويض لا بالتنفيذ العيني . والتهديد المالي يقدر عن كل وحدة من الزمن أو عن كل مرة يخل فيها المدين بالتزامه ، وأما الجزائي فلا يقدر على هذا النحو . بل بمبلغ مقطوع .

على أن الشبه يزيد إذا كان الشرط الجزائي يقدر التعويض عن التأخر في التنفيذ إذا حكم القاضي على مقاول تأخر في تسليم العمل بغرامة تهديدية عن كل ويم يتأخر فيه أو اتفق المتعاقدان مقدما معلى أن يدفع المقاول مبلغا كبيرا يقرب من الغرامة التهديدية عن كل يوم يتأخر فيه المقاول عن تسليم العمل .

ما يترتب على الشرط الجزائي من الأثر

يجوز للقاضي أن يخفض الشرط الجزائي في حالتين : إذا نفذ المدين الالتزام الأصلي في جزء منه ، فإذا كان الشرط الجزائي لحالة عدم قيام المدين بتنفيذ الالتزام ، فإذا قام المدين بتنفيذ جزء منه فإن القاضي يكون قد احترم إرادة المتعاقدين إذا خفض الشرط الجزائي بنسبة ما نفذ المدين من التزامه ، وقد يكون استحقاق الشرط الجزائي على عدم تنفيذ الالتزام تنفيذا سليما ، وفي هذه الحالة يستحق الشرط الجزائي كله إذا كان هناك عيب في التنفيذ . كأن تكون قيمة السيارة محل عقد البيع عشرة آلاف ريال ، ويتفق على مبلغ خمسة آلاف ريال كشرط جزائي في حالة عدم دفع الثمن ، وقد دفع نصف قيمة السيارة فإن القاضي يخفض الشرط بمقدار النصف .

والثانية إذا أثبت المدين أن تقدير التعويض في الشرط الجزائي كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة ، فإذا لم يتم بتنفيذ التزامه أصلا أو تأخر في التنفيذ مدة استحق من أجلها التعويض المقدر

في الشرط الجزائي فلا يوجد إذن سبب لتخفيض الشرط الجزائي اللهم إلا إذا كان أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، فيجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض ؛ لأنه ينطوي في الواقع على عقوبة فرضها الدائن على المدين فيكون باطلاً ، كما أن الشرط الجزائي لا يعرض إلا لتقدير التعويض المستحق فهو ليس سبباً في استحقاق التعويض ، بل يقتصر على مجرد تقديره مقدماً ، فإذا اتضح بعد ذلك أن الضرر الذي وقع لم يكن بالمقدار الذي ظنه الطرفان قبل وقوعه فإن الأمر لا يخلو من غلط في التقدير أو ضغط وقع على المدين فقبل شرطان يعلم مقدماً أن مححف به ، وفي الحالتين يكون الواجب تخفيض الشرط إلى الحد الذي يتناسب مع الضرر . كأن تكون قيمة السيارة محل عقد البيع عشرة آلاف ريال ، ويتفق على مبلغ خمسة عشر ألفاً ريال كشرط جزائي في حالة عدم دفع الثمن . يجوز للقاضي أن يزيد قيمة الشرط الجزائي إذا ارتكب المدين غشاً أو خطأ جسيماً .

الأصل عدم الزيادة ، ولو زادت قيمة الضرر على مقدار التعويض وفقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، فإذا تبين أن التعويض المقدر ليس مبالغاً فيه بل هو أقل من الضرر الواقع فإن القاضي لا يزيده ليكون مساوياً للضرر ، بل يحكم به كما هو ، إلا إذا أثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً فللقاضي أن يزيد في مقدار التعويض حتى يصبح معادلاً للضرر الذي وقع ؛ لأن الدائن في اتفاه مع المدين على تقدير التعويض لم يدخل في حسابه غش المدين أو خطأه الجسيم ، كما لو ثبت أن المشتري في المثال السابق يتعنت ويماطل في دفع الثمن رغم يساره .

الوسائل التي تكفل للدائن تنفيذ الالتزام

الوسيلة التي تكفل للدائن تنفيذ المدين لالتزاماته هو **حق الضمان العام** : وهو: "أن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه" ، أي يجوز للدائنين الحجز على جميع أموال المدين لاستيفاء حقوقهم .

مميزات حق الضمان العام :

١- ويتميز هذا الحق "حق الضمان العام" بأنه **حق مشترك** ، يتساوى فيه جميع الدائنين فلا يتقدم فيه دائن على دائن آخر وفقا لأسبقية نشوء دينه أو ميعاد استحقاقه ، فإذا لم تكف أموال المدين للوفاء بما عليه من ديون فإن حصيلة التنفيذ تقسم بين الدائنين بقسمة غرماء كل بنسبة دينه .

٢- **كما يتميز بأنه عام** لا يقع على مال معين من أموال المدين بل يقع على مجموع أموال المدين وقت التنفيذ ، وحق الدائن مقصور على ما في ذمة المدين من أموال ، وما خرج منها لا يستطيع تتبعه .

وهذا ما يختلف فيه عن الضمان الخاص "التأمين الخاص" الذي يتقرر لدائن معين على مال محدد من أموال المدين فيقدم على غيره من الدائنين كالرهن أو الاختصاص أو الامتياز ، وهذا ما يسمى **بحق التقدم** ،

كما يكون له بمقتضى هذا الضمان سلطة تتبع ذلك المال أو ما يسمى **بحق التتبع** في أي يد يكون ذلك المال ، والتنفيذ عليه ليستوف حقه من ثمنه مفضلا على غيره من الدائنين ، بخلاف الضمان العام فلا يكفل حق التتبع لأحد ، فإذا باع المدين شيئا من ماله ، خرج هذا المال من الضمان العام ، ولا يستطيع الدائن العادي أن يتبعه في يد المشتري كما كان يستطيع لو أن له تأميننا خاصا على المال .

وبالعمومية والمساواة التي يتميز بهما الضمان العام يتعرض الدائن العادي لخطرين :

١- خطر تصرف المدين في أمواله ومن ثم إخراجها من الضمان العام للدائنين .

٢- وخطر مزاحمة الدائنين الآخرين له بما يترتب على ذلك عدم استيفاء الدائن العادي حقه كاملاً إذا لم تكن أموال المدين كافية للوفاء بديونه ، ولحمايته من الخطرين وضع القانون تحت يده وسائل عدة للمحافظة على الضمان العام ، وهذا ما سنستعرضه فيما يلي :

وسائل المحافظة على الضمان العام :

تنقسم هذه الوسائل إلى ثلاث وسائل : ١- وسيلة تحفظية ، ٢- ووسيلة تنفيذية ،

٣- ووسيلة متوسطة ما بين التحفظية والتنفيذية ، وسنستعرضها فيما يلي :

١- **الوسائل التحفظية** : وهي نوعان : وسيلة يتخذها الدائن بالنسبة إلى حقه الذي يريد التنفيذ به ، كأن يقوم بقيد رهن ضامن للحق أو يجدد قيد ذلك الرهن أو يطلب تحقيق إمضاء مدينه على سند الدين .

ووسيلة يتخذها بالنسبة إلى أموال المدين حتى يحافظ عليها من الضياع -وهي الضمان العام لحقه كما قدمنا-، كأن يضع الأختام عليها عند موت المدين أو إفلاسه ، أو يحرر محضر جرد بها أو أن يتدخل في إجراءات قسمة المال الشائع المملوك لمدينه .

الوسائل التنفيذية : وتستعمل في حالة الاقتضاء لحق محقق الوجود ، معين المقدار ، حال الأداء ، وحصول الدائن على سند تنفيذي^(١) وبها يمكن للدائن مباشرة إجراءات الحجز على أموال المدين وبيعها .

(١) كالأحكام القضائية ، والعقود الرسمية ، والأوراق الرسمية التي يعطيها القانون هذه الصفة .

وسيلة متوسطة : وهي أقوى من الوسائل التحفظية إذ أنها تمهيد للتنفيذ ، وهي أضعف من الطرق التنفيذية إذ التنفيذ يعقبها ، ولن نعرض للوسائل التنفيذية ولا التحفظية لأن مجال دراستها قانون المرافعات ، وسنقتصر على تناول الوسائل المتوسطة للمحافظة على الضمان العام ، وهي خمس وسائل : ثلاث دعاوى " ١-الدعوى غير المباشرة ، ٢-ودعوى البوليصية (دعوى عدم نفاذ التصرفات) ، ٣-ودعوى الصورية " ٤-وحق الدائن في حبس مال المدين ، ٥-وشهر إعسار المدين.

وسنستعرضها تباعا فيما يلي :

المحاضرة التاسعة

الدعوى غير المباشرة :

تهدف هذه الدعوى إلى حماية الدائن من تقصير المدين في استعمال حقوقه لدى الغير ، فتمكن الدائن من أن يباشر بنفسه حقوق المدين ودعاويه قبل مدين المدين ، فإذا كان للمدين مثلا حق في مطالبة الغير بتعويض عن ضرر أصابه وأهمل في هذه المطالبة استطاع أحد دائنيه أن يقوم بذلك نيابة عنه .

شروط الدعوى غير المباشرة :

يشترط لاستعمال الدعوى غير المباشرة ثلاثة أنواع من الشروط ، بعضها يتصل بالحق ، وبعضها يتصل بالدائن ، والثالث يتصل بالمدين ، وذلك على النحو التالي :

أولا: الشروط المتصلة بالحق الذي يستعمله الدائن

القاعدة في ذلك أن أي حق للمدين يجوز للدائن أن يستعمله سواء كان حقا شخصيا محله نقد أو عين أو عمل أو امتناع عن عمل ، وأكثر ما يستعمل الدائن من حقوق المدين الحق الشخصي الذي محله نقد فهو الحق الأكثر سهولة في الاستعمال ، وقد يكون حقا عينيا كحق ملكية أو حق انتفاع أو ارتفاق أو حق رهن ، ويغلب أن يأخذ الحق شخصيا كان أو عينيا صورة الدعوى يرفعها الدائن على من عليه الحق للمدين كدعوى الدين أو دعوى ضمان العيب ، ومن ثم أطلق على استعمال الدائن لحقوق مدينه اسم الدعوى غير المباشرة أخذا بالغال ، ويجوز أن يستعمل الدائن باسم مدينه مجرد إجراءات دون أن يرفع دعوى أمام القضاء ، وهذه الإجراءات إما أن تكون تصرفات قانونية ، كقبول الدائن وصية عن المدين أن يسترد شيئا للمدين حق استرداده أو يقبل اشتراطا لمصلحة المدين ، أو إجراءات

مادية ، كأن يقيد رهنا لمصلحة المدين أو يجدد قيد الرهن أو يسجل عقدا للمدين حتى تنتقل إليه الملكية أو يطلب باسم المدين وضع أختام أو كتابة محاضر .

ويستثنى من ذلك خمسة أمور :

١- أن يكون للمدين مجرد رخصة ، فليس للدائن أن يقبل عن صفقة لا يريدتها المدين ولا أن يلغي باسم مدينه عقد إيجار ، فحق قبول الإيجاب وحق إلغاء عقد الإيجار ، وحق إدارة المدين لأمواله حسبما يرى ليست حقوقا للدائن أن يستعملها باسم مدينه ، بل هي مجرد رخص لا شأن للدائن في استعمالها ، ولكن إذا أصبحت الرخصة حقا ، فللدائن حينذاك استعمالها ما دام قد استوفى الشروط اللازمة ، فحق الموصى له في قبول الوصية وحق المنتفع في قبول الاشتراط لمصلحته وحق الموعدود بالبيع في الشراء ، وحق المشتري وفاء في استرداد الشيء المبيع عندما كان بيع الوفاء جائزا كل هذه حقوق يجوز للدائن استعمالها .

(يميز بين الحق الكامل كحق الموعدود بالبيع وحق المشتري عقد البيع وفاء ، وحق المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير ، ومجرد الرخصة كحق الشخص في أن يشتري دار غيره إذا رضي صاحب الدار وحق المالك في إدارة ملكه ، ومنزلة وسطى بينهما كحق الشخص في قبول الإيجاب الموجه له وحق الشفيع في الأخذ في الشفعة ، وحق الشريك في استرداد النصيب الشائع فالحق الكامل هو وحده الذي يستطيع الدائن أن يستعمله باسم المدين أما مجرد الرخصة فلا يجوز للدائن استعمالها ، ويلحق بالرخصة في ذلك المنزلة الوسطى)

٢- ألا يكون الحق للمدين نفسه بل هو حق يباشره عن غيره فلا يجوز للدائن أن يستعمل هذا الحق ، فلا يجوز للدائن إذا كان مدينه وليا لقاصر أن يرفع دعاوى القاصر باسم مدينه ، لأن هذه الدعاوى إنما يباشرها المدين عن القاصر بصفته وليا له ، وإذا كان المدين قيما على محجور عليه أو ناظرا على وقف فلا يجوز للدائن أن يرفع باسم مدينه دعاوى المحجور عليه ولا دعاوى الوقف .

٣- أن يكون للمدين ،ولكنه متصل بشخصه خاصة ، ويترتب على ذلك أن الحقوق غير المالية المتعلقة بالأحوال الشخصية لا يجوز للدائن استعمالها ، فلا يجوز استعمال حق الطلاق ، وحق اللعان ، ولا أن يرفع باسم مدينه دعوى نسب ، حتى لو كان استعمال هذا الحق من شأنه أن يخفف عبئا مالينا عن المدين كالنفقة المطلقة وولد اللعان ، أو كانت تؤدي إلى ثبوت للمدين ميراث أو وصية بالنسب .

٤- أن يكون الحق غير قابل للحجز عليه ، لأن الدعوى غير المباشرة تستند إلى الضمان العام للدائنين ، فحقوق المدين غير القابلة للحجز -وهي لا تدخل في هذا الضمان - لا يجوز للدائن استعمالها ؛ لأنه لا يستطيع التنفيذ عليها ، فتصبح الدعوى غير المباشرة دون جدوى . وذلك كحق السكنى ، وحق الاستعمال ، ومرتببات الموظفين ، وديون النفقة .

٤- أن يكون الحق مثقلا إلى حد الاستغراق ، بحيث لا تكون هناك فائدة للدائن في استعماله ، كأن يسترد الدائن عينا مملوكة للمدين من تحت يد الحائز ، وتكون مرهونة ضمانا لدين يستغرق قيمتها ،

ثانيا : الشروط التي ترجع إلى الدائن

الشرط الوحيد في الدائن هو أن يكون له حق موجود ، فلو كان حقه احتماليا كحق الوارث قبل موت المورث أو كان حقه غير خال من النزاع فإن دائنيته لا تكون محققة ، ومن ثم لا يستطيع استعمال حقوق مدينه إلا إذا انقلب حقه المحتمل إلى حق موجود أو أصبح حقه خاليا من النزاع .

ولا يشترط أن يكون حق الدائن مستحق الأداء ، فإذا كان حق الدائن مقرونا بأجل (المضاف) أو معلقا على شرط - سواء كان الأجل أو الشرط فاسخا أو واقفا - فإنه يجوز للدائن استعمال حقوق مدينه .

ولا يشترط أن يكون حق الدائن معلوم المقدار ، فيجوز للمضروب في عمل غير مشروع أن يستعمل حقوق المسؤول بوصفه مدينا بالتعويض قبل أن يحدد القاضي مقدار التعويض .

ولا يشترط أن يكون حق الدائن قابلا للتنفيذ ، فلا يشترط أن يكون ثابتا في سند تنفيذي .

ولا يشترط أن يكون حق الدائن سابقا على حق المدين الذي يستعمله الدائن بالدعوى غير المباشرة ، لأن الضمان العام مقرر على كل أموال المدين الحاضرة والمستقبلة . بخلاف الدعوى البولصية حيث تشترط أسبقية حق الدائن على تصرف المدين المطعون فيه .

ولا يشترط أن يستصدر الدائن إذنا من القضاء بحلولة محل المدين في استعمال حقوقه ؛ لأن نيابة الدائن عن المدين مقررة بحكم القانون ،

ثالثا : الشروط التي ترجع إلى المدين

للمدين ثلاثة شروط :

- ١- فوات الحق على المدين يكون سببا في إعساره أو في زيادة إعساره ، لأنه لو كان عند المدين مال آخر يستوفي منه الدائن حقه لما جاز لهذا الدائن أن يستعمل حقا للمدين لا مصلحة له في استعماله ، ما دام يستطيع استيفاء حقه من غير هذا الطريق ، والمراد بالإعسار هنا هو الإعسار الفعلي بأن تزيد ديون المدين على حقوقه لا الإعسار القانوني الذي يستلزم حكما بشهره بشروط وإجراءات معينة .
- ٢- أن يكون مقصرا في عدم استعمال حقه بنفسه ، أما إذا نشط وأراد أن يباشر بنفسه استعمال حقه ، حتى بعد أن يكون الدائن قد باشر استعمال الحق بالنيابة عنه فإنه يستطيع أن يفعل ، ويجب على الدائن حينئذ أن يمتنع عن المضي في الإجراءات التي بدأها، ويترك إتمامها للمدين .

٣- إدخال المدين كخصم في الدعوى . فلا يجوز للدائن أن يرفع الدعوى غير المباشرة دون أن يدخل المدين خصما ثالثا ، فإذا لم يدخله فإن الخصم هو الذي يدخله حتى يجعل الحكم يسري في حقه ، وللمدين أن يدخل من تلقاء نفسه خصما في الدعوى ، بل له أن يتولاها بنفسه ويقف عمل الدائن كما سبق ذكره .

آثار الدعوى غير المباشرة :

يترتب على استعمال الدعوى غير المباشرة من الدائن باسم مدينه بقصد المحافظة على الضمان العام عدة آثار ، منها ما يعود على المدين ، ومنها على الخصم (مدين المدين) ومنها على الدائن .

أولا : آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة إلى المدين

١- يبقى المدين محتفظا بحقه الذي يباشر الدائن استعماله باسمه ، ولا ترتفع عنه يده ؛ لأن الدائن ليس إلا نائبا عنه ، والقاعدة أن الأصيل يبقى حر التصرف فيما ناب عنه غيره فيه . ، فإذا كان الحق عينا جاز للمدين حتى بعد أن يرفع الدائن الدعوى غير المباشرة أن يبيعها أو يهبها ؛ لأنه مالك لها ، وإن كان الحق ديناً جاز للمدين أن يتصرف فيه حوالة ببيع أو برهن أو بغير ذلك ، ولا يستطيع الدائن إلا أن يطعن في تصرف المدين بالدعوى البولصية إذا توفرت شروطها ، ومن ثم كان التجاء الدائنين إلى حجز ما للمدين لدى الغير أكثر بكثير من التجائهم إلى الدعوى غير المباشرة ، لأن الحجز يرفع يد المدين عن الدين إلى حد كبير ، بخلاف الدعوى غير المباشرة .

الدعوى غير المباشرة يستطيع مدين المدين أن يفي بالدين إلى المدين بخلاف ما إذا حجز تحت يده فلا يستطيع أن يفعل ذلك . ولذلك كانت الدعوى غير المباشرة نادرة في العمل .

٢- لا بد من دخول المدين خصما في الدعوى غير المباشرة ، وإلا كانت غير مقبولة ، وقد سبق بيان ذلك .

ثانيا : آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة إلى الخصم (مدين المدين)

١-علاقة الخصم بالدائن : يستطيع الخصم أن يدفع الدعوى بجميع الدفوع التي كان له أن يواجه بها المدين لو أنه هو الذي رفع الدعوى . لأن الدائن في الدعوى غير المباشرة ليس إل نائبا عن المدين . ومن ثم فلمدين المدين أن يتمسك بكل اتفاق مع المدين كالصلح مثلا في مواجهة الدائن رافع الدعوى ، وكذلك الدفع بانقضاء الدين لأي سبب من الأسباب كالوفاء أو الإبراء أو المقاصة أو التجديد واتحاد الذمة ، وله كذلك أن يدفع ببطالان سند الدين أو المطالبة بفسخ العقد لإخلال المدين بتنفيذ التزاماته^(١) . إلا أنه ليس لمدين المدين أن يتمسك بالمقاصة بينه وبين الدائن شخصا ؛ لأنه ليس له أن يتمسك في مواجهة الدائن إلا بالدفوع التي تجوز له في مواجهة المدين فقط أي الأصيل في الدعوى غير المباشرة .

٢-علاقة الخصم بالمدين : أما علاقة الخصم بالمدين فتبقى هي العلاقة الأصلية ، كعلاقة مدین بدائن ، وللخصم أن يفی دينه للمدين ، ويكون الوفاء صحيحا ، وله أن يصطلح عليه معه ، وان يجده .

ثالثا : آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة إلى الدائن

١- أن الدائن لا يستأثر وحده بنتيجة الدعوى ، فالدائن في الدعوى غير المباشرة ليس إلا نائبا عن المدين ، ويترتب على ذلك أ. أن الحكم الذي يصدر في الدعوى غير المباشرة إنما يصدر لصالح المدين لا الدائن . ب. أو عليه ، وما يحكم به بالتالي يدخل في الذمة المالية

(١) السنهوري ١/٩٧٤ .

للمدين مباشرة ، ولا يفيد منها الدائن بصورة مباشرة ، وإنما يستفيد منها جميع الدائنين للمدين المشتركين في الضمان العام لمدينهم .

أن الدائن يطالب الخصم في الدعوى غير المباشرة بمقدار الحق الثابت في ذمة الخصم لا بمقدار الحق الثابت في ذمة المدين للدائن ج. أن الحق المحكوم به للمدين يكون ضمانا عاما لكل الدائنين ، ولا يستأثر به الدائن الذي رفع الدعوى .

٢-تزاحم الدائنين ، بناء على أن الحق المحكوم به يكون ضمانا عاما لكل الدائنين أن لهؤلاء أن ينفذوا عليه جميعا فيقسموه فيما بينهم قسمة الغرماء بشرط أن يتقدم جميع الدائنين في الوقت المناسب لذلك ، فإن اتخذ الدائن بجانب الدعوى غير المباشرة إجراءات التنفيذ على ما يحكم به لمدينه لاستيفاء حقه منه فإنه يستقل بما حصل عليه ولا يشترك الباقي معه فيه ، إلا أنه غالبا ما يتنبه باقي الدائنين لذلك فينضمون مع هذا الدائن في إجراءات التنفيذ لاقتسام ما يحكم به لمدينهم قسمة الغرماء .

المحاضرة العاشرة

الدعوى المباشرة .

تمهيد : سبق أن بينا ندرة العمل بالدعوى غير المباشرة ، وقلة فائدتها للدائن الذي يباشرها ، بسبب تزامم الدائنين مع الدائن الذي رفع الدعوى ، ولذا يشرع المنظم في بعض الحالات التي يرى فيها أن يولي الدائن حماية خاصة إلى أن يجعل لهذا الدائن - إلى جانب الدعوى غير المباشرة التي يشترك في فائدتها معه سائر الدائنين دعوى مباشرة قبل مدين المدين ، ويستأثر الدائن بفضل هذه الدعوى المباشرة بالحق الذي لمدينه في ذمة مدين المدين .

تعريفها : هي دعوى خول المنظم بمقتضاها الدائن في بعض الحالات من رفعها مباشرة قبل مدين مدينه ويباشرها بصفته الشخصية لا بصفته نائبا عن مدينه ،

ويترتب عليها :

١- أن يستأثر الدائن بالحق الذي لمدينه في ذمة مدين المدين ، ٢- يصبح بمثابة دائن له امتياز على هذا الحق يتقدم بمقتضاه على سائر الدائنين ليستوفي منه حقه .

حالات الدعوى المباشرة :

الحالات التي يجوز فيها اللجوء للدعوى المباشرة منصوص عليها بناء على نصوص نظامية متفرقة، وليس بناء على قواعد عامة ، ومن ثم فهي منصوص عليها على سبيل الحصر ، ولا يجوز القياس عليها ، وتتمثل الحالات التي يجوز فيها الدعوى المباشرة فيما يلي :

١- **علاقة المؤجر بالمستأجر من الباطن** ، فيستطيع المؤجر (الدائن) أن يطالب المستأجر من الباطن (مدين المدين) بما له في ذمة المستأجر الأصلي (المدين) . ويترتب على قيام دعوى مباشرة للمؤجر ضد المستأجر من الباطن أن للمؤجر أن يحجز بحقه حجز ما للمدين لدى

الغير تحت يد مدين المستأجر من الباطن ، فيكون مدين المستأجر من الباطن مدينا لمدينه
فيصح الحجز تحت يده .

٢-علاقة المقاول من الباطن والعمال مع رب العمل ، فيكون للمقاول من الباطن
والعمال(الدائنين) الذين يشتغلون لحساب المقاول الأصلي (المدين) الحق في مطالبة رب
العمل (مدين المدين) مباشرة بما عليه من التزام بدفع الأجر للمقاول الأصلي . وللدائنين
جميعا - عمال المقاول الأصلي ، وعمال المقاول من الباطن ، والمقاولين من الباطن -في
حالة توقيع الحجز من أحدهم حق امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي أو للمقاول
من الباطن وقت توقيع الحجز منهم تحت يد رب العمل أو تحت يد المقاول الأصلي .
فالدعوى المباشرة هنا للدائن ضد مدين مدينه ، بل وضد مدين مدين مدينه في بعض الصور
، وفيها دعم هذه الدعوى المباشرة بحق امتياز .

٣-علاقة الموكل (الدائن) مع نائب الوكيل (مدين المدين) ، إذا أناب الوكيل (المدين) عنه
غيره في تنفيذ الوكالة -سواء كان الوكيل مرخصا له في إنابة غيره عنه أو غير مرخص له -
كان مسؤولا عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو ، ويكون الوكيل
ونائبه في هذه الحالة متضامنين في المسؤولية . فعقد الوكالة من الباطن ما بين الوكيل ونائبه
ينشئ دعوى مباشرة للموكل ضد نائب الوكيل ،ولنائب الوكيل ضد الموكل .

ففي الصورة التي يرخص فيها الموكل للوكيل في إقامة نائب عنه يمكن القول إن نائب الوكيل
بفضل قواعد الوكالة يصبح مباشرة وكيلا للموكل ، فلا حاجة لنا ق بنص ينشئ الدعوى
المباشرة ، وأما إذا لم يرخص الموكل للوكيل في إقامة نائب عنه ، ومع ذلك أقام الوكيل نائبا ،
فقواعد الوكالة وحدها لا تسمح بقيام علاقة مباشرة ما بين الموكل ونائب الوكيل ، ولولا نص
النظام لما أمكن قيام الدعوى المباشرة .

٤- علاقة المضرور مع شركة التأمين ، حيث يستطيع المضرور في حادث سيارة (الدائن) الرجوع بالدعوى المباشرة على شركة التأمين (مدين المدين) التي أمنت على المسئول عن الحادث (المدين) للمطالبة بالتعويض .

آثار الدعوى المباشرة

تقوم فكرة الدعوى المباشرة إما على منفعة قدمها الدائن أو على خسارة تحملها ، فالمنفعة التي قدمها المؤجر للمستأجر كانت سببا في الدين الذي للمستأجر في ذمة المستأجر في الباطن ، والخسارة التي تحملها العامل المصاب في حادث من حوادث العمل كانت سببا في الدين الذي لرب العمل في ذمة شركة التأمين ،

وهذه السببية تبرر أن يكون للدين محل الدعوى المباشرة صاحبان : صاحبه الأصلي ، وهو في المثاليين المتقدمين : المستأجر الأصلي أو رب العمل ، وصاحب مضاف إليه هو نفس الدائن التي تسبب في إيجاد هذا الدين بالمنفعة التي قدمها أو الخسارة التي تحملها وهو المؤجر أو العامل .

ولتوضيح ذلك : نفرض أن الدين الذي في ذمة مدين المدين - أي الدين محل الدعوى المباشرة - هو الأجرة المستحقة في ذمة المستأجر من الباطن للمستأجر الأصلي . فهذا الدين له دائنان : المستأجر الأصلي ، والمؤجر . وللمؤجر مدينان : المستأجر الأصلي ، والمستأجر من الباطن . وتعدد الدائنين أو المدينين في الدين الواحد أمر مألوف في القانون ، وعلى أساس هذه الفكرة - وهي تعدد الدائنين لمدين واحد وتعدد المدينين لدائن واحد في غير تضامن - تبحث في الدعوى المباشرة العلاقة بين الدائن الأصلي ، والمدين ، ومدين المدين على النحو الآتي :

أولاً: العلاقة بين الدائن ومدين المدين

١- يرفع الدائن بصفته صاحب الدين الدعوى المباشرة باسمه هو لا باسم المدين ، وهذا بخلاف الدعوى غير المباشرة فإنه يرفعها باسم المدين ، ولا حاجة لرجوع الدائن على مدين المدين بالدعوى المباشرة إلى أن يكون معسرا أو أن يكون الدائن قد رجع عليه أولاً أو يطلب الدائن الحلول محله .

٢- يستأثر الدائن وحده بفائدة الدعوى المباشرة دون مزاحمة من دائني المدين ؛ لأنه يرفعها بصفته صاحب الدين ، لا بصفته دائنا لصاحب الدين ، فلا يمكن للدائنين الآخرين مشاركة الدائن في حصيلة ما يحكم به في الدعوى المباشرة ؛ لأن هذه الحصيلة تنتقل مباشرة إلى ذمته المالية دون أن يمر بذمة المدين .

٣- لمدين المدين أن يدفع دعوى الدائن -الدعوى المباشرة - بجميع أنواع الدفع الخاصة بالدائن بالإضافة إلى جميع أنواع الدفع الخاصة بالمدين ؛ لأن الدائن هنا في الدعوى المباشرة يباشرها بصفته الشخصية بما له من دين في ذمة مدينه وليس بصفته نائبا عن مدينه ، ومن هنا جاز للخصم (مدين المدين) بالتمسك في مواجهة الدائن بالمقاصة بينه وبين الدائن شخصيا وكذلك المقاصة التي قد تكون بينه وبين المدين . أما في الدعوى غير المباشرة فلا يحتاج مدين المدين إلا بالدفع الخاصة بالمدين دون الدفع الخاصة بالدائن .

٤- يستطيع الدائن أن يستعمل دعوى مدين مدينه قبل مدين مدين المدين ؛ لأن مدين مدينه هو مدينه المباشر ، ويستطيع أن يحجز تحتيد مدين مدين المدين ؛ لأنه يعتبر مدينا لمدينه .

٥- يجوز لمدين المدين أن يفي بالدين للدائن ، ويكون هذا الوفاء مبرئا لذمته قبل المدين ، كما يجوز له -قبل إن ينذر الدائن بالوفاء - أن يفي بالدين للمدين ، ويكون هذا الوفاء مبرئا لذمته قبل الدائن .

ثانيا : العلاقة بين الدائن والمدين

يبقى المدين مدينا لدائنه فيكون للدائن مدينان هما المدين ، ومدين المدين ، وتترتب على ذلك النتائج التالية :

١-يستطيع الدائن أن يستوفي دينه من المدين ، فتبرأ ذمة مدين المدين قبله .

٢-يستطيع لمدين أن يوفي الدين للدائن ، فلا يرجع الدائن بشيء على مدين المدين .

٣-إذا وفي مدين المدين للدائن الدين الذي في ذمته للمدين ، وكان هذا الدين أقل مما للدائن في ذمة المدين ، رجع الدائن على المدين بالباقي له من الدين .

ثالثا : العلاقة بين المدين ومدين المدين

يبقى المدين دائئا لمدين المدين ، فيكون لمدين المدين دائنان : المدين والدائن ، وتترتب على ذلك ما يلي :

١-يستطيع المدين أن يستوفي الدين من مدين المدين -قبل إنذار الدائن لمدين المدين- فتبرأ ذمة مدين المدين نحو الدائن .

٢-يستطيع مدين المدين أن يوفي المدين الدين -قبل إنذار الدائن لمدين المدين- فتبرأ ذمته نحو الدائن .

٣-إذا انقضى الدين بين المدين ومدين المدين قبل إنذار الدائن لمدين المدين بأي سبب من أسباب انقضاء الالتزام كالمقاصة والإبراء سرى ذلك في حق الدائن .

٤-إذا حول المدين الدين الذي له في ذمة مدين المدين ،قبل إنذار الدائن لمدين المدين بالوفاء كانت الحوالة نافذة في حق الدائن .

٥- إذا حجز دائن للمدين تحت يد مدين المدين - قبل إنذار الدائن لمدين المدين - نفذ
الحجز في حق الدائن

٦- بعد أن ينذر الدائن مدين المدين بالوفاء لا يستطيع مدين المدين أن يوفي الدين للمدين ،
ويجب عليه أن يوفي للدائن وحده . على أنه حتى في هذه الحالة يبقى المدين دائنًا لمدين
المدين دون أن يستطيع استيفاء الدين منه .

٧- إذا كان لمدين المدين دائنين هما المدين والدائن فليس هناك تضامن بينهما ؛ لانعدام
السبب القانوني للتضامن .

المحاضرة الحادية عشر

الدعوى البوليصية

(أو دعوى عدم نفاذ تصرف المدين)

تعريفها : هي دعوى تحمي الدائن من تصرفات المدين التي يجريها إضراراً به (كأن يقوم ببيع أمواله بثمن بخس ثم يهرب بما قبض من ثمن محاولاً الفرار من التنفيذ على ماله سداداً لديونه (

الأساس الدعوى البوليصية :

والأساس الذي بنيت عليه الدعوى البوليصية هو أن القانون أراد حماية الدائن من غش مدينه المعسر فهي تعالج موقفاً إيجابياً للمدين المعسر ، وهو إقدامه على التصرف في حقوقه عن عمد لا مجرد إهمال بقصد الإضرار بدائنه ، بخلاف الدعوى غير المباشرة التي تعالج موقفاً سلبياً للمدين المعسر هو سكوته عن استعمال حقوقه عمداً أو إهمالاً .

والدعوى غير المباشرة يرفعها الدائن باسم المدين ، وأثرها ينصرف إلى المدين لا إلى الدائن ، والدعوى البوليصية يرفعها الدائن باسمه هو وأثرها ينصرف إليه لا إلى المدين .

ولا يجوز للدائن الجمع بين رفع الدعويين معاً غير المباشرة والدعوى البوليصية في ذات الوقت ، ولكن له أن يرفع أياً منهما أحدهما بعد الأخرى كأن يرفع دعوى بوليصية للطعن بعدم نفاذ البيع الصادر من مدينه ثم بعد ذلك يرفع دعوى غير مباشرة للمطالبة بحق المدين في الثمن قبل البائع .

والأصل أن الدعوى البوليصية ترفع في صورة دعوى مستقلة إلا أنه يجوز رفعها كذلك كدعوى فرعية أو إثارتها كمسألة فرعية أثناء نظر دعوى أخرى .

شروطه الدعوى البوليصية :

أولاً: شروط تتعلق الدائن

١- أن يكون حقه مستحق الأداء - بخلاف الدعوى غير المباشرة - ويترتب على ذلك:

أ. أنه لا يجوز رفعها إذا كان حق الدائن مضاف إلى أجل واقف ، أو معلق على شرط واقف ، أما إذا كان حق الدائن معلقا على شرط فاسخ أو مقتزنا بأجل فاسخ فإن الدائن يمكنه رفع تلك الدعوى ؛ لأن الشرط الفاسخ والأجل الفاسخ لا يمنعان من أن يكون الحق مستحق الأداء . ب. أنه لا يجوز رفعها إذا كان حقه متنازعا فيه ؛ لأن وجود النزاع يجعله غير مستحق الأداء .

٢- يجب أن يكون حق الدائن سابقا في الوجود على تاريخ التصرف المطعون فيه ؛ لأنه لا يتصور أن يكون المدين قد قصد بتصرفه الإضرار بدائن لم يكن له وجود وقت إبرامه التصرف ، والعبرة في ذلك بتاريخ وجود الحق لا بتاريخ استحقاق أدائه (كما سيأتي).

ثانيا : الشروط التي ترجع إلى التصرف المطعون فيه

يشترط فيما يطعن فيه الدائن من أعمال المدين ثلاثة شروط :

١- أن يكون التصرف قانونيا ، سواء كان التصرف من جانب واحد ، كنزول المدين عن حق عيني كحق الانتفاع أو حق الارتفاق أو حق رهن أو إبرائه مدينا له ، ووقفه عينا مملوكة له وقفا خيريا ، أو صادر من جانبين وسواء كان تبرعا أو معاوضة ، كالهبة ، والبيع ، والمقايضة ، والوفاء بمقابل ، والشركة ، والصلح ، فإذا كان التصرف الصادر عن المدين تصرفا ماديا لم يتصور الطعن فيه، فلو تسبب المدين عمدا أو إهمالا في الإضرار بالغير بعمل غير مشروع فالتزم بالتعويض ، وجعله هذا الالتزام معسرا فلا سبيل للدائن إلى الطعن في العمل غير المشروع ؛ لأنه عمل مادي .

٢- أن يكون التصرف مفقرا ، بأن يكون التصرف القانوني تصرفا ينقص من حقوق المدين أو يزيد من التزاماته ، فالمنقص كأن يهب عينا مملوكة له أو يبرئ مدينا من حق له في ذمته ، وكتصرف المدين في عين مملوكة له بالبيع أو الهبة سواء بئمن عادي أو بئمن بخس أو بدون مقابل . والذي يزيد التزاماته ، كما لو اقترض المدين أو تعهد بالإنفاق على شخص لا تلزم نفقته قانونا ، أو اشترى عينا بئمن يزيد كثيرا عن قيمتها ، أو التزم بدفع أقساط مرتفعة في عقد التأمين .

وأما التصرفات التي لا يترتب عليها إفقار ذمة المدين فلا يجوز رفع الدعوى البوليصية عنها كما لو رفض المدين هبة أو رد إبراء أحد دائنيه له من دين عليه .

وهناك أساليب من التحايل تدخل المنظم لتنظيمها لمنع إضرار المدين فيها بالدائن وهي :

أ- تفضيل المدين لأحد الدائنين دون حق ، والوفاء لبعض الدائنين دون بعض بما يخل بينهم بقسمة الغرماء في لاضمان العام لأموال المدين ، فهل يعتبر هذا التصرف تصرفا مفقرا يجوز الطعن فيه بالدعوى البوليصية أم لا ؟

- إذا وفر المدين المعسر لأحد دائنيه سببا من أسباب التقدم لم يكن له وقت نشوء دينه (كما لو رتب له رهنا على أحد أمواله) فيلزم في هذه الحالة أن يثبت باقي الدائنين التواطأ والغش بين المدين وهذا الدائن الذي قرر له الرهن حتى يقبل الطعن منهم بالدعوى البوليصية .

- إذا قام المدين المعسر بالوفاء لأحد الدائنين قبل حلول أجل الوفاء فيعد تصرفه في هذه الحالة من قبيل التبرع ، ولا تحتاج لإثبات الغش للطعن عليها بالدعوى البوليصية ويلزم في هذه الحالة الدائن الذي تقاضى حقه برده للمدين لكي يقتسمه الدائنون قسمة الغرماء دون حاجة لإثبات أي غش في جانب الدائن أو المدين .

ب. **التدخل في القسمة** ، بأن يتواطأ المدين كشريك على الشئوع مع باقي الشركاء له في المال ، بأن يفرز لنفسه عند إجراء القسمة نصيباً أقل مما يستحقه إضراراً بضمان الدائن ، وهنا يجوز للدائن أن يطعن في القسمة بدعوى البوليصة إذا أثبت الدائن قيام المدين بالغش في تصرفه باستحقاقه نصيب أكبر مما ذكر في دعوى القسمة .

٣- أن يكون التصرف مفيداً للدائن ، بأن يكون الحق الذي تصرف فيه المدين يستطيع الدائن أن يستوفي منه حقه ، وإلا لم تكن له مصلحة في الطعن ، فإذا كان هذا الحق مثقلاً بحقوق عينية للغير تستغرقه ولا تدع منه شيئاً للدائن (كبيع العقار المرهون للدائن المرتهن) أو كان الحق لا يجوز الحجز عليه كالمرتبات والنفقة .

ثالثاً : الشروط المتعلقة بالمدين

أما الشروط التي ترجع إلى المدين فترجع إلى شرطين رئيسيين:

١- أن يكون المدين معسراً ، ٢- الغش والتواطؤ

١- أن يكون المدين معسراً ، والمقصود بالإعسار هنا- كالدعوى غير المباشرة- هو الإعسار الفعلي بأن تزيد ديون المدين على حقوقه لا الإعسار القانوني الذي يستلزم حكماً بشهره بشروط وإجراءات معينة .

ويجب أن يكون تصرف المدين المطعون فيه يسبب إعساره - بأن يكون المدين غير معسر قبل صدور التصرف والتصرف تسبب فيه - أو يزيد في إعساره - بأن يكون المدين معسراً قبل صدور التصرف فزيده- كما يجب أن يبقى المدين معسراً إلى وقت رفع الدعوى البوليصة ، فإذا رفعت وكان المدين معسراً إلا أنه بعد ذلك أصبح موسراً نتيجة ميراث أو صفقة رابحة لم تعد للدائن مصلحة في الطعن في التصرف المرفوع عه الدعوى .

ويقع عبء إثبات إعسار المدين على عاتق الدائن وفقا للقواعد العامة "البينة على المدعي واليمين على من أنكر" إلا أن القانون قد اعتبر أن إثبات الدائن مقدار مديونية المدين قرينة قانونية بسيطة لإثبات الإعسار ، وفي هذه الحالة ينتقل عب الإثبات بفضل هذه القرينة إلى المدين ، وعليه أن يثبت أنه غير معسر بأ، يثبت أن له مالا يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها .

٢- الغش والتواطؤ

غش المدين هو أهم شروط الدعوى البوليسية ، والمقصود به توافر النية لدى المدين في الإضرار بحقوق الدائن ، ولا بد في ثبوته من أمرين :

أ. إثبات غش المدين إذا كان التصرف معاوضة ، فعلى الدائن أن يثبت أن المدين وقت صدور التصرف كان يعلم أن هذا البيع مثلا يسبب إعساره أو يزيده ، ويستطيع كذلك أن يستخلص هذا العلم من بعض القرائن القضائية كما إذا كان المدين قد تصرف لولده أو لزوجته أو لأحد أقاربه ولم يكن لمن تصرف له مال ظاهر يقوم معه احتمال جدي أنه دفع الثمن فإذا أثبت الدائن علم المدين بإعساره كان هذا قرينة قانونية على غش المدين إلا أنها غير قاطعة فهي قابلة لإثبات العكس ، ويستطيع المدين أن ينقضها بأن يثبت خلافها بأ، يثبت أنه رغم علمه بالإعسار لديه إلا أنه لم يقصد الإضرار بدائنه ، بل قصد على سبيل المثال الحصول على حاجته الضرورية من مأكلا وملبس ومسكن أو أن تصرفه مرتبط بعمله ومهنته أو أنه أبرم التصرف على أمل الحصول على ربح يرفع عنه حالة الإعسار .

وأما إذا كان التصرف تبرعا كالهبة مثلا ، فإنه لا ينفذ في حق الدائن ، ولو كان من صدر له التبرع حسن النية ، ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشا .

ب. إثبات علم المتصرف إليه بغش المدين ، ويكفي أن يثبت الدائن علم المتصرف إليه بإعسار المدين قبل التصرف أو نتيجة لهذا التصرف لإثبات علمه بالغش .

آثار الدعوى البوليصية : يترتب على الحكم في الدعوى البوليصية عدة آثار :

١- عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن ، ومن ثم يكون الحق الذي تصرف فيه المدين بالبيع أو الهبة أو تقرير حق عيني على مال له كرهن أو ارتفاق أو انتفاع يظل على الرغم من ذلك هذا الحق في الضمان العام ، ولا يخرج منه ، ويستطيع الدائن التنفيذ على هذا الحق عن طريق حجز ما للمدين لدى الغير .

ونتيجة لهذه القاعدة فإن دائني المتصرف إليه يمتنع عليهم التنفيذ على ما آل إليه من المدين لأن المال لا يدخل في الضمان العام للمتصرف إليه ، أما إذا كان محل التصرف مبلغا من النقود أو دينا أبرئ منه فإن دائني المتصرف إليه يزاحمون الدائن الطاعن بالدعوى البوليصية ؛ لأنه لا يطالب بشيء معين بالذات ، إنما هو ينفذ بالمبلغ المستحق على كافة أموال المتصرف إليه . ويلحظ أن عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن لا يكون إلا بالقدر اللازم للوفاء بحقه .

٢- استفادة جميع الدائنين من آثار الدعوى

متى تقرر عدم نفاذ تصرف المدين في مواجهة الدائن رافع الدعوى البوليصية استفاد منها جميع الدائنين لهذا المدين إذا أضر بهم هذا التصرف من جانب المدين . ومن ثم يجوز لكل دائن آخر غير رافع الدعوى أن يتدخل في تلك الدعوى ويستفيد من الحكم بعدم نفاذ تصرف المدين في مواجهته . فضلا عن أن باقي الدائنين الذين لم يشتركوا في رفع الدعوى البوليصية لهم الحق في التنفيذ على المال الذي عاد إلى الضمان العام بموجب الدعوى

البوليصة واقتسامه قسمة الغرماء على الرغم من عدم قيام بعضهم برفع الدعوى أو التدخل فيها .

٣- جواز اتقاء أثر الدعوى البوليصية ، ويمكن اتقاء أثر الدعوى البوليصية بأحد الوسيلتين التاليتين :

الأولى : بوفاء المدين للدائن رافع الدعوى البوليصية بالتزامه ، فهنا يتعين عدم الاستمرار في الدعوى أو وقف تنفيذ الحكم إذا كان قد صدر .

الثانية : قيام المشتري من المدين بالسداد مباشرة لدائن المدين أو إيداعه خزينة المحكمة وإبلاغ الدائن بالإيداع .

٤- بقاء التصرف صحيحا بين المتعاقدين (المدين والمتصرف إليه) ، ومن ثم يترتب على ذلك ما يلي :

أ. يبقى المبيع ملكا للمشتري والذي يظل ملتزما بدفع ثمنه ، ومن ثم لو أن الدائن نفذ على المبيع واستوفى حقه من جزء من ثمن المبيع فإن باقي المبيع يكون من حق المشتري والذي يستطيع التنفيذ عليه .

ب. يحق للمشتري الرجوع على المدين (البائع) بصفته ضامن وفقا لضمان الاستحقاق الذي يلتزم به قبل المشتري في مواجهة الغير ، كما أن له حق طلب فسخ البيع .

ج. يستطيع المتصرف إليه الرجوع على المدين المتصرف بدعوى الإثراء بلا سبب بما استوفاه دائن المدين من الحق المتصرف فيه .

٥- تقادم الدعوى البوليصية

الدعوى البوليصية تتقادم بصورتين :

الأولى : مرور ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف ودون أن يرفع الدعوى ، ويجب في هذه الحالة أن يعلم الدائنُ بإعسار المدين إذا كان التصرف تبرعا أو أنه منطوق على غش المدين فيما عدا ذلك من التصرفات ، وعلم المتصرف إليه بهذا الغش إذا كان التصرف معاوضة .

الثانية : مرور خمس عشرة سنة من وقت التصرف الذي يحق الطعن فيه بعدم نفاذه في مواجهة الدائن ، ولو لم يعلم الدائن بصدور هذا التصرف أو بسبب عدم نفاذه من الناحية القانونية

المحاضرة الثانية عشرة

الدعوى الصورية :

تمهيد : يلجأ المتعاقدان عادة إلى الصورية عندما يريدان إخفاء حقيقة ما تعاقدوا عليه لسبب قام عندهما ، ومن هنا وجد العقد الظاهر ، وهو العقد الصوري ، والعقد المستتر ، وهو العقد الحقيقي ، ويسمى في المحاكم المصرية عادة بورقة الضد ،

ويمكن تعريف الدعوى الصورية :

بأنها دعوى يرفعها الدائن ضد مدينه الذي يبرم تصرفات غير حقيقية مع الغير بهدف تهريب أمواله عن متناول يد دائنيه أو تعرف بأنها : اتخاذ مظهر كاذب عند إجراء تصرف قانوني .

مثاله : قيام المدين بالاتفاق مع شخص آخر على أن يظهر الأخير بمظهر المشتري لأحد أمواله ليظهر بمظهر المفتقر في ذمته المالية افتقارا ظاهرا وليس حقيقيا ، ويأخذ الأول (البائع) ورقة على المشتري تسمى ورقة الضد يثبت فيها عدم حقيقة التصرف المبرم بين البائع والمشتري .

أقسام الصورية : للصورية قسمان : مطلقة ، ونسبية ، والنسبية إما أن تكون بطريق التستر أو بطريق المضادة أو بطريق التسخير .

الصورية المطلقة : هو إبرام عقد ظاهر لا وجود له في الحقيقة ، ولا تتضمن الورقة المستترة عقدا آخر حقيقيا يختلف عن العقد الظاهر . بل تقتصر هذه الورقة على تقرير أن العقد الظاهر إنما هو عقد صوري لا وجود له ، مثاله : قيام المدين المهدد بالحجز على أمواله ببيع بعض أمواله لأحد أصدقائه بيعا صوريا (غير حقيقي) ، ويأخذ في الوقت ذاته سندا مستترا (ورقة الضد) على المشتري يثبت فيها أن هذا البيع لا حقيقة له .

الصورية النسبية : وهي حالتان:

الصورية بطريق التستر : وتتناول نوع العقد لا وجوده ، وذلك كهبة في صورة بيع ، فالعقد الظاهر هو البيع وهو عقد صوري ، والعقد المستتر هو الهبة ، وهو العقد الحقيقي .

الصورية بطريق المضادة : ولا تتناول وجود العقد ولا نوعه بل ركنا أو شرطا فيه ، كعقد بيع يذكر فيه ثمن أقل من الثمن الحقيقي تخففا من رسوم التسجيل للمبيع ، أو ثمن أكثر من الثمن الحقيقي بغرض منع الشفيع في عقد الشفعة من حق المطالبة بالشفعة ، وذكر تاريخ سابق في العقد سابق على مرض الموت للمتصرف حتى يجعله صحيحا ، ويحتفظ المتعاقدان بسند مستتر وهو ورقة الضد ، يذكر فيه الثمن على حقيقته .

الصورية بطريق التسخير : وتتناول شخص أحد المتعاقدين ، حيث يكون اسم الخص الظاهر اسما مستعارا ، كالشراء باسم مستعار بغرض إخفاء شخصية المشتري تحايلا على الأشخاص أو على النظام .

شروط الدعوى الصورية :

- ١- أن يوجد عقدان يتحد فيهما الطرفان والموضوع .
- ٢-، يختلف العقدان من حيث الماهية أو الأركان أو الشروط .
- ٣- أن يكونا متعاصرين ، فيصدرا معا في وقت واحد .
- ٤- أن يكون أحدهما ظاهرا علنيا ، وهو العقد الصوري ، والآخر مستترا وهو العقد الحقيقي .

تمييز الصورية عن حالات مشابهة :

هناك حالات مشابهة للصورية يجب تمييز الصورية عنها ، ومن ذلك :

١-تختلف الصورية عن التدليس في أنها عمل يتفق عليه المتعاقدان متواطئين معا ، فليس يغش أحدهما الآخر ، وإنما يريدان معا غش الغير أو إخفاء أمر معين أما التدليس فعمل يقوم به أحد المتعاقدين لتضليل المتعاقد الآخر .

٢-تختلف الصورية عن التزوير لأن كلا من المتعاقدين عالم بالصورية ومتواطئ عليها مع الآخر ، فلا يجوز إذن الطعن في العقد الرسمي أو العرفي بالتزوير بسبب صوريته.

٣-تختلف الصورية عن التحفظ الذهني في أن الأولى نتيجة تدبير واتفاق بين طرفين ، وأما التحفظ الذهني ففيه يستقل أحد الطرفين - دون أن يتفق مع الآخر - بإظهار إرادة وإبطان إرادة أخرى تختلف عن الأولى ، وإرادته الظاهرة غير جدية إذ تحفظ ذهنيا بإرادة باطنة تختلف عنها ، فالتحفظ الذهني نوع من الصورية في الإرادة الظاهرة ، ولكنها صورية غير متفق عليها بين المتعاقدين .

منطقة الصورية :

أكثر ما تكون الصورية في العقود، ولكن هذا لا يمنع من أن تكون في التصرف القانوني الصادر من جانب واحد بشرط أن يكون هذا التصرف موجها إلى شخص معين ؛ لأن الصورية نتيجة اتفاق ، ولا يتصور الاتفاق إلا من شخصين يتعاملان معا ، فالتنازل عن حق عيني أو الإبراء من دين أو إنهاء علاقة قانونية قائمة كل هذا يتم بتصرف قانوني من جانب واحد ، وقد يكون هذا التصرف صوريا إذا اتفق الطرفان على أن التنازل أو الإبراء أو إنهاء العلاقة القانونية لا يقع ، وأن الحق العيني أو الدين أو العلاقة القانونية كل هذا يبقى قائما بالرغم من التصرف الصوري .

أحكام الصورية :

تمهيد

الخلف العام : هو من يخلف غيره في ذمته المالية كلها أو في جزء شائع منها ، كالثالث والرابع والنصف ، فيشمل ذلك الوارث والموصى له بجزء شائع من التركة كالثالث ، والخلف العام يخلف سلفه بمقتضى أحكام الميراث والوصية ، فمن الطبيعي أن يتأثر بالعقود التي أبرمها سلفه .

الخلف الخاص : من يتلقى من غيره ملكية شيء معين بالذات أو حقا عينيا على هذا الشيء ، فالمشتري يعتبر خلفا خاصا للبائع ، والموهوب له يعتبر خلفا خاصا للواهب ، والمرتهن يعتبر خلفا خاصا للراهن ، ومن الطبيعي أن لا يتأثر الخلف الخاص بكل تصرفات سلفه ، بل يتأثر بالتصرفات الصادرة من سلفه والتي تتعلق بالشيء الذي انتقل إليه منه ، كما يجب أن يكون التصرف صادرا من سلفه قبل انتقال الشيء إليه ، كما إذا رهن شخص داره عند المصرف العقاري ثم باعها ، فالدار تنتقل إلى المشتري وهي مرهونة .

١- أحكام الصورية بالنسبة إلى المتعاقدين والخلف العام :

١- العبرة بالعقد الحقيقي ، فالبايع السوري يبقى مالكا للعين ، وتنتقل منه الملكية إلى وارثه ، والمشتري السوري لا تنتقل إليه ملكية العين ، ومن ثم لا تنتقل منه هذه الملكية إلى وارثه .

٢- وجوب إثبات العقد الحقيقي والشروط الواجب توفرها فيه ، فمن يريد أن يتمسك بالعقد المستتر في مواجهة العقد الظاهر يجب عليه هو أن يثبت وجود العقد المستتر الذي يريد التمسك به ، وإذا لم يستطع إثبات ذلك ، فالعقد الظاهر هو الذي يعمل به ، ويعتبر جديا لا صوريا .

كما يجب أن تتوافر في العقد المستتر جميع الشروط الموضوعية التي يتطلبها القانون ، فعقد الهبة المستتر في صورة البيع مثلا يجب أن يصدر من ذي أهلية للهبة ، وأن تتوافر فيه أركان الهبة الموضوعية وشروط صحتها .

٢- أحكام الصورية بالنسبة إلى الغير

بيان المقصود بالغير في الصورية : الغير ، هو كل من الدائن الشخصي لطرفي التصرف ، وخلفهم الخاص^(١) ، فدائن البائع في البيع الصوري يعتبر من الغير ، ودائن المشتري في البيع الصوري يعتبر من الغير ،

وتوسعت محكمة النقض المصرية واعتبرت من الغير كل من لم يكن طرفا في العقد الصوري أو خلفا عاما لأحد طرفية ممن لهم حقوق تتأثر بهذا العقد الصوري .

١- للغير أن يتمسك بالعقد المستتر ، متى ما كانت له مصلحة في ذلك ، ويطعن بالصورية في العقد الظاهر وأن يثبت صوريته بكافة طرق الإثبات .

مثاله : دائن البائع الصوري له أن يثبت بكل طرق الإثبات أن البيع الظاهر لا وجود له في الحقيقة ، حتى لا يخرج المبيع من ضمانه العام ، ويمكنه التنفيذ عليه بوصفه ما زال في ملك مدينه . وللدائن أيضا أن يتمسك بأن البيع هو في حقيقته هبة حتى يسهل عليه الطعن فيه بالدعوى البوليصية .

٢- للغير أن يتمسك بالعقد الظاهر إذا كانت له مصلحة في ذلك ، وبشرط أن يكون حسن النية أي لا يعلم وقت تعامله مع المالك الظاهر أن العقد الظاهر إنما هو عقد صوري ، بل اعتقد أنه عقد جدي واطمأن إليه وبني عليه تعامله ، وأما إذا كان عالما وقت تعامله بصورية

(١)

العقد الظاهر فليس ثمة مبرر لحمايته ، وكان العقد الذي يسري في حقه هو العقد الحقيقي شأنه في ذلك شأن المتعاقدين ، أي يكون الغير جاهلا بصورية العقد الظاهر حتى يستطيع أن يتمسك به .

والمفروض أن الغير حسن النية لا علم له بالعقد المستتر ، وعلى من يدعي عكس ذلك أن يثبت ما يدعيه .

وبذا يصبح للغير أن يختار بين العقد المستتر أو العقد الظاهر حسب مصلحته ، وهو إن تمسك بالعقد المستتر ؛ فلأنه العقد الحقيقي الذي أراده المتعاقدان بناء على مبدأ سلطان الإرادة للمتعاقدين، وإذا تمسك بالعقد الظاهر ؛ فلأن هذا العقد قد خلق مظهرا انخدع به واطمأن إليه ، وليس للمتعاقدين أن يستفيدا من غشهما في علاقتهما بالغير بناء على مبدأ استقرار التعامل ، ومن ثم قد يتعارض المبدأ ، فيتمسك أحد الأغيار بالعقد الظاهر ، والآخر بالعقد المستتر .

٣-الأولوية لمن يتمسك بالعقد الظاهر في حالة تعارض مصالح الغير ،

فلو فرض أن في بيع صوري أن يكون للبائع دائن وللمشتري دائن ، فدائن البائع مصلحته أن يتمسك بالعقد المستتر ، ودائن المشتري مصلحته أن يتمسك بالعقد الظاهر ، ولا يمكن أن نأخذ بالعقدين معا ، فتكون الأولوية لمن يتمسك بالعقد الظاهر ؛ حماية لاستقرار التعامل ، ويترتب على ذلك أن دائن المشتري في البيع الصوري يفضل على دائن البائع فيقوم هو دون دائن البائع بالتنفيذ على العين المبيعة صوريا .

المحاضرة الثالثة عشر

الحق في الحبس

تعريفه : وسيلة لحمل المدين على تنفيذ التزاماته ، فهو بمثابة ضمان أعطاه القانون لكل دائن يكون مدينا في الوقت ذاته لمدينه .

التكليف القانوني لهذا الحق : وعلى ذلك فالتكليف القانوني لحق الحبس هو أنه حق المدين في أن يقف الوفاء بدينه حتى يستوفي الدين الذي له في ذمة دائنه ، فهو دفع بعدم التنفيذ ، فهو بمثابة ضمان خاص لكل دائن يكون مدينا في الوقت ذاته لدائنه

سنده القانوني : يستند إلى اعتبارات العدالة وحسن النية التي يجب أن تسود المعاملات حيث يقتضي العدل والمنطق القانوني بأن يقوم الشخص بأداء ما عليه لآخر قبل أن يطالبه باستيفاء ماله قبله .

مثاله : يحق للبائع (وهو دائن للمشتري بقيمة ثمن المبيع ، ومدين في ذات الوقت للمشتري بمقتضى عقد البيع لالتزامه بنقل ملكية المبيع للمشتري وتسليمه إياه) أن يجبس المبيع تحت يده حتى يستوفي الثمن من المشتري (الدائن)

ويحق للمودع لديه الوديعة أن يمتنع عن ردها حتى يتقاضى أجره في الحفاظ عليها وما أنفقه في حفظها ، ويحق للناقل أن يتحفظ على البضاعة المنقولة لحين استيفائه أجره النقل ، وما أنفقه في الحفاظ عليها أثناء عملية النقل.

شروط الحق في الحبس

الشرط الأول: وجود التزام على الحابس بأداء شيء ، فالدائن يلتزم بأداء شيء معين قبل المدين ، وهذا الشيء هو المحل الذي يرد عليه الحبس ، ويكون في حوزة الدائن إلا أنه يمتنع عن تسليمه حتى يستوفي حقه من مدينه .

ويستوي أن يكون الشيء المحبوس عقارا أو منقولاً أو معيناً بذاته أو معيناً بنوعه ، وسواء كان عمل أو امتناع عن عمل (كالمقاول الذي يمتنع عن إتمام عمله حتى يستوفي ما تم الاتفاق عليه من الأجرة معجلة)

ولا يشترط أن يكون الشيء المحبوس مملوكاً للمدين ، بل يمكن أن يكون مملوكاً للدائن الحابس نفسه ، وعليه التزام بأدائه للمدين ، فالمؤجر له أن يجبس العين المؤجرة عن المستأجر حتى يستوفي الأخير الأجرة)

وقد يكون الشيء مملوكاً للحابس أو في حيازته قانونية أو عرضية (مثل المستأجرة ، والمودع لديه ، والمستعير)

ويستثنى من ذلك ما يلي :

١- يشترط في المال أو الشيء محل الحبس ألا يكون متعلقاً بملكية عامة أو أنه لا يجوز الحجز عليه (فلا يجوز لرب العمل أن يجبس أجر العامل إلا في حدود القدر الجائر ، بما لا يزيد على ربع الراتب)

٢- لا يجوز للمحامي أن يجبس لديه المستندات الخاصة بموكله نظير باقي أتعابه .

٣- لا يجوز أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع مثل من يسرق منقولاً أو يغتصب عقاراً فإنه يجب عليه أن يرد العين إلى مالكها ثم يطالب بعد ذلك بما أنفق عليها .

الشرط الثاني: وجود حق للحاسب مستحق الأداء ، فيجب أن يكون الحق المقرر للحاسب مدنيا (لأن الدين الناشئ عن التزام طبيعي ليس فيه جبر في الأداء ، وأن يكون محقق الوجود ، ومستحق الأداء ، فلا يجوز أن يكون حق الحاسب سابق على الحيازة كواقعة مادية (فالصانع الذي يتسلم بموجب عقود متتالية أشياء لصنعها لا يجوز له أن يجبس الأشياء التي تسلمها بموجب عقد سابق لانعدام الارتباط بين الالتزامين في هذه الحالة .

الشرط الثالث : يجب أن يكون هناك ارتباط بين حق الحاسب والتزامه بأداء الشيء ، أي أنه يلزم أن يكون هناك ارتباط بين حق الحاسب وبين التزامه بتسليم الشيء الذي يجبسه حتى يمكن أن يبرر حبس الشيء عن المدين كوسيلة لجبره على الوفاء بما التزم به . والارتباط المقصود به هنا قد يكون ارتباط قانوني أو ارتباط مادي كما في حالة الوديعة حيث يحق للمودع لديه أن يجبس العين المودعة لديه حتى يستوفي ما أنفق عليها من مصروفات للحفاظ عليها أو تعويضه عما لحقه من خسارة بسببها .

آثار الحق في الحبس

يستطيع الدائن أن يستعمل الحق في الحبس إذا توفرت شروطه السابقة ، ولا يلزم لذلك إعدار المدين ، ولا الحصول على ترخيص أو حكم قضائي ، ولا يجوز للدائن أن يتعسف في استعمال حقه في الحبس فهو لا يجوز له حبس الشيء في الحالات التالية :

- ١- إذا قام المدين بتنفيذ الجزء الأكبر من التزامه وبقي جزء يسير .
- ٢- إذا كان الدائن هو الذي تسبب بغشه أو إهماله في عدم تنفيذ المدين لالتزامه .
- ٣- إذا كان الدائن عليه واجب البدء في تنفيذ التزامه ، إلا أنه قصر في ذلك مما حمل المدين على عدم الوفاء بتعهدده .

٤- إذا استند الدائن لأسباب غير جدية لتبرير عدم الوفاء بالتزامه ، كما لو كان قد اشترى عقارا وقام بحبس الثمن استنادا إلى تعرض غير جدي له كمجرد احتمال وجود حقوق عينية للغير على العقار المبيع .

٥- إذا حبس الدائن لمدينه دين خال من النزاع ومستحق الأداء حتى يستوفي منه حقا متنازعا فيه ، وذلك كالمستأجر الذي يحبس الأجرة حتى يقوم المؤجر بأجراء بعض الترميمات التي ينازع في وجوبها عليه .

حقوق الحابس

١- الامتناع عن تسليم العين حتى يستوفي حقه كاملا من أصل وفوائد ومصروفات ، وللمدين أن يجبر الحابس على تسليم المحبوسة إذا قام بالوفاء بما عليه من دين أو قدم تأمين كافي للوفاء بحق الحابس أو كفيلا عنه للسداد في حالة عجزه عن السداد أو أن يعرض المدين الوفاء للحابس بدينه أو يودع مقدار الدين خزينة المحكمة .

٢- الحق في الحبس لا يعطي للحابس امتيازاً على الشيء المحبوس لديه ، لأن حقه عليه ليس حقا عينيا يخول له حق التتبع أو الأفضلية على الشيء وإنما يستند لاعتبارات العدالة والاستقرار القانوني في المعاملات ، ويترتب على ذلك ما يلي :

أ. أن الحابس إذا قام بإجراء التنفيذ العيني على العين لاستيفاء حقه لا يجوز له أن يسبق باقي الدائنين لمدينه في اقتضاء حقه وإنما يشترك معهم فيها ، ويقتسمونها بينهم قسمة الغرماء .

ب. تظل العين كالمحبوسة ملك لصاحبها ، وتدخل في الضمان العام لدائنيه ، ويمكنهم التنفيذ عليها في يد الحابس .

ج. لا يخول الحق في الحبس سلطة للحابس في تتبع الشيء ، فلو تصرف المدين صاحب ملكية الشيء الذي تحت يد الحابس بالبيع لشخص آخر ، فلا يجوز للحابس أن يتتبع هذا

الشيء في أي يد أخرى انتقلت إليها ملكية الشيء ، وكل ما يحق له هو أن يرفض تسليم الشيء الذي تحت يده للمالك الجديد إلا بعد الوفاء بحقه لدى المدين ، ثم يرجع هذا المالك الجديد على المدين الذي باع له هذا المال دون دفع ما يستحق عليه .

واجبات الحابس

١- المحافظة على الشيء المحبوس ، وبذل عناية الرجل المعتاد بشأنها ، فهو غير مسئول عن فعل السبب الأجنبي الذي لا يد له فيه .

٢- تقديم حساب عن غلة الشيء المحبوس تحت يده ، ويستنزل من هذا الحساب نفقات الإستغلال ، كالأرض الزراعية المؤجرة أو الحديقة أو السيارة ، والأوراق المالية كالأسهم والسندات ، فاستغلال الشيء المحبوس واستثماره واجب على الحابس .

٣- رد العين المحبوسة إلى من له الحق في تسلمها عند انقضاء حقه في الحبس سواء بوفاء الدين أو انقضاء الحق في الحبس .

انقضاء الحق في الحبس

ينقضي بأحد صورتين : الأولى :

١- انقضاء الحبس بطريق تبعي ، وذلك بانقضاء حق الحابس لدى مدينه بما يترتب عليه بالتبعية من انقضاء الحق في الحبس ، وذلك إما بالوفاء أو المقاصة أو اتحاد الذمة أو بالإبراء أو سقوط الدين لاستحالة تنفيذه لسبب أجنبي ، والحبس لا يسقط بالتقادم ؛ لأن حبس المال تحت يد الحابس يقطع تقادمه حيث إن بقاء العين في الحبس يعتبر قرارا ضمنيا متجددا من جانب المدين بأنه مدين للحابس .

٢- انقضاء الحق في الحبس بطريق أصلي ، وذلك إذا ما نقضى الحق في الحبس بطريقة أصلية مستقلة عن الحق الذي قام لاستيفائه ، ففي هذه الحالة ينقضي الحبس وحده دون حق الحابس قبل مدينه ، وذلك في الحالات التالية :

١- إذا قدم المدين تأميناً كافياً لضمان حق الحابس ، ويستوي أن يكون هذا التأمين شخصياً كالكفالة أو عينياً كالرهن .

٢- إذا هلكت العين المحبوسة ، وذلك لزوال محلها ، فإذا هلكت العين بفعل الحابس كان مسئولاً عن التعويض ، أما إذا كان بفعل سبب أجنبي لا يد له فيه فإن العين تملك على صاحبها أي يتحمل تبعه هلاكها ، ولا يعوض في هذه الحالة .

٣- إذا أخل الحابس بالتزامه بالمحافظة على الشيء المحبوس إخلالاً خطيراً ، فيجوز للمدين أن يطلب من المحكمة إسقاط حق الحابس بناء على حكم قضائي .

٤- إذا نزل الحابس من تلقاء نفسه عن حقه في الحبس قبل أن يستوفي حقه من المدين ، وسواء كان هذا التنازل صريحاً أم ضمناً (بالتخلي عن العين للمدين اختيارياً من الحابس) ، وللمحكمة سلطة تقديرية في إثبات ما إذا كان التخلي اختيارياً أم نتيجة اغتصاب أو اختلاس للعين من حابسها .

وإذا خرج الشيء من يد الحابس خروجاً إرادياً اختيارياً ثم عاد إليه مرة أخرى لنفس السبب في احتباسه من قبل ، فإن الحق في الحبس يعود إليه مرة أخرى من جديد ، كقيام ميكانيكي بإصلاح سيارة واستعادها صاحبها منه دون دفعه أجره الإصلاح ، ثم عاد مرة أخرى له وأعطاه له لاستكمال إصلاحها ، فهنا يعود الحق في الحبس لاستيفاء أجره الإصلاح ، وذلك لوحدته السبب الذي من أجله عادت إليه السيارة .

فكرة الحق في الحبس في الفقه الإسلامي

فكرة الحق في الحبس معروفة في الفقه الإسلامي وقد نصت المادة ٣٢٩ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل على أنه (إذا كان الثمن حالاً وكان غائباً عن المجلس فللبائع حبس المبيع لقبض الثمن)

وبالتالي يجوز للبائع حبس الشيء المبيع حتى يقوم المشتري بالوفاء بالثمن كاملاً. أما إذا اتفق المتبايعان على تأجيل الثمن فليس للبائع حق حبس المبيع.

المحاضرة الرابعة عشر

الإعسار

تمهيد: يقترب الإعسار من نظام الإفلاس التجاري الذي يقوم على مقومات ثلاثة :

الأول : ألا ينفرد أحد الدائنين دون الباقي بالاستئثار بمال المدين إلا إذا كان له على هذا المال حق خاص - رهن أو امتياز أو حبس أو نحو ذلك - والثاني : أن تغل يد المدين عن التصرف في أمواله ، والثالث : أن تصفى أمواله تصفية جماعية ، وتشارك وسائل الضمان العام التي ذكرناها من قبل من الدعوى غير المباشرة ، والبوليصة ، والصورية ، والحق في الحبس في مقوم واحد فقط هو المقوم الأول وهو عدم انفراد أحد الدائنين دون الباقي بالاستئثار بمال المدين أما المقومان الآخران فيتميز بهما الإفلاس التجاري ، أما الإعسار المدني فيتميز عن الوسائل المدنية الأربعة التي سبق ذكرها بأنه يشترك مع الإفلاس التجاري في مقومين من مقوماته الثلاثة : عدم انفراد الدائنين دون الباقي بالاستئثار بمال المدين ، وأنه تغل يد المدين عن التصرف في أمواله ، ويختلف عن الإفلاس التجاري في المقوم الثالث ، وهو التصفية الجماعية.

أنواع الإعسار :

الإعسار نوعان فعلي : وهو حالة واقعية تنشأ عن زيادة ديون المدين -سواء كانت مستحقة الأداء أو غير مستحقة الأداء ما دامت محققة الوجود- على حقوقه . وهذه لا تحتاج إلى شهرها بموجب حكم قضائي ، والإعسار القانوني : فحالة قانونية تنشأ من زيادة ديون المدين المستحقة الأداء على حقوقه . دون الديون المؤجلة ، وهذه تحتاج إلى شهرها بموجب حكم قضائي يجعل المدين في حالة إعسار ، والإعسار المقصود هنا هو الإعسار القانوني . فلو كانت أموال المدين تقدر بعشرة آلاف ، وكانت ديونه الحالة ثمانية آلاف ، وديونه المؤجلة أربعة آلاف ، فهذا المدين معسر إعسارا فعليا ؛ لأن مجموع ديونه الحالة والمؤجلة يزيد على مجموع أمواله ، وهو غير معسر إعسارا قانونيا ؛ لأن ديونه الحالة لا تزيد على ما عنده من مال ، ولو كانت الديون الحالة اثني عشر ألفا لكان المدين معسرا إعسارا قانونيا ؛ لأن ديونه الحالة أصبحت تزيد على أمواله . فكل معسر إعسارا قانونيا لا بد أن يكون معسرا إعسارا فعليا ولا عكس . كما أن الإعسار القانوني على ضيقه أوسع من الإفلاس التجاري الذي يجيز شهر إفلاس المدين التاجر الذي توقف عن دفع دينه ، ولو كان هذا المدين غير معسر فعليا ولا قانونيا .

شهر حالة الإعسار :

لا بد لثبوت حالة الإعسار من أمرين : ١- دعوى ترفع بذلك ، ٢- وحكم يصدر بشهر الإعسار ، وذلك على النحو الآتي :

١- المدعي عليه في دعوى الإعسار هو المدين المعسر دائما ، وأما المدعي فيكون في الغالب أحد دائنيه ، لغرض : أ. منع المدين من التصرف في أمواله بطريقة تضر بالدائنين ، ب. أو منع الدائنين الآخرين من أخذ حقوق اختصاص على عقارات المدين للتقدم بها على سائر المدينين ، ج. أو إسقاط أجل لحقه من خلال مبادرة الدائن إلى شهر إعسار المدين بدين حال غير الدين المؤجل فيسقط أجل الدين المؤجل ، أو قد يكون وقد يكون هو المدين

نفسه ؛ لغرض : أ. الحصول على منحه آجالاً للديون الحالة ، ب. أو مد الآجال للديون المؤجلة ، ج. أو لغرض الحصول على نفقة يقتات منها بعد الحجز على إيراداته .

٢- يقع عبء إثبات إعسار المدين على من يطلب شهر إعساره وهو المدعي أي الدائن ، بجميع طرق الإثبات ، ويعد توقف المدين عن أداء دينه للدائن قرينة على إعسار المدين ، وعلى المدين نفي هذه القرينة بإثبات أن أمواله تكفي للوفاء بديونه المستحقة للأداء.

٣- يكون شهر الإعسار بناء على طلب المدين نفسه أو طلب أحد الدائنين ، ولا يجوز للمحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها بشهر إعسار المدين غير التاجر ، بخلاف الإفلاس التجاري الذي يعطي للمحكمة هذه السلطة .

٤- تختص بالحكم في شهر الإعسار المحكمة الابتدائية التي يقع موطن المدين المعسر في دائرتها ، ويجوز المعارضة في هذا الحكم إذا كان غائباً ، وذلك خلال ٨ أيام من تاريخ إعلان الحكم للمدين . ويجوز استئنافها خلال ١٥ يوماً من نفس التاريخ .

الآثار المترتبة على شهر الإعسار

يترتب على شهر إعسار المدين نوعان من الآثار : آثار إلى المدين ، وآثار إلى الدائنين .

أولاً: بالنسبة إلى المدين

١- عدم نفاذ تصرفاته في مواجهة الدائنين متى كانت ضارة بهم .

٢- لا يسري في حق الدائنين أي وفاء يقوم به المدين تحقيقاً للمساواة بينهم .

٣- توقع على المدين عقوبة التبديد إذا ارتكب في حق الدائنين عملاً من أعمال الغش البين إضراراً بدائنيه كتعمد الإعسار ، أو إخفاء بعض أمواله ن أو اصطناع عقود صورية .

٤- يمكن للمدين أن يقدم عريضة للقاضي حتى يترك بعض أمواله الضرورية لمعيشته وعدم التنفيذ عليها لتدبير نفقاته ، وللمدين حق التظلم من هذا التقدير إذا رآه غير كافي

ثانيا : بالنسبة للدائنين

يترتب على الحكم بشهر الإعسار حلو كل ما في ذمة المدين من ديون مؤجلة ، ومن ثم يستطيع الدائنون المؤجلة ديونهم مشاركة أصحاب الديون الحالية .

٢- لا يجوز أن يحتج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار بالمحكمة بأي اختصاص حصلوا عليه يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل . أما إذا كان حق الاختصاص سابق على التسجيل فإنه ينفذ في مواجهة كافة الدائنين .

٣- لا يحول شهر الإعسار دون اتخاذ الدائنين إجراءات فردية ضد المدين كطلب الحجز على أموال المدين ، وهذه الخاصية لا تتوافر في نظام الإفلاس التجاري حيث تنتقل إدارة أموال المدين إلى (السنديك) والذي لا يجوز لأحد الدائنين أن يقوم منفردا باتخاذ إجراءات منفردة ضد المدين وإنما يجب أن تكون الإجراءات المتخذة ضد المدين جماعية ودون تمييز دائن على آخر .

انتهاء حالة الإعسار : ينتهي الإعسار بصورتين :

١- بحكم القاضي في حالتين

أ. إذا أصبحت ديون المدين لا تزيد على أمواله .

ب. إذا قام المدين بوفاء ديونه التي حلت ، فلا يدخل في حسابه الديون التي كانت مؤجلة وحلت بسبب شهر الإعسار .

٢- بقوة القانون : متى انقضت ٥ سنوات على تاريخ التأشير بالحكم الصادر بشهر الإعسار ، والحكمة من ذلك عدم إطالة حالة الإعسار لما فيها من قيود على المدين المعسر ، ويكفي للدائنين إعطاؤهم مدة الخمس سنوات لطلب تصفية أموال المدين .

وإذا زالت حالة إعسار المدين بحكم قضائي أو بقوة القانون يعود له حق التصرف في ماله ، ولكن قد يقع أن هذا المدين الذي زالت حالة إعساره القانوني يبقى معسرا إعسارا فعليا ، ففي هذه الحالة يصبح المدين خاضعا لأحكام كل من الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية الذي يشترط فيهما الإعسار الفعلي لا القانوني .

الحجر على المدين المفلس في الفقه الإسلامي

يقصد بالحجر حسب ما جاء في مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل: (منع المالك من التصرف في ماله سواء كان هذا المنع من قبل الشارع كالحجر الذي على الصغير والمجنون أو من قبل الحاكم كالحجر على المفلس والسفيه)

و أثر الحجر يتمثل في منعا لمالك من التصرف في ماله سواء كان قد حجر عليه بسبب صغر السن أو الجنون أو لأنه مدين مفلس أو لأنه سفيه.

شروط الحجر في الذهب الحنبلي:

- ١ - أن يطلب الحجر على المدين الغرماء كلهم أو بعضهم فلا يجوز الحجر على المدين إذا لم يطلب أحد الغرماء ولا يحجر على المدين بطلب منه
- ٢ - أن يكون المدين مفلساً أي أن ديونه تزيد على أمواله.
- ٣ - أن تكون الديون حاله أي أن تكون ديون الدائنين مستحقة الأداء.

آثار الحجر على المدين وفقاً للمذهب الحنبلي:

- ١ - منع المالك من التصرف في ماله

- ٢ - تقسيم ما كان من جنس الدين من مال المفلس وبيع ما ليس من جنسه بثمن المثل وتقسيمه ولا يشترط استئذان المفلس والغرماء في ذلك ويستحب إحضاره وإحضار غرمائه عند البيع.
- ٣ - يجب للمفلس ولعياله نفقه من مأكّل ومشرب وكسوه ويجب أن يترك له ما يحتاج من مسكن وخادم وآله وحرفته أو ما يتجر به إن كان تاجرًا.
- ٤ - من وجد عين ماله لدى المحجور عليه (المفلس) فهو أحقّ به، فلو أن أحد الدائنين وجد عند المفلس عين ما كان قد باعه فله استرجاعها.
- ٥ - لا يحل أجل الدين المؤجل بتفليس المدّين.

المحاضرة الخامسة عشر

الأوصاف المعدلة لآثار الالتزام

- الأصل في إنتاج الالتزام لآثاره أن يكون بسيطاً لم يلحقه وصف ما ، وذلك أن عناصر الالتزام ثلاثة :
- ١-رابطة قانونية تربط المدّين بالمدّائن ، وهذا الرابطة وجودها محقق ،ونفاذها فوري ،
 - ٢- ومحل الالتزام ، وهو الشيء الذي يلتزم المدّين بأدائه ، وهو محل واحد ،
 - ٣-وطرفا الالتزام ،وهما الدائن والمدّين ، وكل منهما واحد لا يتعدد ، إلا أن ثمة أوصاف قد تلحق بهذا الالتزام ، والوصف هو أمر معين يلحق الالتزام في أحد عناصره ، ويؤدي إلى تعديل آثاره ، وهذا الوصف إما أن يلحق بالعنصر الأول ، فتعلق الرابطة على شرط ويصبح وجوهاً غير محقق ويسمى هذا الوصف بالشرط ، أو يتراخى نفاذ الرابطة إلى أجل ، ويسمى هذا الوصف بالأجل .

وإما أن يلحق الوصف بالعنصر الثاني وهو المحل فلا يكون هذا المحل واحدا ، بل يتعدد ،
والتعدد إما كأن يكون جَمِيعا ، أو تَخِييريا أو بدليا ، وإما أن يلحق الوصف العنصر الثالث
من عناصر الالتزام ، فيتعدد أحد الطرفين الدائن أو المدين أو يتعدد كلاهما ، وتعدد كل من
المدين والدائن قد يكون من غير تضامن أو يكون بطريق التضامن ، وقد يتعدد الدائن أو
المدين في التزام يكون غير قابل للانقسام فيكون لعنصر طرفي الالتزام أوصاف ثلاثة : تعدد
الطرفين في غير تضامن ، وتعددتهما بطريق التضامن ، وعدم القابلية للانقسام . ومن ثم
فالكلام في أوصاف الالتزام يكون في ثلاثة فصول : الأول : في الشرط والأجل ، والثاني في
تعدد محل الالتزام ، والثالث في تعدد طرفي الالتزام .

الفصل الأول

الشرط والأجل

يعرف الشرط بأنه: أمر مستقبل غير محقق الوقوع ، يترتب على وقوعه وجود الالتزام أو زواله .
ويعرف الأجل بأنه : أمر مستقبل محقق الوقوع ، يترتب على وقوعه نفاذ الالتزام أو انقضاءه .
فلو قال شخص لآخر أهبك هذا الشيء إذا نجحت في الاختبار ، فالنجاح في الاختبار هو أمر مستقبل غير محقق الوقوع ، ويعد النجاح شرط الالتزام بالهبة .

وإذا كان الأمر المستقبل محقق الوقوع خرجنا من نطاق الشرط ليكون الالتزام مضافاً إلى أجل... كما لو قال شخص لآخر أبيعك هذا الشيء في مطلع العام القادم، فاعتبار هذا التاريخ أمر مستقبل محقق الوقوع كان الالتزام بالبيع مضافاً إلى أجل وليس معلقاً على شرط..، فالفرق الجوهرى ما بين الشرط والأجل هو تحقق الوقوع وعدم تحققه ، وكلاهما أمر يقع في المستقبل ، ولكن الأجل محقق الوقوع ، وأما الشرط فوقعه غير محقق . وسنتناول في مبحثين التالين كل من الشرط والأجل

المبحث الأول : الشرط

سبق أن بينا أن الشرط هو أمر مستقبل غير محقق الوقوع ، يترتب على وقوعه وجود الالتزام أو زواله ، وسنبين فيما يلي أنواع الشرط وشروطه .

أنواع الشرط :

النوع الأول: الشرط الواقف. ويكون أمراً مستقبلاً غير محقق الوقوع ، يترتب على وقوعه نشوء الالتزام، فالشرط الواقف هو الشرط الذي يتوقف على تحققه وجود الالتزام ، فإن تخلف لم يخرج الالتزام إلى الوجود ،

مثاله : أن يعلق الواهب هبته لابنه على شرط أن يتزوج ، فالزواج هنا شرط واقف ، إذا تحقق وتزوج الابن فقد وجد التزام الأب بالهبة ، وإذا تخلف الشرط ولم يتزوج الابن فإن التزام الأب بإعطاء هبة لابنه لا يوجد .

وإذا تعهد شخص لآخر بأن يهبه سيارته إذا اشترى سيارة جديدة، فشراء المدين لسيارة جديدة شرط واقف إذا تحقق نشأ التزام الواهب بالهبة.

النوع الثاني:الشرط الفاسخ : هو أمر مستقبل غير محقق الوقوع ، يترتب على تحققه زوال الالتزام ، فالشرط الفاسخ هو الشرط الذي يتوقف على تحققه زوال الالتزام بعد وجوده .

مثاله : نزول الدائن عن جزء من حقه بشرط أن يدفع المدين الأقساط الباقية كل قسط في ميعاده ، فالشرط هنا شرط فاسخ ، وإذا تخلف بأن يتأخر المدين في دفع الأقساط الباقية ، اعتبر نزول الدائن عن جزء من الدين كأن لم يكن

الشروط التي يجب توافرها في الشرط الذي يعد وصفا للالتزام.

الشرط الأول:يجب أن يكون الشرط أمراً مستقبلاً.

فإذا كان الشرط الذي لحق الالتزام أمراً قد تحقق في الماضي كان الالتزام منجزاً ولم يكن معلقاً على شرط..

فإذا تعهد شخص لآخر بأن يهبه سيارته إذا اشترى سيارة جديدة، واتضح أنه قد اشترى سيارة بالفعل قبل نشوء الالتزام فهنا يكون الالتزام منجزاً ويلتزم الواهب بتنفيذ الهبة.

والأمر المستقبل الذي ينطوي عليه الشرط قد يكون أمراً إيجابياً أو أمراً سلبياً.فالأب الذي التزم أن يهب ابنه داراً إذا تزوج يكون قد علق التزامه على شرط، هو زواج ابنه، وهذا أمر إيجابي. والزوج الذي يوصي لامرأته بدار على شرط ألا تتزوج بعده يكون قد علق الوصية على شرط، هو عدم زواج امرأته، وهذا أمر سلبى.

الشرط الثاني: يجب أن يكون الشرط أمراً غير محقق الوقوع.

فإذا كان الشرط الذي لحق بالالتزام محقق الوقوع يخرج من نطاق الشرط ويصبح في نطاق الأجل..

فلو التزم شخص بأن يبيع لآخر منزله يوم عيد رمضان، فالأمر الذي علق عليه المدين التزامه هنا هو يوم عيد رمضان وهو أمر محقق الوقوع ويصبح الالتزام هنا مضافاً إلى أجل وليس معلقاً على شرطاً.

الشرط الثالث: أن يكون الشرط ممكناً.

إذ يجب في الأمر المستقبل غير محقق الوقوع أن يكون ممكناً في ذاته غير مستحيل والاستحالة المقصودة هنا هي الاستحالة المطلقة أي يستحيل تحققها بالنسبة للكافة بالوسائل المعروفة للإنسان، ويختلف أثر الأمر المستقبل غير المحقق الوقوع المستحيل تبعاً لنوع الشرط، فإذا كان الشرط واقفاً فإن الالتزام لا ينشأ ذلك لأن الالتزام معلق على تحقق الأمر معين ومادام الأمر مستحيلاً فلن يتحقق الشرط وبالتالي لن ينشأ الالتزام.

والاستحالة المطلقة إما أن تكون مادية وإما أن تكون قانونية.

أولاً: الاستحالة المادية. كأن يعلق شخص هبة سيارته لآخر على أن يمشي بها على سطح الماء.

ثانياً: الاستحالة القانونية: كأن يعلق شخص بيع منزله لآخر على أن يتزوج من محرم له.

أما إذا كان الشرط فاسخاً فإن الالتزام لا يزول ويبقى قائماً ويعتبر الشرط غير قائم ذلك أن الالتزام في حالة الشرط الفاسخ يكون موجوداً ولكن إذا تحقق الشرط الفاسخ فإن الالتزام سيزول، ومادام الشرط مستحيلاً فلن يتحقق ومن ثم فإن الالتزام سيبقى قائماً ولن يزول.

أما إذا كان الأمر المستقبل أمراً غير محقق الوقوع وكانت الاستحالة استحالةً نسبيةً أي مستحيل بالنسبة لشخص معين أي ليس الأمر مستحيلاً في ذاته فهنا نسبية الاستحالة لا تعيب الالتزام إذا غلب على الظن إمكان وقوعها.

كأن يلتزم شخص بإعطاء مكافأة ماله لمن يجد له علاجاً لمرض السرطان. فإيجاد علاج لمرض السرطان أمرٌ ليس مستحيلاً استحالةً مطلقةً أي الأمر في ذاته ليس مستحيلاً، وإنما قد يكون هذا الشرط (اكتشاف علاج لمرض السرطان) مستحيلاً استحالةً نسبيةً بالنسبة لشخص معين ولكن يمكن أن يتحقق هذا الشرط في المستقبل من قبل شخص آخر فهذا الشرط لا يعيب الالتزام.

المحاضرة ١٦

الشرط الرابع: يجب أن يكون الشرط مشروعاً أي غير مخالف للنظام العام والآداب.

فإذا كان الشرط مخالفاً للنظام العام أو الآداب فيكون في هذه الحالة باطلاً، ولا يقوم الالتزام الذي عُلق وجوده عليه.

ومثال ذلك: إذا اشترطت الزوجة غير المسلمة أن يكون أولادها من زوجها المسلم على دينها هي لا على دين زوجها وإلا كان لها حق الطلاق من زوجها، فإن هذا الشرط باطل لمخالفته النظام العام. أو إذا التزم شخص نحو آخر بمبلغ من النقود بشرط أن يقوم بارتكاب عمل غير مشروع؛ فهذا الشرط باطل لمخالفته الآداب.

والعبرة في هذا الصدد بالبائع الذي يهدف إليه المتعاقدان، وليس بالواقعة المشروطة، فإذا وهب شخص لآخر مالاً على أن يسترد منه الواهب هذا المال الموهوب إذا ارتكب الموهوب له جريمة، ففي هذه الحالة تصح الهبة على الرغم من أن الجريمة عمل غير مشروع، إذ البائع من الشرط هو عدم ارتكاب جريمة.

أما قال الواهب للموهوب له وهبتك هذا المال على أن أسترده منك إذا لم ترتكب جريمة معينة فإن الشرط هنا يعتبر غير مشروع لأن القصد منه هو حمل الموهوب له على ارتكاب الجريمة.

الشرط الخامس: ينبغي أن لا يكون تحقق الشرط الواقف متوقفاً على محض إرادة المدين.

أي أن الالتزام في الشرط الواقف الذي علق عليه الالتزام لا يقوم إذا اقترن الشرط بمحض إرادة المدين أي الشخص الملتزم.

ذلك أنه في حالة الشرط الواقف فإن الالتزام لا يكون موجوداً منذ البداية فإذا اقترن الشرط بإرادة المدين (الملتزم) وحده يكون من شأنه أن يجعل الالتزام منحللاً منذ البداية..

أما في حالة الشرط الفاسخ فيكون الشرط صحيحاً حتى ولو اقترن بمحض إرادة المدين. ويكون الشرط صحيحاً إذا اقترن بإرادة الدائن سواء كان شرطاً فاسخاً أو واقفاً.

وتنقسم الشروط من حيث ارتباطها بإرادة أحد الطرفين إلى أنواع ثلاثة:

١: الشرط الاحتمالي: أي يعتمد في حدوثه على المصادفة ولا علاقة له بإرادة بالمدين أو الدائن.

كما لو التزم شخص بأن يهب لأخيه منزله إذا أنجبت زوجته طفلاً من الذكور وهنا الشرط صحيح لأنه يعتمد في حصوله على الصدفة إذ قد تلد الزوجة طفلاً ذكراً أو أنثى وقد لا تلد أصلاً.

٢: الشرط الإرادي: أي يتوقف تحققه على إرادة احد المتعاقدين الدائن أو المدين وله صورتان..

أ: شرط إرادي بسيط: وهذا الشرط يتعلق بإرادة احد المتعاقدين الدائن أو المدين بالإضافة إلى تعلقه بظروف لا سلطان (أي لا دخل) لأي من المتعاقدين فيها.

كأن يلتزم شخص بأن يهب لآخر منزلاً إذا تزوج هذا الأخير فالزواج شرط يتعلق بإرادة الموهوب له (الدائن) ويتعلق بظروف لا دخل لإرادة المدين فيها وهذا الشرط صحيح.

ب: شرط إرادي محض: فهو الذي يتوقف على إرادة أحد الطرفين فقط كالتعليق على المشيئة.

أي يكون الشرط مرهون بإرادة المدين وحدها ويكون باطل في الشرط الواقف: كأن يقول غانم لسالم وهبتك إذا أردت أنا أي إذا أراد غانم (المدين) وهذا الشرط باطل غير صحيح لأنه يتوقف على محض إرادة المدين.

وقد يقترن الشرط بإرادة الدائن وحدها ويكون صحيح كأن يقول غانم لسالم أعطيك منزلي إذا أردت أنت (أي سالم الدائن).

٣: الشرط المختلط: وهو الشرط الذي يعتمد في وقوعه على إرادة احد المتعاقدين وإرادة الغير في وقت واحد.

كأن يلتزم غانم بأن يبيع منزله لسالم إذا تزوج سالم من فتاة معينة وهذا الشرط صحيح سواء كان واقف أو فاسخ.

الآثار التي تترتب على تعليق الالتزام على شرط:

حتى يتبين بوضوح ما يترتب على الشرط من آثار يجب التمييز بين مرحلتين: مرحلة التعليق: وهي المرحلة التي يكون فيها الشرط قائماً لا يعلم هل يتحقق أو يتخلف. ومرحلة ما بعد التعليق : وهي المرحلة التي يتبين فيها مآل الشرط هل تحقق أو تخلف. وفي كلتا المرحلتين تختلف آثار الشرط الواقف عن آثار الشرط الفاسخ.

أولاً: آثار الشرط في فترة التعليق أي قبل تحقق الشرط أو تخلفه

أولاً: آثار الشرط الواقف: باعتبار الشرط الواقف أمراً مستقبلاً غير محقق الوقوع يترتب على تحققه وجود الالتزام وإن لم يتحقق هذا الأمر المستقبلي لن يوجد الالتزام أي أن الالتزام في فترة التعليق يكون وجوده أمراً احتمالي إذا تحقق الشرط وجد الالتزام وإن لم يتحقق الشرط لن يوجد الالتزام ومن ثم يكون التزام المدين وحق الدائن أمراً احتمالي يتوقف على تحقق الشرط ، كأن يقول أب لابنه وهبتك سيارتي إذا نجحت في الاختبار.

فالتزام الأب بهبة السيارة لابنه معلق على تحقق الشرط وهو نجاح الابن في الاختبار، وهذا أمرٌ احتمالي قد ينجح الابن وقد لا ينجح فإن نجح وجد التزام الأب وإن لم ينجح الابن في الاختبار لن يوجد التزام الأب ومن ثم يترتب على اعتبار الالتزام محتملاً وليس مؤكداً خلال فترة التعليق مجموعة من النتائج:

١- لا يجوز للدائن أن يباشر إجراءات التنفيذ ضد المدين لأن التزامه غير مؤكد الوجود أي لا يجوز للدائن إجبار المدين على التنفيذ.

- كما في المثال لا يستطيع الابن أن يطالب الأب بالسيارة لأن التزام الأب غير مؤكد الوجود ومن ثم لا يجوز للابن . الدائن . إجبار الأب . المدين . بالتنفيذ.

٢- ليس للدائن أن يطعن في تصرفات مدينه بالدعوى البوليصية ذلك أن شروط الدعوى البوليصية أن يكون حق الدائن مستحق الأداء وهذا في حالة الشرط يكون حق الدائن احتمالي الوقوع.

٣- لا يجوز للدائن تحت شرط واقف أن يتقاضى حقه برضاء المدين عن طريق التنفيذ الاختياري، فإذا كان المدين قد وفى الدين وهو يعتقد خطأ أن الدين غير معلق على شرط أو أن الشرط قد تحقق جاز له استرداده وفقاً للقواعد العامة فيدفع غير المستحق.

٤- يحق لدائن أن يتخذ إجراءات تحفظية تكفل المحافظة على حقه الاحتمالي الوجود كأن يقوم بقبيل رهن.

مادام حق الدائن احتمالي فلا يبدأ سريان التقادم بالنسبة له. إلا من وقت تحقق الشرط. كما لا تجوز المقاصة القانونية في هذا الحق.

٥- يجوز للدائن أن يتصرف في حقه وأن يحول حقه الاحتمالي الوجود حال حياته للغير كما ينتقل هذا الحق للورثة.

٦- المدين ملتزم باحترام حق الدائن وهو مسئول عن كل تصرف من شأنه أن يحول بطريقة الغش دون تحقق الشرط.

ثانياً: آثار الشرط الفاسخ

إن حق الدائن المرتبط بشرط فاسخ هو حق منجز قائم من كل وجه ومنتج لآثاره خلال فترة التعليق وإن كان معرضاً للزوال بتحقق الشرط الفاسخ.

فالالتزام في الشرط الفاسخ يكون موجوداً ولكن إذا تحقق الشرط يزول الالتزام، وبالتالي في فترة التعليق يجب على المدين أن ينفذ التزامه ويحقق للدائن أن ينفذ على مدينه ويحقق للدائن أن يطعن بتصرفات مدينه بالدعوى البوليصية.

فلو قال ياسر لعمر افسخ عقد بيع المنزل في حال رسبت في الامتحان فهنا التزام ياسر بعقد البيع موجود ولكن إذا تحقق الشرط وهو الرسوب في الامتحان سيزول التزام ياسر بالبيع وبالتالي يحق لـ عمر أن يطالب ياسر في فترة التعليق أي قبل تحقق الشرط بتنفيذ التزامه بالبيع.

وبالتالي فإن صاحب هذا الحق يملكه حالياً، وله أن يديره وأن يتصرف فيه، ولكن تصرفاته تكون على خطر الزوال كحقه، فإذا ما تحقق الشرط الفاسخ زال ما لحقه وزالت معه جميع التصرفات التي أجزاها فيه.

على أن هناك من الأعمال التي يقوم بها صاحب الحق العيني المعلق على شرط فاسخ ما يبقى حتى بعد تحقق الشرط، وهي أعمال الإدارة المقترنة بحسن النية. فيستطيع المالك تحت شرط فاسخ أن يباشر دعاوى الملكية والحيازة وأن يطلب قسمة العين إذا كانت على الشيوع.

المحاضرة ١٧

ثانياً: آثار الشرط بعد انتهاء فترة التعليق: (أي بعد تحقق الشرط أو بعد تخلفه).

انتهاء فترة التعليق يتحقق بتحقق الشرط أو تخلفه: وهذا الأمر يختلف بحسب نوع الشرط وكونه واقفاً أو فاسخاً.

بالنسبة للشرط الواقف:

يختلف الأثر بالنسبة للشرط الواقف وفقاً لحالة تحقق الشرط أو تخلفه:

أولاً: حالة تحقق الشرط الواقف: إذا تحقق الشرط الواقف ينفذ الالتزام المعلق عليه، ويجوز للدائن أن ينفذ حقه اختياراً أو إجباراً، وله أن يستعمل الدعوى البوليصية تمهيداً لهذا التنفيذ، ولا يرد ما قبضه؛ لأنه قبض ما هو مستحق له. ويسري التقادم منذ تحقق الشرط. ويعدّ الالتزام بتحقيق الشرط موجوداً منذ نشوء الالتزام لا منذ تحقق الشرط، وهذا هو الأثر الرجعي للشرط.

ثانياً: حالة تخلف الشرط الواقف: أما إذا تخلف الشرط الواقف فإن الالتزام الذي كان معلقاً على هذا الشرط يزول، ويصبح كأن لم يكن، ولا يعتبر له وجود لا كامل ولا ناقص منذ البداية، وهذا هو الأثر الرجعي لتخلف الشرط.

وهذه الآثار تترتب منذ نشوء التصرف وليس عن وقت تحقق الشرط أو تخلفه أي تتحقق بأثر رجعي.

بالنسبة للشرط الفاسخ:

يختلف الأثر بالنسبة للشرط الفاسخ وفقاً لحالة تحقق الشرط أو تخلفه:

أولاً: حلة تحقق الشرط الفاسخ: يترتب على تحقق الشرط الفاسخ زوال الالتزام، ويكون الدائن ملزماً برد ما أخذه، فإذا استحال الرد لسبب هو مسؤول عنه وجب عليه التعويض، مع الأخذ في الاعتبار أن أعمال الإدارة التي تصدر من الدائن تبقى نافذة رغم تحقق الشرط. ويستخلص من ذلك أنه إذا تحقق الشرط الفاسخ فإن تحققه يزيل الالتزام زوالاً مستنداً إلى تاريخ انعقاد سببه، كما لو لم يكن ثمة عقد ولا التزام أصلاً، ويجب إعادة المتعاقدين إلى ما كانا عليه قبل العقد. فيكون المشتري ملزماً برد المبيع الذي تسلمه، كما يكون البائع ملزماً برد الثمن الذي قبضه.

وإذا استحال الرد لسبب غير أجنبي كان عليه أن يعرض المدين عما أصابه من ضرر، أما إذا رجعت الاستحالة إلى سبب أجنبي فقد انقضى الالتزام بالرد، ولا محل للتعويض في هذه الحالة.

وبتحقق الشرط الفاسخ تسقط جميع التصرفات التي صدرت من الدائن تحت شرط فاسخ، ولا تبقى إلا أعمال الإدارة كالأيجار الذي لا تزيد مدته على ثلاث سنوات وقبض الأجرة وقبض المحصولات والثمار ويبيعها، ذلك لأن هذه الأعمال لا تؤثر في الحقوق التي تترتب على تحقق الشرط، وقد اشترط القانون لبئها على الرغم من تحقق الشرط الفاسخ أن يكون الدائن قد أجزاها بحسن نية، ولم يتجاوز فيها حدود المألوف.

ثانياً: حالة تخلف الشرط الفاسخ: إذا تخلف الشرط الفاسخ فإن الالتزام الذي كان معلقاً على هذا الشرط يتأكد، ويصبح لازماً ونافذاً، ويؤول الخطر الذي كان يتهدهه بالانقضاء، ويترتب على ذلك بقاء جميع الإجراءات والتصرفات التي يكون الدائن قد اتخذها خلال فترة التعليق صحيحة ونافذة.

الأثر الرجعي لتحقيق الشرط والاستثناءات منه:

اتضح لنا مما سبق أنه سواء كان الشرط واقفاً أو فاسخاً ، فإن تحققه يكون بأثر رجعي ،
وفكرة الأثر الرجعي لتحقق الشرط تستجيب في أكثر الأحوال لظروف التعاقد وللنية المحتملة
للمتعاقدين، ذلك أن المتعاقدين لا يعرفان وقت التعاقد إن كان الشرط يتحقق أو لا يتحقق،
ولو أنهما كانا يعرفان ذلك لما علقا العقد على الشرط ولجعلاه عقداً بسيطاً منجزاً.

ومع ذلك فإن هناك حالات مستثناة يتم فيها استبعاد فكرة الأثر الرجعي للشرط وهي:

١-الأصل أن جميع تصرفات الدائن (المالك) تحت شرط فاسخ والصادرة أثناء فترة التعليق
تسقط بتحقق الشرط فيما عدا أعمال الإدارة التي تصدر من الدائن تبقى نافذة رغم تحقق
الشرط الفاسخ. فإذا اشترى شخص شيئاً وعلق التزام البائع نحوه على شرط فاسخ، وخلال
فترة التعليق قام المشتري باستثمار الشيء المبيع وإدارته، ثم تحقق الشرط الفاسخ واسترد البائع
ملكية الشيء فحينئذ تظل أعمال إدارة الشيء التي أتاها المشتري نافذة في حق البائع.

٢-يجوز للمتعاقدين الاتفاق على استبعاد الأثر الرجعي للشرط .

٣- إذا كانت طبيعة العقد تقضي بعدم الاستناد إلى أثر الشرط الرجعي. كما هو الحال في
العقود الزمنية أو عقود المدة ، فإذا عُقدَ عقد إيجار علقه المؤجر على شرط واقف أو فاسخ،
فإن التزامه بتسليم العين المؤجرة يكون نافذاً من وقت تحقق الشرط وكذلك الحال بالنسبة
لالتزام المستأجر.

٤- إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلًا لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه قبل تحقق الشرط. كما
لو علق البيع على شرط فاسخ وسلم المبيع إلى المشتري وهلك المبيع بسبب قوة قاهرة.

٥- إذا تبين من إرادة المتعاقدين أنهما استبعدا الأثر الرجعي.

المبحث الثاني

الأجل

سبق أن عرفنا الأجل بأنه: أمر مستقبلي محقق الوقوع يتوقف عليه نفاذ الالتزام أو انقضائه دون أثر رجعي.

ولكي تكون الواقعة أمراً يصح أن يعلّق عليها أجل، لابد من توفّر المقومات التالية :
(خصائص الأجل):

١- الأجل أمر مستقبلي: فالأجل يجب أن يكون أمراً مستقبلاً، فلا يصح تعليقه على أجلٍ قد انقضى، لأن الالتزام - والحال هكذا - سيكون ناجزاً لا مضافاً إلى أجل، كما لو علقت التزامك بانقضاء ١٤٣٤ هـ وقد انقضى بالفعل، فهذا ماضي وليس مستقبلي، هذا ويصح أن يضاف الالتزام إلى أجلٍ مستقبلي ولو معلوماً، كما لو علّق شخصٌ التزامه على وفاته، كما في حال الوصية. وكما في حال أن تقول: سأبني لأخواتي بيتاً إذا توفي أبي (باعتباره عائلاً لهم). ذلك أن هذا الأجل ولو لم يكن معلوماً إلا أنه سيقع حتماً.

٢- الأجل أمر محقق الوقوع: يجب أن تكون الواقعة المؤجلة أمراً محقق الوجود، كما في حالة المهر المضاف إلى أجل، فتجد أن المرأة أو وليها يشترط في المؤخر كونه مضافاً إما إلى الفرقة أو إلى الموت. وكلاهما أمرٌ محقق الوجود ولو لم يحدّد. وهنا يكمن الفرق بين الشرط والأجل، فالشرط أمرٌ مستقبلي محتمل الوقوع، بينما الأجل أمرٌ مستقبلي متحقق الوجود، كما ثمة أمرٌ آخر وهو أن الشرط رجعي الأثر أصلاً، أما الأجل فليس أثره رجعيّاً عند حلوله.

وكذلك لو تعهد شخص بالإشراف على تعليم فتى بدءاً من تاريخ وفاة والده، فالتزام المتعهد هنا معلق على أجل هو موت والد الفتى، وموت الوالد أمر محقق الوقوع، لكن لا يمكن تحديده مسبقاً.

٣- الأجل أمر عارض: الأجل وصف في الالتزام لذلك يعتبر عنصراً عارضاً إذ هو لا يقترن بالالتزام إلا بعد استيفاء الالتزام لكافة عناصره الجوهرية, ثم يأتي الأجل إضافياً يمكن أن يقوم الالتزام بدونه .

أنواع الأجل:

يتنوع الأجل وفقاً لعدة اعتبارات على النحو التالي:

أولاً: أنواع الأجل من حيث الأثر:

١: الأجل الواقف:

فالأجل الواقف هو الذي يترتب على حدوثه نفاذ الالتزام. فلو اشترى شخص شيئاً من آخر ودفع جزءاً من الثمن، وتعهده بدفع الثمن بعد سنة من تاريخ البيع، فإن الالتزام في هذه الحالة يضاف إلى أجل واقف، فإذا انقضى هذا الأجل نفذ الالتزام، ويكون على المشتري أن يدفع عندئذ ما تبقى من الثمن.

٢: الأجل الفاسخ:

أمر مستقبلي محقق الوقوع يترتب على حلوله انقضاء الالتزام، كأن يلتزم المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة في مدة الإيجار، فإن انقضاء هذه المدة يعني انقضاء التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة.

ثانياً: أنواع الأجل من حيث المصدر

أجل اتفاقي ، وأجل قضائي ، وأجل نظامي أي قانوني:

الأجل الاتفاقي: وهو الذي يكون مصدره الاتفاق بين المتعاقدين، ويكون إما صريحاً وإما ضمناً، مثاله أن يتفق صاحب مدرسة مع مورد أطعمه بان يورد له التموين الذي تحتاجه

المدرسة حتى نهاية السنة الدراسية. أو التزام شركة الطيران بنقل الحجاج إلى الأراضي المقدسة ، فإنه يستمد من طبيعة هذا الالتزام أنه مضاف إلى الموعد المحدد لسفر الحجاج لتأدية فريضة الحج، والأجل هنا هو أجل واقف هو المدة المحددة لسفر هؤلاء الحجاج.

الأجل القانوني النظامي: وهو الأجل الذي يستمد من نص النظام . القانون . كما في نظام المحاماة الذي نص على أن رخصة المحاماة تسقط - حكماً - إذا لم يباشر المحامي الترافع خلال مدة سنة. أو كما في حالة منح المنظم المدينين مهلة لوفاء ديونهم بسبب أزمة اقتصادية أو حرب.

الأجل القضائي: (أو نظرة الميسرة): وهي المهلة التي يعطيها القاضي للمدين الذي قصر بأداء ديونه حيث خوله القانون بذلك. فإذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة؛ عيّن القاضي ميعاداً مناسباً لحلول الأجل، مراعيّاً في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية، ومقتضياً منه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه، إعمالاً لقوله تعالى (وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ).

المخاضرة ١٨

ثالثاً : أنواع الأجل من حيث التعيين وعدمه:

الأجل المعين: وفيه يكون وقت وتاريخ تحقق الأمر المستقبل معلوماً مقدماً مثل أول فبراير ٢٠١٧م للوفاء بالالتزام فهذا اليوم المحدد يعتبر أجلاً معيناً.

الأجل غير المعين: وفيه لا يكون هناك وقت أو تاريخ معلوم مقدماً للأمر المستقبل رغم كونه محققاً، ومثال ذلك تعلق الوفاء بالالتزام على وفاة إنسان معين، فالوفاة هنا أمر محقق الوقوع لكل إنسان ولكنها غير معلومة الوقت مقدماً.

الآثار التي تترتب على الأجل :

الآثار التي تترتب على الأجل الفاسخ :

١- الالتزام المضاف إلى أجل فاسخ موجود ونافذ ، ويكون للدائن حق مؤكد الوجود

ومستحق الأداء .

٢- الالتزام المضاف إلى أجل فاسخ ينقضي بانقضاء الأجل ، فإذا حل الأجل زال الالتزام

بداية يجب أن نعلم أن الأجل الفاسخ لا يعتبر وصفاً في الالتزام لأنه يقتصر على تحديد

ميعاد انقضائه دون أن يؤجل نفاذه, لذلك يأخذ حكم الالتزام المضاف إلى أجل فاسخ

حكم الالتزام المنجز, من حيث سريان التقادم المسقط في شأنه وجواز التنفيذ به, وإذا

انقضى الالتزام بانقضاء الأجل المضاف إليه فلا يكون لهذا الانقضاء أثر رجعي أي أن

الالتزام المضاف إلى أجل فاسخ ينقضي من وقت حلول الأجل لا من وقت الاتفاق.

ويتضح ذلك أكثر من خلال ذكر المثل التالي : شخص أجر شقة يمتلكها واتفق مع

المستأجر على إخلاء الشقة وتسليمها إليه عند حلول أول أيام شهر رمضان المبارك لهذا

العام, فهنا الالتزام قائم بين المؤجر والمستأجر ومنجز ببقاء المستأجر منتفعاً في الشقة حتى

يتحقق الأجل الفاسخ بقدوم شهر رمضان وهنا يكون على المستأجر الخروج من الشقة

وتسليمها إلى المؤجر لزوال العقد بينه وبين المستأجر بحلول هذا الأجل.

٣- يمكن للدائن أ، يقتضي حقه من المدين طوعاً وتنفيذه جبراً عنه لأننا بصدده حق حال

وواجب الأداء ، ويسري التقادم المسقط بالنسبة له .

٤- ينتقل الحق فيه بالميراث ، ويمكن التصرف فيه بجميع أنواع التصرفات .

الآثار التي تترتب على الأجل الواقف :

١ - أثر الأجل الواقف قبل حلوله: إذا كان الالتزام مقترناً بأجل واقف فإن هذا الالتزام لا

يكون قابلاً للتنفيذ, أي لا يستطيع الدائن مطالبة المدين بالوفاء به, ولكن حق الدائن يكون

قائم ومؤكد أي ليس احتمالياً، لذلك فمن حق هذا الدائن أن يتخذ من الإجراءات ما تقتضيه المحافظة على حقه، أي ما يؤدي إلى ضمان وفاء المدين بالتزامه عند حلول الأجل ويترتب على ذلك ما يلي :

أ. ينتقل حق الدائن إلى الغير بالتصرف أو الميراث وغيره من أسباب الحقوق .

ب. يجوز للدائن القيام بالأعمال المادية اللازمة لصيانته من التلف ، ولا يجوز للمدين القيام بأي عمل من شأنه منع استعمال الحق عند حلول أجله .

ج. يجوز للدائن اتخاذ الأعمال التحفظية اللازمة للمحافظة على حقه (كقيد الرهن المقرر لضمان هذا الحق ، وتحديد هذا القيد ، ورفع دعوى الصورية ، ورفع الدعوى الغير مباشرة دون الدعوى البوليصية .

٢- الالتزام المضاف إلى أجل واقف هو التزام بات ، لأنه محقق الوقوع ، وذلك بخلاف الحال بالنسبة للالتزام المعلق على شرط واقف ؛ لأن هذا الأخير غير محقق الوقوع وغير بات ويتسم بعدم الاستقرار ، ويترتب على ذلك ما يلي :

أ. يجوز للدائن قبل حلول الأجل مطالبة المدين بتأمين خاص كالكفالة أو الرهن .

ب. يسقط الأجل إذا شهر إفلاس المدين أو إعساره أو أضعف المدين بفعله إلى حد كبير التأمين الذي أعطاه للدائن كما لو قام المدين بأعمال أدت إلى هلاك الشيء المرهون .

ج. إذا هلك الشيء محل الحق المؤجل بسبب أجنبي قبل حلول الأجل كان الهلاك على الدائن لا على المدين .

٣. أثر الأجل الواقف بعد حلوله: إذا حل الأجل الواقف لنفاذ الالتزام أصبح هذا الالتزام مستحق الأداء، وصار من حق الدائن أن يتخذ إجراءات جبر المدين على تنفيذه إن امتنع عن تنفيذه اختياراً .

الأجل في الفقه الإسلامي:

إضافة الالتزام إلى أمرٍ معروفٍ وجائزٍ في الشريعة الإسلامية ودليل جوازه قول الله تعالى " يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه " صدق الله العظيم
عرفت المادة ١٨ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل "التأجيل هو تأخير تسليم العوض بالتراضي إلى وقت معين"

يجب أن يكون الأجل معلوم المادة ٣٦٢ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل "البيع مع تأجيل الثمن مدة معلومة أو تقسيطه صحيح إلا في الربا النسيئة"
وقد جاء في مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ما يفيد فساد السلم لأجل مجهول أو مبهم.

رابعاً: انقضاء الأجل.

ينقضي الأجل بحلوله, أو بالنزول عنه أو بسقوطه وفيما يأتي نوضح ذلك :

١- حلول الأجل: ينقضي الأجل عند حلول اليوم المحدد له ومنذ ذلك اليوم يصبح الدين مستحق الأداء, وحلول الأجل هو السبب المألوف لانقضائه, فإذا كان التزام المدين أن يسد الدين في ١/٣/١٤٣٥ فبحلول هذا التاريخ ينتهي الأجل .

٢- النزول عن الأجل: ينقضي الأجل بالنزول عنه ممن تقرر لمصلحته ويحدث ذلك بإرادته المنفردة, أما في حالة إذا ما كان الأجل في مصلحة الطرفين المتعاقدين معاً فلا يستطيع أحدهما أن ينفرد بالنزول عنه, بل يتعين عليه الاتفاق على ذلك مع المتعاقد الآخر, مثال ذلك لو أن شخصاً أخذ قرضاً من البنك والتزم بسداده في ١/٢/١٤٣٥ ولكن تيسر معه الحال قبل هذا التاريخ ولم يشأ أن يبقي عليه التزام فقام بسداد قيمة هذا القرض قبل حلول التاريخ المتفق عليه فهنا أسقط الأجل بإرادته المنفردة.

ولكن كما قلنا سابقاً قد يكون الأجل لمصلحة المتعاقدين, ومثال ذلك أن يحفظ الدائن وديعة بأجر عند المدين واتفق ألا يردها له إلا بعد شهرين لأنه ينوي في هذه المدة السفر للخارج فهنا لا يحق للمدين أن يرد الوديعة قبل حلول الأجل بإرادته المنفردة, ويجب عليه إذا أراد ذلك أن يرجع للدائن ويتفق معه على رد الوديعة لأن الأجل هنا تقرر لمصلحة كل من الدائن والمدين .

٣- سقوط الأجل :

يسقط الأجل في ثلاث حالات هي :

أ- إذا حكم بإفلاس المدين أو إعساره: فلا بد من صدور حكم بإفلاس أو إعسار المدين حتى يسقط الأجل فصدور مثل هذا الحكم يوحي بأن المدين غير قادر على سداد ديونه قبل حلول الأجل, فلا يوجد فائدة من بقاء الدائن منتظراً حتى يحل الأجل، لأنه أيضاً لن يقدر على استيفاء الدين من المدين.

ب- تخلف المدين عن تقديم ما وعد به من تأمينات: وذلك يكون عند إبرام التصرف الذي نشأ عنه هذا الدين كما لو وعد المدين الدائن بكفالة أو رهن وأخلف المدين وعده, فالقانون يفترض أن رضاء الدائن بالأجل صدر اعتماداً على التأمين الذي وعد به المدين, فإن لم يقدم المدين هذا التأمين يكون للدائن أن يطالب بحقه فوراً .

ج - إضعاف التأمينات الخاصة: وهي تلك التأمينات التي قدمها المدين للدائن أو تلك التي كسبها الدائن وفقاً للقانون كرهن أو امتياز. أما فيما يتعلق بإضعاف التأمينات في سقوط الأجل تختلف أحكامه بحسب اختلاف سبب هذا الإضعاف .

فإذا كان إضعاف التأمينات الخاصة بتقشير المدين, فالدائن يحق له الاختيار بين التمسك بسقوط الأجل ليطالب بحقه فوراً, وبين المطالبة بتأمين إضافي يكمل التأمين الذي أضعف مع بقاء الأجل .

أما إذا كان إضعاف التأمينات الخاصة بسبب لا يرجع إلى المدين أي لسبب لا دخل لإرادة المدين فيه كأنخفاض أسعار العقارات أو المنقولات, فإن الأجل يسقط إلا أن اختيار المدين أن يقدم تأميناً كافياً, فالاختيار في هذه الحالة بين سقوط الأجل وتقديم تأمين كافي لإبقاء الأجل يكون للمدين وليس للدائن, ويلاحظ أن الإضعاف الذي يؤدي إلى إسقاط الأجل وفقاً لأحكام السابقة هو الإضعاف الذي يتمثل في نقص قيمة التأمين نقص كبير وليس مجرد نقص يسير .

المحاضرة التاسعة عشر

الفصل الثاني

تعدد محل الالتزام

يكون تعدد محل الالتزام باعتباره وصفاً في الالتزام في حالتين, الأولى: إذا كان لالتزام المدين أكثر من محل حيث تبرأ ذمة المدين إذا وفي بواحد منها، وهذا هو الالتزام التخييري, والثانية إذا يكون لالتزام المدين محلاً واحداً, ولكن تبرأ ذمة المدين إذا وفي بشيء آخر بدلاً منه وهذا هو الالتزام البدلي, وفيما يأتي نوضح ذلك :-

المبحث الأول

الالتزام التخييري

- الالتزام التخييري: يقصد بالالتزام التخييري تعدد ما يرد عليه الالتزام بحيث تتحقق إمكانية حقيقية للاختيار, حيث يكون هناك أكثر من محل لالتزام المدين, ففي هذه الحالة لا يلتزم المدين بإعطاء الاثنین معاً, وإنما تبرأ ذمته بالوفاء بأحدهما فقط, فإذا باع شخص لآخر منزلاً سكنياً من ثلاثة منازل يمتلكها, فهنا تبرأ ذمة المدين - البائع - بتسليم الدائن أحد هذه المنازل. شروط الالتزام التخييري:

يجب أن يتوافر في كل أداء من الأداءات المتعددة محل الالتزام التخييري ما أوجب النظام توافره في محل الالتزام أي يجب أن يكون كل أداء مشروع وممكن ومعلوم.

صاحب الحق في الاختيار:

١. الأصل أن المدين هو صاحب الحق في الاختيار ما لم يوجد نص أو اتفاق يقضي بخلاف ذلك.

٢. فقد يرد نص قانوني يؤكد الأحقية للدائن في الاختيار كما هو الحال عندما يقوم المدين بإضعاف التأمينات التي قدمها لدائنه.

٣. وتحديد من له الحق في الاختيار يتم باتفاق بين الدائن والمدين.

٤. إذا كان حق في الاختيار للمدين ولم يستعمل هذا الحق يحق للدائن أن يطلب من المحكمة تعيين محل الالتزام.

٥. إذا كان الحق في الاختيار للدائن ولم يستعمل هذا الحق انتقل هذا الحق للمدين.

استحالة تنفيذ الأشياء محل الالتزام التخييري

١. إذا كان موضع الخيار في شئيين كان يبيع شخص منزلاً ضمن منزلين يمتلكهما في الدمام والهفوف وهلك المنزل الموجود في الدمام بسبب أجنبي أو بخطأ المدين - البائع - هنا ينحصر محل الالتزام في المنزل المتبقي في الهفوف ولا يكون أمام المدين - البائع - إلا أن يسلم البيت الموجود في الهفوف.

٢. أما إذا كان الخيار بين أكثر من شئيين كان يبيع شخص لآخر منزلاً من الثلاث منازل التي يمتلكها في الرياض والهفوف والظهران فتهدم منزله الذي في الرياض بسبب أجنبي أو بخطأ المدين - البائع - فيختار الدائن أحد المنزلين الموجودين في الهفوف والظهران

المبحث الثاني

الالتزام البديل

الالتزام البدي هو التزامٌ محله شيء واحد، غير أن ذمة المدين تبرأ إذا أدى بدلاً منه محلاً آخر. كأن يلتزم المدين بشيء معين مثل أن يبني مبني للجامعة وإن لم يستطع أن يبني هذا المبني له أن يبرئ ذمته بمبلغ من النقود يدفعه للجامعة بدلاً من قيامه بالأداء المعين وهو بناء المبني. أو أن يكون محل التزام المدين دفع مبلغ ١٠٠ ألف ريال، لكنه يستطيع باختياره أن يقدم بدل هذا المبلغ. محل الالتزام. شيئاً آخر تبرأ به ذمته، فإذا وصى أب إلى غير وارث عقاراً، لكنه وضع أمام الورثة بديلاً عن العقار، بحيث تبرأ ذمتهم ويعتبرون قد نفذوا الوصية إذا أدوا هذا البديل.

خيار التعيين في الفقه الإسلامي:

عبارة عن خيار يشترطه أحد المتعاقدين المشتري غالباً ويكون له بمقتضاه تعيين أحد شيئين أو أكثر كما لو قال البائع للمشتري بعتك إحدى هذه السيارات الثلاث بالثمن المحدد ويثبت الخيار للمشتري ويمكن أن يكون للبائع.

الفصل الثالث

تعدد طرفي الالتزام

المبحث الأول

التضامن

التضامن الإيجابي والتضامن السلبي :

التضامن وصف يجعل الالتزام غير قابل للانقسام في حالة تعدد الدائنين أو تعدد المدينين, والتضامن بين الدائنين يكون تضامناً إيجابياً, والتضامن بين المدينين يكون تضامناً سلبياً, ولكن التضامن بنوعيه فيه خروج على قاعدة انقسام الالتزام في حالة تعدد أطرافه لذلك لا يفترض إذ لا يكون إلا إذا وجد اتفاق.

صور التضامن:

أولاً: التضامن الإيجابي: وهو أن يكون لكل من الدائنين مطالبة المدين بكامل الدين واستيفاءه منه, وأن يكون للمدين أن تبرأ ذمته بوفاء الدين لأي من الدائنين, ويسهل هذا النوع من التضامن على الدائنين الحصول على حقهم, إذ يكون لك منهم الحق في مطالبة المدين بكل الدين كما يسهل على المدين الوفاء بدينه دفعة واحدة لأي من الدائنين وفي هذا توفير للوقت والنفقات .

ومصدر هذا النوع من التضامن هو الاتفاق بين المدين والدائنين, ومثال ذلك فتح حساب مشترك لدى البنك وإيداع مبلغ من النقود لمصلحة أكثر من شخص ويكون لأي واحد منهم سحب هذا المبلغ فقيام أحدهم بسحب المبلغ من البنك يكون البنك المدين قد أوفى دينه بذلك .

الفرق بين التضامن الإيجابي وبين الوكالة

الفرق التضامن الإيجابي وبين الوكالة، أن الوكيل عمله كاملاً لمصلحة موكله، أما في حالة التضامن بين الدائنين فإنه عندما يطالب بالحق، فإنه يطالب به لمصلحته ولمصلحة غيره (سائر الدائنين).

آثار التضامن الإيجابي:

أولاً: العلاقة بين الدائنين والمدين.

العلاقة بين الدائنين والمدين، تحكمها قواعد وحدة الدين، وتعدد الأطراف، وأن النيابة بين الدائنين فيما بينهم فيما ينفع لا فيما يضر.

١. وحدة الدين

يقصد بوحدة الدين، أن الدائن المتضامن يستطيع أن يطالب المدين بكل الدين، وأن المدين حين أدائه للدين كله لأحدهم تبرأ ذمته في مواجهة الدائنين الآخرين.

ويترتب على ذلك النتائج التالية:

أ. يستطيع المدين أن يوفي بكل الدين لأحد الدائنين وتبرأ ذمته تجاه الباقيين ما لم يحدث اعتراض من أحد الدائنين، قبل الوفاء فهنا لا تبرأ ذمته تجاه المعارض، وعلى الدائن المعارض أن يثبت اعتراضه ببينة، وأن اعتراضه كان قبل أداء المدين لالتزامه، وعند النزاع تبرأ ذمة المدين بأن يوفي للدائنين كل على حده أو أن يودع مجمل الدين إلى خزانة المحكمة.

ب. يجوز للدائنين مجتمعين أو منفردين بأن يطالبوا المدين بأداء كل الدين الذي في ذمته.

جـ . يستطيع المدين أن يدفع في مواجهة أحد الدائنين بكافة الدفع المشترك التي تتعلق بكل الدائنين كأن يدفع ببطلان العقد أو أن يدفع بعدم التنفيذ بسبب أن الدائنين لم ينفذوا التزامهم.

٢. تعدد الروابط:

" يقصد بتعدد الروابط، أن كل دائن تربطه بالمدين رابطة قانونية مستقلة "

ويترتب على ذلك نتائج مهمة:

- أ . إذا كانت علاقة المدين بأحد الدائنين موصوفة، كأن يكون الالتزام بينه وبين هذا الدائن التزاماً موصوفاً، وبينه وبين غيرهم التزاماً بسيطاً، فإنه يحق للمدين في مواجهة هذا الدائن أن يدفع بهذا الوصف، غير أنه لا يستطيع أن يدفع بهذا الوصف قبل الدائنين الآخرين.
- ب . قد يكون التزام المدين تجاه أحد الدائنين معيياً، فهنا يحق للمدين أن يدفع ببطلان العقد قبل هذا الدائن فقط الذي كانت إرادته معيبةً معه، غير أنه لا يستطيع أن يدفع بهذا الدفع أمام الدائنين الآخرين.

جـ . إذا توفي أحد الدائنين المتضامين، انقسمت حصته إلى ورثته وبالتالي لا ينتقل حق التضامن إلى ورثته. وعلى ذلك لا يحق لأي وارث أن يطالب بحق غيره إلا بنصيبه فقط، ما لم يقر بينهم تضامناً جديداً.

د . إذا برأت ذمة المدين تجاه أحد الدائنين فلا تبرأ ذمته من الدين الإجمالي إلا بقدر حصة الدائن الذي برأت ذمته منه.

٣. النيابة بين الدائنين تقع فيما ينفذ لا فيما يضر:

كل عمل من شأنه أن يضر بحق الدائنين يقوم به أحد الدائنين خطأً أو عمدًا فإنه لا يقوم بالنسبة لباقي المدينين، فمثلاً لو افترضنا أن أحد الدائنين طالب المدين بالحلف أمام القاضي وحلف المدين بأن لا شيء عليه، فهنا لا يسقط الحق بالنسبة لسائر الدائنين، إنما يسقط نصيب الدائن الذي تولّى المرافعة. ولو افترضنا أنه طلب من المدين في مجلس القضاء الحلف فنكل. أي لم يحلف. فهنا تحكم المحكمة بثبوت الدين، وليس معنى ذلك أن الدين ثبت للدائن المتولي المرافعة وحده، وإنما لكل الدائنين، لأن النيابة فيما ينفع لا فيما يضر.

ثانياً: آثار التضامن الإيجابي في علاقة الدائنين المتضامنين فيما بينهم:

إذا استوفى أحد الدائنين كل الدين من المدين، وجب عليه أن يقتسمه بعد ذلك مع غيره من الدائنين المتضامنين، وتكون القسمة حسب نصيب كل واحد، فقد تكون محددة شرعاً كما هو الحال إذا كانوا ورثة، أو تقوم بالاتفاق بينهم، فإذا لم تكن محددة شرعاً ولا ثمة اتفاق ظاهر، يكون الافتراض على أنها بالتساوي، أما إذا لم يوف الدائن لهم حقوقهم، كان لهم الحق برفع دعوى شخصية عليه، وذلك بدعوى التضامن أو دعوى إثراء بلا سبب. والتي تسمى في الفقه الإسلامي العمل النافع. ويقع عبء إثبات خيانتة وعدم أدائه لالتزامه على عاتق المدّعي.

المحاضرة العشرون

ثانياً: التضامن السلبي

تعريفه: هو عبارة عن تضامن المدينين بان يتعدد المدينون بدين واحد قابل للانقسام بطبيعته ويكون كل منهم ملزماً في مواجهة الدائن بأداء الدين كله. أي أن الدائن يستطيع أن يطالب

أي مدين بالدين كامل ويكون لكل مدين أن يبرئ ذمته وذمة سائر المدينين بالوفاء بكل الدين للدائن.

فهو يعني مسئولية كل مدين عن كل الدين, إذ يحق للدائن أن يعود على أي مدين يطالبه بالدين كله, كما يكون لكل مدين أن يبرأ ذمته وذمة باقي المدينين بالوفاء بكل الدين, وفي هذا خروج على قاعدة انقسام الدين بين المدينين في مواجهة الدائن, والتضامن السلي مصدره الاتفاق الصريح أو الضمني.

ومن أمثلة ذلك أن يشتري عدة أشخاص مالا شائعاً (كمنزل مثلاً) ويتفقوا فيما بينهم على أداء ثمنه بالتضامن، بحيث يستطيع الدائن الرجوع على جميع المدينين أو بعضهم أو احدهم، وبحيث تبرأ ذمة الكافة لو أدى أحد المدينين الدين كله.

أهمية التضامن السلي:

وأهمية التضامن السلي تكمن في أنه يمكن للمدينين من الحصول على الائتمان اللازم ويوفر للدائن تأميناً شخصياً لا مثيل له في أي تأمين آخر حتى الكفالة، لذلك يحرص الدائن على تضامن مدينه إذا تعددوا، وحتى تقترب الفكرة إلى الأذهان نضرب مثلاً بسيطاً على ذلك، مثلاً ذهب عدد من الأخوة لأخذ دين من أحد الأشخاص لبناء منزل، فوافق على أن يداينهم ولكن اتفق معهم أنه يحق له أن يطالبهم جميعاً أو كل واحد منهم بقيمة الدين كله دون أن يدفع أحدهم بتقسيم الدين أو دفع جزء منه فقط .

مصادر التضامن السلي:

١. الاتفاق (العقد)

٢. نص القانون.

وبذلك فان التضامن لا يفترض.

مثل : ١٦م من نظام الشركات السعودي التي تنص على أنه ” يكون الشريك في شركة التضامن مسئولاً مسئولية تضامنية ومطلقة عن ديون الشركة ليس في حدود حصته في رأس المال فحسب بل في جميع أمواله الخاصة“.

آثار التضامن السلبي:

آثار التضامن السلبي في العلاقة بين المدينين والدائن:

ينتج عن التضامن السلبي نوعين من العلاقات. النوع الأول هو العلاقة بين الدائن والمدينين المتضامين، النوع الثاني بين المدينين أنفسهم.

أولاً: العلاقة بين الدائن والمدينين المتضامين:

تحكم هذه العلاقة عدة مبادئ هي: وحدة الدين، وتعدد الروابط، وأن النيابة فيما ينفع لا فيما يضر).

١. وحدة الدين:

يقصد بوحدة الدين " أن للدائن مطالبة المدينين جميعاً أو بعضهم أو أحدهم بالدين كله وأن ذمتهم تبرأ فيما لو أدى احدهم الدين كله، باعتبار أن محل الالتزام واحد".

ويترتب على ذلك النتائج التالية:

أ. إذا وفي أحد الدائنين الدين كله للدائن، فإن هذا الوفاء يعتبر مبرراً لذمة للباقيين أمام الدائن، وإذا قبل الدائن وفاءً جزئياً من احدهم يسقط هذا الجزء عن الكافة ويبقى عليهم التضامن في الجزء الذي لم يوفى.

ب. للدائن أن يطالب بدينه كل الدائنين أو بعضهم أو احدهم، فله حرية الاختيار فيمن يطالب.

جـ . يستطيع المدين مواجهة الدائن في كافة الدفوع الخاصة به والمشاركة بينهم، كأن يدفع بأسباب البطلان النسبي أو المطلق أو يدفع بوصفٍ ورد على الالتزام ولم يتحقق ويستفيد كافة المدينين من هذه الدفوع وإن كانت خاصة لأنها فيما ينفع.

٢. تعدد الروابط:

يقصد بتعدد الروابط أن الروابط التي تجمع هؤلاء المدينين مع دائنهم رابطة خاصة ومستقلة عن بعضهم، ويترتب على ذلك:

أ . إذا كانت رابطة أحد المدينين مع الدائن موصوفة فإنه لا يحق لغير هذا المدين أن يدفع بها في مواجهة الدائن. أما الباقيين الذين التزامهم ناجز فلا يحق لهم أن يستعملوا هذا الدفع في مواجهة الدائن.

ب . إذا كانت رابطة أحد المدينين بالدائن معيبة، بأن كانت إرادته معيبة بعيوب الإرادة أو كان ناقصاً للأهلية، فإنه يحق له وحده الدفع ببطلان الرابطة القانونية بينهما، بينما لا يستطيع غيره من المدينين التمسك بهذا الدفع الخاص.

جـ . إذا توفي أحد المدينين المتضامين، فإن تضامنه لا ينتقل إلا وراثته، وإنما يكفي بأن يسدد حصته من التركة.

د . إذا انقضت رابطة أحد المدينين بالدائن بسبب خاص، لم تنقضي رابطة الآخرين بهذا السبب الخاص. ومن هذه الأسباب الخاصة (التجديد، المقاصة، الإبراء، اتحاد الذمة، التقادم).

٣. العلاقة بين المدينين فيما ينفع لا فيما يضر:

ولهذا النوع من العلاقات عدة تطبيقات:

- أ . إذا أقر أحد المدينين بالدين، فإن هذا الإقرار لا يسري على غيره من المدينين.
- ب . إذا نكل أحد المدينين فلا يضار ذلك سائر المدينين لأنه لا نيابة فيما يضر.
- ج . إذا أخطأ أحد المدينين المتضامنين في تنفيذ الالتزام أو هلك الشيء محل الالتزام بسببه فإنه لا يتحمل ذلك إلا هو، دون غيره.
- د . إذا أعذر الدائن أحد المدينين، فإنه لا يتأثر غيره من المدينين بسبب هذا الإعذار.
- هـ . إذا تصالح أحد المدينين مع الدائن وتضمن هذا الصلح إبراءً فإن المدينين الآخرين يستفيدون من هذا الإبراء.
- و . إذا وقف التقادم أو انقطع بالنسبة لأحد المدينين فلا يسري ذلك بالنسبة للمدينين الآخرين.
- ز . إذا صدر حكم على أحد المدينين فإنه لا يحتج به أمام الآخرين، لأنه لا نيابة فيما يضر.

ثانياً: العلاقة فيما بين المدينين المتضامنين

- ١ . إذا وفى أحد المدينين الدين كله، كان له الرجوع على سائر المدينين المتضامنين كلٌّ بقدر حصته، هذا وينقسم الدين فيما بينهم بحصصٍ متساوية، ما لم يرد الاتفاق أو النص بخلاف ذلك.
- ٢ . يستطيع المدين الموفى الرجوع على المدينين المتضامنين إما بدعوى الوفاء مع الحلول – أي كأنه دائناً – أو بدعوى شخصية.
- ٣ . إذا أعسر أحد المدينين المتضامنين، فإن الذي يتحمل تبعه هذا الإعسار، المدين المعسر وسائر المدينين الموسرين. كلٌّ بقدر حصته، فإذا كانت حصته المدين المعسر ثلث القيمة الإجمالية يتحمل بحسب نصيبه، فإذا كان أحدهم متحملاً لربع القيمة الإجمالية، وجب عليه

أن يتحمل ربع هذا الثلث، وهكذا. مع الأخذ بالاعتبار حالة إبراء الدائن لأحد المدينين من كل مسؤولية الدين، فإنه إذا حدث وأعسر أحدهم، فإن الدائن يتحمل نصيب المدين المبرأ في حصة المعسر.

٤. إذا كان أحد المدينين المتضامنين هو صاحب المصلحة وحده في الدين، فهو الذي يتحمله كله نحو الباقيين كما في حالة الكفالة .

التضامن في الفقه الإسلامي:

١: التضامن بين الدائنين في الفقه الإسلامي:

لما كان من الجائز في الفقه الإسلامي أن يوكل شخص غيره في استيفاء حقه جاز لدائن ضمن دائنين متعددين أن يوكل أحدهم في قبض حصته.

٢: تضامن المدينين في الفقه الإسلامي:

يظهر ذلك في الكفالة

جاء في القواعد في الفقه الإسلامي لابن رجب الحبشي إذا ضمن اثنان ديناً لرجل لغريمه فهل كل واحد منهما ضامن لجميع الدين أو بالحصّة؟ على وجهين: أحدهما: أن كل منهما ضامن للجميع نص عليه في رواية رجل له على رجل آخر ألف درهم فكفل بها كفيل أن كل واحد منهما كفيل ضامن فأيهما شاء اخذ جميع حقه منه.

المحاضرة الواحدة والعشرون

المبحث الثاني

عدم قابلية الالتزام للانقسام

يقصد بعدم قابلية الدين للانقسام، أن يكون ثمة التزام لا يمكن الوفاء به إلا جملةً واحدة، ولو تعدد أطرافه المدينين أو الدائنين به.

من أمثلة ذلك: التزام شخص بتسليم جمل للمشترى، فهل يمكن تصور التزام الشخص بتسليم نصفه حياً؟ وكذلك التزام مقاول ببناء منزل لشخص معين، والتزام شخص بتسليم قطعة أرض إلى آخر، لا يمكن تصور أن يعطيها إياه إلا كاملاً.

والأصل أن التضامن مقرر لمصلحة الدائن فإذا استوفى الدائن حقه زال هذا التضامن وانقسم الدين على المدينين المتضامنين فيرجع المدين الذي قام بالوفاء بالدين على بقية المدينين كل بقدر حصته في الدين ويقسم بينهم بحصص متساوية ولتحديد حصة كل من المدينين يجب على القاضي الرجوع إلى الاتفاق إذا كان التضامن اتفاقياً أما إذا كان الاتفاق قانونياً يجب الرجوع إلى نص القانون.

المطلب الأول

أسباب عدم قابلية الالتزام للانقسام:

أولاً: عدم القابلية للانقسام بناء على طبيعة محل الالتزام:

أ - فيما يتعلق بالالتزام بإعطاء شيء:

مثل من يشتري سيارة فالالتزام على البائع بتسليم المبيع غير قابل للتجزئة نظراً لطبيعة المبيع ومثل حق الرهن فهو غير قابل للتجزئة لطبيعة الحق بتعلقه بكامل العين.

ب - فيما يتعلق بالالتزام بعمل أو الالتزام بالامتناع عن عمل:

مثل التزام البائع بضمان التعرض والتزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، والتزام الجراح بإجراء العملية الجراحية، والتزام المقاول بعدم بناء زائد.

ج - عدم القابلية للانقسام بصفة نسبية:

مثل التزام المقاول بعدم بناء طابق أو تنفيذ تصميم بناء معين إن كان عمله مقسم على وحدات زمنية منفصلة أو يشترك مع عمله أشخاص آخريين .

ثانياً: عدم القابلية للانقسام بناء على اتفاق المتعاقدين:

وقد يكون الاتفاق صريحاً أو ضمناً وخاصة من الغرض المقصود من التعاقد لأن هذه الحالة تكون جائزة أن كان محل الالتزام قابل للانقسام بطبيعته ومع ذلك تتجه إرادة الأطراف إلى جعله غير قابل للانقسام مثل سداد أجرة في عقد إيجار شقة سكنية التي ساد العرف على تقسيم الأجرة ولكن ورد الاتفاق على أن يتم السداد بشكل كامل دون تجزئة.

المطلب الثاني

آثار عدم قابلية الدين للانقسام:

أولاً عند تعدد المدينين:

إذا تعدد المدينون في دينٍ غير قابل للانقسام، وجب على كل واحدٍ منهم، أن يوفي بالدين، كلٌ حسب حصّته من الدين، وإذا قام أحدهم بأداء الدين كاملاً، كان له حق الرجوع على الباقيين كلٌ بقدر حصّته.

وهناك شبه كبير بين التضامن السلي وتعدد المدينين في الدين الغير قابل للانقسام، وذلك في وحدة الدين وتعدد الروابط وأن النيابة فيما ينفع لا فيما يضر، وكذلك حق المدين الموفي في الرجوع على المدينين كلٌ حسب حصته وهكذا.

ولكن ثمة اختلاف بين التضامن السلي وبين عدم القابلية للانقسام وهو أن الدين الغير قابل للانقسام، قد يقبل الانقسام - إذا كان بسبب طبيعته - فتنتفي صفة التضامن المفروضة بسبب طبيعته، مثل لو أن ثمة عدة بائعين في التزام غير قابل للانقسام كبيع جمل مثلاً، فهلك هذا الجمل، هنا أصبح الالتزام قابلاً للانقسام، وبالتالي لا يحق للدائن فيه أن يطالب أحدهم بكل الدين، وفي هذه الأحوال يلجأ الدائن ابتداءً على طلب التضامن منهم تفادياً لوقوع هذا الوضع.

ثانياً عند تعدد الدائنين:

عند تعدد الدائنين تطبق نفس القواعد المطبقة في حالة التضامن الإيجابي بين الدائنين غير أنه إذا توفي الدائن - في حالة التضامن - فإن حق التضامن لا ينتقل إلى ورثته، إنما يطالب الورثة كلٌ بقدر نصيبه من نصيب مورثهم، أما في حالة تعدد الدائنين في دينٍ غير قابل للانقسام، فإن حق الدائن في المطالبة ينتقل إلى الورثة، حيث يستطيع الوارث مطالبة المدين

بأداء الدين كاملاً. وعلى العموم إذا اعترض أحد الدائنين على المدين حينما يريد أن يوفي أحد الدائنين كل الدين، أو حين يعترض ورثة المدين على أداء أحد الدائنين دون آخر، فعليه المدين أو ورثته أن يؤدي الدين للدائنين مجتمعين أو يوفي بالدين إلى خزينة المحكمة.

فلو اشترى خالد قطعة أرض من أحمد وسعيد لبني عليه منزلاً فهنا التزام أحمد وسعيد غير قابل للانقسام أي لا بد من تسليم قطعة الأرض دون تجزئة.

الالتزام غير قابل للانقسام في الفقه الإسلامي:

هذه الفكرة معروفة في الفقه الإسلامي إذ يجوز لوارث الدائن في حال تعدد الورثة أن يطالب ابتداءً بكامل الدين لكنه في الاستيفاء لا يأخذ إلا حصته فقط.

المحاضرة الثانية والعشرين :

الباب الثالث

انتقال الالتزام

يكون انتقال الالتزام من الناحية الايجابية ويسمى حوالة الحق

يكون انتقال الالتزام من الناحية السلبية ويسمى حوالة الدين

الفصل الأول

حوالة الحق

حوالة الحق: عبارة عن عقد يتمكن بمقتضاه دائن من نقل حقه لدى مدينه إلى شخص ثالث

يصير دائنا للأخير بدل الأول, فأطراف حوالة الحق ثلاثة:

(١) المحيل: وهو الدائن الأصلي بالحق والذي يقوم بنقله

(٢) المحال له: وهو من انتقل إليه الحق وصار دائنا بدلا من المحيل

(٣) المحال عليه: وهو المدين بالحق.

المبحث الأول

شروط الحوالة (حوالة الحق)

شروط انعقاد حوالة الحق:

تعد حوالة الحق من العقود الرضائية وتخضع في ذلك شأن أي عقد للقواعد العامة في إبرام العقود من حيث وجوب توافر الرضا والمحل والسبب, ويجب أن يكون الرضا خالي من العيوب وهي الغلط والتدليس والإكراه.

أطراف الحوالة هما المحيل والمحال له وتنعقد برضائهما, إذ لا يشترط رضا المحال عليه لأنه ليس طرفاً فيها, إذا استوي لديه أن يفى بالدين للدائن الأصلي أو للمحال له.

مادامت حوالة الحق من العقود الرضائية فإن التراضي يكفي لانعقادها ما لم يستوجب القانون شكلاً معيناً في حوالة الحق.

وبالنسبة للمحل باعتباره ركناً في حوالة الحق فإنه يتمثل في الحق المحال به الذي ينتقل من المحيل إلى المحال له باتفاقه مع المحيل، والأصل أن الحوالة يمكن أن ترد على جميع الحقوق الشخصية أياً كان محلها ولا تقتصر فقط على الحالة التي يتمثل فيها محل الحق في دفع مبلغ نقدي، ويمكن أن يكون محلاً للحوالة ما هو محتمل أو مستقبل من هذه الحقوق.

كأن يقوم مقاول بتحويل حقه قبل صاحب المحل إلى شخص آخر ولو قبل بدء أعمال البناء ولكن بعد إبرام العقد.

كذلك يجوز لمؤلف تعاقد مع ناشر على نشر مؤلفه لقاء مقابل نقدي أن يقوم بتحويل حقه قبل الأخير ولو قبل التأليف مادامت الحوالة بعد إبرام العقد مع الناشر

- ولا تجوز حوالة بعض الحقوق إما بالاتفاق أو النص على ذلك وربما لا تسمح طبيعة الحق بتحويله, فقد يتفق الطرفان على عدم جواز حوالة حق نشأ عن عقد معين, فجواز الحوالة لا يتعلق بالنظام العام.

- وقد ينص القانون على منع حوالة بعض الحقوق التي لا يجوز الحجز عليها كما هو الحال بالنسبة للنفقة.

شروط نفاذ حوالة الحق:

الحوالة تكون نافذة بين طرفيها بمجرد انعقادها.

أما نفاذ الحوالة في مواجهه الغير(الغير في حوالة الحق يقصد به كل من لم يكن طرفا في عقد الحوالة، ويشمل المدين وأي شخص آخر_ غير المحيل والمحال له) أي أطراف الحوالة هما المحيل والمحال له.

ولا تكون حوالة الحق نافذة في حق الغير إلا بقبول المدين للحوالة. فلا يتصور التزام المدين بالوفاء للمحال له بدلا من الدائن المحيل إلا إذا كان يعلم بالحوالة، والعلم بها يكون بقبوله لها، وقبول المدين للحوالة يعني اعترافه بها.

المبحث الثاني

آثار الحوالة (حوالة الحق)

أولاً: آثار حوالة الحق بين طرفيها - المحيل والمحال له - .

1. انتقال الحق: يتمثل الأثر الجوهرى لحوالة الحق في انتقال الحق المحال به من المحيل إلى المحال له، والحق ينتقل على هذا النحو بما يلزمه من صفات وما يلاحقه من توابع وما يضمنه من تأمينات.

فإذا كان حق الدائن مضموناً برهن أو كفاله أو امتياز انتقل الضمان مع الحق إثر حوالة.

2 التزام المحيل بضمان وجود الحق:

فإذا كانت الحوالة بعوض كان يكون فيلتزم المحيل بضمان محل الحوالة وقت إبرام عقد الحوالة.

أما إذا لم تكن الحوالة بعوض، كأن كانت هبة من المحيل للمحال له فلا يكون المحيل ضامناً للحق المحال وقت الحوالة.

ثانياً: آثار حوالة الحق بالنسبة للغير:

آثار حوالة الحق بالنسبة للغير قبل نفاذ الحوالة:

1. يظل المحيل هو صاحب حق المحال به، أي يبقى المحيل هو الدائن ولا يكون المحال له هو الدائن - .

2. قبل نفاذ الحوالة بالنسبة للغير، أي قبل قبول المدين للحوالة يبقى لدائني المحيل الحق في الحجز على الحق المحال به.

آثار حوالة الحق بالنسبة للغير بعد نفاذها:

بقبول المدين للحوالة تصبح نافذة بالنسبة للغير ويترتب على ذلك الآثار التالية:

١. يصبح المحال له دائناً للمدين.
٢. يحق للمحال له استيفاء الحق المحال به.
٣. يحق لدائني المحال له الحجز على الحق المحال به.
٤. يلتزم المحال عليه . المدين بالوفاء للمحال له
٥. يجوز للمحال عليه . المدين أن يدفع في مواجهه المحال له بكافه الدفع (حتى لو كانت خاصة) التي كان من الممكن أن يدفع بها في مواجهه المحيد الدائن . فيستطيع أن يدفع المدين (المحال عليه) في مواجهة (المحال له) بالبطلان أو بعيب من عيوب الرضا أو بالمقاصة التي بين (المدين) وبين المحيل.

حوالة الحق في الفقه الإسلامي:

عرفت الشريعة الإسلامية حوالة الحق وحوالة الدين , إذ يجوز للبائع أن يتصرف بضمن المبيع قبل قبضه وذلك عن طريق الحوالة.

المحاضرة الثالثة والعشرون

الفصل الثاني

حوالة الدين

حوالة الدين: هي عقد يتمكن المدين بمقتضاه من نقل ديونه قبل دائه إلى شخص أجنبي يصير مدينا في مواجهة هذا الدائن بدلا من المدين الأصلي.

والمدين الأصلي يسمى المحيل والأجنبي المحال عليه والدائن المحال.

انعقاد حوالة الدين: تتم حوالة الدين باتفاق بين المدين والغير على أن يتحمل الأخير الدين بدلا من المدين الأصلي.

وحوالة الدين من العقود الرضائية يكفي لانعقادها تطابق إرادة المدين (المحيل) وإرادة المحال عليه ولا يشترط فيها رضا الدائن (المحال) لانعقاد الحوالة ولكن رضا الدائن ضروري لنفاذ الحوالة, وتخضع حوالة الدين شأنها شأن أي عقد آخر للقواعد العامة في إبرام العقود من حيث وجوب توافر الرضا والمحل والسبب والأهلية وسلامه الإرادة من العيوب.

نفاذ حوالة الدين: إذا عقدت الحوالة بين المدين الأصلي والمحال عليه فإنها لا تكون نافذة في حق الدائن إلا إذا أقرها.

آثار حوالة الدين:

أولاً: آثار حوالة الدين في علاقة الدائن والمحال عليه:

يصبح المحال عليه هو المدين الجديد ويحل محل المدين الأصلي, فينتقل الدين من المحيل إلى المحال عليه (المدين الجديد) بكافه صفاته وتأميناته.

حوالة الدين في الفقه الإسلامي:

أفاض الفقه الإسلامي في حوالة الدين وجوزها بجميع مذاهبه , وفقاً للمذهب الحنبلي: تنعقد الحوالة بمجرد إيجاب (المحيل) ولا تحتاج إلى قبول أو رضا رب الدين – إذا كان المحال عليه مليئاً أما إذا لم يكن مليئاً فلا تصح الحوالة إلا برضا صاحب الدين (الدائن).

مشروعية الحوالة

الحوالة مشروعة بالسنة والإجماع والمعقول.

فمن السنة: ما رواه الإمامان البخاري ومسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "مطل الغنى ظلم، وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبّع وفي رواية أحمد والبيهقي "ومن أحيل بحقه على مليء فليحتل". فأمر النبي عليه الصلاة والسلام بالاتباع دليل على مشروعيتها وإلا لما كان قد أمر بها.

ومن الإجماع: كما أجمعت الأمة على مشروعية الحوالة ولم يخالف أحد منهم في جميع الأعصار والأمصار.

ومن المعقول: فالحوالة مستحبة في حق المحال إذا علم ملاءة المحال عليه وحسن قضائه؛ لما فيها من التخفيف والتيسير على المدين . ومستند كونها مباحة في حقه إذا لم يعلم حال المحال عليه أن الأمر الوارد في الحديث مقيد بكون المحال عليه مليئاً فإن لم يكن مليئاً يبقى الأمر على الإباحة.

لزوم الحوالة

الحوالة عقد لازم إذا تحققت شروطها؛ وعليه إجماع الفقهاء .

أحكام الحوالة:

الحوالة لا تقبل التعليق لما فيها من معنى المعاوضة إذ كل من المحال والمحال عليه يلتزم بها بالتزامات جديدة، كما لا يجوز فيها التأقيت والإضافة إلى المستقبل لأن ذلك ينافي طبيعتها أي نقل الدين إلى المحال عليه .

أقسام الحوالة وأحكامها

١. الحوالة المقيدة (الحق): سواء كان التقييد بدين للمحيل على المحال عليه، أو بعين له لدى المحال عليه هي محل إجماع بين الفقهاء،

٢. الحوالة المطلقة (حوالة الدين): وقد أجازها الحنفية فقط ومستندهم في ذلك أن أمر النبي صلى الله عليه وسلم بقبول الحوالة ورد دون تفصيل بين أن يكون المحال عليه مدينا للمحيل أو غير مدين، فدل هذا على مشروعية الحوالة في الحالين: المقيدة والمطلقة .

شروط الحوالة المطلقة

١. يشترط رضا الأطراف الثلاثة (المحيل، والمحال، والمحال عليه) لصحة الحوالة. لأنه بالنسبة للطرف الأول المحيل قد يأنف بتحمل غيره ما عليه من الدين فلا بد من رضاه، والطرف الثاني المحال لا بد من رضاه أيضا لأن الحوالة فيها انتقال حقه إلى ذمة أخرى والذمم متفاوتة، وأما المستند الشرعي لرضا الطرف الثالث المحال عليه في الحوالة المطلقة فهو أن الحوالة تلزمه بالدين ولا لزوم بلا التزام.

٢. اشتراط الفقهاء أن يكون الدين المحال أو القدر المحال منه متساويا مع الدين المحال عليه جنساً ونوعاً وصفة و قدراً تجنباً للربا، ولكن لا يراد بهذا الشرط أن يكون ما على المحيل مثل ما على المحال عليه قدراً، فتجوز الحوالة مع التفاوت في قدر الدينين بشرط أن تتم الحوالة على نفس القدر بمعنى أنه يجوز أن يحيل بعشرة عليه على عشرة من عشرين على غيره، وأن

يحمل بخمسة من عشرة عليه على خمسة على غريمه، فالشرط هو ألا يستحق المحال إلا ما يماثل الدين المحال، منعا للربا.

أثر الحوالة:

١. أثر الحوالة في العلاقة بين المحيل والمحال (المدين والدائن)

دليل فراغ ذمة المحيل مما كان عليه لدائنه الذي قبل الحوالة أنه المقتضى الشرعي للحوالة، ذلك أن الحوالة كالتبضع وهي مشتقة من التحويل أي نقل الحق فكان معنى الانتقال لازما فيها، والشيء إذا انتقل إلى موضع لا يبقى في المحل الأول، وبذلك لا يحق للمحال مطالبة المحيل الذي تبرأ ذمته ويصبح المحال عليه هو الملزم بالدين.

وأما حق المحال في الرجوع على المحيل عند الحنفية دون اشتراط عند توى . ضاع أو هلك الدين فمستنده ما "رُوي عَنْ عُمَانَ أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ رَجُلٍ أُحِيلَ بِحَقِّهِ فَمَاتَ الْمُحَالُ عَلَيْهِ مُقْلِسًا، فَقَالَ : يَرْجَعُ بِحَقِّهِ، لَا تَوَى عَلَى مَالِ امْرِئٍ مُسْلِمٍ " .. فهذا الخبر يدل على رجوع الدين على الأصيل مرة أخرى إذا أعسر به المحال عليه أو مات.

ودليل ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من حق المحال في الرجوع على المحيل إذا اشترط ملاءة المحال عليه، هو: قول النبي صلى الله عليه وسلم : المسلمون على شروطهم ولأنه شرط ما فيه مصلحة العقد فيثبت الفسخ بفواته

٢. أثر الحوالة في العلاقة بين المحيل والمحال عليه (المدين والشخص الذي يحمل محله)

دليل الشرعي لانقطاع حق المحيل في المطالبة بما له عند المحال عليه من دين قيدت به الحوالة أن الدين تعلق به حق المحال إلا عند القبول.

أثر الحوالة في العلاقة بين المحال والمحال عليه (الدائن والمدين الجديد)

الدليل الشرعي لبراءة ذمة المحيل أن الحوالة أوجبت نقل الدين إلى ذمة المحال عليه.

أما حق المحال عليه في التمسك قبل المحال بجميع الضمانات التي كان يتمسك بها المدين المحيل فمستنده أن هذه الضمانات مرتبطة بمديونية المحيل التي هي أساس الحوالة، وهي من الحقوق المشتركة التي تنتقل مع دين الحوالة في محله الجديد، فيكون للمحال عليه التمسك بها.

أثر الموت والإفلاس على الحوالة:

١. موت المحيل قبل استيفاء المحال دين الحوالة لا يبطلها لأن المحيل صار أجنبيا من هذا المال.
٢. عدم بطلان الحوالة في حالة موت المحال عليه فمستنده أن الورثة أو الكفيل إن وجد يقوم مقامه.
٣. عدم بطلان الحوالة في حالة موت المحال وحلول ورثته محله أنه بموته تنتقل إلى الورثة حقوقه على الغير، ومنها حقه على المحال عليه.

المحاضرة الرابعة والعشرون

الباب الرابع

انقضاء الالتزام

الوفاء بالالتزام هو الطريق الطبيعي لانقضائه, وكذلك يمكن أن ينقضي الالتزام بعده طرق أخرى غير الوفاء به , وهذه الطرق منها ما يوفر للدائن ما كان يحصل عليه بالوفاء وهي الوفاء بمقابل والتجديد والإنابة والمقاصة واتحاد الذمة وقد ينقضي الالتزام بطرق لا توفر للدائن ما كان يحصل عليه بالوفاء وهي الإبراء واستحاله التنفيذ ومنع سماع الدعوى بمرور الزمن (التقادم)

طرق انقضاء الالتزام:

١ - الوفاء ٢ - بما يعادل الوفاء ٣ - انقضاء الالتزام دون وفاء

الفصل الأول

الوفاء

يقصد بالوفاء بالالتزام تنفيذه اختياراً

المبحث الأول

طرفا الوفاء

المطلب الأول

الموفاي

الأصل أن الوفاء يكون من المدين باعتباره صاحب المصلحة الأولى في إخلاء ذمته مما يثقلها من التزام.

والمدين يقوم بهذا الوفاء إما بشخصه أو عن طريق وكيل له, فإذا كان ناقص الأهلية أمكن أن يتم الوفاء عن طريق وليه أو الوصي عليه, ولكن هذا لا يمنع أن يتم الوفاء من جانب شخص آخر غير المدين أو نائبه شرط أن يكون له مصلحة في الوفاء كما في حالة أن يكون الموفاي ملتزم مع المدين بالدين (المدين المتضامن) أو ملتزم بالوفاء عنه (كالكفيل).

قد يتم الوفاء من شخص آخر غير المدين وليس له مصلحة في الوفاء (الفضولي), وهنا إذا قام الفضولي بالوفاء عن المدين يحق له الرجوع على المدين بقدر ما أداه للدائن مالم يكن المدين قد اعترض على هذا الوفاء بشرط أن يكون المدين له مصلحة في الاعتراض كأن يكون ممتنع عن الوفاء حين يقوم الدائن بتنفيذ التزامه.

الشروط التي يجب توفرها في الموفاي:

يشترط في الموفاي أن يكون:

أ. أن يكون مالكا للشيء الذي يفى به.

ب. كذلك يشترط في الموفي أن يكون أهلا للتصرف في الشيء محل الوفاء أي بالغ سن الرشد, ولكن لو قام الصبي المميز غير البالغ سن الرشد أو المعتوه أو المجنون بالوفاء فإن وفاءه يكون صحيحاً بشرط أن لا يلحق الوفاء به ضرراً.

المطلب الثاني

الموفي له

الأصل أن يكون الوفاء للدائن ويصح أن يكون الوفاء لغير الدائن كنائب الدائن أو موكله , ويشترط أن يكون للموفي له أهلية الاستيفاء , فإذا ووفي المدين لناقص الأهلية وهلك الموفي به في يد الموفي له أو ضاع يكون لولي ناقص الأهلية مطالبه المدين مره أخرى بالوفاء ويجب على المدين أن يدفع الدين مره أخرى.

الوفاء في الفقه الإسلامي:

يعد الوفاء سبباً لانقضاء الالتزام في فقه الشريعة الإسلامية.

طرفا الوفاء في الفقه الإسلامي:

١. الموفي:الأصل أن يقوم المدين بالوفاء واستثناء على هذا الأصل جوز فقه الشريعة الإسلامية أن يكون الوفاء من شخص آخر غير المدين وتبعاً لذلك فإن الوفاء كما يكون من المدين نفسه يمكن أن يكون من نائبه إذا يجوز وفاء الدين من المدين الأصيل ومن الكفيل إن كان له كفيل أو من شريكه إذا كان الدين مشتركاً, كما يمكن أن يكون الوفاء من المدين أو نائبه ويمكن أن يقع من الغير أي يجوز وفاء الديون المطلوبة من المدين من شخص غيره بأمره, أي إذا كان الغير قام بالوفاء بأمر المدين فهنا يكون للموفي الحق في الرجوع على المدين بما وفي , أما إذا لم يكن الوفاء بأمر المدين فعند الحنابلة أيضاً يجوز له الرجوع على المدين.

٢الموئي له:الأصل أن يكون الوفاء للدائن في الفقه الإسلامي ويمكن أن يكون لوكيله أو لمن له حق قبضه عنه كالولي.

جاء في المادة ١٨٣٨ من مجله الأحكام الشرعية عن مذهب الإمام احمد بن حنبل (لكل من الشركاء أن يعمل ما هو من أعمالالتجارة فله أن يبيع ويشترى ويقبض).

المبحث الثاني

موضوع الوفاء (محل الوفاء):

يجب على المدين أن يفي للدائن بذات الشيء المستحق وكذلك يجب أن يفي به كله. فإذا كان المدين ملتزم بأداء مبلغ نقدي فيجب على المدين أن يؤدي المبلغ النقدي المحدد في مصدر التزامه. وإذا كان المدين ملتزم بالقيام بعمل معين فيجب عليه القيام بالعمل ذاته.

قاعدة عدم جواز تجزئة الوفاء:

ليس للمدين أن يجبر الدائن على قبول وفاء جزئي لحقه ما لم يوجد اتفاق بين الدائن والمدين على جواز الوفاء الجزئي.

موقف الفقه الإسلامي من موضوع الوفاء:

الأصل في الفقه الإسلامي هو تنفيذ ذات الالتزام الذي التزم به المدين فقد جاء في مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل في خصوص الغصب "يجب على الغاصب رد المغصوب لمالكة ولا يجبر على قبول عوضه".

موقف الفقه الإسلامي من عدم جواز تجزئة الوفاء:

ليس للمدين أن يجبر الدائن على قبول بعض الدين دون البعض أي الأصل أن يكون الوفاء بالدين كله ولا يجبر الدائن على قبول الوفاء الجزئي.

موقف الفقه الإسلامي من تعيين ما تم الوفاء به من الديون في حالة تعددها أي في حالة تعدد ديون المدين لدائن واحد أي يكون مدين واحد لديه ديون كثيرة لدائن واحد.

كما أن القاعدة في الفقه الإسلامي هي وجوب الوفاء بالالتزام فور نشوئه ما لم يتحدد أجل الوفاء بالاتفاق ففي البيع وعند الحنابلة نصت م: ٣١١ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل "البيع المطلق يقتضي تعجيل الثمن وتسليمه في مجلس العقد". فهنا ما دام لم يتم اتفاق بين البائع والمشتري على تأجيل دفع الثمن فيجب دفع الثمن فوراً أي فور نشوء الالتزام بدفع الثمن واستثناء على ذلك أجاز الفقه الإسلامي منح المدين نظرة الميسرة أي إذا لم يستطيع (المدين) دفع الثمن للبائع ينظر الحاكم فإذا وجد أن المشتري معسراً لا يقدر على الوفاء فينتظر إلى ميسرة لقوله تعالى "وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة" صدق الله العظيم.

موقف الفقه الإسلامي بخصوص مكان الوفاء:

وفقاً للمذهب الحنبلي:

الأصل أن يكون الوفاء بالقرض في مكان الوفاء أن الإقراض ولا يجوز أن يشترط في القرض أن يتم الوفاء به في بلد آخر غير بلد الإقراض إلا إذا لم يكن محل القرض مؤنه أي لم يكن محل القرض من المكيلات أو الموزونات كان يكون مبلغ نقدي فهنا يجوز الاشتراط أن يكون الوفاء بمبلغ القرض في غير مكان الإقراض.

موقف الفقه الإسلامي بخصوص نفقات الوفاء:

تكون نفقات الوفاء في الفقه الإسلامي على المدين فمثلاً في عقد البيع الذي يلتزم بدفع أجرة نقل البضاعة هو البائع أي المدين بتسليم البضاعة.

لكن هناك حالات لا يلتزم فيها المدين بدفع نفقة الوفاء كعقد الوديعة

الدائن: المودع (صاحب الوديعة)

المدين: الوديع (المودع عنده)

فالذي يتحمل نفقات رد الوديعة هو المودع (صاحب الوديعة)

إثبات الوفاء:

يقع عبء إثبات الوفاء على المدين وعليه عند الوفاء يجب على المدين أن يطالب الدائن بإعطائه مخالصة تفيد براءة ذمة المدين في عقد البيع عند دفع المشتري الثمن يجب عليه أن يأخذ من البائع مخالصة تفيد أنه دفع الثمن.

حالة رفض الدائن الوفاء:

قد يتقدم المدين بالوفاء للدائن فيرفض الدائن قبول هذا الوفاء وهنا يجب على المدين أن يقوم بإعذاره أي يوجه المدين إلى الدائن إنذاراً يعلن فيه المدين استعداده للوفاء ويحدد له وقت مناسب لقبول الوفاء وبعد الإعذار إذا كان محل الوفاء نقوداً أو منقولات أي ما يمكن نقلها من مكانها دون تلف يقوم المدين بعرض هذه النقود أو المنقولات على الدائن في موطنه فإذا كان محل الوفاء عقار فيتم عرضه على الدائن بتكليفه بتسلمه عن طريق المحضر أو كاتب العدل وإذا رفض الدائن فيقوم المدين إذا كان محل الوفاء نقوداً بإيداع النقود بخزينة المحكمة وإذا كان محل الوفاء عقاراً يجوز للمدين أن يطلب من المحكمة وضع العقار تحت الحراسة.

الفصل الثاني

انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء:

ينقضي الالتزام بطرق توفر للدائن ما كان يحصل عليه بالوفاء وهذه الطرق هي:

أ: الوفاء بمقابل. ب: التجديد. ج: الإنابة. د: المقاصة. هـ: اتحاد الذمة.

المبحث الأول

الوفاء بمقابل

من المعلوم أن الدائن يستوفي محل دينه المتفق عليه ولا يجوز إجباره على استيفاء شيء آخر في مقابل دينه حتى ولو كان هذا الشيء أكبر قيمة من الدين, ومع ذلك إذا اتفق المدين مع الدائن على أن يستوفي الدائن من المدين شيئاً آخر غير المتفق عليه في مقابل دينه واستوفاه الدائن فعلاً فإن الدين ينقضي وتبرأ ذمة المدين.

موقف الفقه الإسلامي بخصوص الوفاء بمقابل:

عبر الفقه الإسلامي عن الوفاء بمقابل بتعبير الاستبدال وهذا الاستبدال قد يكون صلحاً.

والصلح عقد وضع لرفع النزاع وقطع الخصومة بين المتصالحين بتراضيهما.

السادسة والعشرون

المبحث الثاني

اتحاد الذمة

يقصد به أن يجتمع في شخص واحد صفة الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد ويترتب عليه انقضاء الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة.

واتحاد الذمة متطور بالنسبة لكل من الحقوق العينية والحقوق الشخصية، واتحاد الذمة في الحقوق العينية مثاله أن يتوفى مالك الرقبة فيرثه المنتفع وبالعكس، أو إذا توفى المدين الراهن فورثه الدائن المرتهن أو بالعكس.

واتحاد الذمة في الحقوق الشخصية مثاله أن يخلف الدائن المدين أو يخلف المدين الدائن، لأنه لا يجوز أن يكون الشخص دائنا لنفسه أو مدينا لها.

ويترتب على اتحاد الذمة استحالة المطالبة بالدين، إذ لا يستطيع الشخص أن يطالب نفسه، واتحاد الذمة ليس في حقيقته سببا من أسباب انقضاء الالتزام بل هو مانع طبيعي يحول دون المطالبة به ولذلك إذا زال السبب الذي أفضى إلى اتحاد الذمة كان لزواله أثر رجعي، وعاد الدين إلى الوجود هو ملحقاته بالنسبة لذوي الشأن جميعا وتغير اتحاد الذمة كأن لم يكن.

موقف الفقه الإسلامي من اتحاد الذمتين:

فكرة اتحاد الذمتين معروفة في الفقه الإسلامي كسبب من أسباب انقضاء الالتزام. فلو مات الدائن المكفول دينه وانحصر ميراثه في مدينه برأت ذمة الكفيل.

المبحث الثالث

التجديد في الوفاء

هو تصرف قانوني يتم بمقتضاه الاتفاق على انقضاء حق قديم وإنشاء حق جديد يحل محله، أي استبدال حق جديد بالحق الأصلي ويكون ذلك بتغير الدين أو المدين أو الدائن وتغير التجديد طريقاً من طرق انقضاء الحق ومصدراً من مصادر إنشائية في آن واحد.

ويشترط لوقوعه ثلاثة شروط:

الشرط الأول: وجود التزام قديم أولاً حتى ينشأ بعد ذلك التزام جديد ليحل محله.

الشرط الثاني: إنشاء التزام جديد، حيث أن جوهر فكرة التجديد هو انقضاء الالتزام القديم ونشوء الالتزام الجديد ليحل محله .

الشرط الثالث: نية التجديد حيث أن القاعدة أن التجديد لا يفترض بل يجب أن يقف عليه صراحة أو أن يستخلص بوضوح من الظروف.

المبحث الرابع

الإنبابة في الوفاء:

الإنبابة عمل قانوني يحصل به المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكانه، وهي إما شاملة وإما ناقصة.

والإنبابة الشاملة: تتضمن استبدال مدين وهو المناب بالمدين الأصلي وهو المنيب وهي تتضمن تجديدا بتغير المدين، وقد تتضمن في نفس الوقت تجديدا بتغير الدائن إذا كانت هناك مديونية سابقة بين المنيب والمناب.

أما الإنبابة الناقصة: لا يرى فيها الدائن (المناب لديه) ذمة مدنية (المنيب) بل يقبل المناب كمدين آخر، فيكون له مدينان عوضا من مدين واحد، وهذا هو الغرض الغالب لأن التجديد لا يفترض في الإنبابة.

المبحث الخامس

المقاصة

المقاصة: هي طريق لانقضاء دينين متقابلين في ذمة شخصين كل منهما دائن ومدين للآخر في نفس الوقت بقدر الأقل منهما.

وظيفة المقاصة:

وتظهر الأهمية العملية للمقاصة في تيسير وضمان الوفاء بالالتزام.

فهي أولاً: تحول دون عملية الوفاء المزدوج وما تتطلبه من جهد ووقت ونفقات ومخاطر.

وثانياً: تعتبر المقاصة وسيلة ضمان فعالة فهي تجنب كل من طرفيها مزاحمة باقي دائني الطرف الآخر، فيما لو اضطر إلى الوفاء بما عليه، ثم الرجوع بما له على مدينه.

أنواع المقاصة: ١ - المقاصة القانونية ٢ - المقاصة الاتفاقية ٣ - المقاصة القضائية

أولاً: المقاصة القانونية: تقع بقوة القانون متى توافرت شروطها:

شروط المقاصة القانونية

الشرط الأول: وجود دينين متقابلين: بمعنى أن يكون كل طرف دائن ومدين للآخر في نفس الوقت.

الشرط الثاني: تماثل الدينين في المحل: أي أن يكون الدينان من نوع واحد مثلاً إذا كان من النقود فهما من نوع واحد وتجوز المقاصة بينهما أن يكون الدينان من المثليات ومتحددين في الجنس والوصف والاستحقاق والجودة فمثلاً لو كان احد الدينين قمحاً والآخر أرزاً لا تقع المقاصة، كذلك لا تقع المقاصة إذا اختلفت المثليات في الجودة كما لو كان احد الدينين توريد أقمشة من صنف جيد والآخر توريد أقمشة من صنف اقل جوده فهنا لا تقع المقاصة.

الشرط الثالث: خلو الدينين من النزاع: فلا تقع المقاصة بقوة القانون ولو كان الدينين متقابلين ومتماثلين في المحل إلا إذا كان كل منهما خالياً من النزاع أو يكون كل من الدينين محقق الوجود ومعين المقدار فلا تقع المقاصة إذا كان احد الدينين متنازع في مقداره أو في وجوده أو في جودته.

الشرط الرابع: صلاحية الدينين للمطالبة القضائية: فلو كان احد الدينين ديناً طبيعياً والآخر مدنياً فلا تقع المقاصة.

الشرط الخامس: أن يكون الدينان مستحقي الأداء: فلا تقع المقاصة بين دين حال ودين مضاف إلى اجل.

الشرط السادس: قابلية الدينين للحجز: لو كان للمدين دين نفقه في ذمة دائن فلا تقع المقاصة ذلك لأن النفقة لا يجوز الحجز عليها.

الشرط السابع: وجوب التمسك بالمقاصة: لا يجوز للقاضي أن يحكم بالمقاصة إذا لم يتمسك بها صاحب الحق فلو أن المدين الذي أصبح دائناً لدائنه لم يتمسك بالمقاصة لا يستطيع القاضي أن يتمسك بها ولكن يجوز للكفيل أن يتمسك بها.

الشرط الثامن: أن لا تضر المقاصة حقوق الغير

المحاضرة السابعة والعشرون

حالات عدم جواز المقاصة:

١ - إذا كان احد الدينين شيئاً مودعاً أو معاراً: ذلك أن المدين قد ائتمنه ووضع ثقته فيه فلا يجوز الإخلال بهذه الثقة عن طريق التمسك بالمقاصة.

٢ - إذا كان احد الدينين نزع من يد مالكة دون حق وكان مطلوباً رده والعلة في ذلك هو منع الدائن من استيفاء حقه بطريق الغصب ومن التمسك بالمقاصة إذا طلب منه رد المنصوب.

ثانياً: المقاصة القضائية:

قد يحول بين الطرفين وإمكان التمسك بالمقاصة القانونية تخلف احد شروطها فإذا كان هذا الشرط من الشروط التي يستطيع القضاء استكمالها وهو ما ينحصر في شرط خلو حقه من النزاع أمكن وقوع المقاصة القضائية .

ثالثاً: المقاصة الاتفاقية:

وتسمى أيضا بالمقاصة الاختيارية وتقع باتفاق الطرفين في الحال الذي تتخلف فيه شروط المقاصة القانونية.

المقاصة في الفقه الإسلامي:

هي إسقاط دين مطلوب لشخص من غريمه في مقابله دين مطلوب من ذلك الشخص لغريمه.

أنواع المقاصة في الفقه الإسلامي:

١- جبرية ٢- اتفاقية ، وأما المقاصة القضائية فهي غير معروفة في الفقه الإسلامي.

أولاً: المقاصة الجبرية:

جاء عند الحنابلة في بيان حكم ما لو كان لكل واحد من السيد والمكاتب على صاحبه دين. فإن كان لكل واحد منهما على صاحبه دين كأن يكون للسيد على المكاتب دين عن الكتابة أو غيرها وللمكاتب على سيده دين وكانا نقداً من جنس واحد حالين أو مؤجلين أجزأ واحداً تقاصاً وتساقطاً.

شروط المقاصة الجبرية في الفقه الإسلامي:

- ١ - وجود دينان متقابلان: أي وجود شخصين كل واحد منهما دائن ومدين للآخر.
- ٢ - تماثل الدينين في المحل أي في الجنس والصفة والقوه.
- ٣ - استحقاق الدينين للأداء فلو كان احد الدينين حالاً والآخر مضافاً إلى اجل لم يجز بعد لا تقع المقاصة.
- ٤ - أن لا يترتب على المقاصة أي ضرر..

حالات منع فيها الفقه الإسلامي وقوع المقاصة الجبرية:

- ١ - لو كان للمودع لديه دين في ذمة المودع فلا تقع المقاصة الجبرية:
- ٢ - لا تقع المقاصة الجبرية بين المال المغصوب من جهة وما للغاصب في ذمة المغصوب منه من جهة أخرى.

أثر المقاصة الجبرية في الفقه الإسلامي:

ينقضي الدين الأقل كلياً وما يقابله من الدين الأكبر الذي ينقضي جزئياً..

ثانياً- المقاصة الاتفاقية

هي التي تتم بتراضي الطرفين ما لم يترتب على ذلك محذور شرعي، سواء اتحد جنس الدينين أم لم يتحد، انفقت الأوصاف أم اختلفت، وسواء أكان أحد الحقين ديناً والآخر عيناً.

المقاصة الاتفاقية غير الجائزة.

لا تجوز المقاصة إذا تخلف شرط من شروطها، ومنها أن يترتب على وقوعها مخالفة حكم شرعي، ويظهر هذا في بعض مسائل الصرف، وفي رأس مال السلم، وفي المسلم فيه، وفيما إذا وجدت شبهة الربا، ولو تراضيا.

الفصل الثالث : انقضاء الالتزام دون وفاء

المبحث الأول : الإبراء

المقصود بالإبراء: الإبراء هو تنازل الدائن عن حقه قبل المدين دون مقابل يتقاضاه منه أو غيره. فهو تصرف في الحق على سبيل التبرع ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين دون حاجة إلى قبوله ولكنه يردده.

خصائص الإبراء:

- ١ - تصرف قانوني يتم بإيراده الدائن ولا يتوقف الإبراء على قبول المدين إلا أنه يتردد برده.
- ٢ - الإبراء يعد من أعمال التبرع وبالتالي يخضع للقواعد التي تحكم التبرع.
- ٣ - لا يخضع الإبراء لأي شرط شكلي إذ الإبراء تصرف رضائي ولا يحتاج إلى أن يفرغ في ورقة رسميه أو أي شكل خاص.

آثار الإبراء: يترتب على الإبراء انقضاء الدين وفقا للقانون المصري والإبراء لا يترتب أثراً إلا إذا اتصل بعلم المدين إذا يحق للمدين وفقا للقانون المصري وكذلك القانون الأردني أو يرفض الإبراء ويقوم بالوفاء بالدين وفي هذه الحالة الإبراء لا يترتب أثره.

وإذا انقضى الدين بالإبراء تنقضي كافة التأمينات فإذا كان الدين موثوق برهن أو كفاله تنقضي هذه التأمينات.

الإبراء في الفقه الإسلامي:

الإبراء في الفقه الإسلامي نوعان:

- ١ - إبراء الاستيفاء: الدائن يقر باستيفاء دينه الذي كان موجود في ذمة المدين.

٢ - إبراء الإسقاط: فقد عرفه الحنابلة من خلال نصوص مجلة الأحكام الشرعية عن مذهب الإمام احمد بن حنبل إذ جاء بها أن الإبراء من الدين يصح بلفظه ومما يؤدي معناه فلو قال أسقطته أو تركته أو تصدقت به أو أنت في حل منه صح وبرأت ذمة المدين منه.

خصائص الإبراء في الفقه الإسلامي:

١ - الإبراء هو التبرع. ٢ - بعض الفقهاء لم يشترطوا قبول المدين بالإبراء.

شروط صحة الإبراء في الفقه الإسلامي:

١ - بما أن الإبراء تبرع فلا بد من أن توافر فيه أهلية التبرع لدى المبرئ، فلا يصح أن يكون المبرئ صغيراً أو مجنوناً إذ يجب أن يكون عاقلاً وبالغاً ولا يصح إبراء المريض مرض الموت فمن أبرأ مدينه وهو مريض مرض الموت يعتبر ذلك عند الحنابلة وصية.

٢ - يشترط لصحة الإبراء رضا صاحب الدين (الدائن) أي إذا أكره الدائن فلا يصح منه الإبراء.

٣ - يجب أن يكون المبرأ (المدين) معلوماً ٤ - أن لا يكون الإبراء معلق على شرط.

آثار الإبراء:

يترتب على إبراء الإسقاط متى كان صحيحاً سقوط الدين منه إبراء شخصاً سقط عن المبرأ (المدين) ذلك الحق.

المحاضرة الثامنة والعشرين

المبحث الثاني : استحالة التنفيذ

ينقضي الالتزام إذا استحال على المدين الوفاء به بسبب أجنبي أو لأي سبب (لا دخل) لإرادة المدين فيه.

وعليه يشترط لصحة استحالة الوفاء ما يلي

١. ينقضي الحق إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً لسبب قانوني كصدور قرار إداري بنزع الملكية العقار محل الالتزام.

أو لسبب طبيعي مادي، كزلزال يهدم العقار محل عقد البيع فيصبح تسليمه للمشتري مستحيلاً.

٢. السبب الأجنبي، حتى يعتد بالواقعة التي ترتبت عليها استحالة الوفاء بالحق، يجب أن تكون ناتجة عن سبب أجنبي عن إرادة المدين، ولا دخل لإرادة المدين فيها، كالقوة القاهرة أو من جراء خطأ الدائن أو خطأ الغير.

المبحث الثالث : التقادم

يقصد بالتقادم: مضي فترة معينة من الزمن على وضع شخص يده على حق دون أن يعرف له مالكا، أو مضي تلك الفترة على سكوت شخص عن المطالبة بحقه ممن وضع يده عليه في تلك الفترة الزمنية.

أو هو مرور الزمان المانع من سماع الدعوى في الفقه الإسلامي والمسمى بالتقادم في القوانين الوضعية.

أساس التقادم :

يقوم التقادم على أساس دعم استقرار التعامل وبالتالي النظام العام إذ لا يعقل أن يظل الناس يطالب بعضهم بعضا إلى ما لا نهاية، كما يؤسس التقادم أيضا على قرينة الوفاء، أي أن مرور فترة التقادم على ديون معينة يفيد أن أصحابها استوفوها

ويقوم التقادم أحيانا على اعتبار آخر هو أن المدين يدفع دينه من ريعه لا من رأسماله، خاصة في الديون الدورية المتجددة، وتراكم مبالغ الديون على المدين مما يرهقه بحيث يضطره إلى دفع المستحقات من رأسماله لا من ريعه، لذلك قرر المشرع مدد التقادم قصيرة بشأنها ٣.٣. إذن بشكل عام الحكمة من التقادم هي استقرار المراكز القانونية.

تحديد مدة التقادم

القاعدة العامة أن يتقادم الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة فيما عدا الحالات التي ورد عنها نص خاص في القانون وفيما عدا الاستثناءات التالية.

المطلب الأول

التقادم بخمس سنوات

تتقادم بمدة ٥ سنوات كل الحقوق التي تتميز بصفة الدورية والتجدد وهو ما نصت عليه المادة ١/٣٠٩ : يتقادم بخمس سنوات كل حق دوري متجدد ولو أقر به المدين كأجرة المباني، والديون المتأخرة، والمرتببات والأجور، والمعاشات. فما معنى الصفة الدورية والمتجددة للحقوق.

الفرع الأول: صفة الدورية

الحق الدوري هو الحق الذي يستحق في مواعيد متتالية (كل أسبوع، كل شهر، كل سنة) يستوي أن يكون مصدر الدورية هو الاتفاق (الأجرة، الإيجار، الفوائد الاتفاقية، أقساط الهاتف، أقساط التأمين) أو القانون (المعاشات، الفوائد القانونية)

الفرع الثاني: صفة التجدد

يكون الحق متجدداً إذا كان ما يؤدي منه لا ينقص من أصله هو الحق الذي يستحق في مواعيد متتالية كل أسبوع، كل شهر، كل سنة) ١
يمكن أن يكون الحق دورياً و لكن غير متجدد (كتقسيط الدين على أقساط)، عندها لا يخضع للتقادم الخمسي بل التقادم العام (١٥ سنة) ومتى فقد دين ما إحدى الصفتين الدورية أو التجدد تقادم وفق القاعدة العامة أي بـ ١٥ سنة

و نظراً لطبيعتها الملتبسة، و حسماً لأي خلاف، نصت المادة ٣٠٩ الفقرة الثانية على ما يلي : غير أنه لا يسقط الربيع المستحق في ذمة الحائز سئ النية، ولا الربيع الواجب أدائه على متصرف المال المشاع للمستحقين إلا بانقضاء خمسة عشر سنة .

وقد جاءت هذه الفقرة للتأكيد على عدم كون الحقوق المنصوص عليها من الحقوق الدورية المتجددة، والحقوق نوعان و هما :

١. الربيع المستحق في ذمة الحائز سيء النية .

٢. الربيع الواجب أداءه على متصرف المال المشاع للمستحقين

كما تتقدم 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 تكبدوه من مصروفات

الفرع الثالث

أساس التقادم بخمس سنوات

أساس التقادم الخمسي أن المدين فيها عادة ما يدفعها مما يتقاضاه، وتراكم تلك الديون عليه لمدة تزيد عن خمس سنوات يؤدي إلى إرهاقه بحيث يضطره ذلك إلى أدائها من رأسماله ، ثم إن هذا التقادم لا يبني على قرينة إن مضي المدة يفيد أدائها من المدين ذلك أن المشرع أبقى مدة التقادم على حالها حتى ولو أقر بها المدين.

المطلب الثاني

التقادم بثلاث سنوات

تتقدم بثلاث سنوات الضرائب والرسوم المستحقة للدولة ويبدأ سريان التقادم في الضرائب والرسوم السنوية من نهاية السنة التي تستحق عنها ، وفي الرسوم المستحقة عن الأوراق

القضائية من تاريخ إنهاء المرافعة في الدعوى التي حررت في شأنها هذه الأوراق ، أو من تاريخ
تحريرها إذا لم تحصل مرافعة.

كما يتقدم بثلاث سنوات أيضا الحق في المطالبة برد الضرائب والرسوم التي دفعت بغير حق
. ويبدأ سريان التقادم من يوم دفعها.

ولا تخل الأحكام السابقة بأحكام النصوص الواردة في القوانين الخاصة.

المحاضرة التاسعة والعشرين

المطلب الثالث

التقادم بسنة واحدة:

يتقادم بسنة واحدة

أ. حقوق التجار والصناع عن أشياء وردها لأشخاص لا يتجرون في هذه الأشياء ،
وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة وثمان الطعام وكل ما صرفوه لحساب
عملائهم.

ب. حقوق العمال والخدم والأجراء من أجور يومية وغير يومية ومن ثمن ما قاموا به من
توريدات.

أساس التقادم بسنة واحدة

أساس هذا التقادم القصير: هو قرينة الوفاء، ومبنى هذه القرينة أن الحقوق التي يرد عليها
التقادم هي حقوق عادية تزخر بها الحياة اليومية، لذا لم تجر العادة على تحرير سند بها أو على
السكوت طويلا عن استيفائها.

ويستطيع الدائن دحض قرينة الوفاء بمضي سنة واحدة ويكون هذا عندما يوجه القاضي
اليمين المتممة إلى المدين الذي يتمسك بهذا التقادم الحولي أو إلى ورثته من بعد وفاته أو من
ينوب عنهم إن كانوا قاصرين ويحلف أنه وفي بالدين فعلا، فإن هو حلفها سقط دين الدائن
بالتقادم ، وإذا هو نكل عليها أي رفض أن يحلف على أنه أدى الدين فعلا، ألزم بالوفاء رغم
مضي السنة ورغم تمسكه بالتقادم .

كيفية احتساب التقادم

١. تحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات ولا بحسب اليوم الأول، وتكمل المدة بانقضاء آخر يوم منها.

٢. ولا يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص إلا من اليوم الذي يصبح فيه الدين مستحق الأداء.

وبخاصة لا يسري التقادم بالنسبة إلى دين معلق على شرط واقف إلا من الوقت الذي يتحقق فيه الشرط ، وبالنسبة إلى ضمان لاستحقاق إلا من الوقت الذي يثبت فيه الاستحقاق ، وبالنسبة إلى الدين المؤجل إلا من الوقت الذي ينقضي فيه الأجل

٣ وإذا كان تحديد ميعاد الوفاء متوقفا على إرادة الدائن، سري التقادم من الوقت الذي يتمكن فيه الدائن من إعلان إرادته.

٤ - لا يسري التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبيا . وكذلك لا يسري التقادم فيما بين الأصيل والنائب.

٥ - ولا يسري التقادم الذي تزيد مدته على خمس سنوات في حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو في حق الغائب أو في حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية إذا لم يكن له نائب يمثله قانونا.

انقطاع التقادم:

١. ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة وبالتنبيه ، وبالجزء ، وبالطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه في تفليس أو في توزيع وبأي عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى.

٢- ينقطع التقادم إذا أقر المدين بحق الدائن إقرارا صريحا أو ضمنيا.

ويعتبر إقراراً ضمناً أن يترك المدين تحت يد الدائن مالا له مرهوناً رهناً حيازياً تأميناً لوفاء الدين.

وإذا انقطع التقادم بدأ تقادم جديد يسري من وقت إنهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع ، وتكون مدته هي مدة التقادم الأول.

٣- على أنه إذا حكم بالدين وحاز الحكم قوة الأمر المقضي أو إذا كان الدين مما يتقادم بسنة واحدة وانقطع تقادمه بإقرار المدين، كانت مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة، إلا أن يكون الدين المحكوم به متضمناً للالتزامات دورية متجددة لا تستحق الأداء إلا بعد صدور الحكم.

وقف التقادم

القاعدة العامة : حتى يحقق التقادم أثره، لا بد من أن يسري طوال الفترة المحددة له (١٥ سنة، ٥ سنوات, ٣ سنوات, ١ سنة).

مفهوم وقف التقادم

يقصد بالوقف أن يتعطل سريان التقادم مدة ما بسبب مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ،على أن يعود التقادم سيرته الأولى متى زال هذا المانع ولا يدخل بطبيعة الحال الفترة التي وقف التقادم أثناءها

ويمكن تعريف وقف التقادم على أنه طرؤ عارض ما يؤدي إلى تعطيل سريان مدة التقادم، وذلك بعدم احتساب المدة التي يتعذر على الدائن خلالها المطالبة بحقه في نطاق الإطار الزمني لمدة التقادم. فإذا زال العارض استأنف التقادم سريانه من النقطة التي وقف عندها.

والعلة من تقرير نظام وقف التقادم هو الرغبة في حماية الدائن الذي لا يستطيع لوجود مانع ما ، من أن يطالب بحقه قضاءً فإذا كان من بين أسس نظام التقادم هو استخدامه كوسيلة

لعقاب الدائن المهمل من ناحية وكقرينة وفاء مستفادة من سكوته فان مثل هذه الأسس لا محل لافتراضها وإعمالها إذا ثبت أن الدائن لم يكن في إمكانه أن يطالب بحقه خلال مدة معينة ، ولهذا كان من العدالة ألا يسري التقادم ضد هذا الدائن طالما ظل المانع قائما ، فإن زال المانع ، عاود التقادم سيره.

أسباب وقف التقادم

المعيار العام : هو وجود مانع يتعذر معه على الدائن المطالبة بحقه (لا تشترط الاستحالة).

ويمكن رد الوقف إلى : ١- موانع مادية ٢-أدبية ٣-وقانونية :

١-موانع وقف التقادم المتعلقة بالدائن

وتتعلق هذه الحالة بـ:

١-حالة عديم الأهلية

٢-المحكوم عليه بعقوبة جنائية .

٣-الغائب.

كل هؤلاء يوقف سريان التقادم ضدهم متى زادت مدة تقادم حقوقهم عن ٥ سنوات ، وهذا سواء كان لهم نائب قانوني أو لم يكن لهم نائب قانوني ويستمر هذا الوقف طيلة فترة عدم أهليتهم أو غيبتهم وفي هذا إرهاب للمدين خاصة متى كان لهؤلاء نائب قانوني .

أما في الحالة التي يقل فيها التقادم عن ٥ سنوات فانه يوقف التقادم في حقهم متى لم يكن لهم نائب قانوني أما في الحالة العكسية فلا يوقف التقادم .

٢- الموانع المادية

المانع المادي هو الظرف / العقبة الذي لا يستطيع معها الدائن المطالبة بحقه أمثلة:

ظروف عامة (كالحروب والثروات ...)

غياب الدائن غيبة اضطرارية دون وجود من يمثله قانوناً

جهل الدائن بوجود حق له (شريطة أن يكون جهله لسبب جدي و مشروع و دون تقصير منه)

٣- وقف التقادم لوجود علاقة معينة بين الدائن والمدين (الموانع الأدبية)

قد يحدث أن توجد بين الدائن والمدين علاقة خاصة من شأنها جعل مطالبة الدائن بحقه مستحيلاً أو صعباً وهو ما يعرف بالمانع المعنوي وهو وجود علاقة رابطة تمنع الدائن من مطالبة المدين بحقه (و هو أمر يترك لتقدير المحكمة التي تدرس كل حالة على حدة، فتأخذ بالمعيار الشخصي). أمثلة:

القرباة (ابن و أب) الصداقة (الأصدقاء) الزواج (زوج وزوجة) والنيابة (الأصيل والنائب) والعمل (رئيس ومرؤوس: في القطاع الخاص فقط)

المحاضرة الثلاثون

المطلب الثالث

أثار وقف التقادم

إذا وقف سريان التقادم ، فان المدة التي وقف سريان التقادم في خلالها لا تحسب ضمن مدة التقادم، ولكن تحسب المدة السابقة والمدة التالية أي أنه يترتب على وقف التقادم أن المدة التي انقضت قبل وقفه تبقى قائمة دون أن يضم إليها المدة التي كان التقادم خلالها موقوفاً وبعد استئناف سريان التقادم تؤخذ في الاعتبار المدة السابقة على الوقف.

١. إذا كانت مدة التقادم لم تبدأ بالسريان بعد يتأخر بدء حسابها إلى حين زوال المانع.

٢. إذا كانت مدة التقادم قد بدأت بالسريان يعتد بالمدة السابقة ويقف سريانها منذ وقت حصول المانع ويعود سريانها منذ وقت زوال المانع.

يترتب على التقادم انقضاء الالتزام ومع ذلك يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي.

وإذا سقط الحق بالتقادم سقطت معه الفوائد وغيرها من الملحقات ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات.

ولا يجوز للمحكمة أن تقضي بالتقادم من تلقاء نفسها ، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طلب دائنيه أو أي شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين.

ويجوز التمسك بالتقادم في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام المحكمة الاستئنافية

لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه ، كما لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عليها القانون.

وإنما يجوز لكل شخص يملك التصرف في حقوقه أن ينزل ولو ضمنا عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه ، على أن هذا النزول لا ينفذ في حق الدائنين إذا صدر إضرارا بهم.

التقادم في الفقه الإسلامي

الحق في الفقه الإسلامي لا يقبل السقوط وهذا استنادا إلى الحديث النبوي الشريف " لا يبطل حق امرئ مسلم وإن قدم " , وبالمقابل فإن الاعتبار العملية تفرض وجوب وضع مده قصوى للمطالبة بالحقوق , وبالتالي يترتب على مرور مده معينه منع سماع الدعوى بالحق وبحيث يبقى هذا الحق دينا في ذمه المدين

فوفقا للمذهب الحنبلي أن مرور الزمن لا يسقط الحق وإنما يمنع سماع الدعوى به , إذا يصح للإمام نهي القاضي عن النظر في بعض المعاملات وسماع بعض الدعاوى والحكم في مسألة معينه , أي أن مرور الزمن يمنع القاضي من سماع الدعوى والمنع هنا من قبل تخصيص القضاء بالزمان بأمر الأمام, فقد جاء بالمادة ٢٤٩ من مجلة الأحكام الشرعية أن القضاء يقبل التخصيص بالزمان والمكان.

المدة المانعة من سماع الدعوى في الفقه الإسلامي وبدء سريانها:

تحددت المدة المانعة من سماع الدعوى في الفقه الإسلامي بخمس عشر سنة وأحيانا بست وثلاثين سنة

وقد جاء في الفقه الإسلامي من كان واضعاً يده على عقار متصرف فيه تصرف المالك بلا منازع مده ٣٣ سنة فلا تسمع عليه دعوى الإرث إلا لعذر شرعي.

وقد جاء في الفقه الإسلامي أن دعوى الدين أي كان سببه لا تسمع على منكر الدين بعد تركها من غير عذر شرعي ١٥ سنة.

سريان المدة: وفقا للفقهاء الإسلاميين يبدأ سريان المدة المانعة من سماع الدعوى من تاريخ ثبوت الحق للمدعي بإقامة الدعوى بالمدعى به وعلى ذلك يعتبر ابتداء المدة المقررة لعدم سماع دعاوى الدين المؤجل من تاريخ حلول الأجل لا من تاريخ عقد الدين.

وقف وانقطاع المدة المانعة من سماع الدعوى وفقا للفقهاء الإسلاميين:

من المسلم به في الفقه الإسلاميين أن مرور الزمن لا يحدث أثره بعدم سماع الدعوى إلا إذا كان بدون عذر, فمرور الزمن لا يكفي بذاته لعدم سماع الدعوى بالحق بل يجب فوق ذلك أن يكون مقرونا بانعدام العذر في ترك هذا الزمن يمر دون رفع الدعوى بالحق , فوجود العذر لا يمنع سماع الدعوى مهما كانت مده الترك.

وعدم اعتبار مرور الزمن لوجود العذر إنما يتخذ صورته من اثنتين:

الأولى: يوقف العذر فيها سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى ويقصد بوقف التقادم أن يتعطل سريان التقادم مدة ما بسبب وجود عذر يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه , وحيث لا يدخل في حساب المدة الفترة التي وقف التقادم في أثنائها , فإذا زال هذا العذر استأنف التقادم سريانه.

أما الصورة الثانية : فيقطع التقادم أي يلغي المدة التقادم السارية نتيجة لإجراء يتخذه الدائن أو نتيجة إقرار يصدر من المدين , وحيث تبدأ مدة تقادم جديدة من وقت زوال العذر الذي أدى إلى الانقطاع.

الأعذار التي توقف سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى:

١. الغياب: من الأعذار التي توقف سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى غياب المدعي , إلا أن الغياب يزول بحضور الغائب وهنا تستأنف هذه المدة سريانها مرة أخرى ويضاف في احتساب المدة كلها ما سيكون منها بعد زوال الغياب, والفرص أن مدة الوقف حال قيام

العدر لا تدخل في حساب المدة وصولاً إلى اكتمالها, ويلاحظ أن الغياب باعتباره عذراً
شرعياً ومعياريه مدة سفر هي ثلاث أيام.

٢. خوف المدعى من بطش المدعى عليه: أي لو كان المدعى يخش جور وبتش المدعى عليه
بعد من الإعدار التي توقف الدعوى.

٣. انعدام الأهلية: الزمن الذي مر وكان المدعى فيه صغيراً أو مجنوناً أو معتوه سواء كان له
وصي أو لم يكن فلا يدخل في احتساب مده التقادم.

٤- إفلاس المدعى عليه: لو ترك صاحب الحق دعواه بسبب إفلاس مدينه , فإن هذه المدة لا
تدخل في احتساب مده التقادم.

الأعدار التي تقطع سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى:

الانقطاع يعني محو ما مضى من المدة المقررة تلك قبل تحقق سبب الانقطاع بحيث تبدأ في
السري أن ومن جديد المدة المقررة المشار إليه منذ زوال سبب الانقطاع ومن ثم لا يدخل في
حسابها المدة السابقة على سبب الانقطاع ولا الفترة التي كان فيها سبب الانقطاع قائماً.

أسباب الانقطاع هي:

١. إقرار المدعى عليه: ينقطع سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى إذا اعترف المدعى عليه
صراحة في حضور الحاكم بأن حق المدعى عنده في الحال على الوجه الذي يدعيه.

٢. المطالبة القضائية: المطالبة التي تقطع سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى يجب أن
تكون أمام القاضي وأن تكون المطالبة قبل مضي المدة المقررة لسماع الدعوى.

إذا كانت المدة المقررة لمنع سماع الدعوى هي مثلاً ١٥ سنة امتنع على القاضي دون الحاكم
سماعها, إذ أن المنع في نطاق هذه المدة هو منع من سماع الدعوى أمام القاضي وليس

الحاكم, وعلى ذلك فلو أمر الحاكم ورغم مضي خمس عشرة سنة سماع الدعوى, فأنها تسمع,
أما لو كانت المدة ٣٠ سنة, فإن الدعوى بالحق لا تسمع بعد مضيها أمام القاضي ولا
تسمع أمام الحاكم.