

٢٤ - ما لا يدخل في الشروط

٥٣٩ - **وهرة المصدر بين الدينين ليست بشرط** : رأينا أن الفقرة

الأولى من المادة ٣٦٢ منى تقرر إمكان المقاصة ، ولو اختلف سبب الدينين .
والمقصود بسبب الدين هو مصدره . فتجوز إذن المقاصة بين دين مصدره عقد
ودين مصدره عمل غير مشروع ، كما تجوز المقاصة بين دين مصدره عمل غير
مشروع ودين مصدره إثراء بلا سبب ، أو دين مصدره نص فى القانون ودين
مصدره عمل غير مشروع ، وهكذا ، كل ذلك إذا توافرت شروط المقاصة على
الوجه الذى بيناه .

فالقاعدة العامة أن كل دين توافرت فيه شروط المقاصة تجوز المقاصة فيه ،
أياً كان مصدره ، كما أسلفنا القول . إلا أن هناك ديوناً تنشأ من مصادر معينة
لا تجوز المقاصة فيها ، وسنتناولها بالبحث فى المطلب التالى .

٥٤٠ - **وهرة مظهر الوفاء بين الدينين ليست بشرط** - **النصوص**

الفانوية : تنص المادة ٣٦٣ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« تجوز للمدين أن يتمسك بالمقاصة ولو اختلف مكان الوفاء فى الدينين ،
ولكن يجب عليه فى هذه الحالة أن يعرض الدائن عما لحقه من ضرر لعدم تمكنه
بسبب المقاصة من استيفاء ما له من حق أو الوفاء بما عليه من دين فى المكان
الذى عين لذلك (١) . »

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٢٥٨/١٩٤ (٢) .

= نص فى المادة ٢/٨ على عدم جواز الجز على المبالغ المستحقة تعويضاً للعامل المصاب . (الأستاذ
حلى مراد ٢ ص ٥٣٣ وما بعدها - الأستاذ عبد الهى حجازى ٣ ص ١٠٨ - ص ١٠٩) .
(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٥٠١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما

استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٧٦ فى المشروع
النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٦٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية
٣ ص ٢٧١ - ص ٢٧٢) .

(٢) التقنين المدنى السابق : م ٢٥٨/١٩٤ وبشرط أن يكونا واجبي الأداء

فى محل واحد .

(ونرى من ذلك أن التقنين المدنى السابق يشترط وحدة مكان الوفاء فى الدينين ، علماً بالتقنين =

ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٦١ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٥٠ - ولا مقابل له في التقنين المدني العراقي - ويقابل في تقنين الموجبات والعقود للبناني المادة ٢/٣٣٠ (١) .

ويخلص من هذا النص أنه لا ضرورة ، لوقوع المقاصة ، أن يكون الدينان المتقابلان واجبي الوفاء في مكان واحد (٢) . فاذا فرض أن شخصاً دائن لآخر

- المدنى الجديد فقد ألغى هذا الشرط صراحة - ومع ذلك قارن الموجز للمؤلف فقرة ٥٨٩ ووالتون ٢ ص ٥٢١ - ص ٥٢٢ ، وانظر آنفاً فقرة ٥٣٢ في الهامش - وإذا سلمنا أن وحدة مكان الوفاء كانت شرطاً في التقنين السابق ، فإن العبارة في تطبيق أحكام التقنين الجديد تكون بالوقت الذي تم فيه المقاصة ، أى بالوقت الذي يتلاقى فيه الدينان المتقابلان متوافرة فيما شروط المقاصة . فإن كان هذا الوقت قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ وجب تطبيق أحكام التقنين السابق ، وإلا طبقت أحكام التقنين الجديد فلا تشترط وحدة المكان . على أنه يلاحظ أن وحدة المكان إذا لم تكن متوافرة قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، ثم استمر الدينان متقابلين بعد هذا التاريخ مع تخلف هذا الشرط ، كان التقنين الجديد هو الذي يسرى ، فلا تشترط وحدة المكان وتقع المقاصة بالرغم من تخلف هذا الشرط . ولكنها لا تقع إلا في ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ وقت سريان التقنين الجديد ، ولا تقع قبل ذلك عند تلاقى الدينين حيث كان التقنين القديم هو الذي يسرى) .

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٦١ (مطابقة للمادة ٣٦٣ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٥٠ (مطابقة للمادة ٣٦٣ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي : لا مقابل فيه للنص . ولكنه لم يذكر اتحاد مكان الوفاء ضمن شروط المقاصة ، فيستخلص من ذلك أنه ليس بشرط ، ويتفق التقنين العراقي مع التقنين المصري إذن في هذا الحكم) .

تقنين الموجبات والعقود للبناني م ٢/٣٣٠ : وليس من الضرورة أن يكون الدينان واجبي الأداء في مكان واحد .

(وحكم التقنين البناني يتفق مع حكم التقنين المصري) .

(٢) انظر في هذا المعنى المادة ١٢٩٦ من التقنين المدني الفرنسي ، وتجري على الوجه الآتي :
• إذا كان الدينان غير واجبي الوفاء في مكان واحد ، لم يجز التمسك بالمقاصة إلا بعد حساب مصروفات النقل . وهذا هو النص في أصله الفرنسي : Art. 1296 : Lorsque les dettes ne sont pas payables au même lieu, on n'en peut opposer la compensation qu'en faisant raison des frais de la remise.

وانظر أيضاً في هذا المعنى المادة ١/٣٩١ من التقنين المدني الألماني والتعليقات على التقنين المدني

الألماني جزء أول م ٣٩١ فقرة ٢ - فقرة ٣ .

بألف واجب الدفع في القاهرة ، والآخر دائن للأول بألف واجب الدفع في باريس ، وقد توافرت شروط المقاصة في الدينين ، وتمسك الأول بالمقاصة ، لم يحل اختلاف مكان الوفاء دون وقوعها . غير أن الدائن الآخر الذي كان يجب أن يستوفى حقه في باريس قد حرم من جراء المقاصة ، أن يكون عنده الألف في هذه المدينة ذاتها . فيستطيع : بالرغم من وقوع المقاصة ، أن يرجع على الأول بمصروفات نقل هذا المبلغ من القاهرة إلى باريس . وإذا فرض أن الآخر هو الذي تمسك بالمقاصة ، وهو مدين بألف في القاهرة ودائن بألف في باريس ، جاز للأول أن يرجع عليه بمصروفات نقل الألف من باريس إلى القاهرة (١).

المطلب الثاني

الديون التي لا تقع فيها المقاصة

٥٤١ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٦٤ من القانون المدني

على ما يأتي :

« تقع المقاصة في الديون أيا كان مصدرها ، وذلك فيما عدا الأحوال الآتية : »

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ويراعى من جهة أخرى أنه (أى التفتين الجديد) أجازها (أى المقاصة) كذلك ولو اختلف مكان الوفاء في الدينين . بيد أنه يتعين على من يتمسك بالمقاصة في هذه الحالة أن يعرض الدائن عما خففه من ضرر لعدم تمكنه ، من جراء هذه المقاصة ، من استيفاء ماله من حق ، أو للوفاء بما عليه من دين ، في المكان الذى حدد لذلك . فلو فرض أن أحد الدينين واجب الوفاء في القاهرة ، وأن الدين الآخر واجب الوفاء في باريس ، وأن الدائن الذى اشترط الوفاء في باريس قد تحمل خسارة من جراء عدم استيفائه لحقه في هذه المدينة بسبب المقاصة ، كان لهذا الدائن أن يرجع بنفقات نقل المبلغ إذا كان قد أُلجئ إلى ذلك : انظر المادة ١٢٩٦ من القانون المدني (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٧٤ - ص ٢٧٥) .

ويذهب بودرى وبارد إلى أنه كان من الممكن ، من الناحية التشريعية ، عدم اشتراط استحقاق الدينين للذءاء ، كما لم تشترط وحدة مكان الوفاء . وإذا كان اختلاف مكان الوفاء أمكنت مراجعته من طريق حساب نفقات النقل ، فقد كان من الممكن كذلك مراجعة اختلاف زمان الوفاء عن طريق استئزال ما يقابل الوقت الباقى للاستحقاق من الدين (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٤٩ ص ١٨٧) .

« (أ) إذا كان أحد الدينين شيئاً نزع دون حق من يد مالكه ، وكان مطلوباً رده . »

« (ب) إذا كان أحد الدينين شيئاً مودعاً أو معاراً عارية استعمال ، وكان مطلوباً رده . »

« (ج) إذا كان أحد الدينين حقاً غير قابل للحجز » (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٥٩/١٩٥ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية : في التقنين المدني السوري المادة ٣٦٢ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٥١ - وفي التقنين المدني العراقي المواد ٤١٠ - ٤١٢ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٣١ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٠٢ من المشروع التمهيدى حل وجه مطابق

لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يتضمن عبارة تقضى بعدم جواز وقوع المقاصة أيضاً « عندما يتنازل المدين مقدماً عن المقاصة » . ووافقت لجنة المراجعة حل النص تحت رقم ٣٧٧ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة « عندما يتنازل المدين مقدماً عن المقاصة » نظراً لأن « البنوك في معاملاتها مع الأفراد تمسك في عقودها معهم بالنص على عدم جواز تمسكهم بالمقاصة ، وفي هذا ضرر ببلغ هؤلاء الأفراد ، ويجب أن يضمن مشروع هذا القانون فصاً يمنع النزول مقدماً عن التمسك بالمقاصة » . ووافق مجلس الشيوخ حل النص كما عدت له لجنته تحت رقم ٣٦٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٧٣ وص ٢٧٥ - ص ٢٧٦) .

(٢) التقنين المدني السابق : م ٢٥٩/١٩٥ : لا محل للمقاصة إذا كان أحد الدينين غير جائز الحجز عليه ، أو عبارة عن مبلغ مودع أو أشياء مودعة يمكن قيام بعضها مقام بعض . (ولم يورد التقنين المدني السابق ، بين الديون التي لا تقع المقاصة فيها ، الشيء المنزوع دون حق من يد مالكه والشيء المعار . ففيما يتعلق بهذين تكون العبارة بوقت تلاقى الدينين ، فإن كان سابقاً على ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ سرى التقنين السابق فتقع المقاصة ، وإلا سرت أحكام التقنين الجديد فلا تقع) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٣٦٢ (مطابقة للمادة ٣٦٤ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي : م ٣٥١ (مطابقة للمادة ٣٦٤ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٤١٠ : إذا كان للوديع دين على صاحب الوديعة ، والدين والوديعة من جنس واحد ، أو كان للفاصل دين على صاحب الدين المنصوبة من جنسها ، فلا تصير -

والنص يمنع المقاصة في ديون ينظر في بعضها إلى مصادرها ، وينظر في بعض آخر إلى طبيعة الدين وهي عدم القابلية للحجز . وقد فصلنا هذه الحالة عن بقية الحالات ، وألحقناها بما يجب أن يتوافر من الشروط لإمكان وقوع المقاصة فيما قدمناه . فلم تبين إلا الحالتان اللتان فيهما ينظر القانون إلى مصدر الدين . فتارة يراه اعتداء من المدين لا يصح تشجيعه فيمنع المقاصة ، وهذه هي حالة نزع الشيء دون حق من يد مالكه . وطوراً يراه إخلالاً بواجب الأمانة والثقة اللتين وضعهما الدائن في المدين بحيث يكون إمكان المقاصة متعارضاً مع هذا الواجب ، وهذه هي حالة ما إذا كان مصدر الدين ودبعة أو هاربة استعمال (٦) . فتتكمّل في هاتين الحالتين (٧) .

٥٤٢ - أصل الدينين متى نزع دونه من من يد مالكه : والصورة العملية لهذه الحالة أن يكون للدائن دين محله نقود أو مثليات كقطن أو قمح ،

- الوديعة أو العين المنصوبة قصاصاً بالدين ، إلا إذا تقاصر الطرفان بالتراخي .
م ٤١١ : إذا أتلّف الدائن شيئاً من مال المدين ، وكانت من جلس الدين ، منطلت قصاصاً ، وإن كانت خلافه فلا تقع المقاصة دون تراخيها .

م ٤١٢ : إذا كان للكفيل المهرور من حق التجريد دين حلّ للدائن المكفول له من جنس الدين المكفول به ، فالدينان يلتقيان قصاصاً من غير رضاها . وإن كانت من غير جنس الدين المكفول به ، فلا يلتقيان قصاصاً إلا بتراخي الدائن المكفول له مع الكفيل لاعم المدين .
(والتفتين المراقى يورد حالتى الفصب والوديعة ، وينقل حالة التارية . وأما التمييز عن التلف ، فقد أجرى عليه حكم القواعد العامة . وخالف التفتين المصرى في المقاصة القانونية التي تقع بين دين الكفيل والدين المكفول به) .

تفتين المرجبات والمقود البناني م ٣٣١ : مجرى المقاصة أية كانت أسباب أحد الدينين ، فيما خلا الأحوال الآتية : ١ - عند المطالبة برد شيء نزع بلا حق من يد مالكه . - ٢ عند المطالبة برد وديعة أو هاربة استعمال . ٣ - إذا كان هناك دين غير قابل للحجز . ٤ - إذا عدل المديون مقدماً عن المقاصة .

(وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التفتين المصرى ، فيما عدا أن التفتين البناني يجبر للتزول مقدماً عن المقاصة كما كان يفعل المشروع التفتين المصرى) .

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التفتينى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٧٤ .
(٢) أما التفتين المدنى الألماني فلم يورد إلا حالة واحدة لا تجوز فيها المقاصة ، هي أن يكون مصدر الدين عملاً غير مشروع ارتكب عدماً ، فلا تجوز للمدين في هذا العمل أن يقاس دينه هذا بدين له في ذمة المضرور : انظر التعليلات حل التفتين المدنى الألماني جزء أول م ٣٩٣ .

ويمتنع المدين عن وفاء دينه في ميعاد استحقاقه ، فيعمد الدائن ، بدلا من أن يقاضى المدين ويطالبه بحقه ، إلى أن ينتزع منه ما يماثل دينه من النقود أو المثليات ، قاصداً بذلك أن يستوفي حقه بيده . ولا شك في أن انتزاع الشيء عنوة من يد المدين دون رضائه لا يعتبر وفاء (١) ، ويصبح الدائن مديناً ، بموجب العمل غير المشروع ، برد النقود أو المثليات التي انتزعتها . ولما كانت هذه معادلة لدينه ، فقد كانت القواعد العامة تقضى بأن تقع فيها المقاصة مع الدين الذي له في ذمة المدين (٢) . ولكن القانون منع المقاصة هنا ، إمعاناً منه في الضرب على أيدي الدائنين الذين ينتزعون حقوقهم بأيديهم من مدينيهم وكان الواجب عليهم أن يلجأوا إلى القضاء .

وانتزاع الدائن الشيء دون حق من يد المالك يتم بطرق مختلفة . فقد يكون بطريق السرقة خفية ، أو بطريق النصب ، أو بطريق خيانة الأمانة ، وهذه كلها جرائم معاقب عليها . وقد يتم لا بطريق جريمة معاقب عليها ، ولكن بطريق عمل غير مشروع يرتب الالتزام بالرد ، وذلك بأن يختصب الدائن من مدينه الشيء ، لا خفية ولا نصباً ولا تبديداً ، ولكن عنوة . وقد يجبره

(١) وقد ورد في المادة ٣٩١ من التقنين المدني العراقي : « رب الدين إذا ظفر عرضاً بجنس حقه من مال مدينه وهو حل صفته ، فله الاحتفاظ به » . وقد اعتبر القانون هنا ظفر الدائن عرضاً بجنس حقه من مال مدينه وفاء ، لأن الدائن لم يستول عليه عنوة ولم ينتزعه اغتصاباً ، بل ظفر به عرضاً .

(٢) ويذهب بودرى وبارد إلى أن القواعد العامة لا تقضى في هذه الحالة بوقوع المقاصة ، إلا إذا انتزع الدائن من مدينه نقوداً استهلك أو اختلطت بمال الدائن فأصبحت ديناً في ذمته ، أما إذا انتزع نقوداً لم تستهلك ولم تختلط بماله فاحتفظت بدائيتها ، أو انتزع مثليات ، فقد تعينت وأصبحت بانتزاعها عيناً معينة بالذات ، فتمتنع المقاصة بموجب القواعد العامة دون حاجة إلى نص خاص ، لأن العين المعينة بالذات لا تمكن المقاصة فيها . وإذا استهلك الدائن المثليات غير التفرد التي انتزعتها من مدينه ، فإنه لا يستطيع أيضاً أن يتمسك ، في التعويض الذي يترتب في ذمته ، بالمقاصة ، لأن التعويض يكون في هذه الحالة ديناً غير معاوم المقدار ، فتمتنع المقاصة طبقاً للقواعد العامة دون حاجة إلى نص خاص (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٥٤ - وانظر أيضاً : ديمولومب ٢٨ فقرة ٥٨٨ و ٥٩٠ - لوران ١٨ فقرة ٤٤٥ - هيك ٨ فقرة ١٥٩) .

وهو يغتصب الشيء أنه إنما يستوفى به حقه ، ذلك أن الاستيفاء لا يكون عن طريق الغصب (١) .

٥٤٣ - أمر الدارين شيء مودع أو معار عارية استعمال : وهذه

حالة نادرة الحصول في العمل ، نقلها التقنين المدني الفرنسي عن دوما وبوتيه في القانون الفرنسي القديم (٢) ، ثم نقلها عن التقنين المدني الفرنسي التقنين المدني المصري (٣) .

وصورة الوديعة ، كما يمكن أن تقع في العمل ، هي أن يودع المدين عند دائئه نقوداً لا يأذن له في استعمالها (م ٧٢٦ مدني) وهذا ما يسمى بالوديعة الناقصة (dépôt irrégulier) ويكون دين الدائن في ذمة مدينه نقوداً أيضاً ، فتتوافر شروط المقاصة بين هذا الدين والدين الذي في ذمة الدائن لمدينه من رد الوديعة . فلا يجوز للدائن ، بالرغم من توافر شروط المقاصة ، أن يتمسك بها فيمتنع عن رد الوديعة . ذلك أن المدين قد ائتمنه على وديعته ووضع ثقته فيه ، فلا يجوز الإخلال بهذه الثقة ولو عن طريق التمسك بالمقاصة (٤) . وإنما يجب على الدائن أن يرد الوديعة للمدين ، ثم يطالبه بعد ذلك بالدين الذي في ذمته (٥) . ويمكن أيضاً أن تتحقق صورة الوديعة ، حتى لو كانت وديعة كاملة ، في الفرض الآتي : يودع المدين عند دائئه عيناً معينة بالذات ، فهلك بمقتصر من الدائن ، فيكون الدائن مديناً بالتعويض لمدينه ، ويةدر هذا التعويض اتفاقاً أو قضاء . فهذا الفرض يتسع له النص إذ يقول : « إذا كان أحد الشيلين شيئاً مودعاً .

(١) لا روميير ٥ م ١٢٩٣ فقرة ٢ - ديملوب ٢٨ فقرة ٢٨٩ - لوران ١٨ فقرة ٤٤٤ - بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٥٣ .

(٢) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٥٦ ص ١٩٦ - ص ١٩٧ .

(٣) وكان التقنين المدني السابق ، كما رأينا ، قد اقتصر في نقلها على الوديعة دون العارية . والوديعة وحدها هي التي تكلم فيها بوتيه ، ودوماهو الذي تكلم في العارية .

(٤) استئناف مختلط ٣ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٠٢ - المنصورة ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٧ المحامة ١٩ رقم ٥٤٠ ص ١٤٤٨ . وقد تكون الوديعة أسهماً أو سندات فلا تجوز فيها المقاصة (استئناف وطني ٤ مايو سنة ١٩٠٩ الجفوق ٢٤ ص ١٧٧) .

(٥) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٥٦ ص ١٩٤ .

وكان مطلوباً رده ، ، فان مطالبة المدين للدائن بالتعويض عن هلاك الوديعة تدخل في المطالبة بالرد . فاذا تم الأمر على هذا الوجه كانت شروط المقاصة متوافرة ، وبالرغم من توافرها لا يجوز للدائن أن يتمسك بها لأن أحد الدينين وهو التعويض مصدره عقد وديعة (١) .

أما العارية فهي أصعب تصوراً من الوديعة . ولا بد أن نفرض أن المدين بمبلغ من النقود قد أعار دائنه عيناً معينة بالذات لأن المثليات لا تعار بل تفرص - فهلكت بتقصير من الدائن ، فأصبح مسئولاً عن التعويض . ثم قدر هذا التعويض انفاقاً أو قضاء ، وأصبحت شروط المقاصة متوافرة ما بين الدين الذي في ذمة المدين للدائن والتعويض الذي في ذمة الدائن للمدين . وبالرغم من توافر شروط المقاصة لا يجوز للدائن أن يتمسك بها ، وليس له أن يمتنع عن دفع التعويض للمعير . ذلك أن المعير قد ائتمنه على الشيء المعار ، بل نزل له عن منفعته دون أجر ، فلا يكون جزاءه على ذلك أن يمتنع المستعير عن دفع التعويض المستحق ولو عن طريق التمسك بالمقاصة . فعلى المستعير أن يدفع التعويض للمعير ، ثم يطالبه بعد ذلك بالدين الذي له في ذمته .

وغنى عن البيان أن النص مقصور على عقدي الوديعة والعارية ، فلا يتعدى إلى غيرها من العقود كعقد الوكالة مثلاً (٢) .

(١) تارن بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٥٦ ص ١٩٥ - ص ١٩٦ .
(٢) فإذا تسلّم الوكيل نقوداً لحساب الموكل ، وقمت المقاصة ، إذا توافرت شروطها ، بين هذه النقود وبين ما قد يكون للوكيل في ذمة الموكل من دين يتعلق بالمصروفات التي أنفقها في تنفيذ الوكالة (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٥٦ مكررة أولاً) .

المبحث الثاني

كيف يكون إعمال المقاصة وما هي الآثار التي ترتب عليها

المطلب الأول

كيف يكون إعمال المقاصة

٥٤٤ - النصوص القانونية: تنص الفقرة الأولى من المادة ٣٦٥

من التقنين المدني على ما يأتي :

« لا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها ، ولا يجوز النزول عنها قبل ثبوت الحق فيها (١) » .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٥٦/١٩٢ (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في العبارة الأولى من المادة ٥٠٣ من المشروع التمهيلي ونصها كالاتي : « لا تقع المقاصة إلا إذا طلبها من له مصلحة فيها » . وفي لجنة المراجعة عدل النص على الوجه الآتي : « لا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها » ، وأصبح رقم المادة ٣٧٨ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ عدل النص أولاً على النحو الآتي : « لا يقضي بوقوع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها ، ولا يجوز النزول عنها قبل ثبوت الحق فيها » ، وذلك « إبرازاً لمعنى انصراف النص إلى حالة التمسك بالمقاصة أمام القضاء . . . وقد رأت اللجنة . . أن المقاصة طريق من طرق الاستيفاء ، ومن الخير ألا يتنازل صاحب الحق عنه إلا بعد ترتيبه » . ثم عدل النص بعد ذلك في اللجنة نفسها على النحو الذي استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأعيدت عبارة « لا تقع المقاصة » بدلا من عبارة « لا يقضي بوقوع المقاصة » ليكون الحكم مطلقاً لا يرتبط بالتفاضل . وقد نفع المقاصة خارج دائرة التفاضل » ، وأصبحت المادة رقمها ٣٦٥ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٧٧ - ص ٢٨١) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٢٥٦/١٩٢ : المقاصة هي نوع من وفاء الدين يحصل حتما بدون علم المتعاملين إذا كان كل منهما دائناً ومديناً للآخر .

(وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين الجديد ، إذ كان العمل جارياً في عهد التقنين السابق على وجوب التمسك بالمقاصة : الموجز للمؤلف فقرة ٥٩١) .

وبقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المادة ١/٣٦٣ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ١/٣٥٢ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤١٣ - وفي تقنين الموجبات والعقود البنائي العبارة الأخيرة من المادة ٣٣١ والعبارة الأولى من المادة ٣٣٢ (١).

وهذا النص يعالج مسألتين: (أولاً) أن المقاصة لا تقع إلا إذا تمسك بها من له الحق فيها. (ثانياً) وأنه لا يجوز النزول عنها إلا بعد ثبوت الحق فيها.

٥٤٥ - وجوب التمسك بالمقاصة: لا تزال المقاصة قانونية في التقنين المدني الجديد، كما كانت في التقنين المدني السابق، وكما هي في التقنينات اللاتينية وبخاصة التقنين المدني الفرنسي. فحتى ليست مقاصة قضائية كما كان الأمر في القانون الروماني، ولا هي مقاصة تقع باعلان عن الإرادة كما هو الأمر في التقنينات الجرمانية. وقد بسطنا الفروق الجوهرية التي تميز المقاصة القانونية في القوانين اللاتينية عن المقاصة باعلان عن الإرادة القوانين الجرمانية (٢).
ولكن التقنين المدني الجديد أوجب على ذي المصلحة في المقاصة أن

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدني السوري م ١/٣٦٣ (مطابقة المادة ١/٣٦٥ من التقنين المدني المصري).
التقنين المدني الليبي م ١/٣٥٢ (مطابقة المادة ١/٣٦٥ من التقنين المدني المصري).
التقنين المدني العراقي م ٤١٣: تقع المقاصة بقدر الأقل من الدينين، ولا تقع إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها.

(ويتفق هذا الحكم مع حكم التقنين المصري. ولم يذكر التقنين العراقي، كما ذكر التقنين المصري، أنه لا يجوز النزول عن المقاصة قبل ثبوت الحق فيها. فيجوز القول في القانون العراقي أنه يجوز النزول عن المقاصة قبل ثبوت الحق فيها تبناً للرأي السائد في الفقه الفرنسي: انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٣٥٩).

تقنين الموجبات والعقود البنائي م ٣٣١: تجرى المقاصة... فيما خلا الأحوال الآتية: ...
٤ - إذا عدل المديون مقدماً عن المقاصة.

م ٣٣٢: لا تجرى المقاصة حتماً، بل بناء على طلب أحد الفريقين.
(والحكم متفق مع حكم التقنين المصري، فيما عد أنه يجوز في التقنين البنائي النزول مقدماً عن المقاصة وذلك بصريح النص).
(٢) انظر آنفاً فقرة ٥٢٨.

بتمسك بها (١). والتمسك بالمقاصة هنا ليس هو إعلان الإرادة في إجراء المقاصة كما رأينا ذلك في التقنيات الجرمانية ، بل إن المقاصة تقع بحكم القانون لا بإعلان عن الإرادة، وتقع بمجرد تلاقى الدينين ولو من غير علم أصحاب الشأن . ووجوب التمسك بالمقاصة قصد به رفع شبهة ، إذ أراد التقنين الجديد أن يؤكد أن المقاصة ليست من النظام العام بل هي مقررة لمصلحة الطرفين ، وأن القاضى لا يجوز له أن يقضى بها من تلقاء نفسه حتى لو علم بوقوعها وإنما يجب على ذى المصلحة أن يتمسك بها (٢). فإذا لم يتمسك بها صاحب المصلحة مع علمه بوقوعها ، أمكن تأويل ذلك على أنه قد نزل عنها بعد ثبوتها ، وهذا جائز كما سنرى .

والتمسك بالمقاصة يصح في أية حالة كانت، عليها الدعوى ، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف (٣). بل يصح التمسك بالمقاصة حتى بعد صدور حكم نهائي،

(١) دى باج ٣ فقرة ٦١٩ - وذر المصلحة في المقاصة هو أحد المدينين . وقد يكون مديناً متضامناً يتمسك بمقاصة تمت بين الدائن ومدين متضامن آخر ، أو كفيلاً يتمسك بمقاصة تمت بين المدين والدائن (انظر الأستاذ اسماعيل غام في أحكام الالتزام فقرة ٢٩١) .

(٢) وهذا هو الذى يميز التقنين المدنى الجديد عن القوانين اللاتينية . فن هذه القوانين تقع المقاصة أيضاً بحكم القانون ، وبمجرد تلاقى الدينين ، وبغير علم من ذى المصلحة ، بل وعلى الخصم أن ينبه القاضى إلى وجوب تقرير وقوعها لأن القاضى لا يعلم بوقوعها في أغلب الأحيان فيجب تنبيهه إلى ذلك . ولكن - وهنا تفرق القوانين اللاتينية عن التقنين المصرى الجديد - إذا علم القاضى عرضاً بوقوع المقاصة ، كأن وقف على ذلك من واقع ملف الدعوى والمستندات ، حكم من تلقاء نفسه بوقوعها في القوانين اللاتينية (ديمولومب ٢٨ فقرة ٦٤٣ - لوران ١٨ فقرة ٣٨١ - بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٦١) ، أما في التقنين المصرى الجديد فالنص صريح في أنه لا يجوز للقاضى أن يحكم بوقوع المقاصة من تلقاء نفسه بل لا بد من التمسك بها . على أن هناك رأياً في الفقه الفرنسى يذهب هو أيضاً إلى وجوب التمسك بالمقاصة وإلى أنه لا يجوز للقاضى أن يحكم بها من تلقاء نفسه (بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٠٥٤ - كولان وكايبثان ٢ فقرة ٥٦٢ - جوسران ٢ فقرة ٩٣٦ ص ٤٩٧ - أنسيكلوبيدى دالورز ١ لفظ compensation فقرة ٧) .

(٣) استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٧٥ - ٨ ابريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢١٩ - أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢٨ ص ٣٥٤ - ص ٣٥٥ - دى باج ٣ فقرة ٦١٨ ص ٥٩٤ - بودرى وبارد ٣ فقرة ١٦٨٢ - ولكن لا يجوز التمسك بالمقاصة لأول مرة أمام محكمة النقض (أنسيكلوبيدى دالورز ١ لفظ compensation فقرة ١٠) .

وفي أثناء إجراءات التنفيذ (١). ذلك أن المقاصة تقع بحكم القانون (٢) كما قدمنا دون حاجة إلى إعلان عن الإرادة ، والتمسك بها ليس إلا إعلاناً للقاضي أن ذا المصلحة فيها يطلب الحكم بوقوعها ، إذ القاضي من جهة لا يستطيع أن يحكم بوقوع المقاصة من تلقاء نفسه ، وإغفال الخصم التمسك بها قد يؤول من جهة أخرى على أنه قد نزل عنها بعد ثبوتها (٣).

(١) ويطلب الخصم وقف إجراءات التنفيذ حتى يحكم قاضي الموضوع في وقوع المقاصة (استئناف مختلط ١٧ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٨٩ - أنسيكلوبيدي دالوز ١ لفظ compensation فقرة ١٣) ، وذلك حتى لو لم تقع المقاصة إلا بعد صدور الحكم النهائي (استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣١٩). وصدور حكم نهائي بالدين لا يتعارض مع التمسك بعد ذلك بالمقاصة ، فالمطلوب من المدين أن يوفى للدين المحكوم به تنفيذاً للحكم النهائي ، ووفاء الدين قد يكون عن طريق المقاصة به في دين آخر ولو كان هذا الدين لاحقاً للحكم النهائي، فتعتبر المقاصة في حكم الوفاء من حيث تنفيذ الحكم (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٦٣) .

(٢) أما حكم القاضي فليس إلا كاشفاً عن وقوع المقاصة . عل أنه لو كان الدين متنازهاً فيه ، تم حسم النزاع بحكم ، وتمسك ذو الشأن بالمقاصة القانونية ، اعتبرت المقاصة واقعة من وقت حسم النزاع . (انظر مايل فقرة ٥٥٢ - ولقارن استئناف مختلط أول أبريل سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١١٦ - ١٣ فبراير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٤٩) .

(٣) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيلي : « لم يجتزأ المشروع مذهب التقنين الألماني (م ٢٨٨) في وقوع المقاصة بمقتضى إعلان يصدر من جانب واحد ، بل التزم على فقيض ذلك التصوير اللاتيني في ترتيب أثرها بحكم القانون . وكل ما هنالك أنه نص على وجوب طلبها ، تأكيداً لنق ارتباطها بالنظام العام أو تحويل القضاء سلطة الحكم بها من تلقاء نفسه . ويراهي أن هذا الطلب لا يختلف عن الإعلان الذي يتطلبه التقنين الألماني من حيث الشكل فحسب ، بل وكذلك من حيث الآثار . فلو فرض أن طلب المقاصة أفرغ في صورة إعلان صدر في غير مجلس القضاء ، فلا يكون من أثر ذلك محو الفوارق الجوهرية بين المذهب الجرمانى والمذهب اللاتينى في هذا الصدد . فإذا وفي أحد الطرفين هند تلاقى الدينين ، فالظاهر وفقاً للمذهب الجرمانى أن الإعلان بالمقاصة يصبح بمنزلة ويكون الوفاء صحيحاً ، في حين أن الوفاء في هذه الحالة يعتبر وفقاً للمذهب اللاتينى وفاء بدين تم انقضاءه ويكون للموفى حق المطالبة برد ما أداه : تعليقات على التقنين الألماني جز أول ص ٥٤٢ » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨٢) .

وجاء أيضاً في مكان آخر : « يختلف مذهب التقنينات اللاتينية عن مذهب التقنينات الجرمانية فيما يتعلق بالمقاصة . فالمقاصة القانونية تقع ، وفقاً لمذهب التقنينات اللاتينية ، بحكم القانون وبمقتضى هذا الحكم وحده ولو كان المدين غير عالم بأمرها : المادة ١٢٩٠ من التقنين الفرنسى وانظر كذلك المادة ٢٥٦/١٩٢ من التقنين المصرى . أما التقنينات الجرمانية فلا تتم فيها المقاصة بحكم القانون ، بل بمقتضى تعبير عن الإرادة يصدر من جانب واحد : المادة ٢٨٨ من التقنين الألماني . عل أن اختلاف هذين المذهبين وما يتعلق بالمتابعة العامة لا يلبث أن يتضاءل إلى حد -

بل ويمكن التمسك بالمقاصة خارج مجلس القضاء ، ولا يعتبر هذا التمسك تصرفاً قانونياً كما في القوانين الجرمانية ، وإنما هو إشعار للطرف الآخر بوقوع المقاصة (١).

٥٤٦ - جواز النزول عن المقاصة بعد ثبوت الحق فيها : قلنا إن

المقاصة ليست من النظام العام ، بل هي مقررة لمصلحة الطرفين . فيجوز إذن لمن تقررت لمصلحته أن ينزل عنها بعد ثبوت حقه فيها (١).

والذي ينزل عن المقاصة هو ذو المصلحة فيها . وقد يكون نزوله عنها ضريبياً ، ويكون ذلك عادة بعدم التمسك بها مع علمه بوقوعها . فهو ، دون أن يذكر شيئاً عن الدين الذي له في ذمة دائته ، يتصرف إلى دفع مطالبة الدائن بدفع غير المقاصة ، أو يقر بحق الدائن دون أن يتمسك بالمقاصة . ويعتبر نزولاً ضمناً عن المقاصة وفاء المدين طوعاً بحق الدائن ، كما يعتبر نزولاً ضمناً أن يكون

= بعيد عند مواجهة التفاصيل ، فيراعى من ناحية أن للتقنيات اللاتينية تستلزم طلب المقاصة ، وهي بهذا تحتم صدور تعبير عن الإرادة كما هو الشأن في التقنيات الجرمانية . ويراعى من ناحية أخرى أن التقنيات الجرمانية تستد أثر التعبير عن الإرادة ، فينقض الدينان المتقابلان بالمقاصة من وقت توافر شروط الفصا ص بالنسبة لهما كما هي الحال في التقنيات اللاتينية . وقد اختار المشروع مذهب التقنيات اللاتينية ، إلا أنه تحاشى التعبير بوقوع المقاصة بحكم القانون دون علم المدينين ، والحق أن في هذا التعبير مدخلاً للشك في طبيعة المقاصة ، فضلاً عن مجانبته للصحة . ذلك أن المقاصة ليست من النظام العام ، وليس للقاضي أن يحكم بها من تلقاء نفسه . إزاء هذا احتذى مثال المشروع الفرنسي الإيطالي ، ونص على أن المقاصة لا تنفع إلا إذا طلبها من له مصلحة فيها ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٦٦) .

(١) انظر تاريخ نص المادة ٣٦٥ آنفاً فقرة ٥٤٤ في الهامش - وانظر الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ١١١ .

(٢) استئناف مصر ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المجموعة الرسمية : رقم ٨٣ - وفي القانون الفرنسي ، كما سنرى ، يجوز النزول عن المقاصة بعد ثبوت الحق فيها وقبل ثبوت هذا الحق . والنزول بعد ثبوت الحق أشد إشكالاً ، في نظر الفقه الفرنسي ، من النزول قبل ثبوته . ذلك أن المقاصة بعد ثبوت الحق ، تكون قد قصت الدينين من وقت تلاقيهما بحكم القانون ، فكيف يمكن بعد ذلك النزول عن المقاصة وعودة الدينين بعد انقضاءهما ! (انظر في هذا المعنى بيدان ولاجاراد ٩ فقرة ١٠٥٠) .

الدين حالاً فيقبل الدائن إضافته إلى أجل فينزل بذلك عن مقاصته في دين عليه لمدينه (١).

والنزول عن المقاصة لا يفترض ، فجرد سكوت المدين عن التمسك بها لا يفيد حتماً النزول عنها ، بل له كما قدمنا أن يتمسك بها في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف . ومجرد مطالبة الدائن المدين بالدين لا يتضمن حتماً نزول هذا الدائن عن حقه في مقاصة هذا الدين بدين في ذمته لمدينه ، ما دام لم يستوف حقه فعلاً من المدين . كذلك يجب تفسير النزول عن المقاصة في أضيق الحدود ، فمن استوفى جزءاً من حقه لا يعد متنازلاً عن المقاصة بباقي حقه في دين عليه لمدينه (٢) .

ومتى نزل صاحب المصلحة في المقاصة عن حقه التمسك بها (٣) ، فإن له أن يتقاضى حقه من مدينه كاملاً ، وعليه أن يؤدي الدين الذي في ذمته لهذا المدين . فبعد أن كانت المقاصة قد قضت الدينين معاً منذ تلاقيهما ، فإن النزول عن المقاصة يعيد الدينين إلى الوجود بما كان لهما من تأمينات ، وذلك دون إضرار بحقوق الغير . فلو أن أحد الدينين كان مضموناً بكفيل شخصي أو كفيل عيني ، فانتقضت الكفالة بالمقاصة ، ثم نزل المدين في هذا الدين عن التمسك بالمقاصة ، فإن الدين يعود ، ولكن لا تعود الكفالة . ذلك أن الكفيل كان قد تخلص من الكفالة منذ أن انقضى الدين بالمقاصة ، فلا يضار بنزول المدين عن مقاصة الدين المكفول (٤) .

أما قبل ثبوت الحق في المقاصة - أي قبل توافر شروطها أو قبل تلاق

(١) وكل طلب يتقدم به المدين ، أو دفع يتمسك به ، ويكون متعارضاً مع وقوع المقاصة ، يمكن اعتباره نزولاً ضمناً عن التمسك بها (استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٤٩) .

(٢) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٦٧ ص ٢٠٩ .

(٣) وقد ينزل أحد المدينين عن المقاصة ولكن يتمسك بها المدين الآخر ، فتقع المقاصة بالرغم من نزول المدين الأول عنها . فيكنى إذن لوقوع المقاصة أن يتمسك بها أحد المدينين ، وإذا أريد للمقاصة ألا تقع وجب أن ينزل عنها المدينان معاً .

(٤) والنزول عن المقاصة يقطع سريان التقادم ، لأنه يكون بمثابة إقرار بالدين ، فيعود الدين ويسرى في حقه تقادم جديد (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٨٦٨ ص ٢١٠) .

الدينين - فانه لا يجوز لدى الشأن أن ينزل مقدماً عن الحق في التمسك بها ، لأن هذا الحق لم يثبت بعد حتى يمكن النزول عنه . كذلك لا يصح للمدين ، وقت أن يعقد الدين ، أن ينزل مقدماً عن جواز انقضاء هذا الدين بالمقاصة . وعدم جواز النزول مقدماً عن المقاصة حكم ورد صريحاً في الفقرة الأولى من المادة ٣٦٥ مدني ، فقد رأيناها تقضى بأنه لا يجوز النزول عن التمسك بالمقاصة قبل ثبوت الحق فيها . أما في فرنسا فلا يوجد نص مقابل للنص المتقدم الذكر ، ومن ثم يجنح أكثر الفقهاء إلى القول بجواز النزول عن المقاصة قبل ثبوت الحق فيها (١) . ويوجه الحكم الذي أخذ به التقنين المصري ، من عدم جواز النزول مقدماً عن المقاصة ، أن المقاصة شرعت لتحقيق أغراض جارية ، فهي غاية إجباري مبسط ، وهي في الوقت ذاته تأمين للدين . فلا يجوز تفويت هذه الأغراض الهامة بالنزول مقدماً عن المقاصة ، وإلا أصبح النزول شرطاً مألوفاً في التعامل (clause de style) . ثم إن الواجب ألا يصح النزول إلا عند ثبوت الحق في المقاصة ، حتى يتبين من ينزل عن حقه موقعه ، فينزل وهو على بصيرة من أمره (٢) .

(١) انظر في هذا المعنى ماركاديه ٤ فقرة ٨٢٣ - كوليه دي سانتير ٥ فقرة ٢٤١ مكررة ثالثاً - أوبري وور ٤ فقرة ٢٢٧ ص ٣٥٢ وهامش رقم ٨ - لاروسبير ٢٥ م ١٢٩٥ فقرة ١ - ديمولوب ٢٨ فقرة ٦٠٤ . وانظر أيضاً المادة ٣٣١ من تقنين الموجبات والعقود البنائي ، وهي تصرح بجواز النزول مقدماً عن المقاصة (أنظر آناً فقرة ٥٤١ في الهامش) . وانظر عكس هذا الرأي فلا يجوز النزول مقدماً عن المقاصة : ترويه ٧ فقرة ٣٠٣ - لوران ١٨ فقرة ٤٥٦ .

وإذا أجزنا النزول مقدماً عن المقاصة ، أمكن الغير العلم بذلك ، فيكون النزول سارياً في حقه . وهذا بخلاف النزول عن المقاصة بعد ثبوت الحق فيها ، فقد قدمنا أن هذا النزول لا يفسار به الغير ولا يكون سارياً في حقه (بودري وبارد ٣ فقرة ١٨٨١ ص ٢٢٠) .

(٢) وقد ورد في الأعمال التحضيرية تعليلاً لعدم جواز النزول عن المقاصة قبل ثبوتها ، كلاهما ذكر في لجنة مجلس الشيوخ : ١ - « للقضاء على محاولة الدائنين التحكم في المدين عند نشوء الدين للحصول مقدماً على الرضاء بالتنازل من هذا الحق » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٧٨) . ٢ - « وقد راعت اللجنة أن المقاصة طريق من طرق الاستيفاء ، ومن الخير ألا يتنازل صاحب الحق عنه إلا بعد ترتيبه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٧٩) . وقد قدمنا أن المشروع التمهيدي كان يتضمن نصاً يفضي بعدم جواز المقاصة عندما يتنازل المدين مقدماً عنها ، فمكست لجنة مجلس الشيوخ هذا الحكم ، ولم تجز التنازل عن المقاصة ؛ لثبوت الحق فيها ، نظراً لأن « البنوك في معاملاتها مع الأفراد تتمسك في عقودها معهم بالنص على عدم

٥٤٧ - حالة من حالات النزول الضمني عن المقاصة بعد تبويبها -

نص قانوني : وهناك حالة من حالات النزول الضمني عن المقاصة بعد ثبوت الحق فيها ، ورد في شأنها نص خاص في التقنين المدني هو المادة ٣٦٩ ، وتجري على الوجه الآتي : « إذا وفي المدين ديناً وكان له أن يطلب المقاصة فيه بحق له ، فلا يجوز أن يتمسك إضراراً بالغير بالتأمينات التي تكفل حقه ، إلا إذا كان يجهل وجود هذا الحق (١) » . وهذا النص يفرض أن المدين وفي دينه للدائن ، بالرغم من وجود حق له في ذمة الدائن كان من الممكن أن يقاص به دينه فلم يفعل . وهنا يجب التمييز بين حالتين :

أولاً - حالة ما إذا كان المدين وهو يدفع دينه يعلم بوجود حق له يمكن أن

= جواز تمسكهم بالمقاصة، وفي هذا ضرر ببلغ بهؤلاء الأفراد » (انظر تاريخ المادة ٣٦٤ آنفاً فقرة ٥٤١ في الهامش) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٠٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى اشتمل في آخر النص على عبارة « وكان له في ذلك عذر مقبول » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٣٨٢ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة « وكان له في ذلك عذر مقبول » ، اكتفاءً بواقعة جهل المدين لوجود حقه ، وحبماً للمنازعات التي تنشأ من تقدير ما يعتبر مقبولاً أو غير مقبول من الأعذار ، وترك أمر الإثبات للقواعد العامة . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها بلجته تحت رقم ٣٦٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨٩ - ٢٩٠) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٦٢/١٩٨ - وكانت تجرى على الوجه الآتي : « إذا اجتمع صفتا دائن ومدين في شخص واحد ، ودفع ما عليه من الدين بغير التفتت إلى المقاصة المستحقة له ، ثم طالب بماله من الدين ، وكان لمدينه كفلاء فيه أو شركاء متضامنون أو مدانيون متأخرون عن المطالب المذكور في درجة الامتياز أو الرهن أو مالك لمنقول مرهون تأميناً على الدين المطالب به ، فلكل واحد من هؤلاء التمسك عليه بالمقاصة التي لم يلتفت إليها ، إلا إذا كان له عذر صحيح منعه وقت الوفاء عن العلم بوجود دينه الذي كانت تمكن به المقاصة » . والحكم في هذا النص لا يختلف عن الحكم في نص التقنين الجديد .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٦٧ (وهي مطابقة) - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٥٦ (وهي مطابقة) - وفي التقنين المدني العراقي المادة ١٦ ؛ (وهي مطابقة مع إضافة عبارة « وكان له في ذلك عذر مقبول » التي كانت واردة في المشروع التمهيدى للتقنين المصرى) - وفي تشريع المرحيات والعقود اللبناني لا يوجد نص مقابل ، فيجب تطبيق القواعد العامة .

يقاىص به الدين ، فلم يتمسك مع ذلك بالمقاصة ودفع الدين . وهنا يجب تأويل عدم تمسك المدين بالمقاصة مع علمه بجواز التمسك بها أن هذا نزول ضمنى منه عن التمسك بحقه فى المقاصة بعد ثبوتها ، وهذه هى الحالة التى أشرنا إليها فيما تقدم . ومن ثم ينقضى الدين الذى كان فى ذمة المدين بالوفاء ، ويعود للمدين حقه الذى كان قد انقضى بالمقاصة بعد أن نزل عنها . ولا يعود من التأمينات التى كانت تكفل هذا الحق ما تضر عودته بالغير ، فلا تعود الكفالة الشخصية أو العيلية ، ولا يضار دائن مرتين متأخر فى المرتبة عن مرتبة الرهن الذى كان يكفل الحق ، وقد تقدم بيان ذلك (١) .

ثانياً - حالة ما إذا كان المدين وهو يدفع دينه يجهل وجود حق له يمكن أن يقاىص به الدين ، وعليه هو يقع عبثاً إثبات ذلك (٢) . فهنا لا يمكن القول بأن المدين ، وهو يجهل وجود حقه ، أنه نزل عن التمسك بالمقاصة فى هذا الحق . وكان مقتضى تطبيق القواعد العامة أن يقال إن المقاصة قد وقعت بحكم القانون ، فانقضى بها دين المدين ، فاذا دفعه بعد ذلك يكون قد دفع ديناً انقضى ، فيسترد ما دفع وفقاً لقواعد استرداد غير المستحق . ولا يرجع بحقه وبما يكفل هذا الحق من تأمينات ، لأن هذا الحق قد انقضى أيضاً بالمقاصة وانقضت تأميناته . ولكن القانون جعل من جهل المدين بوجود حقه المكفول بتأمينات عذراً مقبولاً ، فحفظ له قصده ، واعتد بالوفاء الصادر منه على أنه وفاء لدين قائم فى ذمته لا على أنه وفاء لدين قد انقضى بالمقاصة . وما دامت المقاصة لم تقع ، فإن حق المدين فى ذمة الدائن يبقى بما له من تأمينات ، ولو كانت هذه التأمينات كفالة شخصية أو كفالة عينية فأضر بقاؤها بالخير ، وذلك كله رعاية لحسن نية المدين (٣) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٤٦ .

(٢) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٧٣ . وقد كان المشروع التمهيدى لتقنين المدنى الجديد يقضى بأن يثبت المدين أيضاً أنه كان له عذر مقبول فى جهله بوجود حقه ، ولكن لجنة مجلس الشيوخ حذفَت العبارة التى كانت تقضى بذلك ، و اكتفاء بواقعة جهل المدين لوجود حقه ؛ وحسباً للمنازعات التى تنشأ عن تقدير ما يعتبر مقبولاً أو غير مقبول من الأضرار (انظر تاريخ نص المادة ٣٦٩ فى هذه الفقرة فى الماشر) .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨٩ -

وانظر بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٧٢ .

المطلب الثاني

الآثار التي تترتب على المقاصة

٥٤٨ - فيما بين الطرفين وبالنسبة إلى الغير : إذا وقعت المقاصة

بين دينين متقابلين على الوجه الذي بسطناه فيما تقدم ، انقضى الدينان بقدر الأقل منهما ، وهذا فيما بين الطرفين . أما بالنسبة إلى الغير ، فلا يجوز أن تقع المقاصة لإضراراً بحقوق كسبها هذا الغير .

§ ١ - أثر المقاصة فيما بين الطرفين

٥٤٩ - النصوص القانونية : تنص الفقرة الثانية من المادة ٣٦٥

من التقنين المدني على ما يأتي :

« ويترتب على المقاصة انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما ، منذ الوقت الذي

= ونص المادة ٣٦٩ مدني يقابله في التقنين المدني الفرنسي المادة ١٢٩٩ وتتضمن نفس الحكم . والفقه الفرنسي يجعل مع ذلك كلا من المدين والدائن مخيراً ، فالمدين مخير بين الرجوع بحقه بما كان يكفله من تأمينات ، أو يرجع بدعوى استرداد غير المستحق وقد تكون له مصلحة في ذلك إذا كان الدائن قد استوفى الحق وهو سيء النية فيرجع المدين عليه بالفوائد (ديمولومب ٢٨ فقرة ٦٢٣ - أوبري ورو ٤ فقرة ٣٢٩ ص ٣٥٧ - ص ٣٥٧ - ص ٣٥٨ - بودري وبارد ٣ فقرة ١٨٧٢ - انظر مع ذلك لوران ١٨ فقرة ٤٦٤) . ولا نرى ما يمنع من العمل بهذا الحكم في مصر ، فإن المادة ٣٦٩ مدني إنما تقرر أمراً لمصلحة المدين حسن النية ، فله أن يرجع إلى تطبيق القواعد العامة إذا رأى أن تطبيقها أصلح له (انظر في هذا المعنى الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٩٤) . وكذلك الدائن ، إذا استوفى الحق وهو يجهل إنه انقضى بالمقاصة ، مخير بين الوفاء بدينه بما كان يكفله من تأمينات ، أو يرد ما استوفاه للمدين ويتمسك بالمقاصة التي تمت وهو يجهلها (ديمولومب ٢٨ فقرة ٦٢٥ - فقرة ٦٢٦ - لوران ١٨ فقرة ٤٦٤ - أوبري ورو ٤ فقرة ٣٢٩ هامش رقم ٨ - بودري وبارد ٣ فقرة ١٨٧٣ - أنسيكلوبيدي دالوز ١ لفظ compensation فقرة ١٨٠) . وهنا أيضاً لا يوجد ما يمنع من الأخذ بهذا الحكم في مصر ، فإن المدين إذا لم يستبق حقه بما كان يكفله من تأمينات ، يكون قد استرد فعلاً ما وفاه للدائن ، فوصل إلى حقه كاملاً من طريق أقرب .

يصبحان فيه صالحين للمقاصة . ويكون تعيين جهة الدفع في المقاصة كتعيينها في الوفاء .

وتنص المادة ٣٦٦ على ما يأتي :

« إذا كان الدين قد مضت عليه مدة التقادم وقت التمسك بالمقاصة ، فلا يمنع ذلك من وقوع المقاصة به رغم التمسك بالتقادم ما دامت هذه المدة لم تكن قد تمت في الوقت الذي أصبحت فيه المقاصة ممكنة » (١).

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادتين ٢٥٧/١٩٣ و ٢٦٠/١٩٦ (٢).

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٢/٣٦٣ و ٣٦٤ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٢/٣٥٢ و ٣٥٣ - وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٤١٣ - ٤١٤ - وفي تقنين الموجبات والعقود

(١) تاريخ النصوص :

م ٢/٣٦٥ : ورد هذا النص ضمن المادة ٥٠٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا تحويرات لفظية بسيطة . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٧٨ من المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيخ قسم النص إلى فقرتين ، اشتملت الفقرة الثانية منهما على النص الذي نحن بصدده على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأصبح رقم المادة ٣٦٥ . ووافق مجلس الشيخ على النص كما عدته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٧٧ - ٢٨١) .

م ٣٦٦ : ورد هذا النص في المادة ٥٠٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي : « إذا كان الدين قد سقط بالتقادم وقت طلب المقاصة ، فلا يمنع سقوطه من وقوع المقاصة فيه ، مادام هذا السقوط لم يكن قد تم في الوقت الذي أصبحت المقاصة فيه ممكنة » . وفي لجنة المراجعة حور النص تحويراً لفظياً ، فصار مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأصبح رقمه ٣٧٩ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فحل محل الشيخ تحت رقم ٣٦٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨١ و ص ٢٨٣) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٢٥٧/١٩٣ : تحصل المقاصة بقدر الأقل من الدينين .

م ٢٦٠/١٩٦ : يحصل التسديد بالمقاصة كما يحصل في حالة الوفاء بالدفع عند تعدد الديون . (والتقنينان السابق والجديد حكمهما واحد . ولم يرد في التقنين السابق ما يقابل نص المادة ٣٦٦ من التقنين الجديد ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص لأنه متفق مع القواعد العامة : انظر الموجز للمؤلف فقرة ٥٩٠ - فقرة ٥٩١ - الأستاذ أحمد حشمت أبو سنيت فقرة ٨١٩ - فقرة ٨٢٠) .

البناني المواد ٣٣٢ - ٣٣٤ و ٣٣٦ (١).

ويخلص من هذه النصوص أن المقاصة، كالوفاء، تقضى الدينين بقدر الأقل منهما، ذلك أن كل دائن يستوفى حقه من الدين الذي في ذمته . ويعتبر انقضاء الدينين قد تم من وقت تلاقيهما متوافرة فيهما شروط المقاصة، لا من وقت التمسك بالمقاصة . وإذا تعددت الديون التي تصح فيها المقاصة، كان تعيين جهة الدفع في

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٢/٣٦٣ و ٣٦٤ (مطابقان للمادتين ٢/٣٦٥ و ٣٦٦ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي : م ٢/٣٥٢ و ٣٥٣ (مطابقان للمادتين ٢/٣٦٥ و ٣٦٦ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٤١٣ : تقع المقاصة بقدر الأول من الدينين ، ولا تقع إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها .

م ٤١٤ : إذا كان الدين لا تسع فيه الدعوى لمرور الزمن وقت التمسك بالمقاصة ، فلا يسع ذلك من وقوع المقاصة ما دامت المدة اللازمة لعدم سماع الدعوى لم تكن قد تمت في الوقت الذي أسبحت فيه المقاصة ممكنة .

(وحكم التقنين العراقي يتفق مع حكم التقنين المصري) .

تقنين الموجبات والعقود البناني : م ٣٣٢ : لا تجرى المقاصة حتما بل بناء على طلب أحد الفريقين ، وهي تسقط الدين في اليوم الذي تتوافر فيه الشروط اللازمة لإمكان التذرع بها مع قطع النظر عن الأمور التي تكون قد وقعت فيما بعد كسقوط أحد المرجيين بمرور الزمن .

م ٣٣٣ : إن المقاصة في الأساس تفعل عند الإدلاء بها فعل الإيفاء ، ولكن بقدر الدين الأقل . وهي تسقط ملحقات المدين (كزمن العقار والمنقول والكفالة الخ) على نسبة إسقاطها للمرئوب نفسه . على أن سقوط الحقوق الخاصة لتقيد في السجل العقاري لا يتم إلا بمجرد ذلك التقيد .

م ٣٣٤ : يجوز للكفيل أن يطلب المقاصة بما يجب على الدائن للمدين الأصلي ، ولكن لا يجوز لهذا المدين أن يطلب المقاصة بما يجب على الدائن للكفيل . كما أنه لا يجوز للمدين التضامن أن يحتج بوجود دين آخر لأحد شركائه في الدين مترتب على الدائن . أما إذا احتج بالاتمام الكفيل أو المدين التضامن بعد أن يصبحا دائنين للدائن ، فالمقاصة تسقط الدين عن المدين الأصلي أو عن سائر المدينين ، ويحق لهؤلاء الإدلاء بالمقاصة .

م ٣٣٦ : متى وجدت بين شخصين عدة ديون قابلة للمقاصة ، تطبق القواعد الموضوعة لتعيين جهة الإيفاء .

(وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المصري إما بالنص أو بتطبيق القواعد العامة ، فيما هذا التضامن : ففي التقنين البناني إذا وقعت المقاصة بين أحد المدينين المتضامين والدائن دون أن يتمسك هذا المدين بها ، لم يجوز لأي مدين متضامن آخر أن يحتج بهذه المقاصة ، أما في التقنين المصري فقد رأينا أن أي مدين آخر يحتج بالمقاصة لا بقدر حصة من وقعت معه) .

حالة المقاصة كتعيينها في حالة الوفاء . ونبحث كلاماً من هذه المسائل الثلاث .

٥٥٠ - المقاصة تقضى الدينين بغير الأقل منهما : المقاصة لها أثر

الوفاء في كل من الدينين المتقابلين ، إذ كل دين قد استوفى من الدين المقابل . فينقضى الدينان إذن ، إذا كانا متساويين .

ويترتب على انقضاءهما أنه لو كان أحدهما أو كلاهما ينتج فائدة ، فإن الفوائد تنقطع من وقت الانقضاء ، أي من وقت تلاقى الدينين لا من وقت التمسك بالمقاصة فحسب . وقد تتعادل منفعة كل من المدينين من وراء انقطاع الفوائد ، وقد لا تتعادل . فإذا كان كل من الدينين ينتج فائدة سعرها معادل لسعر الفائدة في الدين الآخر ، ففي هذا الفرض ، والدينان متساويان وسعر الفائدة متحد ، تتعادل منفعة كل من المدينين بانقطاع الفوائد ، ولا يكسب أحدهما بانقطاعها أكثر مما يكسب الآخر . أما إذا كان أحد الدينين ينتج فائدة سعرها أكبر من سعر الفائدة التي ينتجها الدين الآخر ، أو كان أحد الدينين ينتج فائدة والدين الآخر لا ينتج فائدة ما ، فإن انقطاع الفوائد يفيد المدين الذي ينتج ديناً فائدة ، أو ينتج فائدة أكبر ، أكثر مما يفيد المدين الآخر .

ويترتب على انقضاء الدينين أيضاً ان التأمينات التي كانت تكفل أياً منهما تنقضى معه . فلو كان أحد الدينين مكفولاً بكفيل شخصي أو بكفيل عيني أو برهن أو امتياز أو اختصاص أو بغير ذلك من التأمينات الشخصية أو العينية ، فإن هذه التأمينات تزول بمجرد انقضاء الدين المكفول . ولكن يجب التأشير على هامش القيد بزوال التأمين ، حتى يكول زواله سارياً في حق الغير (١) . ومن أجل ذلك يجوز للكفيل الشخصي أن يتمسك بالمقاصة الواقعة بين المدين المكفول ودائته ، لأن هذه المقاصة تقضى الدين المكفول فتنتفى الكفالة بانقضائه (٢) . وهذا صحيح حتى لو كان الكفيل الشخصي متضامناً مع المدين ، فإن تضامن الكفيل مع المدين لا يخرج عن أن يكون كفيلاً التزامه

(١) انظر الفقرة الأخيرة من المادة ٣٣٣ من تقنين الموجبات والمقود البناني .

(٢) انظر المادة ٣٣٤ من تقنين الموجبات والمقود البناني - وكذلك يجوز للكفيل العيني

أن يتمسك بالمقاصة الواقعة بين المدين ودائته ، إذ المقاصة تقضى الدين المكفول ، فينقضى الرهن الواقع على مال الكفيل العيني .

تابع لالتزام المدين الأصلي فتمى انقضى الالتزام الأصلي انقضى التزام الكفيل (١). أما المدين الأصلي فليس له أن يطلب المقاصة بما في ذمة الدائن للكفيل (٢)، لأنه هو المدين وليس له أن يني دينه من مال الكفيل . ولكن يجوز للكفيل ، إذا رجع عليه الدائن ، أن يدفع بالمقاصة بين الدين المكفول ودين له في ذمة الدائن (٣)، وله بعد ذلك أن يرجع على المدين الأصلي بما وفاه من دينه على هذا النحو (٤). أما المدين المتضامن فقد رأينا ، عند الكلام في التضامن ، أنه يستطيع أن يدفع بالمقاصة الواقعة بين الدائن ومدين متضامن آخر ، ولكن بقدر حصة هذا المدين (٥).

هذا كله إذا كان الدينان المتقابلان متساويين . فإذا كانا غير متساويين ، ونفرض أن أحدهما ألف ينتج فوائد بسعر ٥ ٪ وله تأمينات تكفله والدين الآخر خمسمائة لا تنتج فوائد وليس لها تأمينات ، فإن المقاصة تقضى الدينين بقدر الأقل منهما ، أى بقدر خمسمائة . فينقضى الدين الآخر كله ، وينقضى الدين

(١) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٦٥ .

(٢) انظر المادة ٣٣٤ من تقنين الموجبات والمعقود البناني — وانظر آنفا فقرة ٥٣٣ .

(٣) انظر المادة ٣٣٤ من تقنين الموجبات والمعقود البناني — وتكون المقاصة هنا اختيارية لا قانونية ، فلا ينقضى الدينان إلا من وقت التمسك بالمقاصة (انظر آنفاً فقرة ٥٣٣ في الهامش) .

(٤) أما التقنين المدني العراقي فتقضى المادة ٤١٢ منه ، على التقيض من ذلك ، بما يأتي :
« إذا كان لكفيل المحروم من حق التجريد دين على الدائن المكفول له من جنس الدين المكفول به ، فالدينان يلتقيان قصاصاً من غير رضاهما . فالمقاصة في التقنين العراقي قانونية لا اختيارية (انظر آنفاً فقرة ٥٤١ في الهامش) .

(٥) قارن المادة ٣٣٤ من تقنين الموجبات والمعقود البناني وهي لا تجيز للمدين المتضامن أن يحتج بالمقاصة أصلاً ولو بقدر حصة المدين المتضامن الذي وقعت معه المقاصة ، وقارن أيضاً المادة ٣/١٢٩٤ من التقنين المدني الفرنسي وهي في معنى التقنين البناني .

ونستدرك هنا خطأ في شأن التقنين البناني ورد في مناسبة المادة ٣٧ من هذا التقنين (انظر آنفاً ص ٣١٥ في الهامش) . فقد قلنا هناك إن التقنين البناني يجعل لكل مدين متضامن الحق في إسقاط الدين كله بالمقاصة . والصحيح أنه لا يستطيع ذلك إلا إذا وقعت المقاصة معه هو ورجع عليه الدائن متمسك بها ، وفي هذا يتفق التقنين البناني مع سائر التقنينات العربية ومع التقنين الفرنسي . أما إذا تمسك المدين المتضامن بمقاصة وقعت مع مدين متضامن آخر دون أن يتمسك هذا المدين الآخر بها ، فإن هذا التمسك لا يفيد التمسك أصلاً ولا يستطيع هذا أن يستزل من الدين حتى حصة المدين الذي وقعت معه المقاصة . وفي هذا يتفق التقنين البناني مع التقنين الفرنسي ، ويخالف التقنينات العربية الأخرى .

الأول بقدر خمسمائة ، فيبقى منه خمسمائة تستمر في إنتاج الفوائد بسعر ٥ ٪ وتستمر مكفولة بالتأمينات التي كانت تكفل الدين كله . وهنا نرى أن صاحب الدين الأول قد استوفى بحكم المقاصة جزءاً من دينه ، فهو قد أجبر على الاستيفاء الجزئي . ولكن ليس له أن يشكو من ذلك ، فإنه لو استوفى حقه كاملاً وهو ألف ، لوجب عليه أن يؤدي منه في الحال خمسمائة للطرف الآخر ، فلا يبقى له إلا خمسمائة . وهذا هو عين المبلغ الباقي له في ذمة الطرف الآخر بعد إعمال المقاصة ، وله أن يستوفيه فوراً (١).

٥٥١ - انقضاء الدينين منذ الوقت الذي يصحجه فيه صاحبه

للمقاصة: قدمنا أن المقاصة تقع من وقت تلاقى الدينين المتقابلين صالحين للمقاصة، أي متوافرة فيهما شروطها . فهي لا يتأخر وقوعها إلى وقت التمسك بها ، بل هي مقاصة قانونية تقع بحكم القانون ، ولو بدون علم صاحب الشأن ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (٢).

فالمقاصة إذن تقع منذ تلاقى الدينين المتقابلين متوافرة فيهما شروطها (٣). فإذا كان أحد الدينين أو كلاهما محلاً للنزاع أو غير معلوم المقدار ، وقعت المقاصة من وقت حسم النزاع أو من وقت تحديد مقدار الدين . وإذا كان أحد الدينين

(١) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٦٤ ص ٢٠٥ — ويلاحظ أنه إذا كان أحد الدينين المطلوب القصاص فيهما دون نصاب الاستئناف والدين الآخر يبلغ النصاب ، جاز رفع استئناف عن الحكم الصادر في الدين الأول بالرغم من أنه لم يبلغ النصاب ، لأن الحكم تناول الدين الآخر وهو يبلغه (استئناف مختلط ٧ فبراير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٤٠) .

(٢) وحق المقاصة التي تقع باعلان عن الإرادة ، كما هو الأمر في التقنيات الجرمانية ، فإنها تستند إلى وقت تلاقى الدينين كما قدمنا .

(٣) وإذا رسا المزداد على الدائن المرتهن للمقار ، وكان مقدماً على سائر الدائنين ، فوقعت المقاصة بين الثمن الذي في ذمته الراسي به المزداد والحق الذي له المكفول بالرهن ، فإن المقاصة تقع وقت النطق بحكم مرسى المزداد ، ففي هذا الوقت يثبت الثمن ديناً حالاً في ذمة الدائن المرتهن ، فيتلاقى الدينان متوافرة فيهما شروط المقاصة . ومن ثم لا يكون الدائن المرتهن في حاجة إلى أن يارج اسمه في قائمة التوزيع بعد أن انقضى حقه بالمقاصة ، ويستطيع أن يتسكك بالمقاصة عن طريق المعارضة في قائمة التوزيع النهائي (استئناف مختلط ١٣ يونيو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣١١ — ١٦ ديسمبر سنة ١٩٤٧ م ٦٠ ص ٣١) .

أو كلاهما مؤجلا ، وقعت المقاصة من وقت حلول الأجل . وقس على ذلك سائر الشروط . وينقضى الدينان بقدر الأقل منهما بمجرد وقوع المقاصة ، ويكون للمقاصة نفس الأثر الذي للوفاء في انقضاء كل من الدينين .

ونبقى المقاصة واقعة والدينان منقضين ، حتى لو تخلفت الشروط أو بعضها بعد ذلك عند التمسك بالمقاصة . وقد أوردت المادة ٣٦٦ مدني مثلاً على ذلك ، فنصت على أنه إذا كان الدين قد مضت عليه مدة التقادم وقت التمسك بالمقاصة ، فلا يمنع ذلك من وقوع المقاصة به رغم التمسك بالتقادم ، ما دامت هذه المدة لم تكن قد تمت في الوقت الذي أصبحت فيه المقاصة ممكنة . والنص يفترض أن هناك دينين متقابلين تلاقيا ، متوافرة فيهما شروط المقاصة ، قبل أن تمضي عليهما بطبيعة الحال مدة التقادم . وعند التمسك بالمقاصة كانت مدة التقادم قد انقضت بالنسبة إلى أحد الدينين . ولما كانت العبرة في وقوع المقاصة بالوقت الذي تلاقى فيه الدينان صاحبين للمقاصة ، لا بوقت التمسك بالمقاصة ، فإن الدينين في وقت تلاقيهما لم يكن قد مضت على أي منهما مدة التقادم ، فوعدت المقاصة بينهما وانقضيا . ومن ثم يجوز التمسك بالمقاصة ، حتى لو كان وقت التمسك بها قد تقادم أحد الدينين وتمسك المدين بالتقادم ، لأن العبرة كما قلنا بوقت تلاقى الدينين لا بوقت التمسك بالمقاصة . وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك (١) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٢٨ - وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التيميلي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨٢ - وقد كان هذا هو الحكم في عهد التقنين المدني السابق ، بالرغم من عدم اشتغال هذا التقنين على نفس مسائل لنص المادة ٣٦٦ في التقنين المدني الجديد ، وذلك لأن الحكم ليس إلا تطبيقاً للقاعدة العامة التي تقضى بأن المقاصة تقع من وقت تلاقى الدينين . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان أحد الدينين قد استحق في ٣٠ نوفمبر سنة ١٩١٥ والآخر في آخر ديسمبر سنة ١٩٢٨ ، فإنه في هذا الوقت الأخير لم يكن الدين الأول قد سقط الحق في المطالبة به بمضي المدة ، فيتقابل الدينان فيه وتقع المقاصة بقدر أقلهما . ولا يمنع من حصول هذه المقاصة أن يكون قد طلبها صاحب الدين الأول بعد دعوى خصمه صاحب الدين الثاني عليه مهما استطلت المدة ، لأن المقاصة تقع حتماً بدون طلب من ذوى الشأن ، فالتمسك بها بعد رفع دعوى الخصم إنما هو تمسك بأمر قد وقع فعلاً بقوة القانون (نقض مدني ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ٢ رقم ٢١ ص ٥٠ - انظر أيضاً : استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣١٩) .

أما إذا كان قد مضى على كل من الدينين ، وقت التمسك بالمقاصة ، مدة التقادم ، فقد يرى الطرفان أنهما في غير حاجة إلى التمسك بالمقاصة ، لأن كلا منهما يستطيع أن يتمسك بالتقادم . ولكن لا يزال لهما حق التمسك بالمقاصة مادامت شروطها قد توافرت قبل انقضاء مدة التقادم ، والتمسك بالمقاصة خير لهما من التمسك بالتقادم ، لأن التمسك بالتقادم يتخلف عنه التزام طبيعي لا يتخلف عن التمسك بالمقاصة (١) .

٥٥٢ - تعيين جهة الدفع في المقاصة : وقد يتلاقى دين صالح للمقاصة من جهة مع ديون متعددة متقابلة معه من جهة أخرى هي أيضاً صالحة للمقاصة ، بأن يكون في ذمة أحد المدينين للآخر مثلاً ألف ، وفي ذمة الآخر له دينان أحدهما ألف غير مكفولة والدين الآخر ألف مكفولة بتأمين عيني . وتتلاقى هذه الديون جميعاً ، فتقع المقاصة بين الدين الأول وأحد الدينين المقابلين له ، فأى هذين الدينين هو الذى تقع فيه المقاصة ؟ تجيب على ذلك العبارة الأخيرة من المادة ٣٦٥ مدني بما يأتي : « ويكون تعيين جهة الدفع في المقاصة كتعيينها في الوفاء » . ومن ثم يجب تطبيق قواعد تعيين جهة الدفع (imputation des paiements) التي مرت بنا عند الكلام في الوفاء ، إذ المقاصة كما قدمنا ضرب من الوفاء (٢) .

على أنه يجب أن يستبعد من هذه القواعد ما يرجع التعيين فيه إلى إرادة المدين

(١) هذا وقد يتلاقى الدينان متوافرة فيهما شروط المقاصة ، ثم يطراً بعد ذلك على أحد الدينين ما يجعله ينقض بسبب آخر غير التقادم الذي نحن بصدد ، كأن يعمد أحد المدينين إلى تجديد دينه . ففي هذه الحالة إذا كان المدين قد جدد دينه وهو عالم بمجواز التمسك بالمقاصة ، كان هذا التجديد بمثابة نزول ضمنى من المقاصة يكون له حكم النزول وقد تقدم بيانه . أما إذا كان لا يعلم بوقوع المقاصة ، فإن التجديد يكون باطلاً ، لأن الدين المراد تجديده يكون قد انقضى بالمقاصة فلا يكون هناك محل للتجديد .

(٢) وتطبيقاً لهذه القواعد إذا تقابل دينان ، أحدهما خمسمائة مثلاً والآخر خمسمائة تضاف إليه مائة هي المصروفات والفوائد ، وقعت المقاصة في الدين الآخر في المصروفات والفوائد أولاً ثم في رأس المال . فينقض الدين الأول كله . وينقض من الدين الآخر المصروفات والفوائد أولاً وهي المائة ، ثم أربعمائة من رأس المال ، وتبقى مائة من رأس المال .

أو إلى إرادة الدائن ، فالمقاصة وفاء إجباري يقع لا بإرادة المدين ولا بإرادة الدائن (١) . ويبقى من هذه القواعد ما يرجع التعيين فيه إلى حكم القانون . وفي المثل المتقدم أحد الدينين غير مكفول والدين الآخر مكفول بتأمين حيني ، فهذا الدين الآخر - وهو الدين الأشد كلفة على المدين (م ٣٤٥ مدني) - هو الذي تقع فيه المقاصة (٢) .

وغني عن البيان أننا نفترض في المثل المتقدم أن الدينين المقابلين في جهةٍ وجداً أولاً - متعاقبين أو متعاصرين - ثم وجد الدين المقابل في الجهة الأخرى . أما إذا وجد أحد الدينين أولاً ثم وجد الدين المقابل ، أو وجد الدين المقابل أولاً ثم وجد أحد الدينين ، فقد تلاقى عند ذلك دينان متقابلان وانقضيا بالمقاصة . فإذا وجد الدين الآخر بعد ذلك لم يكن الدين الذي ينقضي بالمقاصة ، حتى لو كان هو الدين المكفول . فلا بد إذن من أن يكون الدينان المقابلان من جهة قائمين معاً وقت تلاقيهما مع الدين المقابل من جهة أخرى ، حتى يكون هناك محل لتطبيق القواعد المتعلقة بتعيين جهة الدفع . أما إذا كان أحد الدينين المقابلين هو الذي كان قائماً وحده ، فإنه هو الدين الذي ينقضي بالمقاصة سواء كان هو الدين المكفول أو الدين غير المكفول (٣) .

(١) ولما كانت المقاصة من القوانين الجزائية تتم بإعلان عن الإرادة كما قدسنا ، فهنا يتسع المجال لمن أعلن عن إرادته في إيقاع المقاصة أن يعين أياً من الديون المتعددة يريد إيقاع المقاصة فيه . وقد نسبت المادة ٣٩٦ من التقنين المدني الألماني في هذا المعنى على ما يأتي : « إذا كان أحد الطرفين له حقوق متعددة تسلم كلها للمقاصة ، فللطرف الذي يوقع المقاصة أن يعين أياً من هذه الحقوق يريد أن تقع فيه . فإذا وقعت المقاصة دون هذا التعيين ، أو حصل التعيين ولكن للطرف الآخر اعترض عليه دون إبطاء ، وجب تطبيق أحكام النقرة الثانية من المادة ٣٦٦ » . (أنظر التعليقات على التقنين المدني الألماني م ٣٩٦ فقرة ١ - فقرة ٣) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨٢ - وأنظر أيضاً بودري وبارد ٣ فقرة ١٨٦٤ ص ٢٠٦ .

(٣) ديمولومب ٢٨ فقرة ٦٥٥ - بودري وبارد ٣ فقرة ١٨٦٤ ص ٢٠٦ - ويترتب على ذلك أنه إذا قام دين من جهة ، ثم قام دينان متعاصران (أي في وقت واحد) متقابلان له من جهة أخرى ، فإن هذين الدينين يكونان قائمين معاً وقت تلاقيهما مع الدين المقابل ، ويكون هناك محل لتطبيق القواعد المتعلقة بتعيين جهة الدفع ، فينقض الدين المكفول ويبقى الدين غير المكفول .

٢٤ - أثر المقاصة بالنسبة إلى الغير

٥٥٣ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٦٧ من التقنين المدني على ما يأتي :

- ١ - لا يجوز أن تقع المقاصة لإضراراً بحقوق كسبها الغير .
- ٢ - فإذا أوقع الغير حجزاً تحت يد المدين ، ثم أصبح المدين دائناً لدائنه ، فلا يجوز له أن يتمسك بالمقاصة لإضراراً بالحاجز .

وتنص المادة ٣٦٨ على ما يأتي :

- ١ - إذا حول الدائن حقه للغير ، وقبل المدين الحوالة دون تحفظ ، فلا يجوز لهذا المدين أن يتمسك قبل المحال له بالمقاصة التي كان له أن يتمسك بها قبل قبوله للحوالة ، ولا يكون له إلا الرجوع بحقه على المحيل .
- ٢ - أما إذا كان المدين لم يقبل الحوالة ولكن أعلن بها ، فلا تمنعه هذه الحوالة من أن يتمسك بالمقاصة (١) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٣٦٧ : ورد هذا النص في المادة ٥٠٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٨٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٦٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨٤ - ٢٨٥) .

م ٣٦٨ : ورد هذا النص في المادة ٥٠٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن الفقرة الثانية من النص في المشروع التمهيدى كانت تنتهى بالعبارة الآتية : « إلا إذا كان الحق الذي يريد انتقاصه به ثبت في ذمة المحيل بعد إعلان الحوالة » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٣٨١ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت العبارة السالفة الذكر ، لأنه بعد إعلان الحوالة ينتقل الحق من المحيل إلى المحال له ، فإذا ثبت في ذمة المحيل للمدين دين بعد ذلك ، لم يكن هناك محل للمقاصة ، ففي القواعد العامة ما ينفي عن هذه العبارة . وأصبحت المادة رقمها ٣٦٨ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨٥ و ص ٢٨٧ - ص ٢٨٨) .

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق للمادتين ٢٦١/١٩٧ و ١٩٩/٢٦٢ (١) .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٣٦٥ - ٣٦٦ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٣٥٤ - ٣٥٥ - وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٤١٥ و ٤١٧ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٣٥ (٢) .

ويخلص من هذه النصوص أن المبدأ العام هو عدم جواز وقوع المقاصة لإضراراً بحقوق كسبها الغير (٣) . وقد أورد التقنين المدني تطبيقين هامين لهذا

(١) التقنين المدني السابق م ٢٦١/١٩٧ : إذا أحال الدائن آخر بدين وقعت فيه المقاصة، وقبل المدين الحوالة ، فلا يصح له بعد ذلك التمسك بالمقاصة على المحتال ، إنما له أن يطالب المحيل بدينه .

م ٢٦٢/١٩٩ : وضع الحجز على ما في ذمة المدين يمنع المدين المذكور من طلب المقاصة التي تحدث بعد الحجز . (وأحكام التقنين المدني السابق متفقة مع أحكام التقنين المدني الجديد) .
(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٦٥ - ٣٦٦ (مطابقتان للمادتين ٣٦٧ - ٣٦٨ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٥٤ - ٣٥٥ (مطابقتان للمادتين ٣٦٧ - ٣٦٨ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٤١٥ (مطابقة للمادة ٣٦٧ من التقنين المدني المصري) .

م ٤١٧ : (مطابقة للمادة ٣٦٨ من التقنين المدني المصري مع إضافة عبارة « إلا إذا كان الحق الذي يريد المقاصة به ثبت في ذمة المحيل بعد إعلان الحوالة » التي كان يتضمنها المشروع التمهيدي للتقنين المصري — والحكم في التقنين العراقي متفق مع الحكم في التقنين المصري : انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فترة ٣٦١) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٣٥ : إن المقاصة لا تؤثر في حقوق شخص ثالث مكتسبة من قبل .

(وقد اقتصر التقنين اللبناني على إيراد المبدأ دون النص على تطبيقاته . ولكن هذه التطبيقات يعمل بها في لبنان لأنها مستمدة من هذا المبدأ) .

(٣) وقد سبق أن بينا أن المادة ٣٦٩ مدني تقرر مبدأ مكرراً لهذا المبدأ ، هو أن النزول عن المقاصة لا يجوز أن يضر بالغير ، فإذا وفي المدين ديناً وكان له أن يطلب المقاصة فيه بحق له ، فلا يجوز أن يتمسك بإضرار بالغير بالتأمينات التي تكفل حقه (أنظر آنفاً فقرة ٥٤٧) . فلا يجوز إذن الأضرار بحقوق كسبها الغير ، لا من طريق التمسك بالمقاصة ، ولا من طريق النزول عنها .

المبدأ : (أولها) توقيع الحجز التحفظى على أحد الدينين المتقابلين . (والثانى)
حوالة أحد الدينين المتقابلين وقبول المدين للحوالة دون تحفظ .

٥٥٤ - توقيع الحجز التحفظى على أحد الدينين المتقابلين : إذا تلاقى

دينان متقابلان صالحان للمقاصة ، فوقعت المقاصة بينهما ، فلا يحول دون ذلك
أن يوقع حجز تحفظى على أحد هذين الدينين أو على كليهما ، حتى قبل التمسك
بالمقاصة ، مادام الدينان قد توافرت فيهما شروط المقاصة قبل توقيع الحجز
التحفظى . فالعبرة كما قلنا بوقت تلاقى الدينين صالحين للمقاصة ، لا بوقت
التمسك بالمقاصة .

أما إذا وقع الحجز التحفظى على دين قبل نشوء دين مقابل صالح للمقاصة
به (١) ، فإن الدين المحجوز عليه يصبح غير قابل للمقاصة حماية لحق الدائن الحاجز .
ونشوء دين مقابل لهذا الدين صالح للمقاصة بعد توقيع الحجز التحفظى على الدين
لا يغير من عدم قابليته للمقاصة بعد أن تعلق به حق الغير ، إذ المقاصة لا تقع
إضراراً بحقوق كسبها الغير .

فلو أن شخصاً فى ذمته دين لشخص آخر ، ووقع حجز تحفظى على هذا
الدين من دائن للدائن ، ثم نشأ بعد ذلك دين للمدين فى ذمة الدائن صالح
للمقاصة بالدين الأول ، فلا تقع المقاصة بالرغم من ذلك . ذلك أن فى وقوعها
إضراراً بحق الدائن الحاجز ، وهو من الغير فى المقاصة . وكما أن المدين الذى
وقع تحت يده الحجز لا يستطيع أن يوفى الدين المحجوز عليه للدائن بعد توقيع
الحجز ، كذلك هو لا يستطيع أن يوفيه بعد توقيع الحجز بحق له فى ذمة الدائن
عن طريق المقاصة .

على أنه يجوز للمدين الذى وقع الحجز تحت يده ، فامتنعت عليه المقاصة ،

(١) ويستوى أن ينشأ الدين المقابل بعد توقيع الحجز أو قبله ، ما دام لم يصلح للمقاصة
إلا بعد توقيع الحجز (المذكرة الإيضاحية لمشروع التبيين فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣
ص ٢٨٦ - استئناف مختلط ١٠ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ م ص ١٠٢ - وأذهر أيضاً
المسألة ٣٩٢ من التقنين المدنى الألمانى وآثاره ليقفات حل التقنين المدنى الألمانى ١ م ٣٩٢ فقرة
١ - فقرة ٢) .

أن يوقع هو أيضاً جزءاً تحفظياً تحت يد نفسه ، فيشترك بذلك مع الدائن الحاجز الأول في اقتضاء حقه من الدين الذي في ذمته ، ولكنه يشترك في ذلك مع الدائن الحاجز الأول شركة الغرماء (١) .

٥٥٥ - هوالة أصد الربيعين المتقابلين وقبول المدين الحوالة رده تحفظ :
والتطبيق الثاني الذي أورده التقنين المدني للمبدأ القاضي بعدم جواز وقوع المقاصة إضراراً بحقوق كسبها الغير ، هو حالة ما إذا وقعت حوالة لأحد الدينين المتقابلين ، فتعلق بهذا الدين حق الغير وهو المحال له (٢) . وهنا يجب التمييز بين فرضين :

(الفرض الأول) أن تكون الحوالة قد سرت في حق المدين بقبوله لها .
فاذا قبل المدين الحوالة مع وجود حق له في ذمة المحيل كان يستطيع أن يقاص به الدين موضوع الحوالة ، وكان قبوله للحوالة دون تحفظ ، فقد تعلق بالدين المحال به حق المحال له ، ولا يجوز بعد ذلك أن تقع المقاصة إضراراً بهذا الحق .
ويستوى في ذلك أن يكون المدين المحال عليه عالماً وقت قبوله الحوالة بالحق الذي له في ذمة المحيل وبإمكان المقاصة به أو غير عالم بذلك (٣) . فان كان عالماً ،

(١) استئناف . مختلط ٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٤٠ - وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد ما يأتي : « ويعرض أول هذين التطبيقين عند توقيع حجز تحت يد المدين ، فإذا ترتب لهذا لمدين دين في ذمة دائك المحجوز على ماله ، بعد توقيع ذاك الحجز ، امتنع عليه التمسك بالمقاصة إضراراً بالحاجز . ومزى هذا أن الدين المحجوز لا يجوز القصاص فيه ، شأنه من هذا الوجه شأن الدين غير القابل للحجز . ولا يشترط في هذه الحالة أن يترتب دين المدين في ذمة دائته بعد الحجز ، بل تمتنع المقاصة كذلك ولو كان هذا الدين قد نشأ من قبل ما دامت شروطها لم تتوافر عند توقيمه : قارن المادة ٣٩٢ من التقنين الألماني . ويراعى أخيراً أن للدائن الذي تمتنع عليه المقاصة في هذه الحالة أن يحجز تحت يد نفسه ، فيتيسر له بذلك أن يشترك مع الحاجز الأول في اقتسام الدين المحجوز عند التوزيع » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨٦) .

(٢) استئناف مختلط ١٥ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٧٩ .

(٣) ومع ذلك يجوز للمدين أن يتمسك بالمقاصة ، ولو كان قد قبل الحوالة أو كان محجوزاً تحت يده قبل نشوء حقه ، إذا كان هذا الحق الذي يقاص دينه به نشأ من نفس المصدر الذي نشأ منه الدين وكان من شأنه أن يحدده . فحق عقد البيع إذا كان البائع مديناً بفهان عيب ودائناً

وقبل مع ذلك الحوالة دون تحفظ ، بل ذلك منه على أنه قد نزل عن المقاصة بعد ثبوت حقه فيها ، وهذا جائز كما قدمنا . وفي هذه الحالة لا يجوز له التمسك بالمقاصة ضد المحال له بعد أن نزل عنها . ويعود له بطبيعة الحال حقه نحو المحيل الذي كان قد انقضى بالمقاصة قبل النزول عنها ، إلا أن التأمينات التي كانت تكفل هذا الحق لا تعود ، قياساً على الحكم الوارد في المادة ٣٦٩ مدني السابق ذكرها ، وهي تقضي بعدم جواز عودة التأمينات إضراراً بحقوق الغير بعد النزول عن المقاصة . أما إذا كان المدين وقت قبوله للحوالة دون تحفظ غير عالم بالحق الذي له في ذمة المحيل ، فإن المقاصة مع ذلك تمتنع أيضاً ، لأنه قبل الحوالة دون تحفظ ، فتعلق حق الغير بالمدين ، والمقاصة لا تنفع إضراراً بحق كسبه الغير كما قدمنا . ولكن يعود للمدين ، مع حقه نحو المحيل الذي عاد له ، التأمينات التي كانت تكفل هذا الحق ، لأن المدين لا يعتبر متنازلاً عن مقاصة كان لا يعلم بوقوعها ، وهذا كله قياساً أيضاً على المادة ٣٦٩ مدني السالفة الذكر وهي تجيز عودة التأمينات إذا كان المدين يجهل وجود الحق الذي كان يصح أن يقاص به دينه .

(والفرض الثاني) أن تكون الحوالة قد سرت في حق المدين باعلانها له لا بقبوله إياها . وفي هذا الفرض لم يكن في استطاعة المدين تلافى الإضرار بالغير ، كما كان يستطيع في الفرض الأول الذي قبل فيه الحوالة دون تحفظ . فقد كان يستطيع في الفرض الأول ، إذا كان عالماً بوجود الحق ، أن ينبه المحال له إلى وقوع المقاصة ولا يقبل الحوالة . وإذا لم يكن عالماً بوجود الحق ، فإن قبوله للحوالة دون تحفظ من شأنه أن يوهم المحال له أن الحوالة وقعت على محل قابل له ، فوجب أن يتحمل تبعه القبول الصادر منه دون تحفظ (١) . أما في الفرض الثاني الذي نحن بصددده ، وهو لم يصدر منه قبول للحوالة بل أعلن بها ، فلا ذنب له ،

= بالتئن ، ووقعت المقاصة بين الدينين ، ولكن البائع حول الثمن إلى أجنبي وقبل المشتري الحوالة ، أو وقع دائن للبائع حيزاً على الثمن تحت يد المشتري قبل وقوع المقاصة ، فتقبل المشتري للحوالة أو توفيق الحجز التحفظي تحت يده لا يمنعه من التمسك بالمقاصة بين الثمن وضمان العيب (استئناف مختلط ٨ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٣٥ - ٧ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٤٧) .

(١) الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٩٣ ص ٣٦٩ .

إذ هو لم يقبل الحوالة فيجبر قبوله المحال له إلى الوهم الذي وقع فيه في الفرض الأول . ومن ثم وجب إعمال المقاصة بين الدينين بعد أن تلاقيا صالحين لها قبل صدور الحوالة ، وتكون الحوالة واردة على حق انتضى بالمقاصة ، فتقع باطلة . وبستطيع المدين إذن أن يحتج بالمقاصة على المحال له في هذا الفرض ، ولا يمنعه من ذلك إلا أن يكون الحق الذي يقاص به ديناً قد ثبت بعد إعلان الحوالة له ، ففي هذه الحالة لاتقع المقاصة لأن الدين المحال به لم يتلاق مع الدين المقابل ، بل انتقل إلى المحال له قبل ذلك ، فأصبح غير صالح للمقاصة (١) .

الفرع الثاني

المقاصة الاختيارية والمقاصة القضائية

٥٥٦ - سكوت التقنين المدني عن المقاصة الاختيارية والمقاصة القضائية:

والتقنين المدني ، عندما عرض للمقاصة ، لم يقصد إلا المقاصة القانونية التي سبق أن بسطنا أحكامها . أما المقاصة الاختيارية (٢) ، وأما المقاصة القضائية ،

(١) أنظر تاريخ المادة ٣٦٨ مدني آنفاً فقرة ٥٥٣ في الهامش — وأنظر ديرانتون ١٢ نقرة ٤٣٤ — فقرة ٤٣٦ — ماركاديه ٤ فقرة ٨٤٢ — ديموارب ٢٨ فقرة ٥٧٥ — فقرة ٥٧٩ — لوران ١٨ فقرة ٤٦٧ — هيك ٨ فقرة ١٦٥ — أوبري ررو ٤ فقرة ٣٢٨ ص ٣٤٧ — برودي وبارد ٣ نقرة ١٨٧٥ — فقرة ١٨٨٠ .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « أما التطبيق الثاني فيتحقق إذا تحول الدين حقه للغير وقبل المدين هذه الحوالة دون تحفظ . فلا يجوز لهذا المدين أن يتمسك بالمقاصة إضراراً بالخيار له ، ولو كان له أن يتمسك بهما من قبل . ولا يمكن لمن يفوت عليه التمسك بالمقاصة على هذا الوجه إلا أن يرجع يديه على المحيل ، دون أن يكون له أن يتمسك بالتأمينات التي أذنت لضمان الرضاء بهذا الدين إضراراً بالغير . ولكن إذا كان المدين قد أعلن بالحوالة دون أن يقبلها ، فلا يجوز هذا الإعلان بينه وبين التمسك بالمقاصة . وغنى عن البيان أنه لا يجوز للمدين أن يتمسك بالمقاصة بين دين وجب له في ذمة دائته وبين الدين المحال به ، إذا كان دينه هو قد ترتب بعد إعلان الحوالة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨٦) .

(٢) ورد في التقنين المدني المراقى نص في المقاصة الاختيارية ، هو نص المادة ٤٠٩ من هذا التقنين (أنظر آنفاً فقرة ٥٣٢ في الهامش) . ولم يرد له نظير ، لا في التقنين المدني المصرى ، ولا في التقنينات المدنية العربية الأخرى .

فقد سكت عنهما ، وترك أحكامهما تسرى عليها القواعد العامة ، وبخاصة قواعد قانون المرافعات فيما يختص بالمقاصة القضائية .

وسنورد في إيجاز أحكام كل من هذين العنوين من المقاصة ، مستمدين إياها من القواعد العامة .

المبحث الأول

المقاصة الاختيارية

(Compensation facultative ou conventionnelle)

٥٥٧ - الاموال التي تجرى فيها المقاصة الاختيارية : قد يوجد دينان ولكن لا تتوافر فيهما كل شروط المقاصة القانونية التي أوردناها .

فقد لا يكون هناك تقابل ما بين الدينين ، بأن يكون أحد الدينين في ذمة الدائن للكفيل والدين الآخر في ذمة المدين للدائن ، وقد علمنا أن المقاصة القانونية لا تقع في دين للكفيل في ذمة الدائن . وقد يكون الدين في ذمة المدين للدائن والدين الآخر في ذمة الدائن لأجنبي ، فلا تقع المقاصة القانونية ما بين الدينين لأنهما غير متقابلين .

وقد لا يكون هناك تماثل في المحل ما بين الدينين ، فقد يكون محل أحد الدينين مقداراً معيناً من القطن ويكون محل الدين الآخر نقوداً أو مقداراً معيناً من القمح ، فلا تجرى المقاصة القانونية ما بين الدينين لعدم التماثل في المحل .

وقد يكون أحد الدينين غير صالح للمطالبة به قضاءً بأن يكون التزاماً طبيعياً يقابله التزام مدني ، فلا تجرى المقاصة القانونية ما بين هذين الالتزامين .

وقد يكون أحد الدينين غير خال من النزاع أو غير معلوم المقدار ، فتمتنع المقاصة القانونية ما بين الدينين .

وقد يكون أحد الدينين غير مستحق الأداء بأن كان مضافاً إلى أجل ، فلا تجرى المقاصة القانونية بينه وبين دين مقابل مستحق الأداء .

وقد يكون أحد الدينين غير قابل للحجز كدين النفقة ، فتمتنع المقاصة القانونية بينه وبين دين مقابل قابل للحجز .

وقد يكون أحد الدينين مما لا تجرى فيه المقاصة القانونية استثناء ، كأن يكون شيئاً نزع دون حق من مالكة أو شيئاً مودعاً أو معاراً .

وقد استعرضنا فيما قدمناه الأسباب المختلفة التي تمنع من وقوع المقاصة القانونية ، سواء كان ذلك يرجع لاختلال شرط من شروط هذه المقاصة أو يرجع لعدم صلاحية الدين نفسه للمقاصة لاعتبار خاص فيه .

وهذه الأسباب المختلفة ترجع إلى رعاية مصلحة أحد الطرفين أو إلى رعاية مصلحتهما معاً ، لأن المقاصة القانونية إنما شرعت لمصلحة خاصة ، فهي ليست من النظام العام كما قدمنا .

فاذا تبين أن سبباً منها يرجع إلى رعاية مصلحة أحد الطرفين ، ونزل هذا الطرف عن حقه ، فيكفي أن يعلن إرادته في إجراء المقاصة حتى تجرى ، ولكنها تجرى مقاصة اختيارية لا مقاصة قانونية . وإذا تبين أن السبب يرجع إلى رعاية مصلحة كل من الطرفين ، فلا بد أن يتفق كلاهما على إجراء المقاصة ، ولا يكفي رضا أحدهما ، فاذا اتفقا أجريت المقاصة اختيارية لا قانونية (١) .

ولنستعرض الآن مرة أخرى الأحوال التي قدمناها ، لنرى كيف تتم المقاصة الاختيارية في كل منها ، أتم بارادة أحد الطرفين أم لاتتم إلا باتفاقهما .

فأما إذا لم يوجد تقابل بين الدينين ، كأن يكون أحد الدينين في ذمة الدائن للكفيل أو في ذمة الدائن لأجنبي ، فانه إذا لم يجز للمدين أن يتمسك بالمقاصة

(١) على أن للمقاصة الاختيارية حدوداً لاتتخطاها إرادة الطرفين ، وهذه هي منطقة النظام العام . فهي لاتجوز بعد شهر الإفلاس ، بل ولا في المدة المشتبه فيها . كذلك لا يجوز أن يجربها رب العمل في الدين التي له على المال يقاس بها مرتباتهم وأجورهم (بلانيول وريبير ورموان ٧ فقرة ١٢٩٤) .

بين الدين الذى فى ذمته للدائن والدين الذى فى ذمة الدائن للكفيل ، فان الكفيل له أن يتمسك بالمقاصة بين الدين المكفول والدين الذى له فى ذمة الدائن ، وبذلك تم مقاصة اختيارية ما بين الدينين أجزاها الكفيل بارادته وحده ، وكانت المقاصة القانونية ممتنعة لمصلحته فنزل عن هذه المصلحة (١) . كذلك إذا لم يجز للمدين أن يتمسك بالمقاصة بين الدين الذى فى ذمته للدائن والدين الذى فى ذمة الدائن للأجنبي ، فان الأجنبي يستطيع بارادته وحده أن يجرى مقاصة اختيارية بين الدين الذى فى ذمة الدين للدائن والدين الذى فى ذمة الدائن له ، وكانت المقاصة القانونية ممتنعة لمصلحته فنزل عن هذه المصلحة (٢) .

وإذا لم يوجد تماثل فى المحل ما بين الدينين ، كأن يكون محل أحدهما قطعاً ومحل الآخر قمحاً أو نقوداً ، كان من الممكن إجراء المقاصة الاختيارية ، بأن يتفق الطرفان معاً على إجراء هذه المقاصة ما بين الدينين وإن لم يتماثل المحل فيهما . وكانت المقاصة القانونية ممتنعة لمصلحة كل من الطرفين ، فنزلاً عن هذه المصلحة باتفاقهما (٣) .

وإذا كان أحد الدينين غير صالح للمطالبة به قضاء ، كالالتزام الطبيعى ، جاز للملتزم بارادته وحده أن يجرى المقاصة الاختيارية بين هذا الالتزام الطبيعى الذى عليه لدائنه والتزام مدنى فى ذمة دائنه له . ذلك أن المقاصة القانونية إنما امتنعت رعاية لمصلحته وحده ، وقد نزل عن هذه المصلحة .

وإذا كان أحد الدينين غير خال من النزاع ، أمكن المدين فى هذا الدين

-
- (١) أنظر آنفاً فقرة ٥٣٣ فى الهامش وفقرة ٥٥٠ .
(٢) بل يستطيع الأجنبي أن يحول حقه قبل الدائن إلى المدين ، ويكفى إعلان الدائن لتسكون الحوالة نافذة فى حقه . فاذا تمت الحوالة أصبح المدين دائناً لدائنه ، فوعدت المقاصة القانونية بين الدينين (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٨٥ ص ٢٢٥) — أنظر فى ذلك : لادومبيير ٥ م ١٢٩٣ فقرة ١٨ — ديمولومب ٢٨ فقرة ٧٦ — فقرة ٧٧ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٨٥ — عكس ذلك : ديرانتون ١٢ فقرة ١٧ — لوران ١٨ فقرة ٤٢٠ . وكذلك يستطيع الأجنبي أن يقبل حوالة الدين الذى فى المدين إلى ذمته ، برضاء الدائن أو بإقراره وفقاً للقواعد المقررة فى حوالة الدين ، فيصبح مديناً للدائن ودائناً له ، فتقع المقاصة (أنظر آنفاً فقرة ٥٣٣ فى الهامش) .
(٣) أنظر تطبيقاً تشريعياً فى التقنين المدنى الفرنسى فى المادة ٢/١٢٩١ من هذا التقنين . وأنظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٩٣ .

أن ينزل عن المنازعة فيه ، فيجربى بارادته وحده المقاصة الاختيارية بين الدينين . كذلك إذا كان أحد الدينين غير معلوم المقدار ، أمكن الطرفين معاً أن يحددا مقداره ، وأن يجربيا المقاصة الاختيارية بين الدينين باتفاقهما .

وإذا كان أحد الدينين مضافاً إلى أجل والدين الآخر مستحق الأداء ، فن كان الأجل في مصلحته له أن ينزل عنه . فان كان هو المدين أو كان هو الدائن ، أجرى المقاصة الاختيارية بارادته وحده . وإن كان الأجل لمصلحة الطرفين معاً ، أجرى المقاصة الاختيارية باتفاقهما .

وإذا كان أحد الدينين غير قابل للحجز ، كأن كان على الدائن بالنفقة دين في ذمته لمدينه ، جاز لهذا الدائن أن يجربى المقاصة الاختيارية بارادته وحده بين دين النفقة الذى له و"الذى فى ذمته .

وإذا كان أحد الدينين مما لا تجربى فيه المقاصة القانونية ، كأن كان شيئاً نزع دون حق من مالكة أو كان شيئاً مودعاً أو معاراً ، جاز لمن نزع منه ملكه أو للمودع أو للمعير أن يجربى المقاصة الاختيارية بارادته وحده بين الدينين .

ونرى من ذلك أن المقاصة الاختيارية يمكن إجراؤها حيث يقوم مانع من وقوع المقاصة القانونية ، ويكون هذا المانع قد روعيت فيه مصلحة أحد الطرفين أو كليهما . فينزل من روعيت مصلحته عن هذه المصلحة ، فيتم إجراء المقاصة الاختيارية بارادة أحد الطرفين أو باتفاقهما معاً بحسب الأحوال (١).

٥٥٨ - الآثار التى تنرب على المقاصة الاختيارية : رأينا أن

المقاصة القانونية تقع بمجرد تلاقى الدينين . بل إن المقاصة التى تم باعلان عن الإرادة ، فى القوانين الجرمانية ، تقضى الدينين من وقت تلاقيهما بأثر رجعى . وهذا بخلاف المقاصة الاختيارية ، فانها لا تنتج أثرها إلا من وقت إعلان صاحب المصلحة إرادته فى إجرائها . فلا تستند إلى الماضى ، ولا ينقضى الدينان من وقت تلاقيهما ، بل من وقت إعلان الإرادة فى إجرائها ، إرادة أحد

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٩٢ .

الطرفين أو إرادة كل منهما بحسب الأحوال (١).

وتقضى المقاصة الاختيارية الدينين معاً كما تقضيها المقاصة القانونية ،
فتقطع الفوائد ، وتزول التأمينات . ولا يجوز الرجوع في المقاصة الاختيارية ،
ولو كانت قد تمت بإرادة أحد الطرفين ، إلا باتفاقهما معاً . وإذا اتفق الطرفان
على الرجوع فيها ، لم يضر الغير بذلك ، فلا تعود التأمينات التي تكون
قد زالت ، توكيلاً للإضرار بحقوق الغير (٢).

ولا يجوز أن تتضمن المقاصة الاختيارية وفاء جزئياً يجبر عليه الدائر .
فلا يجوز إجراء مقاصة اختيارية بين دينين غير متساويين ، إلا برضاء الدائن
بالدين الأكبر ، وقد قدمنا أن الوفاء الجزئي لا يجوز إلا برضاء الدائن (٣).

المبحث الثاني

المقاصة القضائية

(Compensation judiciaire ou reconventionnelle)

٥٥٩ - الأموال التي تجرى فيها المقاصة القضائية : تجرى المقاصة

القضائية أمام القضاء بدعوى عارضة من المدعى عليه كما سنرى . ولا بد أن

(١) نقض مدني ٤ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٥٧ ص ١٤٤ - ديولومب
٢٨ فقرة ٦٧١ - فقرة ٦٧٣ - لارومبيير ٥ م ١٢٩٣ فقرة ١٦ - لوران ١٨ فقرة
٤٦٩ - بودري وبارد ٣ فقرة ١٨٨٧ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٩٥ .

وإذا وقع نزاع في صحة إجراء المقاصة الاختيارية ، حكم القاضي النزاع . ولكن لا تنقلب
المقاصة الاختيارية بذلك إلى مقاصة قضائية ، فإن القاضي لا يملك في المقاصة الاختيارية سلطة
تقديرية ، بل يتعين عليه أن يقضى بوفوعها إذا كانت شروطها متوافرة . وهو يملك هذه السلطة
التقديرية في المقاصة القضائية ، كما سنرى . وإذا رفع الدائن على المدعى دعوى الدين ، وأراد
المدعى إجراء المقاصة الاختيارية ، لم يكن في حاجة إلى رفع دعوى فرعية كما هو الأمر في المقاصة
القضائية على ماسنن ، بل يكفي أن يقدم إلى المحكمة طلباً بذلك (بودري وبارد ٣ فقرة ١٨٨٦) .

(٢) بودري وبارد ٣ فقرة ١٨٨٦ ص ٢٢٦ .

(٣) ديولومب ٢٨ فقرة ٦٦٤ - هيك ٨ فقرة ١٧٢ - بودري وبارد ٣ فقرة ١٨٨٤ -

عكس ذلك لارومبيير ٥ م ١٢٩٣ فقرة ١٤ .

تكون في دينين متقابلين (١) تمتنع فيهما على المدعى عليه المقاصة القانونية ، وتتعدر المقاصة الاختيارية . ذلك أنه لو كانت المقاصة القانونية جائزة ، لوقعت من تلقاء نفسها بحكم القانون ومن وقت تلاقى الدينين ، ولما احتاج المدعى عليه أن يرفع بها دعوى عارضة ، بل لاقتصر على الدفع بالمقاصة القانونية ، ولتحم على القاضى الحكم بها متى ثبت له وقوعها . وكذلك لو كانت المقاصة الاختيارية ممكنة للمدعى عليه لاستطاع بإرادته وحده أن يجرى هذه المقاصة فتقع من وقت إعلان هذه الإرادة ، ولما احتاج إلى دعوى عارضة ، بل اقتصر على الدفع بوقوع المقاصة الاختيارية ، فتحتم على القاضى الحكم بها .

فالمقاصة القضائية تكون إذن في الأحوال التي لا تتوافر فيها شروط المقاصة القانونية ، ويكون الشرط أو الشروط المتخلفة ليست من الشروط التي روعيت فيها مصلحة المدعى عليه وحده وإلا لأمكن هذا أن ينزل عنها وأن يجرى المقاصة الاختيارية بدلا من الانتجاع إلى المقاصة القضائية الأكثر تعقيداً . ويبدو أن المقاصة القضائية تكون حيث يتخلف من شروط المقاصة القانونية أحد شرطين : الحلو من النزاع ومعلومية المقدار (٢) . فتقابل الدينين وصلاحيتهما للمطالبة بهما قضاء وقابليتهما للحجز واستحقاقهما للأداء (٣) ، كل

(١) ولا يشترط أن يكون بين الدينين أية رابطة (لارومبير م ٥ ١٢٩٣ م ٢٠ — ديمولومب ٢٨ فقرة ٦٨٩ — فقرة ٦٩٠ — لوران ١٨ فقرة ٤٨١) . ولكن القضاء البلجيكي يشترط وجود رابطة بين الدينين (أنسيكلوبيدى دالوز ١ لفظ compensation فقرة ٢٤٠) .

(٢) ولما كان التقنين المدنى الألماني يميز المقاصة القانونية في الديون غير الخالية من النزاع (انظر آنفاً فقرة ٥٣٦ في الهامش) ، فقد أصبحت المقاصة القضائية ليس لها إلا محل محدود جداً في هذا التقنين (انظر التعليقات على التقنين المدنى الألماني جزء أول م ٣٨٧ فقرة ٢ — فقرة ٣) .

(٣) على أن هناك طريقة عملية لمقاصة دين مؤجل في دين مستحق الأداء ، إذا رأى القاضى في ظروف معينة أن هذه المقاصة عادلة . وسبيله إلى ذلك أن يمنح المدين في الدين المستحق الأداء نظرة الميسرة ، ويجهل النظرة تمتد إلى وقت حلول الأجل في الحق الذى للمدين على الدائن . فتنتضى نظرة الميسرة في الدين في الوقت الذى يجرى فيه الأجل في الحق ، فيصبح الدينان مستحق الأداء ، فيتقاصان (انظر في ذلك بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٨٩ — أنسيكلوبيدى دالوز ١ لفظ compensation فقرة ٢٤٢) .

هذه شروط لا بد من توافرها حتى في المقاصة القضائية ، ولا يتصور أى نوع من المقاصة بدونها . كذلك التماثل في المحل ما بين الدينين لا بد منه حتى في المقاصة القضائية ، فبدون التماثل لا يمكن القاضي أن يستنزل أحد الدينين من الدين الآخر ، وليس أمامه إلا أن يقضى بالدينين جميعاً ، وهذه ليست مقاصة (١). فلا يبقى إذن إلا أن يكون الدينان خاليين من النزاع معلوم المقدار وهذان شرطان يمكن أن يتخلف أحدهما أو كلاهما ، وهنا يلجأ المدعى عليه إلى المقاصة القضائية ، إذا تعذر عليه المقاصة الاختيارية بأن يكون حسم النزاع في الدين أو تحديد مقداره متوقفاً على رضا الطرف الآخر وبأبي هذا أن يتفق معه .

فاذا رفع المدعى دعوى يطالب فيها المدعى عليه بدين معلوم المقدار بموجب سند مكتوب ، فادعى المدعى عليه أن له في ذمة المدعى تعويضاً وطلب المقاصة به فنزاع المدعى في التعويض أو سلم به ولكنه دفع بأنه تعويض لم يقدر ، فهنا لا يستطيع المدعى عليه أن يدفع دعوى المدعى . لا بالمقاصة القانونية لأن شروطها لم تتوافر ، ولا بالمقاصة الاختيارية لأن الشرط المتخلف لا يستطيع المدعى عليه وحده أن ينزل عنه بل لا بد من رضا المدعى وهو أبى . فلا يبقى أمام المدعى عليه إلا المقاصة القضائية ، يلجأ إليها على الوجه الذى نتولى الآن بيانه (٢).

(١) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٨٩ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٩٦ — جوسران ٢ فقرة ٩٤٤ — دى باج ٣ فقرة ٦٦٧ — الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ١٠٠ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٩٦ .

(٢) وقد يكون الدين الذى للمدعى هو أيضاً محل نزاع أو غير معلوم المقدار ، ومن أجل ذلك رفع به الدعوى . فإذا تنازع شخصان ، ورفع كل منهما على الآخر دعوى تعويض ، جاز للقاضي أن يجرى المقاصة القضائية بين الطرفين . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا تطاول كل من طرف الخصوم على صاحبه بالقذف ، وطلب كلاهما من الآخر تعويضاً ، جاز للمحكمة الحكم بسقوط حق كل منهما قبل الآخر لتكافؤ السيئات (١٢ مايو سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ٢ ص ٥٢) .

٥٦٠ - كيف تجرى المقاصة القضائية وما يترتب عليها من الآثار:

لأن تكون المقاصة القضائية إلا في صورة دعوى أمام القضاء ، وهي عادة تكون عارضة (demande reconventionnelle) يرفعها المدعى عليه على المدعى يدفع بها الدعوى الأصلية (١) . وقد نصت المادة ١٥٢ من تقنين المرافعات على هذه الدعوى صراحة ، إذ تقول : « للمدعى عليه أن يقدم من الطلبات العارضة : (١) طلب المقاصة القضائية . . . » .

ويطلب المدعى عليه في هذه الدعوى العارضة من القاضي أن يسقط قصاصاً الدين المطلوب منه في دين يدعيه على المدعى ، بأن يفض النزاع في خصوص هذا الدين الذي يدعيه على المدعى إذا كان الدين متنازعاً فيه ، أو أن يعين مقدار هذا الدين إذا لم يكن معلوم المقدار ، ثم يجرى المقاصة القضائية بعد ذلك (٢) .

وللقاضي حرية كاملة في تقدير هذا الطلب الذي يتقدم به المدعى عليه في دعواه العارضة . فقد يرى منذ البداية أن هذه الدعوى العارضة ليس لها أساس واضح ، فيرفض النظر فيها ويقتصر على النظر في الدعوى الأصلية ، ويبقى للمدعى عليه أن يرفع دعوى مستقلة بما يدعيه من الدين إذا شاء . وقد يرى القاضي أن الدعوى العارضة لها أساس ، ولكنها من التعقيد والغموض بحيث تكون في حاجة إلى تحقيق واسع وإجراءات طويلة من شأنها أن تعطل الفصل في الدعوى الأصلية ، فيرفض هنا أيضاً النظر فيها ، مع الدعوى الأصلية ،

(١) ويجوز أن يبادر الطرف صاحب الحق المتنازع فيه أو غير معلوم المقدار إلى رفع دعوى أصلية بحقه ، دون أن ينتظر رفع دعوى عليه من الطرف الآخر ، وذلك حتى يصل من طريق القضاء إلى حسم النزاع في حقه أو إلى تحديد مقداره ، تمهيداً لإجراء المقاصة . وفي هذه الحالة يحسن به أن يحتاط ، فيبادر عند رفع الدعوى إلى توقيع حجز تحت يد نفسه على الدين الذي في ذمته للطرف الآخر ، حتى لا يعمد هذا إلى التصرف فيه ، كأن يحوله إلى آخر قبل أن تصبح المقاصة ممكنة (بوجدي وبارد ٣ فقرة ١٨٩٦) .

(٢) ولا يجوز للمدعى أن يدفع هذه الدعوى العارضة بدعوى عارضة أخرى ، إلا إذا كانت الدعوى العارضة الأولى من شأنها إذا نجحت ألا تقتصر على استنفاذ الدين الذي له ، بل تزيد على هذا الدين فتجعل المدعى مديناً للمدعى عليه (بوجدي وبارد ٣ فقرة ١٨٩٢ — أنسيكلوبيدي دالور ١ لفظ compensation فقرة ٢٥٢) .

مستنبطاً إياها للفصل فيها فيما بعد ، أو تاركاً للمدعى عليه أن يرفع بطلبه دعوى مستقلة (١) . وقد يرى القاضى أخيراً أن الدعوى العارضة مما يتيسر البت فيه مع الدعوى الأصلية ، فينظر الدعويين معاً (٢) ، وقد يرفض إحداها دون الأخرى ، أو يرفضهما معاً ، أو يقبلهما معاً ، بحسب الأدلة التى تتقدم بها الخصوم . وإلى كل ذلك تشير المادة ١٥٥ من تقنين المرافعات ، إذ تنص على أن « نحكم المحكمة على وجه السرعة فى كل نزاع يتعلق بقبول الطلبات العارضة أو التدخل . ولا يترتب على الطلبات العارضة أو التدخل ارجاء الحكم فى الدعوى الأصلية متى كانت صالحة للحكم فيها . ونحكم المحكمة فى موضوع الطلبات العارضة أو طلبات التدخل مع الدعوى الأصلية كلما أمكن ذلك ، وإلا استبقت الطلب العارض أو طلب التدخل للحكم فيه بعد تحقيقه (٣) » .

(١) فلا يعطل القاضى دون مقتضى الفصل فى الدعوى الأصلية ، وبخاصة إذا كان غير مختص بنظر الدعوى العارضة اختصاصاً نوعياً (استثناءات مختلط ١٨ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٢٣٧) ، أو رأى أن الدعوى العارضة إنما أريد بها تعطيل الدعوى الأصلية : استثناءات مختلط ١٥ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢١٧ — ١٦ ديسمبر سنة ١٨٩٧ م ١٠ ص ٥٢ — ٩ فبراير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٢٥ — ١١ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٧٥ — ١٣ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٤٧ — ٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ٢٩ ص ١٤٠ — ٢٧ يناير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٤٦ — ٢ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٦٦ — ٨ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٦٨ — ١٠ يونيو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤١٤ — ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٥٩ — ٥ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٣٥ — ١٧ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٣٨ — ٢٨ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٦ ص ٣٣٠ — ٢٠ مارس سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٠٨ — ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٢٣ ص ٦٧ — ١١ يونيو سنة ١٩٢١ م ٣٢ ص ٣٩١ — ١ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ١١ — ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٤٣ — ١٤ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٣٢ — ٢ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٢٩ — ١ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ١٠١ . ولا تقبل دعوى عارضة للمقاصة فى حق الملكية سرفوع به دعوى أصلية : استثناءات مختلط ٣١ مارس ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٠٤ .

(٢) وبخاصة إذا كانت الدعوى العارضة مرتبطة بالدعوى الأصلية ارتباطاً وثيقاً ، فإن هذا يهيئ جواً مناسباً لقبول النظر فيها ، والفصل فى الدعويين معاً لإجراء المقاصة إن كان لها وجه : استثناءات مختلط ٢١ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣١٠ . وأنظر أيضاً : استثناءات مختلط ١١ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٢١ — ٢٣ يناير سنة ١٩٠٧ م ٢٩ ص ٩٩ — ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٩٩ — ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٢٣ م ٤٦ ص ٢ .

(٣) وقد يؤمف القاضى الدعوى الأصلية ، حتى يترك للمدعى عليه فرصة لتصفية الحق الذى له فى ذمة المدعى ، تمهيداً لإجراء المقاصة : استثناءات مختلط ١٦ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ =

فاذا قبل القاضى كلا من الدعوى الأصلية والدعوى العارضة، بعد أن فض النزاع فى شأن الدين الذى يدعيه المدعى عليه فى ذمة المدعى أو بعد أن عين مقداره ، فانه يجرى المقاصة القضائية بين الدينين بعد أن أصبحت المقاصة ممكنة . فينقضى الدينان بقدر الأقل منهما ، كما فى المقاصة القانونية . فاذا كان دين المدعى هو الأكبر ، قصى له بما زاد به دينه . وإذا كان دين المدعى عليه هو الأكبر ، قضى للمدعى عليه بالزيادة . وإذا كان الدينان متساويين ، قضى بإيقاع المقاصة فى كل من الدينين وبانقضائهما معاً .

وحكم القاضى هو الذى ينشئ المقاصة القضائية، ومن ثم لاتقع هذه المقاصة إلا من وقت صدور الحكم بها، لا من وقت رفع الدعوى العارضة ، لأن الحكم هنا منشىء وليس كاشفاً . وفى هذا تختلف المقاصة القضائية عن كل من المقاصة القانونية التى تقع من وقت تلاقى الدينين ، والمقاصة الاختيارية التى تقع من وقت إعلان الإرادة فى إجرائها (١) .

= ص ١٩٦ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٨٨ . وقد قننت محكمة الاستئناف الوطنية بأن ليس للدائن الذى دينه معلوم المقدار أن يجرى تنفيذ حكمه ، بل يجب عليه الانتظار حتى يصنئ الدين الذى لمدينه فتحصل المقاصة (٢١ ديسمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ١٣١ ص ١٢٢) .

(١) لوران ١٨ فقرة ٤٧٦ — هيك ٨ فقرة ١٧٣ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٩٤ — فقرة ١٨٩٥ — عل أن عدداً كبيراً من الفقهاء يذهبون إلى أن المقاصة القضائية كاشفة لامنشة قننت إلى وقت رفع الدعوى العارضة (لارومبيير ٥ م ١٢٩٣ فقرة ٢٦ — ديمولومب ٢٨ فقرة ٦٩١ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢٨ ص ٣٩٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٩٧) . ويذهب البعض إلى جعل المقاصة القضائية كاشفة فيما بين الطرفين ، ومنشئة بالنسبة إلى الغير من كسب حقاً على أحد الدينين (أنسيكلوبيدى دالوز ١ لفظ compensation فقرة ٢٣٨) .

وكان القضاء المختلط منقسماً فى هذه المسألة ، فبعض الأحكام تذهب إلى أن المقاصة القضائية كاشفة تستند إلى وقت تلاقى الدينين (استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٨٢ — ١١ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٥٧) ، وأحكام أخرى تذهب إلى أنها منشئة تحدث أثرها وقت صدور الحكم (استئناف مختلط ١٥ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٨١ — ٢٤ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣١٩) . وهناك حكم يقضى بأنه إذا كان النزاع فى الدين ما يسهل فضه ، وجب اعتبار الدين غير متنازع فيه ويصلح للمقاصة القانونية (استئناف مختلط أول أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٧٧) . ولعل هذا الحكم هو الذى يرفع التنازع ما بين الأحكام المتقدمة الذكر . فاذا كان النزاع مما يسهل فضه فى يسر وسرعة أغضب الدين غير متنازع فيه ، وكانت المقاصة قانونية =

ويترتب على إجراء المقاصة القضائية من الآثار ما يترتب على المقاصة القانونية . فينقضى الدينان المتقابلان بقدر الأقل منهما كما بينا ، وتنقطع الفوائد وذلك من وقت صدور الحكم بالمقاصة ، وتزول التأمينات التي كانت تكفل أيا من الدينين وذلك أيضا من وقت صدور الحكم ، ولكن لا يسرى زوال التأمينات في حق الغير إلا بالتأشير بذلك في هامش القيد .

= ترجع إلى يوم تلاق الدينين، أما إذا كان النزاع لا يسهل فضه اعتبر الدين متنازعا فيه وكانت المقاصة قضائية تحدث أثرها وقت صدور الحكم النهائي . على أنه يلاحظ — بفرض التسليم أن القاضى فى المقاصة القضائية إنما يقتصر على استكمال شروط المقاصة القانونية ، وأنه متى توافرت هذه الشروط وقمت المقاصة بحكم القسانون — أن هذه الشروط لا تستكمل فعلا إلا وقت صدور الحكم ، فلا تقع المقاصة إلا فى هذا الوقت ، سواء اعتبرت مقاصة قضائية أو مقاصة قانونية (قارن الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٩٦ ص ٢٧٢) .

الفصل الرابع

اتحاد الذمة (*)

(Confusion)

٦٥١ - مقارنة بين اتحاد الذمة والمقاصة : يتحقق اتحاد الذمة إذا

اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد (١). فالمفروض إذن أن هناك ديناً واحداً ، فورث الدائن المدين أو ورث المدين الدائن ، أو تحقق أى سبب قانوني آخر غير الميراث نقل إلى الدائن صفة المدين أو نقل إلى المدين صفة الدائن ، فاجتمع بذلك في شخص أحد طرفي الدين صفتا الدائن والمدين . وتعذر إذن على هذا الشخص أن يمارس حقه ، إذ هو دائن ومدين ، ولا يستطيع أن يطالب نفسه بالدين . ومن ثم ينتقض الدين ، أو في الصحيح يقف نفاذه ، لهذا الضرب من الشلل الذي اعتراه (٢)، كما سنرى .

* مراجع : مولان (Moulin) شراء الشركة لأسهمها رسالة من باريس سنة ١٩٣١ — لاجارد (Lagarde) شراء الشركة لأسهمها — لابييه (Labbé) بحث في بعض الصعوبات الخاصة بضماع الشيء المستحق وباتحاد الذمة في القانون الروماني .

(١) وكما يتحقق اتحاد الذمة (confusion) في الديون ، يتحقق أيضاً في الحقوق العينية ويسمى بالتجمع أو الإدغام (consolidation) . فينتهي حق الارتفاق باجتماع المقار المرتفق به والمقار المرتفق في يد مالك واحد (١٠٢٦ مدني) . وينتهي حق الرهن الحيازي إذا اجتمع مع حق الملكية في يد شخص واحد (م ١١١٣ مصري) . وينتهي حق الانتفاع إذا اجتمع مع حق الرقبة في يد شخص واحد ، بأن مات صاحب الرقبة وورثه صاحب حق الانتفاع . انظر بودري وبارد ٣ فقرة ١٨٩٧ ص ٢٣٣ . وانظر في القانون المدني العراقي في هذه المسألة مقالا للأستاذ ضياء شيت خطاب في مجلة القضاء ببغداد السنة ١٥ ص ٢٠٠ و ص ٢٠٨ — ص ٢١١ .

(٢) وقد جاء في المفكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « والواقع أن هذا الأثر أقرب في حقيقته إلى شل حكم الاستحقاق ، وهو المطالبة ، منه إلى معنى الانتضاء . فالالتزام يمود إلى الوجود ، إذا زال سبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة زوالاً مستنداً » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩١ . او نظر أيضاً ص ٢٩٢ — ص ٢٩٣) .

ويتبين مما تقدم أن هناك فرقاً جوهرياً بين اتحاد. الذمة والمقاصة . ففي اتحاد الذمة لا يوجد إلا دين واحد(١) اجتمع في أحد طرفيه صفتا الدائن والدين ، فوقف نفاذه . أما في المقاصة فقد رأينا أنه يوجد دينان متقابلان لا دين واحد ، ولكن الدائن في الدين الأول هو المدين في الدين الآخر والدائن في الدين الآخر هو المدين في الدين الأول . فيوجد إذن في المقاصة شخصان : دائن هو مدين ، ومدين هو دائن . أما في اتحاد الذمة بعد تحققها فلا يوجد إلا شخص واحد ، هو دائن ومدين في وقت واحد . والمقاصة تقضى الدينين المتقابلين ، كما في الوفاء . أما اتحاد الذمة فلا يقضى الدين الواحد الذي اتحدت الذمة فيه ، بل يقف نفاذه(٢).

٥٦٢ - الأهمية المحرورة لاتحاد الذمة : وتقول المذكرة الإيضاحية

للمشروع التمهيدى : « ليس لاتحاد الذمة حظ موفور من الأهمية من الناحية العملية . وقد أغفله التقنين الألماني ، ولو أنه أقره بطريق ضمني . ذلك أن واضعى هذا التقنين اعتبروه سبباً طبيعياً لانقضاء الالتزام من حيث هو حتم تقتضيه طبيعة اجتماع صفتي الدائن والمدين في الشخص الواحد ، وانتهوا إلى أن أثره يتفرع لزماً على جوهر الالتزام ذاته : تعليقات على التقنين الألماني ١ (ص ٥٥١) (٣).

وهناك سبب آخر - في مصر - يجعل اتحاد الذمة محدود الأهمية من الناحية

(١) قارن المادة ١٣٠٠ من التقنين المدني الفرنسي وهي تتحدث في اتحاد الذمة من دينين خطأ (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٩٧ ص ٢٣٤ - بيدان ولاجار ٩ فقرة ١٠٦٣) .
(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٢ - وجاء في الموجز : « والذي يحدث الشبهة هو أن الشخص الواحد ، في كل من اتحاد الذمة والمقاصة ، يصبح دائناً ومديناً . لكن يلاحظ أن الشخص في اتحاد الذمة يصبح دائناً ومديناً في دين واحد ، أما في المقاصة فإنه يكون دائناً في دين ومديناً في دين آخر » (الموجز للمؤلف فقرة ٥٩٤ ص ٦١٦) .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٢ - وقد أغفل التقنين الأذى ذكر سببين لانقضاء الالتزام كان من المؤلف ذكرهما منذ عهد قانون الرومان ، وهما التجديع واتحاد الذمة . وكان اتحاد الذمة مذكوراً في المشروع الأول من التقنين الألماني ، ولكنه حذف في المشروع الثاني باعتبار أنه أمر تقتضيه طابع الأشياء ، فلا حاجة إلى ذكره (تعليقات على التقنين المدني الألماني جزء أول ص ٥١١) .

العملية . ذلك أن اتحاد الذمة يتحقق ، أكثر ما يتحقق ، عن طريق الميراث . وله صورتان : (الصورة الأولى) حيث يرث المدين الدائن ، فتكون التركة هي الدائنة للمدين ، ويرث المدين هذا الحق الذي للتركة ، فتتحد الذمة في الدين . وهذا صحيح في مصر ، لأن قواعد الفقه الإسلامي - وهي التي تطبق في الميراث - تقره ، فتنقل إلى الورثة الحقوق التي للتركة . (والصورة الثانية) حيث يرث الدائن المدين ، فتكون التركة هي المدينة للدائن ، والدائن هو الوارث . وهنا تأبى قواعد الفقه الإسلامي أن تتحد الذمة في الدين ، إذ أن الدائن لا يرث الدين الذي على التركة ، فالديون لا تورث ، ولا تركة إلا بعد سداد الدين . فتبقى التركة منفصلة عن مال الدائن حتى تسدد دينها لهذا الدائن ، ثم يرث الدائن بعد ذلك من التركة ما يبقى بعد سداد الديون ، فلا يكون هناك مجال لاتحاد الذمة في هذه الصورة . ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا المعنى : « ورغم أن نصيب هذا النظام من الأهمية في مصر جد ضئيل ، إذ أن الشريعة الإسلامية لا تقر أحد تطبيقاته الرئيسيين ، فقد أفرد له المشروع مادتين (أدجنتا بعد ذلك في مادة واحدة) ، تناول في أولهما تحديد نطاقه ، واستظهر في الثانية معنى الأثر المترتب عليه » (١) .

فنبحث إذن في اتحاد الذمة موضوعين :

(أولاً) كيف يتحقق اتحاد الذمة ، فنحدد بذلك نطاقه .

(ثانياً) الآثار التي تترتب على اتحاد الذمة .

الفرع الأول

كيف يتحقق اتحاد الذمة

٥٦٣ - عن طريق الميراث : أكثر ما يتحقق اتحاد الذمة عن طريق الميراث كما قدمنا . فيكون هناك شخص مدين لآخر ، وهو في الوقت ذاته وارثه . فإذا مات الدائن ، أصبحت تركته دائنة للمدين بمبلغ الدين . فإذا

فرضنا أن المدين هو الوارث الوحيد للدائن ، فانه يرث كل الدين الذي للتركة في ذمته ، فيصبح دائناً في هذا الدين نفسه ، وتجتمع فيه صفتا المدين والدائن ، فينقضي الدين أو يقف نفاذه عن طريق اتحاد الذمة . وإذا كان المدين هو أحد وارثين يرث كل منهما النصف ، فقد ورث من الدين نصفه ، فاتحدت الذمة في هذا النصف ، فانقضى أو وقف نفاذه . أما النصف الآخر من الدين ، فيبقى المدين ملتزماً به نحو الوارث الآخر .

وإذا كان الدائن هو الوارث للمدين ، ومات المدين ، فقد أصبحت تركته مدينة للدائن . وسواء كان الدائن هو الوارث الوحيد للمدين أو هو أحد الورثة ، فانه طبقاً لقواعد الشريعة الإسلامية وهي التي تسرى في الميراث ، وإن كان يرث الدين الذي للتركة ، لا يرث الدين الذي على التركة . ومن ثم لا بد من سداد الدين أولاً ، فيستوفي الدائن هذا الدين من التركة . وعند ذلك تصبح التركة خالية من الديون ، فيرثها الدائن وحده أو مع غيره . ومن أجل ذلك لا يتبأ في هذه الصورة ، كما قدمنا ، أن تتحد الذمة في الدين الذي على التركة . بل يتقاضى الدائن حقه أولاً من التركة ، فينقضي بطريق الوفاء لا بطريق اتحاد الذمة ، ثم يرث الدائن التركة بعد ذلك خالية من الديون (١) . وهذا بخلاف القانون الفرنسي ، إذ يرث الدائن في هذه الصورة الدين الذي على التركة إذا كان قد قبل الميراث دون قيد، فتتحد الذمة في الدين كما في الصورة الأولى (٢) . أما إذا

(١) استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٦٦ .

(٢) وقد جاء في الموجز : هـ وإذا كان الفرق بين القانون الفرنسي والشريعة الإسلامية واضحاً في هذه المسألة، فيتحقق اتحاد الذمة في القانون الفرنسي ولا يتحقق في الشريعة الإسلامية ، فإن النتيجة واحدة في الشريعتين . ونوضح ذلك بمثل : تركة المورث قدرها ألفان ، وله وارثان لكل منهما النصف ، وعليه دين لأحد الوارثين قدره ألف . فق القانون الفرنسي يرث الوارث الدائن ألفاً ، ويرث إلى جانب ذلك نصف الدين (أي خمسمائة) ، وتتحد ذمته في هذا النصف ، ويرجع بالنصف الباقي من الدين على الوارث الثاني . فيكون مجموع ما ناله هو الألف التي ورثها والخمسمائة التي رجع بها على الوارث الثاني . وهذا ما يناله أيضاً في الشريعة الإسلامية . دون أن يكون هناك اتحاد ذمة في نصف الدين . فإن الوارث في هذه الشريعة يبدأ باستيفاء حقه من التركة ، فينال ألفاً باعتبارها دائناً ، والألف الباقية ينال منها خمسمائة باعتبارها وارثاً . لكن يلاحظ أن الوارث في القانون الفرنسي قد نال ألفاً باعتبارها وارثاً وخمسمائة باعتبارها دائناً، أما في الشريعة =

قبل الميراث مع اشتراط الجرد (sous bénéfice d'inventaire) ، فانه يصبح في وضع مماثل لوضع الوارث في الشريعة الإسلامية ، فلا تتحد الذمة ، بل يتقاضى الدائن أولاً الدين من التركة ، ثم يرث التركة بعد نصفيها من الديون (١).

٥٦٤ - عن طرسي الوصية : وقد يتحقق اتحاد الذمة عن طريق

الوصية ، ويكون الموصى له إما خلفاً عاماً وإما خلفاً خاصاً .

فيكون الموصى له خلفاً عاماً إذا أوصى الدائن لمدينه بثلاث تركته مثلاً ، فيصبح المدين الموصى له بعد موت الموصى مديناً للتركة بالدين وموصى له بثلاث التركة . فينتقل إليه من الدين ثلثه ، ويكون مديناً به بحكم المديونية السابقة ودائناً له بحكم الوصية . فتتحد الذمة في ثلث الدين ، ويبقى ثلثاه في ذمته ديناً للتركة . أما إذا كان المدين هو الذي أوصى للدائن بثلاث تركته ، فان الدائن الموصى له يكون بعد موت الموصى دائناً للتركة بمبلغ الدين وموصى له بثلاث التركة . ويجب ، طبقاً لقواعد الشريعة الإسلامية ، سداد دين التركة أولاً ، فيستوفي الدائن منها مبلغ الدين . وينقض الدين بالوفاء لا باتحاد الذمة ، ثم يستولى الدائن بعد ذلك عن طريق الوصية على ثلث التركة خالية من الديون .

ويكون الموصى له خلفاً خاصاً إذا أوصى الدائن لمدينه بالدين الذي له في

= الإسلامية فقد نال أنفاً باعتباره دائناً وخسائنة باعتباره وارثاً . وقد يترتب على ذلك بعض النتائج العملية . من ذلك أن الوارث في الشريعة الإسلامية قد يحرم من الميراث ، لقتله المورث مثلاً ، فيحرم من الخسائنة التي نالها باعتباره وارثاً ، لامن الألف التي نالها باعتباره دائناً . ومن ذلك أيضاً أن الوارث إذا رجع ضريبة على الميراث ، يدفع الضريبة باعتبار أن ما ورثه خمسائة لا ألف» (الموجز للمؤلف فقرة ٥٩٤ ص ٦١٦ وهامش رقم ١) . وانظر في هذا المعنى في القانون المدني العراقي مقالاً للأستاذ ضياء شيت خطاب في مجلة القضاء ببغداد السنة ١٥ ص ٢٠٤ - ص ٢٠٦ .

(١) وإذا كانت الدولة هي الوارثة لانعدام الوارث ، وجب اعتبارها في وضع الوارث الذي قبل الميراث مع اشتراط الجرد . فتسدد أولاً الديون التي على التركة من أموال التركة ، وما بقى من هذه الأموال بعد سداد الديون تملكه الدولة . فإذا كانت الدولة دائنة للتركة ، تقاضت أولاً الدين الذي لها . فإذا كانت التركة لائق بالدين ، رجعت بالباقي على الكفلاء (تولىه ٧ فقرة ٣٤ ؛ - ديرانتون ١٢ فقرة ٤٧٩ - لوران ١٨ فقرة ٤٩٣ - بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩٠٢) .

ذمته . فيكون المدين ، بعد موت الدائن ، مديناً للتركة بحكم مديونيته السابقة ، ودائناً في نفس الدين بحكم الوصية . فتجتمع فيه صفتا المدين والدائن ، وتتحد الذمة في الدين . ولا يتصور هنا أن يوصى المدين للدائن بالدين الذي في ذمت له ، إذ هو دين عليه ، لا حق له ، حتى يوصى به .

٥٦٥ - عن طريق التصرف القانوني ما بين الأحياء : وقل أن

تجتمع صفتا الدائن والمدين في الشخص الواحد عن طريق التصرف القانوني ما بين الأحياء . ومع ذلك فهناك مثل أورده المشرع ، إذ نص في الفقرة الأولى من المادة ٤٦٩ مدني على ما يأتي : « إذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل إلى شخص آخر ، فللمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا هورد إلى المتنازل له الثمن الحقيقي الذي دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع . فهذا دين متنازع فيه في ذمة المدين للدائن . وقد حوله الدائن بمقابل إلى شخص آخر ، فيستطيع المدين أن يحول الصفقة إليه عن طريق رد الثمن والفوائد إلى المحال له . فيصبح المدين ، بفضل هذا الاسترداد ، دائناً لنفسه ، وتتحد الذمة في الدين . والواقعة التي أدت إلى اتحاد الذمة هنا هي تصرف قانوني ما بين الأحياء ، فان استرداد (retrait) المدين للدين ينطوي كالشفعة على تصرف قانوني .

والمثل الآخر الذي يورده الفقه عادة لتصرف قانوني ما بين الأحياء يكون سبباً لاتحاد الذمة هو مثل الكميالة التي قبلها المسحوب عليه ، فأصبح مديناً بقيمتها . وقبل حلول ميعاد استحقاقها يشترها المسحوب عليه ، فتصبح ملكاً ، ومن ثم يصير دائناً لنفسه . فتجتمع صفتا المدين والدائن ، وتتحد الذمة في الدين . وسبب اتحاد الذمة هنا هو شراء المسحوب له للكميالة ، وهذا تصرف قانوني ما بين الأحياء (١) .

(١) لاهوميير ٥ م ١٣٠٠ فقرة ٥ - بودري وبارد ٣ فقرة ١٨٩٨ ص ٢٣٥ .
ويتحقق اتحاد الذمة أيضاً بتصرف قانوني ما بين الأحياء إذا اشترى المستأجر العين المؤجرة ، فيصبح دائناً ومديناً بالأجرة (بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٦٤) . لكن إذا كان المستأجر قد رهن حقه الشخصي الثابت بموجب عقد الإيجار قبل أن يشترى العين المؤجرة ، فإن شراء العين =

٥٦٦ - كل الربوة قابلة للتقضاء بالمحارمة : وكل دين قابل

لاتحاد الذمة فيه على الوجه الذى بيناه . تستوى فى ذلك كل الديون ، أياً كان مصدرها . فسواء كان الدين مصدره عقد أو عمل غير مشروع أو إثراء بلا سبب أو نص فى القانون ، فهو قابل لاتحاد الذمة فيه ، متى اجتمعت صفتا الدائن والمدين فى شخص واحد . وتستوى أيضاً فى ذلك كل الديون ، أياً كان الوصف الذى يلحق بها . فيصح اتحاد الذمة فى الدين البسيط ، وفى الدين المضاف إلى أجل ، وفى الدين المعلق على شرط واقف ، وفى الدين المعلق على شرط فاسخ . إلا أنه إذا لم يتحقق الشرط الواقف ، أو تحقق الشرط الفاسخ ، فقد زال الدين ، وزال معه اتحاد الذمة (١) .

ويصح أن تتحد الذمة فى الدين المدنى وفى الدين الطبيعى . ففى الدين الطبيعى ، إذا ورث المدين الدائن ، فقد اجتمعت صفتا المدين والدائن فيه ، فاتحدت الذمة ، شأنه فى ذلك شأن الدين المدنى (٢) . ولا يقال إن فى هذا أثراً جديداً يترتب على الالتزام الطبيعى ، فان اتحاد الذمة ليس إلا استجابة لطبائع الأشياء ، فيخضع له كل التزام (٣) .

= - وما استتبعه من اتحاد الذمة - لا يضر بحق الدائن المرتهن (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٣٠ ص ٣٦٢ - بيدان ولا جارد ٩ فقرة ١٠٧٠) .

ومن الأمثلة على تحقق اتحاد الذمة بتصرف قانونى ما بين الأحياء ، ما قضت به محكمة استئناف مصر من أنه إذا حصل البيع للمشول عن الضمان ، اتحدت ذمته بهذا البيع باجتماع صفتى دائن بحق الضمان ومدين به فى شخصه (٨ يناير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٥٥٥ ص ١١١٥) .

ويمكن اعتبار بيع الدين من عليه الدين ، فى الفقه الإسلامى ، إذا لم يكن وفاء بمقابل ، مثلاً لتحقق اتحاد الذمة بتصرف قانونى ما بين الأحياء ، هو عقد البيع . فالمدين قد اشترى الدين الذى فى ذمته من دائنه ، فأصبح دائناً ومديناً فى وقت واحد ، وتتحد الذمة فى الدين .

(١) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٣٠ ص ٣٦٠ .

(٢) أما إذا ورث الدائن المدين ، فقد رأينا أن قواعد الشريعة الإسلامية تمنع من اتحاد

الذمة .

(٣) انظر فى ذلك بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٩٩ .

الفرع الثاني

الآثار التي تترتب على اتحاد الذمة

٥٦٧ - النص ص القانونيّة : تنص المادة ٣٧٠ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد ، انقضى هذا الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة .

٢ - فإذا زال السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة ، وكان لزواله أثر رجعي ، عاد الدين إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة إلى ذوى الشأن جميعاً ، ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادتين ٢٠٢/٢٦٦ و ٢٠٣/٢٦٧ (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادتين ٥٠٨ و ٥٠٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي : م ٥٠٨ - إذا اجتمعت في شخص واحد صفة الدائن والمدين ، انقضى الالتزام لاتحاد الذمة ، وبالقدر الذي اتحدت فيه - م ٥٠٩ - إذا زال السبب الذى أدى لاتحاد الذمة وكان لزواله أثر رجعي ، عاد الالتزام إلى الوجود هو وملحقاته ، بالنسبة لذوى الشأن جميعاً ، ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن . وفي لجنة المراجعة أدمجت المادتان في مادة واحدة ، وأجريت تعديلات في الفقرة الأولى تجعل التمييز بين المقاصة واتحاد الذمة واضحاً ، وأبدلت كلمة الالتزام في الفقرة الثانية بكلمة الدين لتنسيق الصياغة ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأصبح رقمه ٣٨٣ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٢ - ص ٢٩٣) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٢٠٢/٢٦٦ : اتحاد الذمة هو عبارة عن اجتماع صفتي دائن ومدين في شخص واحد بدين واحد ، ويترتب على ذلك زوال الصفتين المذكورتين بمقابلة أحدهما للأخرى .

م ٢٠٣/٢٦٧ : اتحاد الذمة يبرئ الكفلاء في الدين ، ولا يجل المدينين المتضامنين إلا بقدر ما يخص من اتحدت فيه الذمة من الدين .

وأحكام التقنين السابق متفقة مع أحكام التقنين الجديد . وإذا لم يوجد مقابل في التقنين الجديد للمادة ٢٠٣/٢٦٧ من التقنين السابق إلا فيما يتعلق بالتضامن ، فإن النص كله ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة فالمعمل بأحكامه ليس في حاجة إلى نص : انظر الموجز للمؤلف فقرة ٥٩٤ - فقرة ٥٩٥ - الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٨٢٤ - فقرة ٨٢٥) .

وبقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٦٨ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٥٧ - وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٤١٨ - ٤١٩ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٣٧ (١) .
ويخلص من هذا النص أنه يجب التمييز ، في الآثار التي تترتب على اتحاد الذمة ، بين فرضين :

- (١) الآثار التي تترتب على اتحاد الذمة مادام السبب الذي أدى إليه قائماً .
- (٢) ما يترتب من الأثر على زوال السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة بأثر رجعي .

المبحث الأول

الآثار التي تترتب على اتحاد الذمة مابقي السبب الذي أدى إليه قائماً

٥٦٨ - كيف ينقضي الدين بأحكام الذمة : تنص الفقرة الأولى من المادة ٣٧٠ مدني ، كما رأينا ، على أنه إذا تحقق اتحاد الذمة في الدين

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

- التقنين المدني السوري م ٣٦٨ (مطابقة للمادة ٣٧٠ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني الليبي م ٣٥٧ (مطابقة للمادة ٣٧٠ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني العراقي م ٤١٨ : في الدين الواحد ، إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين ، انقضى الدين لاتحاد الذمة بالقدر الذي اتحدت فيه .
م ٤١٦ : إذا زال السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة ، وكان لرواله أثر رجعي ، عاد الالتزام إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة لذوي الشأن جميعاً ، وينتج اتحاد الذمة كأن لم يكن . (وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المصري - وانظر في اتحاد الذمة في القانون المدني العراقي مقالا للأستاذ ضياء شيت خطاب في مجلة القضاء ببغداد السنة ١٥ ص ٢٠٠ - ص ٢١٣ .
تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٣٧ : عندما تجتمع الصفتان المتعارضتان ، صفة الدائن وصفة المديون ، في موجب واحد وفي شخص واحد ، ينشأ عن اجتماعهما اتحاد يسقط الموجب على نسبة هذا الاتحاد . وإذا زال سبب الاتحاد ، وكان لزواله مفعول رجعي ، عاد الدين مع كل ملحقاته بالنظر إلى الجميع ، وعاد اتحاد الذمة كأنه لم يحصل قط .
(وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المصري) .

« انقضى هذا الدين بالقدر الذى اتحدت فيه الذمة ». فالدين إذن ينقضى باتحاد الذمة، وبالقدر الذى اتحدت فيه الذمة . فان كان المدين الوارث، فى الأمثلة التى قدمناها ، لم يرث إلا نصف الدين ، فان هذا النصف وحده هو الذى ينقضى باتحاد الذمة كما سبق القول . وانقضاء الدين باتحاد الذمة غير انقضائه بالوفاء أو بالتجديد أو بالمقاصة . ففى هذه الحالات الأخيرة ينقضى الدين حقيقة، ولا يعود له وجود . أما انقضاء الدين عن طريق اتحاد الذمة فليس بانقضاء حقيقى ، بل إن الدين يقف نفاذه، كما قدمنا، لارتطامه بعقبة طبيعية تجعل هذا النفاذ مستحيلاً . فقد اتحدت صفتا الدائن والمدين فى شخص واحد ، وأصبح من المستحيل أن يطالب الشخص نفسه بالدين ، ومن ثم يقف نفاذ الدين من ناحية المطالبة وحدها (١) . ولكن الدين ، وهو موقوف على هذا النحو، يبقى مع ذلك معتداً به من نواحٍ أخرى (٢) .

(١) الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٩٨ من ٣٧٣ — وقارن الأستاذ عبا الحى حجازى ٣ ص ٢٩٨ — ص ٣٠٠ .
ويذهب بيدان ولاجارد إلى أن اتحاد الذمة يقضى الدين قضاء تاماً على النحو الذى يقضى به الوفاء الدين ، ويستمرضان الأحوال المختلفة لاتحاد الذمة ، ويستظبران أن كثر منها أن الدين قد انقضى ولم يقتصر الأمر فيه على أنه وقف نفاذه (بيانات ولاجارد ٩ فقرة ١٠٧١ — فقرة ١٠٧٦ — انظر الأستاذ عبد الحى حجازى ٢ ص ٢٩٣ — ص ٣٠٠ والأستاذ سناء شيت خطاب مجلة القضاء ببغداد السنة ١٥ ص ٢٠٢ — ٢٠٣ — فى مناقشة الرأيين ، بمرد وقت النفاذ والانقضاء التام) .

ويذهب بلانيول وريبير وبولانجيه إلى أن التمييز فى الالتزام بين عنصر المسؤولية وعصر المديونية قد يكون نافعاً هنا ، فاتحاد الذمة ينقضى المطالبة أو المسؤولية (Haftung) ، ويستبقى المديونية (Schuld) : بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٠٠٩ .

(٢) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٣٠ ص ٢٦٠ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩٠٤ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٠ ص ٧١١ — واتحاد الذمة كالمقاصة واقعة مادية ، هى واقعة اجتماع صفتى الدائن والمدين فى الدين الواحد فى شخص واحد . وقد رأينا أن المقاصة هى أيضاً واقعة مادية ، إذ هى واقعة تلاقى دينين متقابلين توافرت فيهما شروط خاصة . أما المقاصة فى القوانين الهرمانية فهى تصرف قانونى لا واقعة مادية ، كما سبق القول ، وهى من هذه الناحية كالوفاء والوفاء بمقابل والتجديد، فهذه كلها تصرفات قانونية . وهى تصرفات قانونية تصدر من الجانبين ، إلا الوفاء عن طريق العرض الحقيقى والمقاصة فى القوانين الهرمانية فهما تصرفان قانونيات يصدران من جانب واحد .

٥٦٩ - نواح يقضى فيها الدين المنقضى باتحاد الزمة معتدا به -

حساب الدين في نصاب الوصية : فاذا اعتبر الدين باتحاد الزمة منقضياً - أو موقوفاً - من ناحية المطالبة به ، فهناك نواح أخرى غير المطالبة يعتد فيها بالدين . من ذلك حساب نصاب الوصية . فاذا مات الدائن وورثة المدين ، وكانت قيمة الدين ألفاً وخمسمائة مثلاً ، فان الدين يعتبر منقضياً من ناحية المطالبة ، فلا يستطيع المدين ، وقد ورث الدين فأصبح دائناً ، أن يطالب به نفسه . ولكن الدين يعتد به إذا ترك الدائن وصية ، وأريدت معرفة ما إذا كانت هذه الوصية لا تتجاوز النصاب حتى تكون صحيحة . فيجب اعتبار الدين الذي انقضى باتحاد الزمة قائماً في حساب هذا النصاب . فلو كانت التركة بغير الدين ثلاثة آلاف ، وجب لحساب الثلث الذي تجوز فيه الوصية ، أن تضاف قيمة الدين وهي ألف وخمسمائة إلى ثلاثة آلاف ، فتكون قيمة التركة كلها أربعة آلاف وخمسمائة ، ويكون ثلثها الجائز الإيضاء به هو ألف وخمسمائة . أما إذا اعتبرنا الدين منقضياً باتحاد الزمة من جميع النواحي ، وجب حساب قيمة التركة ثلاثة آلاف لا أربعة آلاف وخمسمائة ، ولكان ثلثها ألفاً ، وليس ألفاً وخمسمائة كما هو الحساب الصحيح (١) .

٥٧٠ - الاعتداد بالدين عند اتحاد زمة الكفيل والرئيس : وإذا

مات الدائن وورثه الكفيل ، فاتحاد الزمة ما بين الدائن والكفيل إذا كان يقضى

(١) ديمولومب ٢٨ فقرة ٧١٨ - فقرة ٧١٩ - هيك ٨ فقرة ١٧٧ - لوران ١٨ فقرة ٤٨٨ - أوربي ورو ٤ فقرة ٣٣٠ ص ٣٦١ - بودري وبارد ٣ فقرة ١٩٠٦ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٠ ص ٧١١ - دي باج ٣ فقرة ٦٩٥ - كولان وكايبنتان ٢ فقرة ٥٧٨ ص ٤٠٢ - الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٩٨ - الموجز للمؤلف فقرة ٥٩٥ .

وكذلك بحسب الدين الذي انقضى باتحاد الزمة ضمن التركة ، في تقدير قيمتها لحساب ما يجب عليها من الضرائب (بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٦٦ ص ١٣٥) .

ويقول بلانيول وريبير وبولانجي إن اعتبار الدين المنقضى باتحاد الزمة قائماً ، لتقدير نصاب الوصية ولتقدير الضريبة ، يمكن تفسيره بأن التركة تقدر قيمتها باعتبار العناصر الموجودة وقت الموت ، واتحاد الزمة لا يتحقق إلا بعد ذلك (بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٢٠٠٧) .

التزام الكفيل ، فليس ينقضى على النحو الذي ينقضى به لو أن الكفيل وفي للدائن .
فان الكفيل إذا وفي الدين للدائن ، ينقضى الدين ، وتبرأ ذمة المدين الأصلي ،
ويرجع الكفيل على المدين الأصلي بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول .
أما إذا ورث الكفيل الدائن ، فاتحدت الذمة وانقضت الكفالة ، لم ينقض الدين
الأصلي ، ويطالب الكفيل الذي أصبح دائئاً المدين بهذا الدين ذاته .

وإذا اتحدت ذمة المدين الأصلي والدائن ، فان الدين ينقضى باتحاد الذمة ،
وتبرأ بذلك ذمة الكفيل . ذلك أن المدين الأصلي - وقد أصبح باتحاد الذمة
دائئاً - إذا حاول أن يرجع باعتبار أنه دائن على الكفيل ، فان الكفيل
يرجع عليه باعتباره مديناً ، فيشل هذا الرجوع الأخير الرجوع الأول . وقد
كانت المادة ٢٠٣/٢٦٧ من التقنين المدني السابق تقضى بأن اتحاد ذمة الدائن
والمدين الأصلي يبرئ ذمة الكفلاء (١) .

٥٧١ - الاعتراض بالدين عند اتحاد ذمة الكفيل والمدين الأصلي :

وإذا ورث الكفيل المدين الأصلي ، فاتحدت الذمة وانقضت الكفالة ، فان
انقضاء التزام الكفيل على هذا النحو لا يكون إلا من حيث المطالبة ، بمعنى أنه
إذا أدى الكفيل باعتباره كفيلاً الدين للدائن ، لم يستطع - وقد أصبح مديناً
أصلياً بالميراث وذلك في القانون الفرنسي دون القانون المصري - الرجوع
على نفسه . ولكن التزامه ككفيل يبقى مع ذلك معتداً به في غير هذه
المطالبة . ويترتب على ذلك أنه إذا كان لهذا الكفيل كفيل ، فان التزام
كفيل الكفيل يبقى قائماً مستنداً إلى التزام الكفيل بالرغم من انقضاء هذا
الالتزام الأخير باتحاد الذمة . فيجوز للدائن ، في هذه الحالة ، إذا لم يستطع
استيفاء حقه من الكفيل الذي أصبح في الوقت ذاته مديناً أصلياً ، أن يرجع
على كفيل الكفيل . ولهذا الأخير ، إذا وفي الدين ، أن يرجع على الكفيل
بما وفاه للدائن بالرغم من اتحاد ذمة الكفيل والمدين الأصلي . وقد نصت
المادة ٢٠٣٥ من التقنين المدني الفرنسي صراحة على هذا الحكم ، إذ تقول :

(١) انظر أيضاً المادة ١/١٣٠١ من التقنين المدني الفرنسي . وانظر في القانون المدني

العراق مقال الأستاذ ضياء شيت خطاب في مجلة القضاء ببغداد لسنة ١٥ ص ٤٠٨ .

« اتحاد الذمة الذى يتحقق بين شخص المدين الأصلي وكفيله ، عندما يرث أحدهما الآخر ، لا يقضى دعوى الدائن ضد من كفل الكفيل » (١) .

وإذا كفل الكفيل مدينين متضامنين متعددين وورث أحدهم ، فصار فى القانون الفرنسى كفيلاً ومديناً متضامناً فى وقت واحد ، فان وفى الدين باعتباره كفيلاً ، رجع على أى من المدينين المتضامنين الآخرين بالدين بعد استئزال حصة مورثه . أما إذا وفاه باعتباره مديناً متضامناً ، لم يستطع الرجوع على باقى المدينين المتضامنين الا بقدر حصة كل منهم فى الدين (٢) .

٥٧٢ - الاعتراف بالدين عند اتحاد ذمة أهم المدينين المتضامنين

والرأى: رأينا ، عند الكلام فى التضامن ، أن المادة ٢٨٨ مدنى تنص على أنه « إذا اتحدت الذمة بين الدائن وأحد مدينيه المتضامنين ، فان الدين لا ينقضى بالنسبة إلى باقى المدينين إلا بقدر حصة المدين الذى اتحدت ذمته مع الدائن (٣) . فاذا ورث أحد المدينين المتضامنين الدائن ، فان الدين ينقضى باتحاد الذمة ، ولكنه لا ينقضى على النحو الذى ينقضى به فيما إذا وفى المدين المتضامن الدين للدائن . فان المدين المتضامن ، إذا وفى الدين الدائن ، رجع على باقى المدينين المتضامنين كل بقدر حصته فى الدين . أما إذا ورث المدين المتضامن الدائن ، فالدين لا ينقضى إلا بقدر ما يقتضيه اتحاد الذمة ، إذ أن حصة المدين المتضامن فى الدين هى وحدها التى تنقضى ، لأن المدين المتضامن قد أصبح دائماً بهذه

(١) وهذا هو النص فى أصل الفرنسى : Art. 2035 : La confusion qui s'opère dans la personne du débiteur principal et de sa caution, lorsqu'ils deviennent héritiers l'un de l'autre, n'éteint point l'action du créancier contre celui qui s'est rendu caution de la caution.

انظر ديمولومب ٢٨ فقرة ٧٣٥ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٩١٠ ص ٢٤٣ - ص ٢٤٤ وقارن بلانبول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠١ ص ٧١٣ هاش رقم ١ .

وإذا كان الكفيل - الذى أصبح مديناً أصلياً على النحو المتقدم - قد قدم رهناً لتأمين الدين ، فإن اتحاد الذمة لا يكون من شأنه أن يقضى هذا الرهن (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩١٠) .

(٢) ديرانتون ١٢ فقرة ٧٧؛ - لارومبيير م ١٣٠١ فقرة ١٤ - بودرى وبارد ٣

فقرة ١٩١١ .

(٣) انظر أيضاً المادة ٢٠٣/٢٦٧ من التقنين المدنى السابق .

الحصة لنفسه . والباقي من الدين ، بعد استنزاف هذه الحصة ، يرجع به
المدين المتضامن - الذي أصبح دائماً بالميراث - على أى من المدينين المتضامنين
الباقيين (١) .

وقد رأينا كذلك ، فى التضامن الإيجابى ، أنه إذا ورث المدين أحد الدائنين
المتضامنين ، فإن اتحاد الذمة لا يقضى من الدين إلا بقدر حصة هذا الدائن
المتضامن (٢) . ذلك أن المدين يصبح دائماً متضامناً ، ولو استوفى الدين كله
بهذه الصفة لرجع عليه باقى الدائنين بحصصهم ، فلا يبقى فى يده إلا حصته .
فهذه الحصة وحدها هى التى يصبح فيها دائماً ومدينياً فى وقت واحد ، فتتحد
فيها الذمة . ويستطيع بعد ذلك أى من الدائنين المتضامنين الآخرين أن يرجع
على المدين بالباقي من الدين (٣) .

(١) وغنى عن البيان أن المدين المتضامن ، الذى أصبح دائماً بالميراث ، يستطيع أن يعتبر
نفسه مديناً فى دينه بطريق اتحاد الذمة ، لا دائماً استوفى حقه بهذا الطريق . ولكنه ، على
الاعتبار الأول ، لا يرجع على المدينين الآخرين إلا بقدر حصة كل منهم . فهو يؤثر بطبيعة
الحال الاعتبار الآخر ، حيث يستطيع أن يطالب أيضاً من المدينين الآخرين بالدين بعد أن يستزل
حصته هو (انظر فقرة ١٩٢) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٩٠ .

(٣) أما إذا ورث أحد المدينين المتضامنين مدينياً متضامناً آخر ، فلا محل هنا لاتحاد الذمة ،
بل يرجع الدائن على هذا المدين بصفته الأصلية ، أو بصفته وارثاً للمدين المتضامن الآخر
بما قد يكون هناك من تأييدات . وله أن يرجع عليه بالتضامن معاً ، ليطالبه بمحسنيين من الدين
بدلاً من حصة واحدة (تولىه ٧ فقرة ٤٢٢ - ديمولومب ٢٨ فقرة ٧٢٧ - بودرى وبارد ٣
فقرة ١٩١٣) .

وما يدل على أن اتحاد الذمة يقف نفاذ الحق دون أن يمتصه أن الحائز للمقار المرهون إذا دفع
ثمنه للدائن المرتهن المتقدم فى المرتبة ، وحل محله فى الرهن ، أصبح فى دعوى الرهن دائماً ومدينياً
فى وقت واحد ، فتتحد فيها الذمة . على أن هذا لا يعنى أن حق الرهن المتقدم قد انتفى ، وكل
ما يعنيه أن الحائز لا يستطيع استعمال هذا الحق ضد نفسه ، ولكن يستطيع أن يستعمله ضد الدائن
المتأخر فى المرتبة ، إذا أراد هذا الدائن التنفيذ على العقار ، فيتقدم الحائز على الدائن المتأخر فى
المرتبة بفضل حق الرهن المتقدم . وهذا يدل على أن حق الرهن المتقدم لم ينقض باتحاد الذمة ،
بل وقف نفاذه حيث تمذر استعماله ، فلما أمكن استعماله عاد إلى الظهور والنفاذ (بلانيول وريبير
وردوان ٧ فقرة ١٣٠٠ ص ٧١٢) . كذلك مستأجر العقار - وتمطيه قوانين الإيجار
الاستثنائية حق مد الإيجار بعد انقضائه - إذا اشترى العقار ، فوقف باتحاد الذمة حقه كمتأجر ، =

المبحث الثاني

ما يترتب من أثر

على زوال السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة بأثر رجعي

٥٧٣ - عودة الدين إلى الظهور : وكل ما قدمناه هو أثر اتحاد الذمة إذا بقي سببه قائماً . فيبقى الدين معتداً به من بعض النواحي ، ويقف نفاذه من ناحية المطالبة ، إذ تصبح مستحيلة باجماع صفتي الدائن والمدين في شخص واحد .

فاذا زال بأثر رجعي السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة ، اعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن ، وعاد الدين إلى الظهور والنفاذ بعد أن كان موقوفاً من ناحية المطالبة . ويعود الدين بمقوماته الأصلية ، فيرجع ديناً مدنياً أو تجارياً ، منتجاً لفوائد أو غير منتج لها ، مشمولاً بسند تنفيذي أو غير مشمول به ، بحسب الأحوال . وتعود أيضاً التأمينات التي كانت تكفله ، وذلك بالنسبة إلى ذوى الشأن جميعاً ، من كفيل شخصي وكفيل عيني ورهن وغير ذلك .

مثل ذلك أن يكون السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة وصية ، فأوصى الدائن بالدين للمدين ، ومات الدائن فاتحدت الذمة في الدين . ثم تبين بعد ذلك أن الوصية قابلة للإبطال ، فأبطلت ؛ وزال بأثر رجعي هذا السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة . عند ذلك يعود الدين في ذمة المدين للتركة ، ويعود كما كان بصفاته ودفعه وتأميناته ، ويرجع الكفيل - شخصياً كان أو عينياً - ملتزماً

= يعود حقه إلى الظهور رغم اتحاد الذمة ضد شخص حصل على وعد بإيجار العقار له بعد انتهاء الإيجار الأول (بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٧٠ - دلائيل وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٠ ص ٧١٢ - كولان وكالشان ٢ فقرة ٥٧٨ ص ١٠٠ - جوسران ٢ فقرة ٩٤٧ ص ٥٠٣ - أنسيلويدي دالوز ١ لفظ confusion فقرة ٣٢) .

بالكفالة . وتطالب التركة المدين بالدين ، بعد أن كانت قد كفت عن المطالبة بسبب اتحاد الذمة (١) .

ومثل ذلك أن يقبل الكميالة المسحوب عليه ، وبشرطها بعد ذلك بعقد قابل للإبطال ، ثم يبطل العقد . ومثل ذلك أيضاً أن يشتري المستأجر العين المؤجرة بعقد قابل للإبطال ، ثم يبطل العقد . ومثل ذلك أخيراً أن يتخلص المدين من دين متنازع فيه بدفعه الثمن والفوائد، ثم يتبين بعد ذلك أنه كان قاصراً وقت تخلصه ، فيبطل التصرف . في هذه الأحوال جميعاً يعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن بعد أن زال سببه بأثر رجعي ، ويعود الدين إلى الظهور والنفاذ بصفاته ودفعه وتأميناته (٢) .

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٧٠ مدني ، كما رأينا ، على هذه الأحكام ، إذ تقول : « وإذا زال السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة ، وكان لزواله أثر رجعي ، عاد الدين إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة إلى ذوى الشأن جميعاً ، ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن » .

٥٧٤ - زوال السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة بأثر غير رجعي :

وقد يزول بأثر غير رجعي السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة . ويمكن تصور ذلك إذا ورث المدين الدائن ، فاتحدت الذمة في الدين ، ثم اتفق الوارث ،

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٣ - أوبرى وروء فقرة ٣٣٠ ص ٣٦٢ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٠ ص ٧١٢ - هل أنه إذا عاد الدين كما كان ، فإن التقادم الذي كان سارياً ضده يعتبر موقوفاً باتحاد الذمة ، ولا يعود إلى السريان إلا بعد زوال اتحاد الذمة (أنسيكلوبيدى دالوز ١ لفظ confusion فقرة ٤٩) .

(٢) أما إذا كان الالتزام نفسه الذى اتحدت الذمة فيه مطلقاً على شرط فاسخ أو واقف ، ثم تحقق الشرط الفاسخ أو لم يتحقق الشرط الواقف ، فإن اتحاد الذمة يعتبر كأن لم يكن ، لا لأن سببه قد زال بأثر رجعي ، بل لأنه تبين أن الالتزام الذى اتحدت الذمة فيه غير موجود أصلاً ، وغير الموجود لا يتحد فيه الذمة .

باعتباره دائماً، مع شخص آخر فحول الدين له (١). ففي هذه الحالة يعود الدين إلى الظهور في ذمة الوارث باعتباره مديناً ويصبح المحال له دائماً للوارث (٢).

ولكن لا يضار الغير بعودة الدين على هذا الوجه . ففي المثل الذي نحن بصدده ، إذا كان للدين كفيل شخصي أو عيني ، وبرئت ذمة هذا الكفيل باتحاد الذمة ، ثم عاد الدين بعد أن زال بأثر غير رجعي السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة ، فإن الكفالة لا تعود . ولا يستطيع المحال له أن يرجع على الكفيل ، لأن الكفيل من الغير في الاتفاق الذي تم بين المحال له والوارث ، وقد برئت ذمته من الكفالة كما قدمنا ، فلا يضار بسبب اتفاق لم يكن هو طرفاً فيه (٣).

(١) أو باع الوارث التركة بما لها من ديون (vente d'hérédité) ، أو باعت التركة أسهمها التي سبق أن اشترتها (بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٧٤ ص ١٣٩) .
انظر في هذا المعنى في القانون المدني العراقي مقال الأستاذ ضياء شيت خطاب في مجلة القضاء ببغداد السنة ١٥ ص ٢١٣ .

(٢) بلائيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٠ ص ٧١٢ .
(٣) أوبري ورو ؛ فقرة ٣٣٠ ص ٢٤٢ — دنرلوب ٢٨ فقرة ٧٣٩ — لوران ١٨ فقرة ٥٠٧ — هيك ٨ فقرة ١٧٩ — بودري وبارد ٣ فقرة ١٩١٥ — الأستاذ عبد الحى حجازي ٣ ص ٣٠٥ — ٣٠٧ — وقارن جوسران ٢ فقرة ٩٤٨ .

البُيُوتُ

انقضاء الالتزام دون الوفاء به

٥٧٥ - أسباب انقضاء الالتزام دون الوفاء به : قدمنا أن الالتزام

قد ينقضى دون الوفاء به أصلاً ، ويتحقق ذلك في أسباب الانقضاء الآتية :

١ - الإبراء من الدين (Remise de dette) .

٢ - استحالة التنفيذ (Impossibilité d'exécution) .

٣ - التقادم المسقط (Prescription extinctive) .

ففي هذه الأسباب جميعاً تبرأ ذمة المدين من الدين دون أن يكون قد أدى للدائن شيئاً أصلاً ، لا الدين ذاته ولا ما يعادله .

ففي الإبراء قد نزل الدائن عن حقه مختاراً دون مقابل ، وهو الذي ارضى ذلك .

وفي استحالة التنفيذ قد اضطر الدائن ألا يستوفي حقه ، لأن الوفاء به قد أصبح مستحيلاً .

وفي التقادم المسقط قد حال القانون دون أن يستوفي الدائن حقه ، وأبرأ ذمة المدين لاعتبارات تمت للمصلحة العامة .

الفصل الأول

الإبراء (*)

(Remise de dette)

٥٧٦ - كيف يتم الإبراء وما يترتب عليه من الآثار : الإبراء هو نزول الدائن عن حقه قبل المدين دون مقابل ، فهو تصرف تبرعي حتماً . وإذا استوفى الدائن عين حقه كان هذا وفاء ، وإذا استوفى مقابلاً في حقه كان هذا وفاء بمقابل (١) ، وإذا نزل عن حقه فلم يستوفه لا عيناً ولا بمقابل كان هذا إبراء . والإبراء تصرف قانوني يصدر من جانب واحد هو الدائن (٢) ، ومتى صدر متوافرة شروطه انقضى به الدين وبرئت ذمة المدين .

فتكلم إذن في مسألتين : (١) كيف يتم الإبراء (٢) الآثار التي تترتب عليه .

الفرع الأول

كيف يتم الإبراء

٥٧٧ - النص من القانونية : تنص المادة ٣٧١ من التقنين المدني

على ما يأتي :

(*) مراجع : ليسونا (Lesona) بحث في نظرية عامة لتنازل في القانون المدني : المجلة

التجارية للقانون المدني سنة ١٩١٢ ص ٣٧٦ — رينر (Raynaud) التنازل عن الحق :
المجلة الفعلية للقانون المدني سنة ١٩٣٦ ص ٧٦٣ .

(١) ومن تبيل الوفاء بمقابل أو بما يعادل الوفاء التجديد والمقاصة واتحاد الذمة ، وقد تقدم بيان ذلك .

(٢) أما الوفاء فقد قدمنا أنه تصرف قانوني صادر من الجانبين ، وقد يصدر من جانب واحد إذا أخذ صورة العرض الحقيقي مع الإيداع . وذكرنا أيضاً أن كلا من الوفاء بمقابل (dation en paiement) والتجديد تصرف قانوني صادر من الجانبين ، وأن كلا من المقاصة واتحاد الذمة واقعة مادية وليس تصرفاً قانونياً .

« ينقضى الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً . ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ، ويرتد برده » .

وتنص المادة ٣٧٢ على ما يأتي :

« ١ - يسرى على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسرى على كل تبرع » .

« ٢ - ولا يشترط فيه شكل خاص ، ولو وقع على التزام يشترط لقيامه

شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المعاهدان » (١) .

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ٢٤٣/١٨٠ (٢) .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

المادتين ٣٦٩ - ٣٧٠ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٣٥٨ - ٣٥٩ -

(١) تاريخ النصوص :

م ٣٧١ : ورد هذا النص في المادة ٥١٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ينقضى

الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً ، ويتم الإبراء متى وصل إلى علم الدين ولم يعترض عليه » .

وفي لجنة المراجعة أبدلت عبارة « ولم يعترض عليه » بعبارة « ويرتد برده » ، وذكر في اللجنة

أن هذا النص مقصود به أن يقع الإبراء بإرادة منفردة أخذاً بأحكام الشريعة الإسلامية ، وفيها

يتم الإبراء بإرادة الدائن وحده ويرتد بالرد من المدين ، ويعتبر الرد بمنزلة التبرع فلا يقبل من

لا تتوافر فيه أهلية التبرع . وأصبحت المادة رقمها ٣٨٤ في المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس

النواب . ثم وافقت عليها لجنة مجلس الشيوخ ، على أن يكون المفهوم من كلمة « مختاراً » ألا

يكون الإبراء مظنة النكاح أو الإكراه لأن الاختيار في الإبراء هو العنصر البارز . ووافق عليها

مجلس الشيوخ تحت رقم ٣٧١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٥ - ص ٢٩٦) .

م ٣٧٢ : ورد هذا النص في المادة ٥١١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر

عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٨٥ في المشروع النهائى .

ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٧٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣

ص ٢٩٧ - ص ٢٩٨) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٢٤٣/١٨٠ : يسقط الدين عن المدين بإبراء ذمته من الدائن

إبراء اختياريًا إذا كان في الدائن أهلية التبرع . (أحكام التقنين السابق متفقة مع أحكام التقنين

الجديد ، فيما عدا أن الإبراء في التقنين الجديد يتم بإرادة الدائن المنفردة ، أما في التقنين السابق

فكان لا يتم إلا باتفاق بين الدائن والمدين : الموجز للمؤلف فقرة ٩٧ : - فقرة ٥٩٨ -

الأستاذ أحمد حشمت أبوستيت فقرة ٨٢٧ - فقرة ٨٢٩ - وانظر أيضاً المذكرة الإيضاحية

للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٤) .

وفي التقنين المدني العراقي المواد ٤٢١ - ٤٢٣ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبثاني المواد ٣٣٨ - ٣٤٠ (١).

ويخلص من هذه النصوص أن للإبراء مميزات ، هي أن يتم بارادة منفردة من جانب الدائن ، وأنه تصرف قانوني تبرعي . ثم إنه يشترط لصحة الإبراء شروط ترجع إلى الموضوع لا إلى الشكل .

فنبحث إذن : (١) مميزات الإبراء (٢) الشروط الواجب توافرها فيه .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٦٩ - ٣٧٠ (مطابقان للمادتين ٣٧١ - ٣٧٢ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٥٨ - ٣٥٩ (مطابقان للمادتين ٣٧١ - ٣٧٢ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٤٢١ : يشترط لصحة الإبراء أن يكون المبرء أهلاً للتبرع .

م ٤٢٢ : ١ - لا يتوقف الإبراء على قبول المدين ، لكن إذا رده قبل القبول ارتد ، وإن مات قبل القبول فلا يؤخذ الدين من تركته . ٢ - ويصح إبراء الميت من دينه .

م ٤٢٣ : يصح تعليق الإبراء . فإن علق الدائن إبراء مدينه من بعض الديون بشرط أداء البعض الآخر وأداء الدين برىء ، وإن لم يؤده فلا يبرأ ويبقى عليه الدين كله .

(وهذه الأحكام بعضها يتفق وبعضها لا يتعارض مع أحكام التقنين المصري : انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٣٦٧ - فقرة ٣٧١) .

تقنين الموجبات والعقود اللبثاني :

م ٢٣٨ : إن الإبراء من الدين أوتنازل الدائن عن حقوقه لمصلحة المدين لا يكون إلا بمقتضى اتفاق إذ يفترض في الإبراء اتفاق أصحاب الشأن .

م ٣٣٩ : إن الإبراء لا يخضع لقواعد الشكل المختصة بالتبرع ولو أجراه الدائن بدون أية منفعة تقابله . لكنه يخضع في هذه الحال لقواعد الأساس المختصة بالتبرع ، وخصوصاً ما يتعلق منها بأهلية أصحاب الشأن .

م ٣٤٠ : يكون عقد الإبراء سريعاً أو ضمناً ، فهو يستفاد من كل عمل أو كل حالة تتبين منهما جلياً عند الدائن نية التنازل عن حقوقه ، وعند المدين نية الاستنادة من هذا التنازل . إن التسليم الاختياري للسند الأصل الذي كان في حوزة الدائن يقدر معه حصول الإبراء إلى أن يثبت العكس . ولا يكون رد الدائن للشيء المودع على سبيل التأمين (donnée en nantissement) لين عليه مثل هذا التقدير . (وتتفق أحكام التقنين اللبثاني مع أحكام التقنين المصري ، إلا في أمرين :

(١) الإبراء في التقنين اللبثاني اتفاق لا إرادة واحدة . (٢) جعل التقنين اللبثاني التسليم الاختياري للسند الأصل قرينة قانونية حل الإبراء ، وقد كانت هذه القرينة القانونية موجودة في التقنين المصري السابق - م ٢١٩ - ٢٢٠ / ٢٨٤ - ٢٨٥ - ولم ينقلها التقنين الجديد .

المبحث الأول

مميزات الإبراء

٥٧٨ - الإبراء يتم بإرادة واحدة من جانب المرائع: الإبراء

تصرف قانوني (acte juridique). وقد كان في التقنين المدني السابق، ولا يزال في التقنين المدني الفرنسي، اتفاقاً (convention) يتم بين الدائن والمدين على قضاء الدين دون مقابل (١). فكان لا يكتفى في الإبراء بإرادة الدائن، بل لا بد أيضاً من قبول المدين حتى يتم، وقبل هذا القبول كان الدائن يستطيع أن يعدل عن الإبراء وفقاً للقواعد العامة. وقد قبل في توجيه هذا التكييف إن الالتزام رابطة ما بين شخصين، فلا بد في قضائها من تدخل هذين الشخصين معاً، وهذا بخلاف الحق العيني فانه سلطة على شيء معين فيجوز لصاحب هذه السلطة أن ينزل عنها بإرادته المنفردة (٢).

وقد عدل التقنين المدني الجديد عن هذا التكييف التقليدي، وصرح في المادة ٣٧١ مدني، كما رأينا، بأن الإبراء يتم متى وصل إلى علم المدين، ويرتد برده. ومعنى ذلك أن الإبراء يتم بإرادة الدائن وحده، لا باتفاق بين الدائن والمدين كما كان الأمر في التقنين المدني السابق (٣). وقد اقتبس التقنين المدني الجديد هذا التكييف المستحدث من الفقه الإسلامي، ففيه يتم الإبراء بإرادة الدائن المنفردة ويرتد بالرد. وقد غلب في هذا التكييف الطابع المادي للالتزام على الطابع الذاتي، فالالتزام قيمة مالية تدخل في حوزة الدائن ضمن العناصر الإيجابية التي تشمل عليها ذمته المالية، فيستطيع النزول عنه بإرادته المنفردة كما يستطيع النزول عن

(١) وهو أيضاً اتفاق لا إرادة واحدة في التقنين المدني الألماني: انظر المادة ٢٩٧/١ من هذا التقنين.

(٢) بودري وبارد ٣ فقرة ١٧٦٧ - دي باج ٣ فقرة ٦٧٤.

(٣) الأستاذ عبد الحى حجازي ٣ ص ٣٠٩ - ص ٣١٠ - وتكفي إرادة الدائن المنفردة

في الإبراء، حتى لو كان الالتزام الذي يبرءه الدائن منه التزاماً من عقد ملزم للجانبين.

الحق العيني (١) . ولما كان الدائن لا يستطيع أن يفرض على المدين هذا النزول ، فقد يتحرج المدين من تفضل لا يريد من الدائن ، وقد يصبر على الوفاء بالرغم من رغبة الدائن في إبرائه ، فقد أعطى القانون الحق للمدين في أن يرد الإبراء متى وصل إلى علمه ، وذكر أن الإبراء يرتد بالرد (٢) .

وهناك فروق واضحة بين أن يتم الإبراء بارادة الدائن المنفردة وأن يتم باتفاق بينه وبين المدين ، نذكر منها ما يأتي :

١ - في التقنين المدني الجديد حيث يتم الإبراء بارادة الدائن المنفردة ، يكفي أن تصل هذه الإرادة إلى علم المدين حتى يتم الإبراء ، ويتم من وقت هذا العلم . أما في التقنين المدني السابق فهذا لا يكفي ، بل يجب أيضاً أن يصدر قبول من المدين للإبراء ، ولا يتم الإبراء إلا من وقت هذا القبول .

٢ - ويترتب على ما تقدم أنه إذا أعلن الدائن إرادته في إبراء المدين ووصل هذا الإعلان إلى علم المدين ، لم يستطع الدائن ، في التقنين المدني الجديد ، أن يعدل عن الإبراء بعد أن تم . وإذا مات أو فقد أهليته قبل أن يصل الإعلان إلى علم المدين ، فإن ذلك لا يمنع من تمام الإبراء عند اتصال الإعلان بعلم المدين بعد موت الدائن أو فقد أهليته (م ٩٢ مدني) . أما في التقنين المدني السابق ، فما دام المدين ، حتى بعد علمه بارادة الدائن في الإبراء ، لم يصدر منه قبول ، فقد كان يجوز للدائن أن يعدل عن هذا الإبراء . وإذا مات الدائن أو فقد أهليته قبل صدور القبول ، فقد كان الإيجاب يسقط (٣) ، ولا يجوز للمدين أن يقبل

(١) المرجع للمؤلف ص ٦١٨ هامش رقم ١ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشرع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ من ٢٩٥ - وانظر المادة ٣٥٣ من التقنين التونسي - الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٩٩ .

(٣) رينبي على ذلك أنه إذا مات الدائن ، وترك سند الدين مؤشراً عليه بعدم مطالبة المدين به ، لم يجوز في التقنين المدني السابق أن يقبل هذا الإبراء بعد موت الدائن ، وكان لتركة الدائن الحق في مطالبة المدين بالدين (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٤ ص ٧١٥ هامش رقم ٢) . ولهذا ما لم يثبت المدين أنه يعلم بهذا التأشير وأنه صادر من الدائن على سبيل الإقرار بأن ذمة المدين قد برئت بالوفاء أو بإبراء قد تم وتقبل المدين ، أو يثبت أن التأشير صادر من الدائن على سبيل الوصية . أما في التقنين المدني الجديد ، فهذا التأشير على سند الدين كاف متى وصل إلى علم المدين .

الإبراء بعد ذلك (١) .

٣ - إذا رد المدين الإبراء في التقنين المدني الجديد ، كان بهذا الرد يفقر نفسه . ذلك أن ذمته تبرأ من الدين بمجرد وصول الإبراء إلى علمه ، فبرده للإبراء يعود إلى ذمته بعد أن كان قد انقضى . ومن ثم لا بد أن تتوافر في المدين أهلية التبرع حتى يستطيع رد الإبراء (٢) ، وكذلك يجوز لدائنيه أن يطعنوا في رده للإبراء بالدعوى البولصية لأن هذا الرد زاد في التزاماته إذ عاد الدين بالرد بعد انقضائه . أما في التقنين المدني السابق ، فإن رد المدين للإبراء لا يعتبر افتقاراً ، إذ الإبراء لا يتم إلا بقبوله . فهو برده للإبراء لم يفقر نفسه ، والدين لا يعود بالرد بعد انقضائه ، إذ هو لم ينقض ما دام المدين لم يقبل الإبراء . وإنما رد المدين للإبراء امتناع منه عن أن يثري ، ومن ثم لا يشترط في الرد أن تتوافر في المدين أهلية التبرع ، ولا يجوز لدائنيه أن يطعنوا في رده للإبراء بالدعوى البولصية .

من أجل هذه الفروق وغيرها تجب معرفة متى تسرى أحكام التقنين المدني الجديد في الإبراء . والعبرة في ذلك بوقت علم المدين بالإبراء . فان كان قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ - موعد سريان التقنين الجديد - فإن الإبراء تسرى عليه أحكام التقنين المدني السابق ، فلا يتم إلا بقبول المدين (٣) . وإلا فإن أحكام التقنين المدني الجديد هي التي تسرى ، فيكفي علم المدين بالإبراء وعدم رده له حتى يتم .

(١) . وإذا مات المدين قبل أن يقبل الإبراء ، فإن الإبراء لا يتم في التقنين المدني السابق ، ويؤخذ الدين من تركة المدين . أما في التقنين المدني الجديد ، فإنه إذا مات المدين دون أن يرد الإبراء ، تم الإبراء ولم يؤخذ الدين من تركة المدين . ينص التشريع العراقي (م ١/٤٢٢) على هذا الحكم صراحة ، إذ يقول : « وإن مات قبل القبول ، فلا يرث الدين من تركته » . ونص هذا التشريع (م ٢/٤٢٢) أيضاً على أنه « يسمح بإبراء الميت من دينه » ، أي أن الدائن يبرئ تركة المدين من الدين . وهذا جائز أيضاً في القانون المصري .

(٢) . والرد كالإبراء تصرف قانوني صادر من جانب واحد ، ولكنه يصدر من المدين ، أما الإبراء فيصدر من الدائن . وهو كالإبراء أيضاً في أنه تصرف تبويعي ، فلا يقبل من أمين إذا لم تتوافر فيه أهلية التبرع (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٥ وانظر تاريخ المادة ٢٧١ آنفاً فقرة ٥٧٧ في الهامش - الأستاذ عبد الحمى حجازي ٣ ص ٢١٧) .

(٣) حتى لو صدر القبول بعد سريان التقنين المدني الجديد .

٥٧٩ - الإبراء تصرف تبرهى : وقد قدمنا أن الإبراء يصدر من الدائن اختياراً دون مقابل ، فهو ينزل عن حقه دون عوض . ومن ثم يكون الإبراء تصرفاً تبرعياً محضاً من جانب الدائن . وهذا هو الذى يميز الإبراء عن غيره من التصرفات القانونية المشابهة ، كالتجديد والصلح .

فيجب تمييز الإبراء عن التجديد . ففى التجديد يبرى الدائن ذمة المدين من الدين ، وهذا هو وجه المشابهة بالإبراء . ولكن الطرفين فى التجديد يتفقان على إنشاء دين جديد يحل محل الدين الأصيل ، فليس الإبراء من الدين الأصيل تبرعاً ، بل يقابله إنشاء دين جديد .

ويجب تمييز الإبراء عن الصلح . فقد يتضمن الصلح إبراء ، ولكنه إبراء بمقابل . فان كلا من المتصلحين ينزل عن بعض ما يدعيه ، فى مقابل التسليم له بالبعض الآخر (١) .

ويجب تمييز الإبراء أخيراً عن صلح الدائنين مع مدينهم المفلس (concordat) . فالدائنون عند ما يرثون ذمة مدينهم المفلس من جزء من الديون لا يتبرعون ، ولكنهم يأملون من وراء هذا الإبراء أن يحصلوا على أكبر حصة ممكنة من حقوقهم ، وهم ييسرون على المدين السبل التى تؤدى إلى ذلك ومنها إبرائه من جزء من ديونه . ويخالف الصلح مع المفلس الإبراء ، لافى انعدام نية التبرع فحسب ، بل أيضاً من وجوه أخرى . منها أن ليس من الضرورى فى الصلح مع المفلس أن يقبل جميع الدائنين الصلح ، بل يكفى أن تقبله أغلبية معينة من الدائنين فتفرضه على الأقلية ، أما الإبراء فلا بد من رضاء الدائن به مختاراً . ومنها أن الدائنين فى الصلح مع المفلس لا يرثون المدين إلا من جزء من الدين ابتغاء

(١) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٦٨ — بلانيول . ريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٤ ص ٧١٥ — ص ٧١٦ — بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٢٥ — دى باج ٣ فقرة ٦٧١ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٥٨٠ — الأستاذ عبد المولى حجازى ٣ ص ٢١٠ — وقارن بلانيول ريبير وبولانجه ٢ فقرة ١٩٩٠ — چوسران ٢ فقرة ٩٥١ .

الحصول على الباقي (١)، أما في الإبراء فان الدائن ينزل غالباً عن كل حقه وإن كان ليس هناك ما يمنع من أن يكون الإبراء مقصوراً على جزء من الدين . ومنها أن الصلح مع المفلس يتخلف عنه التزام طبيعي في ذمة المدين بالجزء من الديون الذي أبرىء منه لأن الدائنين لم يرضوا بهذا الإبراء مختارين ، أما في الإبراء فقد رضى الدائن بالنزول عن حقه مختاراً فتراً ذمة المدين أصلاً ولا يتخلف عن الإبراء أى التزام طبيعي في ذمته (٢) .

فنطقة الإبراء تتحدد إذن بما قدمناه من أنه نزول اختياري من الدائن عن حقه على سبيل التبرع ، أما التصرفات الأخرى التي تقاربه فهي ليست تصرفات تبرعية ولا تشترط فيها أهلية التبرع بل تكفي أهلية التصرف (٣) .

المبحث الثاني

الشروط الواجب توافرها في الإبراء

٥٨٠ - ليست هناك شروط من ناحية الشكل : رأينا أن الفقرة

الثانية من المادة ٣٧٢ مدني تقضى بأنه لا يشترط في الإبراء شكل خاص ، ولو وقع على التزام يشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان . فالإبراء إذن تصرف قانوني رضائي (consensuel) وليس بشكلي

(١) وإذا لم يف المدين المفلس بما تعهد به انفسخ الصلح ، لأن الصلح مع المفلس معلق دائماً على شرط فاسخ هو وفاء المفلس بما تعهد به لدائنيه ، فإن تخلف هذا الشرط انفسخ الإبراء ورجع الدين كاملاً في ذمة المفلس لدائنيه (استئناف مختلط ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٩٨) .

(٢) بودري وبارد ٣ فقرة ١٧٧٤ - بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٢٣ - دي باج ٣ فقرة ٦٧٢ - ردوان في أنسيكلويدي دالوز ٤ لفظ Remise de dette فقرة ٤٨ .
يضاف إلى ما قلناه أن إبراء المدين يبرىء ذمة الكفيل ، أما إبراء المدين المفلس في الصلح معه فلا يبرىء ذمة الكفيل .

(٣) بلانيول وريبير ورددوان ٧ فقرة ١٣٠٦ ص ٧١٧ .

(solennel) ، ينعقد بارادة الدائن دون حاجة إلى أن تفرغ هذه الإرادة في ورقة رسمية أو في أى شكل خاص .

وهذا صحيح ، بالرغم من أن الإبراء تصرف تبرعى كما قدمنا ، لأن الإبراء يعتبر هبة غير مباشرة ، والهبات غير المباشرة لا تشترط في انعقادها الرسمية التي تشترط في الهبات المباشرة (١). وهذا صحيح أيضاً ، ولو وقع الإبراء على التزام مصدره عقد شكلي ، سواء كان الشكل مفروضاً بحكم القانون أو متفقاً عليه من المتعاقدين . فلو وعد شخص آخر بأن يهبه مبلغاً من النقود ، فانه لا يلتزم بموجب هذا الوعد إلا إذا كان الوعد مكتوباً في ورقة رسمية بمقتضى حكم القانون (م ٤٩٠ مدني) . فاذا فرضنا أن الوعد كتب في ورقة رسمية ، وترتب عليه التزام الواعد باعطاء هذا المبلغ من النقود للموعود له ، فإن الموعود له وهو الدائن يستطيع أن يبريء الواعد وهو المدين من التزامه ، دون حاجة إلى أن يفرغ الإبراء في ورقة رسمية . فالوعد إذن ليس ملزماً إلا إذا كتب في ورقة رسمية ، ولكن يمكن الإبراء منه دون حاجة إلى هذه الورقة . كذلك إذا اتفق المتبايعان على أن يكتبوا عقد البيع في ورقة رسمية ، فإن التزام المشتري بدفع الثمن ، ومصدره عقد شكلي ، والشكلية هنا بمقتضى الاتفاق ، يمكن البائع إبرائه منه دون حاجة إلى أن يكون الإبراء في ورقة رسمية (٢) .

وهذا كله لو صدر الإبراء من الدائن تصرفاً قانونياً حال الحياة . أما إذا كان الدائن قد أوصى بإبراء مدينه ، فالإبراء هنا يكون وصية ، وتسرى أحكام الوصية في الشكل وفي الموضوع . فلا بد من إفراغه في صورة وصية في الشكل الواجب قانوناً ، ولا ينفذ إلا من ثلث التركة ، ويجوز للموصى الرجوع فيه قبل موته ، ويسقط إذا مات الموصى له قبل موت الموصى (٣) . على أن الإبراء إذا صدر من الدائن وهو في مرض الموت ، لم يشترط فيه أن يكون في شكل الوصية ، ولكن يسرى عليه حكم الوصية من حيث الموضوع ، إذ أن المادة ٩١٦ مدني

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٥ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٧ .

(٣) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٧٥ .

تقضى بأن كل تصرف قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ، ويكون مقصوداً به التبرع ، يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف .

هذا وإذا كان لا يشترط في الإبراء شكل خاص ، فإن ذلك لا يمنع من أن المدين الذي يدعى أن دائته أبراه من الدين يقع عليه عبء إثبات هذا الدين ، وتسرى في ذلك القواعد العامة في الإثبات . فإذا كان الالتزام الذي يدعى المدين أن الدائن أبراه منه تزيد قيمته على عشرة جنهات ، لم يجوز له إثبات الإبراء إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها ، ولو أن الإبراء تصرف قانوني صادر بارادة منفردة ، لأن وجوب الإثبات بالكتابة يسرى على جميع التصرفات القانونية ولو كانت صادرة بارادة منفردة (١) . أما إذا كانت قيمة الالتزام لا تزيد على عشرة جنهات ، جاز للمدين إثبات الإبراء بالبينة أو بالقرائن . وقد كان التقنين المدني السابق يشتمل على نصوص تقيم قرينة قانونية لإثبات التخلص من الدين ، إما من طريق الإبراء أو من طريق الوفاء . فكانت المادة ٢٨٤/٢١٩ تنص على أن « إثبات التخلص من الدين يكون بتسليم سنده أو صورته الواجبة التنفيذ إلى المدين » . وكانت المادة ٢٨٥/٢٢٠ تنص على ما يأتي : « ومع ذلك يجوز للدائن أن يثبت بالبينة أن وجود السند تحت يد المدين كان لسبب آخر غير تخليصه من الدين » . فكان تسليم الدائن للمدين سنده أو صورته الواجبة التنفيذ قرينة قانونية ، قابلة لإثبات العكس ، على براءة ذمة المدين من الدين ، إما عن طريق الوفاء وإما طريق الإبراء (٢) . ولم يستبق التقنين المدني الجديد هذه النصوص ، فنزلت هذه القرينة القانونية إلى مرتبة القرينة القضائية (٣) . والعبرة بتاريخ تسليم السند أو صورته الواجبة التنفيذ ، وهي

(١) الوسيط جزء ٢ فقرة ١٩٢ .

(٢) الأمانات لاسد حشمت أبو ستيت فقرة ٨٢٩ .

(٣) الوسيط جزء ٢ فقرة ١٨٠ ص ٣٣٨ - ص ٣٣٩ - هذا وقد اشتمل التقنين المدني

الفرنسي على نصين ، الأول منهما (م ١٢٨٢) يقضى بأن تسليم الدائن السند الأصل العرفي تسليماً اختيارياً إلى المدين يستدل به على التخلص للمدين من الدين . ويعتبر الفقه الفرنسي هذه القرينة القانونية قاطمة لا تقبل لإثبات العكس ، وهي قرينة إما على الوفاء وإما على الإبراء . -

الواقعة المادية التي تستخلص منها القرينة . فان كان ذلك قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، كانت واقعة التسليم هذه قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس ، تطبيقاً لأحكام التقنين المدني السابق ، وإلا فهي قرينة قضائية تطبيقاً لأحكام التقنين المدني الجديد .

٥٨١ - الشروط الموضوعية الواجب توافرها في الإبراء : وقد رأينا

أن الفقرة الأولى من المادة ٣٧٢ مدني تنص على أنه « يسرى على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسرى على كل تبرع » .

ومن ثم فالإبراء لا بد فيه من صدور إرادة من الدائن ، ليس لها شكل خاص كما قدمنا ، للنزول عن حقه دون مقابل . وأي تعبير عن هذه الإرادة يكفي ، سواء كان التعبير صريحاً أو ضمنياً (١) . إلا أن الإبراء لا يفترض ، لأنه نزول عن الحق ، فعند الشك لا يكون هناك محل لتفسير إرادة الدائن بأنه قصد الإبراء (٢) . وهذه الإرادة يجب أن تصدر من دائن ذي أهلية كاملة ، والأهلية

= والنص الثاني (م ١٢٨٣) يقضى بأن التسليم الاختياري للصورة الواجبة التنفيذ من السند الرسمي يكون قرينة إما على الإبراء وإما على الوفاء ، إلا إذا قام دليل العكس . والقرينة القانونية قابلة لإثبات العكس بصريح النص . وفي مناسبة هاتين القرينتين القانونيتين يسبب الفقه الفرنسي فيما يسميه بالإبراء الضمني (remise tacite de dette) . انظر في هذه المسألة : بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٧٦ - فقرة ١٧٨٨ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٧ - فقرة ١٣١٢ - دي باج ٣ فقرة ٦٧٦ - فقرة ٦٨٣ .

أما في مصر فكل هذه القرائن تعتبر قرائن قضائية موكولة إلى تقدير القاضي . وقد نقل تقنين الموجبات والمقود البناني (م ٢/٣٤٠) عن التقنين المدني الفرنسي القرينة القانونية التي اشتملت عليها المادة ١٢٨٢ من هذا التقنين (انظر آنفاً فقرة ٧٧ في الهامش) . (١) انظر المادة ٣٤٠ من تقنين الموجبات والمقود البناني - ولا يشترط في التعبير الصريح أن ينصب مباشرة على الإبراء ، فالخاتمة الصورية التي يعطيها الدائن للمدين تكون تعبيراً صريحاً عن الإبراء (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٥ - دي باج ٣ فقرة ٦٧٥ ص ٦٣٤) . ويكون تعبيراً ضمنياً عن الإبراء ، في عقد ملزم للجانبين لم يبدأ تنفيذه ، أن ينزل أحد المتعاقدين من حقه الناشئ من هذا العقد ، فيعتبر هذا النزول إبراءً ضمنياً من جانب المتعاقد الآخر عن حقه المقابل ، ويرجع في ذلك إلى نية المتعاقدين (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٧٢) .

(٢) استئناف وطني ٣٠ نوفمبر سنة ١٨٩٣ الحقوق ٨ ص ٣٥٣-١٧ أغسطس سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ٢٨٧ - استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٥٢ - ٨ مايو =

هنا هي أهلية التبرع ، لأن الإبراء تصرف تبرهي كما قدمنا (١) . فلا يجوز للقاصر ولا للمحجور إبراء المدين من الدين ، لأن أهلية التبرع غير متوافرة فيهما . ولا يجوز للولي ولا للوصي ولا للقيم إبراء مدين الصغير أو المحجور من الدين ، لأنهم لا يملكون ولاية التبرع في مال محجورينهم . بل لا يجوز لهم ذلك حتى باذن من المحكمة ، فالمحكمة لا تملك ولاية التبرع في مال المحجور . والإبراء في جميع هذه الأحوال يكون باطلا . فيجب إذن أن يكون الدائن بالغاً سن الرشد غير محجور عليه ، حتى يصلر منه الإبراء صحيحاً (٢) . كذلك يجب أن تكون إرادة الدائن خالية من العيوب ، فيجب ألا يشوبها غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال ، وإلا كان الإبراء قابلاً للإبطال . وأكثر ما يشوب الإبراء هو الإكراه ، لأن الدائن لا يبرئ مدينه عادة ، وإنما هو في الكثير من الأحوال يكون مكرهاً على ذلك . ومن ثم عنيت المادة ٣٧١ مدني في صدرها أن تبرز وجوب نخلو الإرادة من الإكراه وأن تكون إرادة مختارة ، نصت على أن

سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٤٩ - انظر أيضاً المادة ٤٢٤ من التقنين المدني العراقي نقرة ٥٨٢ فيما يلي في الهامش .

فلا تبرأ ذمة الكفيل بمصوول الدائن على تأمينه حتى ، لأن الإبراء يفسر في أحيق الحدود (امتتشاف وطني ٢٧ ترفير سنة ١٩٢١ : المحاماة ٢ رقم ٦٧ ص ٢١٨) . وإذا رد الدائن التأمين الذي أخذه لضمان دينه إلى المدين لم يفد ذلك أنه أبرأ المدين من الدين ، وإن كان قد يستفاد منه أنه نزل عن التأمين (انظر المادة ٣/٣٤٠ من تشنين المرجعيات والتفريد البنائي) . وقأجير الدائن المرتهن العين المرهونة للمشتري ، وتمهد هذا المشتري يدفع الدين للدائن المرتهن ، لا يعتبر إبراء للمدين الأصل (المحلة ٢١ فبراير سنة ١٩٣٣ : المحاماة ١٢ رقم ٦٥٨ ص ١٣١٣) . وإذا أوصى الدائن لمدينه بعين في تركته ، لم يفد ذلك أنه أبرأ من الدين (بوردي وبارد ٣ نقرة ١٧٧٥ ص ١٠١ - ودوان في أنسيكلوبيدي دالوز : لفظ Remise de dette نقرة ١٨) .

(١) انظر المادة ٤٢١ من التقنين المدني العراقي (آنفاً نقرة ٥٧٧ في الهامش) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٧ - ولا يصدر الإبراء إلا من الدائن أو وكيله في الإبراء . فإذا كان هناك دائنون متضامنون ، وأبرأ أحدهم المدين ، وقع هذا الإبراء على حصة الدائن الذي صدر منه الإبراء ، وجاز لكل من باقى الدائنين المتضامنين أن يرجع على المدين بالدين بعد استئزال حصة هذا الدائن (انظر آنفاً نقرة ١٤١) .

و ينقضى الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً (١) .

وللإبراء ، ككل تصرف قانوني ، محل . ومحل الإبراء هو الالتزام الذي يرىء الدائن منه المدين . ويصح أن يقع الإبراء على أى التزام (٢) ، ما لم يكن ذلك مخالفاً للنظام العام (٣) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٦ - وانظر آتياً فقرة ٥٧٧ في الهامش .
ويصح أن يكون الإبراء معلقاً على شرط فإذا كان الشرط فاسخاً أصبح الدين نفسه معلقاً على شرط واقف ، وإذا كان الشرط واقفاً أصبح الدين معلقاً على شرط فاسخ (ديمولومب ٢٨ فقرة ٣٨١ - بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٦٧ ص ٩٦ - الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٣١٤) . وقد ورد في للتفتين المدنى انتراقى نص صريح يبيح تعليق الإبراء على الشرط ، مخالفاً في ذلك الفقه الإسلامى (انظر م ٢٤٣ من مرشد الحيران) ، فنصت المادة ٤٢٣ من هذا التفتين على أنه « يصح تعليق الإبراء ، فإن علق الدائن إبراء مدينه من بعض الدين بشرط أداء البعض الآخر وأداء المدين برىء ، وإن لم يؤده فلا يبرأ ويبقى عليه الدين كله » . ويقرب هذا الفرض من فرض الصلح مع المفسس ، فنية التبرع هنا غير واضحة ، إذ أن الدائن إنما أبرأ المدين من بعض الدين ليضمن استيفاء البعض الآخر .

(٢) والغالب أن يقع الإبراء على التزام بمنقول غير معين ، وبخاصه على التزام يدفع مبلغ من النقود ، ولكن لا يوجد ما يمنع من أن يقع على التزام بعين معينة بالذات . ولكن إذا كانت ملكية هذه العين تنتقل في الحال بمجرد قيام الالتزام ، لم يفسخ المجال للإبراء من التزام تم تنفيذه . وكل ما يمكن عمله في هذه الحالة هو أن تعاد الملكية إلى صاحبها الأصل ، ولكن لا عن طريق الإبراء بل بمقصد جديد ، وتعود الملكية مشغولة بالحقوق العينية التي ترتبت للذير (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٧١ وفقرة ١٧٧٣ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٦ ص ٧١٧) .

ولا يجوز النزول عن حق قبل كسبه ، وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن القانون يقضى بعدم صحة التنازل عن الحقوق قبل وجودها وكسبها ، إذ الإنسان إنما يتنازل عما يثبت له (٢٩ مايو سنة ١٨٩٣ الحقوق ٩ ص ٢٢٥) . وقضت بأنه لا يجوز لأحد فريق الخصوم التنازل عن حق أكسبه إياه حكم ، إذا كان هذا التنازل يضر بمصلحة الفريق الثانى ، بأن يكون ذلك الحكم نفسه قاضياً لهذا الفريق الثانى بحق آخر مقابل للحق الذى قضى به للفريق الأول (٤ ديسمبر سنة ١٩٠٢ الحقوق ١٨ ص ١٥٦) .

ويصح للدائن في التزام طيعى أن يبرىء ذمة مدينه من هذا الالتزام ، فإذا وفى المدين الالتزام بعد الإبراء جاز له استرداده (الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٣١٢ - ص ٣١٣) .

(٣) فلا يجوز النزول عن حقوق الولاية والنسب ونحو ذلك من الحقوق المتعلقة بالنظام العام . كما لا يجوز النزول عن الحق في النفقة ، وإن كان يجوز إبراء المدين من نفقة متجددة في ذمته (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢٣ ص ٣٠٧ - بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٧١) .

وللابراء أخيراً ، ككل تصرف قانوني ، سبب . والسبب هو الباعث الدافع إلى الإبراء . فان كان هذا الباعث مشروعاً ، صح الإبراء ، وإلا كان باطلاً (١) . وليس في هذا إلا تطبيق للقواعد العامة .

الفرع الثاني

الآثار التي تترتب على الإبراء

٥٨٢ - الإبراء يقضى الدين : الإبراء سبب من أسباب انقضاء الالتزام . فاذا أبرأ الدائن مدينه من الدين الذي في ذمته ، فقد انقضى هذا الدين بالإبراء كما ينقضى بالوفاء ، ويرثت ذمة المدين . وهذا ما يقضى به صدر المادة ٣٧١ مدني ، إذ يقول : « ينقضى الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً (٢) » . على أن الإبراء يرتد بالرد ، وفي هذا يقول عجز المادة ٣٧١ مدني : « ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ، ويرتد برده » . فاذا وصل الإبراء إلى علم

(١) كذلك إذا ثبت أن الإبراء كان له باعث معين ، ثم تخلف هذا الباعث ، سقط الإبراء — والإبراء في القانون الألماني نصرف مجرد (acte abstrait) ، فلا يتأثر بإباحت . فاذا أبرأ الدائن مدينه ، انقضى الدين وزالت التأمينات التي كانت تكنت . وإذا تبين بعد ذلك أن الباعث على الإبراء قد تخلف ، لم يسقط الإبراء ، ولم تعد التأمينات ، وإنما يرجع الدائن على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب (انظر في هذه المسألة التعليقات على التقنين المدني الألماني ١ م ٣٩٧ ص ٥٦٣ — ص ٥٦٤ — جوسران ٢ فقرة ٩٥١) .

(٢) وينص التقنين المدني العراقي في المادة ٤٢٠ على ما يأتي : « إذا أبرأ الدائن المدين ، سقط الدين » . ثم جاء في المادة ٤٢٤ من نفس التقنين : « ١ - إذا اتصل بالصلح إبراء خاص بالمصالح عنه ، فلا تسمع الدعوى في خصوص ذلك وتسمع في غيره . وإذا اتصل بالصلح إبراء عام عن الحقوق والدعاوى كافة ، فلا تسمع على المبرأ دعوى في أي حق كان قبل الصلح ، وتسمع على الحق الحادث بعده . ٢ - وحكم البراءة المنفردة عن الصلح كحكم البراءة المتصلة به في الخصوص والعموم » .

وهذا النص ليس إلا تطبيقاً لقاعدة عامة سبقت الإشارة إليها تقضى بأن الإبراء وهو نزول عن الحق يجب أن يقصر في أضيق الحدود (انظر آنفاً فقرة ٥٨١ — وانظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٧٣٠ ص ٣٢٧) .

المدين ، ولم يردده في المجلس الذي علم فيه (١) ، لم يستطع أن يردده بعد ذلك .
أما إذا رده في المجلس ، فانه يرتد ويزول أثره ، ويعود الدين إلى ذمة المدين
بعد أن كان قد انقضى بالإبراء ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

وزى مما تقدم أن الإبراء ، وهو يقضى الدين ، تصرف قانونى يفقر الدائن
إذ ينقص من حقوقه . وكذلك الرد ، وهو يعيد الدين إلى ذمة المدين بعد
انقضائه ، تصرف قانونى يفقر المدين إذ يزيد في التزاماته (٢) .

ولما كان يسرى على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسرى على كل تبرع ،
فان أحكام الدعوى البولصبة تسرى على الإبراء كما تسرى على أى تبرع (٣) .

(١) ولما كان تكليف الإبراء بأنه تصرف قانونى من جانب واحد يرتد بالرد مأخوذاً من
الفقه الإسلامى ، وجب الرجوع إلى الفقه الإسلامى لتحديد الوقت الذى يجوز فيه رد الإبراء .
فالرد يكون في مجلس الإبراء ، أى في المجلس الذى يعلم فيه المدين بالإبراء ، فلورد المدين الإبراء
بعد انقضاء هذا المجلس بى الإبراء نافذاً ولا يرتد . كذلك لو رد المدين الإبراء بعد قبوله إياه
لا يرتد ، والقبول إذا لم يكن ضرورياً لقيام الإبراء يجعله مع ذلك غير قابل للرد . وقد نصت
المادة ١٥٦٨ « المجلة على أنه لا يتوقف الإبراء على القبول ، ولكن يرتد بالرد . فإذا أبرأ
واحد آخر ، فلا يشترط قبوله . ولكن إذا رد الإبراء في ذلك المجلس بقوله لا أقبل ، ارتد
ذلك الإبراء ، يعنى فلا يبق له حكم . ولكن لو رد الإبراء بعد قبوله ، فلا يرتد » . ويقول
الأستاذ سليم باز في التعليق على هذا النص : « مفاده أنه يشترط أن يكون الرد في مجلس الإبراء ،
فلورده بعد التفرق لا يصح الرد ، ويبقى الإبراء نافذاً » (شرح المجلة للأستاذ سليم باز
م ١٥٦٨ ص ٨٥٣ - ص ٨٥٤) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٥٧٨ - والرد يعيد الدين كما كان ، بجميع مقوماته وصفاته ودفوعه
وتأميناته .

(٣) م ١/٣٧٢ مدنى - وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال
التحضيرية ٣ ص ٢٩٧ - ومن الأحكام الموضوعية التي تسرى على التبرعات جواز الرجوع في
الهبة لعذر مقبول (م ٥٠٠ مدنى) ما لم يوجد مانع من الرجوع (م ٥٠٢ مدنى) . ويعتبر
هدراً مقبولاً للرجوع في الهبة لجهود الموهوب له ، وصيرورة الواهب عاجزاً عن أن يوفر لنفسه
أسباب المعيشة ، وأن يرزق الواهب بعد الهبة ولداً أو أن يكون له ولد يظنه ميتاً وقت الهبة فإذا
به حى (م ٥٠١ مدنى) . والظاهر أن هذه الأحكام الموضوعية تسرى على الإبراء كما تسرى على
الهبة (المرجز للمؤلف فقرة ٥٩٧ ص ٦١٩ - الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٨٢٧
ص ٦٣٣ - الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٣١٣ - وانظر أيضاً في القانون الفرنسى حيث
يجوز الرجوع في الهبة لجهود الموهوب له أو لأن الموهوب له قد رزق ولداً وسريان هذه الأحكام -

وبترتب على ذلك أمران : (أولاً) يجوز لدائني الدائن الذي صدر منه الإبراء أن يطعنوا في هذا الإبراء بالدعوى البولصية ، كما يطعنون في أي تبرع صادر من مدينيهم . فسد في حاجة إلا إلى إثبات إعسار الدائن الذي صدر منه الإبراء أو زيادة إعساره بسبب هذا الإبراء ، ولا ضرورة لإثبات تواطؤ المدين معه ، بل ولا لإثبات سوء نية الدائن نفسه ، وذلك تطبيقاً للفقرة الثانية من المادة ٢٣٨ مدني ، وهي تقضي بأنه إذا كان التصرف تبرعاً ، فإنه لا ينفذ في حق الدائن ، ولو كان من صدر له التبرع حسن النية ، ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً . (ثانياً) وكذلك إذا رد المدين الإبراء ، فإن هذا التصرف من جانبه يكون مفقراً إذ يزيد في التزاماته كما تقدم القول . فيجوز لدائني المدين أن يطعنوا فيه بالدعوى البولصية كما سبق أن بينا (١) ، إذا أثبتوا أن رد الإبراء قد سبب إعسار المدين أو زاد في إعساره ، دون حاجة إلى إثبات تواطؤ الدائن معه ، بل ولا سوء نية المدين .

٥٨٣ - وتنقضي مع الدين تأمينات : وإذ ينقضي الدين بالإبراء ،

فانه ينقضي مسه ما كان يكفله من تأمينات ، كرهن أو امتياز أو اختصاص أو كفالة . وحتى يكون زوال التأمينات سارياً في حق الغير ، يجب شطب القيد طبقاً للقواعد المقررة .

وقد أورد التقنين المدني السابق ، في شأن الكفالة الشخصية ، سلسلة من النصوص لم ينقلها التقنين المدني الجديد ، لأنها مجرد تطبيق للقواعد العامة ، فتسرى أحكامها دون حاجة إلى نص . من ذلك أن نصت المادة ١٨١/٢٤٤

= على الإبراء . بودري وبارد ٣ فقرة ١٧٦٩ ص ٩٨ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٦ ص ٧١٧ - بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٢٦ - دي باج ٣ فقرة ٦٧٥) . وقد يقال إن الإبراء في الفقه الإسلامي إسقاط ، والساقط لا يعود (انظر شرح المجلة للأستاذ سليم باز م ٥١ ص ٤٠ وم ١٥٦٢ ص ٨٤٨ - ٨٤٩ وم ١٥٦٨ ص ٨٥٣) . ولكن لما كان نص الفقرة الأولى من المادة ٣٧٢ مدني صريحاً في أنه « يسرى على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسرى على كل تبرع » ، فالظاهر أن هذا النص يقضى بمریان أحكام الرجوع في الهبة على الإبراء . (١) انظر آنفاً فقرة ٥٧٨ .

على أن « إبراء ذمة المدين من الدين يترتب عليه إبراء ذمة ضامنيه أيضاً » .
فتبرأ ذمة الكفيل الشخصى ببراءة ذمة المدين ، لأن التزام الكفيل تابع لالتزام
المدين ، فاذا زال الأصل زال التبعية (١) . ويستثنى من ذلك الإبراء الذى يتضمنه
الصلح مع المفسد ، فانه لا يبرىء ذمة الكفلاء كما رأينا ، بل إن فائدة الكفالة
لا تظهر إلا عند إفلاس المدين فقد أراد الدائن أن يستوثق لحقه من ذلك (٢) .
أما إبراء ذمة الكفيل فلا يبرىء ذمة المدين الأصلية ، لأن زوال التبعية لا يستوجب
زوال الأصل ، وفى هذا الصدد تنص المادة ٢٤٧/١٨٤ من التقنين المدنى
السابق على أنه « لا تبرأ ذمة المدين بإبراء ذمة ضامنه » . وإذا تعدد الكفلاء ،
وأبرأ الدائن أحدهم ، فإن ذلك لا يعنى أنه أبرأ الباقين ، بل يجوز له مطالبة
باقى الكفلاء كل بقدر الحصة التى كفلها إذا كان الكفلاء غير متضامين ،
أو أى منهم بالدين بعد استئصال حصة الكفيل الذى أبرأه إذا كان الكفلاء
متضامين (٣) . هذا كله ما لم يكن الكفيل الذى أبرأه الدائن قد كفل الدين
بعد أن كفله الكفلاء الآخرون ، فهو إذا كان متأخراً عنهم لا يكونون قد
اعتمدوا على كفاله ، فاذا أبرأه الدائن لم يجز للكفلاء المتقدمين أن يستزلوا
حصته . بل يرجع الدائن على كل منهم بعد تقسيم الدين كله بينهم
دون الكفيل المتأخر إذا كانوا غير متضامين ، أو يرجع على أى منهم

(١) ولا يجوز للدائن أن يبرىء ذمة المدين الأصلية مع استبقائه الكفيل ملتزماً بالدين ،
فإن حتى التجريد المعطى للكفيل يمنع من ذلك . ولكن يظهر أنه يجوز للدائن الاحتفاظ بالكفيل .
إذا كان كفيلاً متضامناً مع المدين أو كان كفيلاً عينياً ، مع إبراء ذمة المدين الأصلية (بيدان
ولاجارد ٩ فقرة ١٠٣٢) .

(٢) استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٤١ — بودرى وبارد ٣
فقرة ١٧٩٤ — بلانيول وريبير وردران ٧ فقرة ١٣١٢ — ويذهب بودرى وبارد (٣)
فقرة ١٧٩٤) إلى أن الجزء من الديون الذى أبرأه منه المفسد يبقو التزاماً طبيعياً ذمته ،
ويصلح هذا الالتزام الطبيعى أن يكون التزاماً أصلياً تستند إليه الكفالة . وقد رأينا أن الالتزام
الطبيعى لا يمكن كفاله إلا بالالتزام الطبيعى . مثله (انظر الوسيط جديد ٢ فقرة ٤٠٣) . على أننا
لسنا فى حاجة إلى تأصيل بقاء الكفيل ملتزماً بجميع ديون المفسد حتى ما أبرأه منه بالصلح
مع الدائنين ، فإن هذا هو الوضع الطبيعى للكفيل ، فهو لم يكفل إلا هذا الإفلاس بالذات ،
فاذا تحققت الإفلاس كان للدائنين حق الرجوع على الكفيل .

(٣) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٩٧ — بلانيول وريبير وردران ٧ فقرة ١٣١٢ .

بكل الدين إذا كانوا متضامنين . فرجوع الكفلاء على الكفيل الذي أبراه الدائن ، بمقدار حصته ، منوط بأن تكون ضمانته هذا الكفيل سابقة ل ضمانتهم أو مقارنة لها . وفي هذا الصدد تنص المادة ١٨٥/٢٤٨ من التقنين المدني السابق على أنه : إذا تعدد الضامنون في دين ، وأبرأ الدائن ذمة أحدهم ، جاز للباقي مطالبته بالضمان إذا كانت ضمانته سابقة على ضمانتهم أو مقارنة لها (١) .

(١) لارومبيير ٥ م ١٢٨٧ فقرة ٤ - ديمولوب ٢٨ فقرة ٤٦٨ - ديرانتون ١٢ فقرة ٣٧٥ - ماركاديي ٤ فقرة ٨٠٩ - بودري وبارد ٣ فقرة ١٧٩٧ مكررة - الموجز للمؤلف فقرة ٥٩٨ - انظر عكس ذلك لوران ١٨ فقرة ٧٣ - هيك ٨ فقرة ١٤٠ .
وتنص المادة ١٢٨٨ من التقنين المدني الفرنسي على أن : ما أخذه الدائن من الكفيل لإبراء ذمته من الكفالة يستزل من الدين ، وتبرأ بمقداره ذمة المدين الأصلي وذمة الباقي من الكفلاء . وهذا هو النص في أصله الفرنسي Art. 1288: Ce que le créancier a reçu d'une caution pour la décharge de son cautionnement doit être imputé sur la dette et tourner à la décharge du débiteur principal et des autres cautions.
وهذا نص ينتقده الفقه الفرنسي لمخالفته للقواعد العامة، إذ أن نية الطرفين - الدائن الكفيل - قد انصرفت في هذه الحالة إلى أن الكفيل دفع مقابلاً لإبراء ذمته من الكفالة ، وقد رضى الدائن بذلك معرضاً نفسه لخطر ألا يستوفى الدين كله أو بعضه من المدين الأصلي . فالعقد بين الدائن والكفيل عقد احتمال ، قد يكون مصدر ربح للدائن فيما إذا استوفى كل حقه من المدين الأصلي ، وقد ينتهي به إلى الخسارة فيما إذا لم يستوف حقه أو لم يستوف إلا جزءاً منه . فإخذ من الكفيل هو المقابل لهذا الخطر الذي عرض نفسه له ، فهو ضرب من التأمين (ديرانتون ١٢ فقرة ٣٧٩ - لارومبيير ٥ م ١٢٨٨ فقرة ٢ - ديمولوب ٢٨ فقرة ٤٦٩ - فقرة ٤٧١ - لوران ١٨ فقرة ٣٧٤ - هيك ٨ فقرة ١٤١ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣١٢ ص ٧٢٤ - ص ٧٢٥) . ولم ينقل التقنين المصري هذا النص ، فيجب تطبيق القواعد العامة . ومقتضى تطبيقها أن تكون العبارة بنية الطرفين ، الدائن والكفيل . فإن قصداً أن يفندى الكفيل ذمته بما دفعه للدائن من المقابل ويكون للدائن بعد ذلك أن يرجع حل المدين بكل الدين ، برئت ذمة الكفيل ، ولا يرجع عليه الدائن إذا لم يستوف كل حقه من المدين ولا يرجع هو حل المدين بما أعطاه للدائن ، وكذلك لا يرجع حل الدائن حتى لو استوفى هذا كل حقه من المدين . وإن قصداً أن يستنزله المقابل من الدين ، لم تبرأ ذمة الكفيل من باقي الدين ، ويرجع عليه الدائن إذا لم يستوف من المدين ما بقى من حقه ، ويرجع هو حل المدين بما أعطاه للدائن . وعند الشك يكون المفروض أن الدائن بأخذه المقابل من الكفيل أراد إبراء ذمته من الكفالة ، ويكون الدائن قد احتفظ بحقه في الرجوع بكل الدين حل المدين ، إذ لو أراد استئزاز المقابل من الدين ، لاستبق الكفيل يرجع عليه فيما إذا لم يستوف من المدين الباقي من حقه .

٥٨٤ - ابراء الدائنين للمعسر المتضامنين - املانة : وقد

يرى الدائن أحد المدينين المتضامنين ، فلا تبرأ ذمة المدينين المتضامنين الباقين ،
وللدائن أن يطالب أياً منهم بالدين بعد استئصال حصة المدين الذي أبرأه . وهذا
مالم يكن الدائن قد صرح أنه أراد بذلك إبراء جميع المدينين المتضامنين فتبرأ ذمتهم
جميعاً ، أو ما لم يكن على النقيض من ذلك قد احتفظ بحقه في الرجوع على أى من
المدينين المتضامنين الباقين بكل الدين رغم إبراء أحدهم (١) . وقد يرى الدائن
أحد المدينين المتضامنين من التضامن فحسب ، فيبقى حقه في الرجوع على أى من
المدينين الباقين بكل الدين ، ما لم يتفق على غير ذلك (٢) . وفي جميع الأحوال
التي يرى فيها الدائن أحد المدينين المتضامنين ، سواء كان الإبراء من الدين أو
من التضامن ، يكون لباقي المدينين أن يرجعوا عند الاقتضاء على هذا الدين
بتصديه في حصة المعسر منهم ، إلا إذا أدخل الدائن المدين الذي أبرأه من كل
مسئولية عن الدين ، فيتحمل هو نصيب هذا المدين في حصة المعسر (٣) . وقد
نقدم بيان ذلك تفصيلاً عند الكلام في التضامن (٤) .

(١) م ٢٨٩ مدني - وانظر أيضاً المادة ١٨٢/٥ من ألتقنين المدني السابق .

(٢) م ٢٩٠ مدني .

(٣) م ٢٩١ مدني - وانظر أيضاً المادة ١٨٣/٦ من ألتقنين المدني السابق .

(٤) انظر آنفاً فقرة ١٩٣ .

الفصل الثاني

استحالة التنفيذ (*)

(Impossibilité d'exécution)

٥٨٥ — مسألتاه : متى أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا ، فانه لا محالة ينقضى . وهذا ما تقتضيه طبائع الأشياء ، إذ لا التزام بمستحيل :
(à l'impossible nul n'est tenu) .
ونتكلم هنا في مسألتين : (١) متى تتحقق استحالة التنفيذ (٢) الآثار التي ترتب على هذه الاستحالة .

الفرع الاول

متى تتحقق استحالة التنفيذ

٥٨٦ — النص من القانونية : تنص المادة ٣٧٣ من التقنين المدني على ما يأتي :
« ينقضى الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء أصبح مستحيلا لسبب أجنبي لا يدل له فيه (١) » .

* مراجع : ردوان (Radouant) في الحادث الفجائي والقوة القاهرة رسالة من باريس سنة ١٩٢٠ — لبريه (Lebret) في وقف العقود ونسخها : المجلة الانتقادية سنة ١٩٢٤ ص ٥٨١ وما بعدها — ساروت (Sarraute) في وقف تنفيذ العقود رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥١٢ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٨٦ من المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٩٩ — ص ٣٠٠) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المواد ٢٤٠/١٧٧ و ٢٤١/١٧٨ و ٢٤٢/١٧٩ (١).

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٧١ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٦٠ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٢٥ - وفي تقنين الموجبات والعقود البناني المادتين ٣٤١/٣٤٢ (٢).

(١) التقنين المدني السابق م ٢٤٠/١٧٧ تزول التمودات بالفسخ إذا صار الوفاء بعد وجودها غير ممكن .

م ٢٤١/١٧٨ : إذا صار الوفاء غير ممكن بتقصير المدين ، أو حدث عدم الامكان بعد تكليفه بالوفاء تكليفاً رسمياً ، ألزم بالتضمينات .

م ٢٤٢/١٧٩ : إذا انسخ التمهيد بسبب عدم إمكان الوفاء ، تنسخ أيضاً كافة التمهيدات المتلقة به ، بدون إخلال بما يلزم من التضمينات لمستحقيها في نظير ما حصل عليه فيهم من المنفعة دون حق ، ولا يترتب على الفسخ إخلال بحقوق الدائنين المرتهنين الحسن النية (انظر قانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٣٣) .

(وأحكام التقنين السابق متفقة مع أحكام التقنين الجديد ، وقد أسهب التقنين السابق في التفريغ على الموضوع الأصل . وفي هذا تقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى : « لم يفرد المشروع لاستحالة التنفيذ سوى مادة واحدة ، قرر فيها قاعدة انقضاء الالتزام متى أصبح تنفيذه مستحيلًا من جراء سبب أجنبي . أما انقضاء الالتزامات المتقابلة في العقود التبادلية ، وحق الدائن في انتفاء التمويض عند رجوع الاستحالة إلى فعل المدين ، فلم يشغل المشروع بهما نصوص هذا الفرع على نحو ما فعل التقنين الراهن (السابق) غافلاً عن انتفاء وجه المناسبة . وبهذا وفق المشروع إلى التوسط ، فخفف من هذه النصوص دون أن يغفلها كل الإغفال ، كما فعل المشروع الفرنسي الإيطالي : مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٨ - وانظر في التقنين المدني السابق الموجز للزلف فقرة ٥٩٩ - فقرة ٦٠٢ - الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٨٣٠ - فقرة ٨٣٣) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٧١ (مطابقة للمادة ٣٧٣ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٦٠ (مطابقة للمادة ٣٧٣ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٤٢٥ (مطابقة للمادة ٣٧٣ من التقنين المدني المصري) - وانظر

الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٣٧٢ - فقرة ٣٧٤) .

تقنين الموجبات والعقود البناني م ٣٤١ : يسقط الموجب إذا كان ، بعد نشأته ، قد أصبح

موضعه مستحيلًا من الوجه الطبيعي أو الوجه القانوني بدون فعل أو خطأ من المديون .

م ٣٤٢ : يجب على المديون أن يقيم البرهان على وجود القوة القاهرة ، ويبقى مع ذلك =

ويخلص من هذا للنص أن هناك شرطين حتى تتحقق استحالة التنفيذ التي تقضى الالتزام : (١) أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً (٢) وأن ترجع هذه الاستحالة إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه .

٥٨٧ - الشرط الاول - تنفيذ الالتزام يصبح مستحيلاً :

يجب أن يصبح تنفيذ الالتزام ، بعد نشوئه ، مستحيلاً استحالة فعلية أو استحالة قانونية . ولا يكفي أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً ، ما دام لا يزال ممكناً .

فيجب أولاً أن ينشأ الالتزام ممكناً ، فلا نظراً الاستحالة إلا بعد نشوئه . ما إذا كان تنفيذ الالتزام منذ البداية مستحيلاً ، فإنه لا ينشأ أصلاً ، ولا محل للقول بانقضاء مالم يوجد . وإنما يكون العقد الذي رتب الالتزام المستحيل باطلا لعدم توافر الشروط اللازمة في المحل ، فمن شروط المحل أن يكون ممكناً إذا كان عملاً أو امتناعاً عن عمل ، وأن يكون موجوداً إذا كان عيناً معينة بالذات .

ويجب ، بعد أن ينشأ الالتزام ممكناً ، أن يطرأ ما يجعل تنفيذه مستحيلاً . أما إذا طرأت حوادث جعلت تنفيذه مرهقاً ، مع بقائه ممكناً ، فلا ينقضى الالتزام . وإنما تنتقل في هذه الحالة إلى نظرية الحوادث الطارئة (théorie de l'imprévision) وأثر الحادث الطارئ في الالتزام ، وهو ما تقرره الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ مدني إذ تقول : « ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وإن لم يصبح مستحيلاً ، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي ، تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول . ويقع باطلاً كل اتفاق عن خلاف ذلك ، . وقد سبق تفصيل القول في نظرية الحوادث الطارئة (١) .

= للدائن متسع لكي يثبت أن الطارئ الذي وقع بمنزل عن المدين كان مسبقاً أو مصحوباً بخطأ ارتكبه المدينون كإبطاء في التنفيذ جملة في حالة التأخر ، وفي مثل هذا الموقف يظل الموجب قائماً .

(وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٣١٤ - فقرة ٤٢٣ .

فيجب إذن ، حتى ينقضي الالتزام ، أن يطرأ ما يجعل تنفيذه مستحيلا استحالة فعلية أو استحالة قانونية في الوقت الذي يجب فيه تنفيذه . فلو طرأ ما يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة موقته ما بين وقت نشوئه ووقت التنفيذ ، ثم زال هذا الطارئ عند حلول ميعاد التنفيذ فأصبح تنفيذ الالتزام ممكنا في هذا الوقت ، فان الاستحالة السابقة التي زالت لا أثر لها في الالتزام ، بل يبقى الالتزام قائما واجب التنفيذ . وحتى لو كان الالتزام مستحيلا تنفيذه وقت حلول ميعاد التنفيذ ، ولكن هذه الاستحالة ليست دائمة ، وأمکن أن تزول في وقت يكون تنفيذ الالتزام فيه غير متعارض مع الغرض الذي من أجله وجد الالتزام ، فان هذه الاستحالة الموقته ليس من شأنها أن تفضي الالتزام ، بل هي تقتصر على وقفه إلى أن يصبح قابلا للتنفيذ فينفذ (١) .

أما أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة فعلية ، فهذه مسألة واقع يقدرها قاضي الموضوع تقديراً نهائياً لا معقب عليه من محكمة النقض . فالالتزام بنقل حق عيني ، إذا وقع على عين معينة بالذات ، يصبح تنفيذه مستحيلا إذا هلك هذا الشيء ، أو تلف تلفاً يجعله في حكم الهالك ، أو فقد بحيث لا تمكن معرفة مكانه (٢) . وإذا وقع الالتزام على شيء غير معين إلا بنوعه ومقداره ، فمن الصعب أن نتصور استحالة تنفيذ هذا الالتزام ، لأن الشيء غير المعين بالذات يوجد بجنسه ، والجنس لا يتعدم (genera non pereunt) (٣) . ومع ذلك فقد يقع في بعض الأحوال الاستثنائية أن يتعذر التنفيذ ، كما إذا كان المدين ملتزماً بتوريد أزهار نادرة أو شيء بطل صنعه فلم يستطع العثور على ما التزم به (٤) . والالتزام بعمل ، كالتزام المصور برسم صورة ، يصبح تنفيذه مستحيلا إذا أصيب هذا الفنان بفتق بصره أو بتر يده فلم يعد قادراً على الرسم (٥) .

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣١٦ .

(٢) بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٧٨ .

(٣) أوبري ورو ٤ فقرة ٣٣١ ص ٣٦٦ .

(٤) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣١٥ ص ٧٢٧ - دي باج ٣ فقرة ٦٩٩ ص ٦٥٦ .

(٥) بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٨٢ ص ١٤٥ - وإذا تمهد ممثل بالتمثيل في وقت معين ،

وأصيب بمرض في هذا الوقت يتعذر عن التمثيل ، أصبح تنفيذ التزامه مستحيلا (كولان وكابيتان ٢ فقرة ٥٨٨) .

والالتزام بالامتناع عن عمل يصبح تنفيذه مستحيلا إذا اضطر المدين إلى إتيان هذا العمل الذي التزم بالامتناع عنه .

وأما أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة قانونية ، فهذه مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض . من ذلك أن يكون المدين ملتزماً بنقل ملكية أرض ، فتزاع ملكيتها قبل التنفيذ للمصلحة العامة ، فيتعذر تعذراً قانونياً تنفيذ الالتزام . ومن ذلك أيضاً أن يكون المدين ملتزماً بتوريد شيء ، ثم يحرم القانون صنعه ، فيصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة قانونية (١) .

٥٨٨ - السُّرْطُ الثَّانِي - استحالة التنفيذ ترمع إلى سبب أجنبي

ويبرز للسريين فيه : ولا يكفي أن يستحيل تنفيذ الالتزام على النحو الذي قدمناه حتى ينقضي ، بل يجب أيضاً أن تكون هذه الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه .

فإن كانت الاستحالة راجعة إلى خطأ المدين ، لم ينقض الالتزام . ولكن لما كان تنفيذه العيني أصبح مستحيلا ، وجب تنفيذه عن طريق التعويض . وحيث يستحيل التنفيذ العيني وينسب التعويض مكانه ، فإنه لا يجوز القول بأن الالتزام الأصلي قد انقضى وحل محله التزام جديد محله التعويض . بل إن الالتزام باق بعينه ، وإنما تحول محله من التنفيذ العيني إلى التعويض . وهذا التحول يجري بحكم القانون تمشياً مع مقتضى إرادة الطرفين ، فليس مما يتعارض مع إرادتهما ، إذا تعذر التنفيذ العيني بخطأ المدين ، أن يتحول محل الالتزام إلى تعويض . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (٢) . ولهذا التكييف أهمية عمالية كبيرة . فلو قلنا إن الالتزام الأصلي قد انقضى وحل محله التزام جديد ، لترتب على ذلك انقضاء التأمينات التي كانت تكفل الالتزام الأصلي وانقطاع مدة التقادم التي

(١) ومنذ حرم الرق أصبح التعامل في الرقيق مستحيلا استحالة قانونية (بوردو وبارد ٢ فقرة ١٩١٧ ص ٢٥٠ - بيدان رلاجارد ٩ فقرة ١٠٧٩ ص ١٤٣) . وإذا قيدت ، أثناء الحرب مثلا ، الكميات التي تستهلك من البنزين أو الغاز أو الكهرباء ، أصبح الالتزام الذي يتعارض تنفيذه مع هذه القيود مستحيلا استحالة قانونية (بيدان رلاجارد ٩ فقرة ١٠٨٢) .

(٢) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٠٩ .

كانت تسرى ضد هذا الالتزام ، ولترتب على ذلك أيضاً أن الالتزام بالتعويض الذى ينشأ من عدم تنفيذ العقد يكون التزاماً جديداً ليس مصدره العقد بل يكون المصدر خطأ تقصيراً من المدين . أما إذا أخذنا بالرأى الصحيح وقلنا إن الالتزام يبقى بعينه مع تحول محله ، لترتب على ذلك أن التأمينات التى كانت تكفل التنفيذ العيني لا تنقضى ، بل تتحول إلى كفالة التعويض . ولترتب على ذلك أيضاً أن مدة التقادم لا تنقطع ، بل تبقى سارية ضد الالتزام بعد أن تحول محله من تنفيذ عيني إلى تعويض . فلو كانت المدة التى انقضت أربع عشرة سنة مثلاً ، ثم استحال تنفيذ الالتزام بخطأ المدين فتحول محله إلى تعويض ، فإن حق الدائن فى التعويض يسقط بالتقادم بعد انقضاء سنة واحدة وهى التى تكمل المدة التى انقضت إلى خمس عشرة سنة ، لا بانقضاء مدة تقادم جديدة فيما لو قلنا إن الالتزام بالتعويض هو التزام جديد . ولترتب على ذلك أخيراً أن الالتزام بالتعويض الذى ينشأ من عدم تنفيذ العقد هو عين الالتزام الذى نشأ من العقد منذ البداية ، فيكون مصدره العقد لا خطأ تقصيراً من المدين (١) .

أما إذا كانت الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي (٢) - والسبب الأجنبي هو الحادث الفجائى (cas fortuit) أو القوة القاهرة (force majeure) ، وخطأ الدائن (faute du créancier) ، وفعل الغير (fait d'un tiers) - فإن الالتزام ينقضى أصلاً ، ولا يقتصر الأمر فيه على أن يتحول محله إلى تعويض ، فالتعويض لا يكون مستحقاً ما دامت استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبي ولا ترجع إلى خطأ المدين . وعب إثبات السبب الأجنبي يقع على المدين ، إذ بعد أن يثبت الدائن وجود الالتزام يجب على المدين أن يثبت تخلصه منه وفقاً للقواعد العامة ، وهنا لا يستطيع المدين أن يتخلص من الالتزام إلا إذا أثبت

(١) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩١٨ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٩١٦ ص ٧٢٨ - بيدان ولاجار ٩ فقرة ١٠٧٨ ص ١٤٣ - الموجز للدولف فقرة ٤٤٢ ص ٤٣٩ ولكن قارن فقرة ٦٠١ ص ٦٢٢ .

(٢) ويلاحظ أن السبب الأجنبي الذى يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً فيقضى إنما ينطبق بالأخص على الالتزامات المقدية . أما الالتزام الذى ينشأ عن عمل غير مشروع ، فهو لا ينشأ أصلاً - وبالأولى لا ينقضى - بالسبب الأجنبي ، لأن السبب الأجنبي يزيل رابطة السببية فلا يتولد الالتزام (صى باج ٣ فقرة ٦٩٩ ص ٦٥٧) . والذى ينقضى بالسبب الأجنبي إنما هو الالتزام القانونى العام ألا يضر شخص آخر بعمل غير مشروع ، إذا جاز أن يعد هذا التزاماً

استحالة التنفيذ وأنها راجعة إلى سبب أجنبي (١) .

هذا وقد يرجع السبب الأجنبي إلى خطأ من المدين ، كما إذا كانت العين التي التزم بها قد احترقت أو سرقت وكان ذلك مصحوباً بتقصير من المدين . فلا يعتد في هذه الحالة بالسبب الأجنبي ، بل تعتبر استحالة التنفيذ راجعة إلى خطأ المدين ، ولا ينقضى الالتزام ، بل يتحول محله من تنفيذ عيني إلى تعويض (٢) . وعبء إثبات خطأ المدين يقع في هذه الحالة على الدائن .

وقد يتحمل المدين تبعه السبب الأجنبي ، فلا ينقضى الالتزام حتى لو استحالت تنفيذه بسبب أجنبي ، ويتحول محله إلى تعويض . ويكون المدين في هذه الحالة إزاء الدائن بمثابة المومن ، يؤمنه من الحوادث التي ترجع إلى القوة القاهرة (٣) .

كذلك إذا استحالت تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي ، ولكن الدائن كان قد أعذر المدين قبل استحالة التنفيذ ، فإن الإعذار يجعل المدين مسئولاً عن استحالة التنفيذ كما لو كانت هذه الاستحالة ترجع إلى خطئه ، فلا ينقضى الالتزام بل يتحول محله إلى تعويض . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٠٧ مدني على هذا الحكم صراحة إذ تقول : . إذا أُلغى المدين أن ينقل حقاً عينياً أو أن يقرم بعمل ، وتضمن التزامه أن يسلم ولم يتم بتسليمه بعد أن أعذر ، فإن هلاك الشيء يكون عليه ولو كان الهلاك قبل الإعذار على الدائن (٤) . على أن الالتزام ينقضى ، حتى لو كان المدين قد أعذر قبل استحالة التنفيذ ، إذا أثبت أن الشيء كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلم إليه . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٠٧ مدني على هذا الحكم صراحة

(١) بودري وبارد ٣ فقرة ١٩٢٢ - بلانبول وريبير وودوان ٧ فقرة ١٢١٨ - وتقدير ما إذا كانت الواقعة المدعى بها تعتبر قوة القاهرة أو تقدير موضوعي تملكه محكمة الموضوع في حدود سلطتها التقديرية ، ما دامت قد أقامت قضاها على أسباب سائفة (نفس مدني ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٤٥ ص ١٠٢٢) ، وما دامت الشروط اللازمة قانوناً لقيام القوة القاهرة متوافرة .

(٢) بودري وبارد ٣ فقرة ١٩٢٢ - وانظر المادة ٣٤٢ من تشريع الموجبات والعقود البنائي (آنفاً فقرة ٥٨٦ في الهامش) .

(٣) نقض مدني ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١٣ ص ٧٤٦ .

(٤) الوسيط جز ٢٠ فقرة ٤٣٢ .

إذ تقول : « ومع ذلك لا يكون الهلاك على المدين ، ولو أعلر ، إذا أثبت أن الشيء كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلم إليه ، ما لم يكن المدين قد قبل أن يتحمل تبعة الحوادث المفاجئة (١) » . بل إنه إذا كان الالتزام مترتباً في ذمة السارق برد الشيء المسروق ، فإنه لا ينقضى حتى لو هلك الشيء بسبب أجنبي ، وحتى لو لم يكن السارق معذراً قبل هذا الهلاك ، وحتى لو أثبت السارق أن الشيء كان يهلك عند صاحبه لو أنه رده إليه . وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الثالثة من المادة ٢٠٧ مدني إذ تقول : « على أن الشيء المسروق إذا هلك أوضاع بأية صورة كانت ، فإن تبعة الهلاك تقع على السارق (٢) » .

الفرع الثاني

الآثار التي تترتب على استحالة التنفيذ

٥٨٩ - انقضاء الالتزام وتوابعه : يترتب على استحالة تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي على النحو الذي قدمناه أن ينقضى هذا الالتزام ، إذ التنفيذ قد أصبح مستحيلاً ، والمدين غير مسئول عن هذه الاستحالة ، فلا مناص من القول بانقضاء الالتزام (٣) .

وينقضى الالتزام بتوابعه ، وبخاصة تنقضي جميع التأمينات العينية والشخصية

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٢٢ - دي باج ٣ فقرة ٧٠٢ .

(٢) توليه ٧ فقرة ٤٨٦ - بودري وبارد ٣ فقرة ١٩٢٥ - بلانيول وريبير وردوان ٧

فقرة ١٣٢٣ - جوران ٢ فقرة ٩٦٢ - دي باج ٣ فقرة ٧٠٢ - وقارن أوبري ورو ٤

فقرة ٣٣١ ص ٣٦٥ هامش رقم ٦ - ديرانتون ١٢ فقرة ٥٠٦ - وانظر في كل ذلك الوسيط

جزء ٢ فقرة ٤٣٢ ص ٧٨٨ .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٩ -

وإذا هلك الشيء هلاكاً جزئياً بسبب أجنبي ، تخلص المدين من الالتزام بتسليمه إلى الدائن الجزء

غير المالك (بودري وبارد ٣ فقرة ١٩١٦) ، ويجوز للدائن في هذه الحالة أن يرفض تسلّم الجزء

غير المالك لأنه لا يجبر على الوفاء الجزئى (بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٠١٣ -

أنسيلكويدي دالوز ٣ لفظ perte de la chose due فقرة :) .

التي كانت تكفله . فاذا كان هناك رهن أو حق امتياز أو حق اختصاص يكفل الالتزام قبل استحالة تنفيذه، فإن هذه الحقوق العينية تنقضي بانقضاء الالتزام، ويجب على الدائن أن يقوم بالاجراءات الواجبة لشطب القيد الذي كان بشهر هذه التأمينات .

وإذا كان للالتزام كفيل شخصي، ثم استحال تنفيذه بسبب أجنبي فانقضى، وبرت ذمة المدين منه ، فإن ذمة الكفيل الشخصي تبرأ تبعاً لبراءة ذمة المدين . وقد يكون الالتزام مترتباً في ذمة مدينين متضامنين متعددين ، ثم يستحيل تنفيذه بسبب أجنبي فينقضي ، فتبرأ ذمة جميع المدينين المتضامنين . أما إذا استحال التنفيذ خطأ أحد المدينين المتضامنين دون الباقي ، فإن خطأ هذا المدين لا يتعدى أثره إلى باقي المدينين المتضامنين، ويكون هذا المدين وحده هو المسئول عن التعويض . أما الباقي فيعتبر خطأ المدين بالنسبة إليهم من قبيل فعل الغير ، أي يعتبر سبباً أجنبياً ، فينقضي الدين بالنسبة إليهم، وتبرأ ذمتهم منه . وقد سبق بيان ذلك عند الكلام في التضامن (١) .

كذلك إذا كان الالتزام مترتباً في ذمة المدين لمصلحة عدد من الدائنين المتضامنين ، واستحال تنفيذه لسبب أجنبي ، فإنه ينقضي بالنسبة إلى جميع الدائنين المتضامنين .

ومنى انقضى الالتزام وتوابعه ، فإن المدين يلتزم أن ينزل للدائن عما قد يكون له من حق أو دعوى في التعويض عن الشيء الذي هلك . فاذا كان الشيء مؤمناً عليه فاستحق المدين مبلغ التأمين، أو كان هلاك الشيء بفعل أجنبي

(١) انظر آنفاً فقرة ١٨٩ ص ٣٠٩ هامش رقم ٢ - وقارن المادة ١٢٠٥ من التتئين المدني الفرنسي وبودرى وبارد ٣ فقرة ١٩٢١ .

هذا وإذا استحال تنفيذ الالتزام خطأ المدين ، فإن المحل يتحول إلى تعويض كما قدمنا ، ولا تبرأ ذمة المدين . كذلك لا تبرأ ذمة الكفيل بل يبقى كفيلاً للتعويض ، وكذلك لا تنقضي التأمينات بل تبقى ضامنة للتعويض (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩٢١ ص ٢٥٥) .

أما إذا هلك الشيء بفعل الكفيل ، فإن ذمة المدين الأصل تبرأ من الدين ، إذ يعتبر فعل الكفيل سبباً أجنبياً بالنسبة إلى المدين الأصل (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩٢١ ص ٢٥٥) . وتبرأ ذمة الكفيل - باعتباره كفيلاً - براءة ذمة المدين الأصل . ولكن الكفيل يكون مسئولاً من فعله كدين أصل نحو الدائن .

فاستحق المدين التعويض ، وجب على المدين أن ينقل إلى الدائن حقه في مبلغ التأمين أو حقه في التعويض . وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد يتضمن نصاً في هذا المعنى ، هو نص المادة ٢٨٣ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتي : « في الالتزام بنقل حق عيني ، إذا هلك الشيء أو ضاع أو خرج من التعامل لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه ، التزم المدين أن يتنازل للدائن عما قد يكون له من حق أو دعوى في التعويض عن هذا الشيء » . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة ، لأن الحكم الوارد فيه حكم تفصيلي يكتفي فيه تطبيق القواعد العامة (١) . وورد في تقنين الموجبات والعقود اللبناني نص صريح في هذا الحكم ، هو نص المادة ٣٤٣ (٢) .

٥٩٠ - تحمل النسيئة في العقر وفي الملك : وإذا انقضى الالتزام لاستحالة

تنفيذه بسبب أجنبي فقد انقضى دون أن يستوفى الدائن حقه ، لا عيناً ولا بمقابل .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٩ هامش رقم ١ - وانظر الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٣٢ ص ٧٨٧ وهامش رقم ١ . ويشتمل التقنين المدني الفرنسي على نص يقرر هذا الحكم هو المادة ١٣٠٣ . وهذا النص ينتقده الفقه الفرنسي . فهو قد كان مفهوماً في ضوء تقاليد القانون الماضية وأحكام القانون الروماني ، إذ كان البيع لا ينتقل الملكية . فيظل البائع مالكا للشيء ، فإذا هلك كان البائع هو الذي يملك دعوى التعويض ، ومن ثم يجب أن ينقلها إلى المشتري . أما الآن فالبيع ينتقل الملكية إلى المشتري ، ودعوى التعويض يملكها المشتري مباشرة ، دون حاجة إلى أن ينقلها إليه البائع . عل أن النص لا يزال مفيداً في الحالات التي يتراخى فيها نقل الملكية إلى المشتري ، فهلك الشيء قبل أن تنتقل الملكية إليه (أوبري ورو ٤ فقرة ٣٣١ ص ٣٦٥ هامش رقم ٥ - بودري وبارد ٣ فقرة ١٩٢٦ - فقرة ١٩٢٧ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣١٩ - دي باج ٣ فقرة ٧٠٤ - بلانيول وريبير وهولانجيه ٢ فقرة ٢٠١٤ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٥٨٨ - أنسيكلوبيدي واللوز ٣ لفظ *perte de la chose due* فقرة ٧ - فقرة ٨ . وانظر المادة ٣٧ من قانون ١٣ يولييه سنة ١٩٣٠ في فرنسا الخاص بالتأمين . (٢) ويجرى هذا النص على الوجه الآتي : « لا تبرأ ذمة المدين من أجل القوة القاهرة إلا بقدر استحالة التنفيذ ، فيسكن إذن ألا يكون سقوط الموجب إلا جزئياً . وفي جميع الأحوال ، حتى في حالة سقوط الموجب كله ، يلزم المدين أن يتنازل للدائن عن الحقوق والدعاوى المختصة بالتعويض بما يتعلق بالموجب السابق ، كما يلزمه أن يسلم إليه ما بقى من الشيء الهالك إن كانت هناك بقية » . وانظر في وجوب تسليم بقية الشيء الهالك : بودري وبارد ٣ فقرة ١٩٢٧ ص ٣٦٥ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣١٩ ص ٧٣١ .

ومن ثم إذا نظر إلى هذا الالتزام وحده ، كان الدائن هو الذى يتحمل تبعه استحالة التنفيذ ، إذ عليه هو الغرم دون المدين . ويصدق ذلك ، فيتحمل الدائن وحده تبعه استحالة التنفيذ ، إذا كان الالتزام الذى استحال تنفيذه ناشئاً من عقد ملزم لجانب واحد . ذلك أن المدين فى هذا العقد تبرأ ذمته وينقضى التزامه باستحالة تنفيذه ، دون أن يكون للدائن تعويض مقابله ، إذ العقد لا ينشأ إلا هذا الالتزام فى جانب المدين . أما إذا كان الالتزام ناشئاً من عقد ملزم للجانبين ، واستحال تنفيذ أحد الالتزامين المتقابلين بسبب أجنبي ، فانقضى هذا الالتزام ، فإن الالتزام المقابل ينقضى تبعاً لانقضاء الالتزام الأول . وقد نصت المادة ١٥٩ مدنى على هذا الحكم صراحة إذ تقول : « فى العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه ، انتقضت معه الالتزامات المقابلة له ، وينسخ العقد من تلقاء نفسه (١) » . ويترتب على ذلك أن المدين فى العقد الملزم للجانبين ، إذا انقضى التزامه لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي يتحمل مع ذلك تبعه استحالة التنفيذ ، ولا يتحملها الدائن كما يتحملها فى العقد الملزم لجانب واحد . ذلك أن المدين ، إذا كان قد تخلل من تنفيذ التزامه بسبب استحالة تنفيذ ، يجد فى الوقت ذاته الالتزام الذى له فى ذمة الدائن - وهو الالتزام المقابل - قد انقضى هو أيضاً بسبب انقضاء الالتزام الأول ، وانفسخ العقد ، فيقع عليه الغرم ، ومن ثم كان هو الذى يتحمل التبعة . وهذه هى نظرية تحمل التبعة فى العقد ، وهى كما نرى ترتبط ارتباطاً وثيقاً بانقضاء الالتزام لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي ، وقد سبق أن عالجتاها فى الجزء الأول من الوسيط (٢) .

- وهناك إلى جانب تحمل التبعة فى العقد تحمل التبعة فى المثلث . وقد انفرد التقنين المدنى العراقى بالنص على تحمل التبعة فى المثلث ، عقب النص الذى أورده فى خصوص انقضاء الالتزام لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي . ونقتصر هنا

(١) انظر الوسيط جزء أول فقرة ٤٨٩ - فقرة ٤٩٠ .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٤٨٩ - فقرة ٤٩٠ - وانظر أيضاً دى باج - ٣ فقرة ٦٩٩ ص

٦٥٧ - ص ٦٥٨ - أنميكلويدى داتوز ٣ لفظ *perte de la chose due* فقرة ٦ - الموجز للمؤلف فقرة ٦٥٢ - الأستاذ عبد المولى حجازى ٢ ص ٣٤٣ - ص ٣٤٧ - الأستاذ إسمايل

غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٣٠٠ ص ٣٧٢ .

على إيراد النصوص التي اشتمل عليها هذا التقنين في هذه المسألة ، مع التعليق عليها في إيجاز (١) .

نصت المادة ٤٢٦ من التقنين المدني العراقي على أنه « إذا انتقل الشيء إلى يد غير يد صاحبه ، بعقد أو بغير عقد ، وهلك دون تعد أو تقصير ، فإن كانت اليد يد ضمان هلك الشيء على صاحب اليد ، وإن كانت يد أمانة هلك الشيء على صاحبه » . ونصت المادة ٤٢٧ على أنه « ١ - تكون اليد يد ضمان إذا حاز صاحب اليد الشيء بقصد تملكه ، وتكون يد أمانة إذا حاز الشيء لا بقصد تملكه بل باعتباره نائباً عن المالك . ٢ - وتنقلب يد الأمانة إلى يد ضمان ، إذا كان صاحب اليد ولو بغير قصد التملك ، قد حبس الشيء عن صاحبه دون حق أو أخذه بغير إذنه » .

وتفرض هذه النصوص أن شيئاً قد انتقل من يد مالكة إلى يد غير المالك ، سواء انتقل بعقد كعارية أو وديعة أو إيجار ، أو انتقل بغير عقد كحيازة بحسن نية أو بسوء نية أو غصب . ثم يهلك الشيء في يد غير المالك بسبب أجنبي . فإذا كان هناك التزام مترتب في ذمة غير المالك برد الشيء إلى صاحبه ، وقلنا إن هذا الالتزام ينقضي لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي ، فإن المالك هو الذي يتحمل تبعه هلاك الشيء وقد هلك في غير يده . وهنا يميز التقنين المدني العراقي - أخذاً بأحكام الفقه الإسلامي - بين يد الضمان ويد الأمانة . فإن كانت يد غير المالك يد ضمان ، فإن التزامه برد الشيء إلى المالك لا ينقضي باستحالة تنفيذه ، بل يتحول هذا الالتزام إلى تعويض ، ويتحمل هو تبعه هلاك الشيء . أما إن كانت يد غير المالك يد أمانة ، فإن التزامه برد الشيء إلى المالك ينقضي باستحالة تنفيذه ، ويتحمل المالك إذن تبعه هلاك الشيء وإن كان قد هلك في غير يده ، لأنه هلك في يد هي يد أمانة . ثم يضع التقنين العراقي معياراً ليد الضمان وليد الأمانة ، فيد الضمان هي يد غير المالك إذا حاز الشيء بقصد تملكه ، ويد الأمانة هي يد غير المالك إذا حاز الشيء لا بقصد تملكه بل باعتباره نائباً عن المالك . فالغاصب ، والحائز بقصد التملك لاسيما إذا كان سيء النية ،

(١) والتقنين المدني العراقي وحده هو الذي أورد هذه النصوص ، كما قدمنا ، فلم ترد في التقنين المدني المصري ، ومن ثم يجب في مصر تطبيق القواعد العامة في هذه المسائل .

ومن أخذ الشيء على سوم الشراء ، كل هؤلاء يدهم على الشيء يد ضمان . فان هلك بسبب أجنبي ، وجب عليهم الضمان ، وتحملوا هم دون المالك تبعه الهلاك . أما المستعير والمودع عنده والمستأجر ومن أخذ الشيء على سوم النظر ، فهؤلاء يدهم يد أمانة . فان هلك الشيء في يدهم بسبب أجنبي ، هلك على مالكة ، وانقضى التزام الحائز برد الشيء إلى مالكة لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي .

ومع ذلك فان يد الأمانة تنقلب إلى يد ضمان ، فتكون تبعه الهلاك في هذه الحالة على الحائز لا على المالك ، إذا كان الحائز ، ويده قد بدأت يد أمانة ، قد حبس الشيء عن صاحبه دون حق ، أو أخذه بغير إذنه ، ولو كان قد نقل هذا أو ذاك بغير قصد التملك . ذلك أن الحائز ، في هاتين الحالتين ، يكون بمثابة المدين المعذر الذي يتحمل تبعه هلاك الشيء ولو بسبب أجنبي .

بقي بعد كل ذلك موقف البائع لعين معينة بالذات ، قبل تسليم هذه العين للمشتري . فهو من وجه يحوز الشيء بعد البيع لا بقصد تملكه ، وهو من وجه آخر يلتزم بتسليم الشيء إلى المشتري وهذا الالتزام مكمل لنقل الملكية ولم يتم بعد بتنفيذ التزامه . فان هلك الشيء في يده قبل التسليم ، فهل تكون يده يد أمانة ولا يهلك الشيء عليه اعتباراً بأنه لا يحوز الشيء بقصد تملكه ، أم تكون يده يد ضمان ويهلك الشيء عليه اعتباراً بأنه لم يتم بعد بواجب التسليم وهو التزام مكمل لنقل الملكية ؟ تجيب المادة ٤٢٨ من التقنين المدني العراقي على هذا السؤال بما يأتي : « إذا انتقلت ملكية الشيء بعقد ، كانت يد المالك القديم قبل التسليم يد ضمان ، وتنقلب يد أمانة إذا امتنع واجب التسليم بقيام سبب للحبس » . ومعنى ذلك أن المبيع يهلك على البائع قبل التسليم ، لأن يده تعتبر يد ضمان وإن كان غير مالك ، إذ لا يزال مترتباً في ذمته واجب التسليم ولم يتم به وهو التزام مكمل لنقل الملكية . أما إذا قام سبب لحبس البائع المبيع في يده ، بأن كان لم يستوف ثمنه الواجب الأداء ، فامتنع واجب التسليم بسبب قيام سبب الحبس ، فان يد البائع ، وقد كانت يد ضمان كما رأينا ، تنقلب إلى يد أمانة . فاذا هلك الشيء بسبب أجنبي ، وهو محبوس في يده بسبب عدم استيفاء الثمن ، لم يهلك عليه بل يهلك على المشتري .

الفصل الثالث

التقادم المسقط (*)

(Prescription extinctive)

تمهيد

٥٩١ - التقادم المسقط والتقادم المكسب - وجوب الفصل بينهما:

جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد : « وفق التقنين الحالى (السابق) فى المباعده بين أحكام التقادم المسقط وبين أحكام التقادم المكسب ، وقد تبعه المشروع فى ذلك . والحق أن هذين النظامين يختلفان كل الاختلاف من حيث الغاية والتطبيق والمشخصات الذاتية (١) . فالتقنين المدنى الجديد قد فصل إذن - كما فصل التقنين المدنى السابق - ما بين التقادم

* مرجع : جوسار (Gossart) فى التقادم المسقط فى الدعوى رساله من باريس سنة ١٨٨٦ - جندارد (Gondard) فى وقف التقادم وقاعدة وقف التقادم حيث يتمدر على الدائن قطع سريانه رساله من باريس سنة ١٩٠٤ - جبرى (Guery) فى تقادم الدعوى العامة والدعوى المدنية رساله من رن سنة ١٩٠٥ - بكنيو (Péquignot) فى التقادم الاتفاقى رساله من ديجون سنة ١٩٠٥ - جوردان (Jourdan) فى التقادم فى التقنين المدنى الألمانى رساله من باريس سنة ١٩٠٦ - بشرل (Becherel) فى تقادم الحقوق الملققة على شرط رساله من باريس سنة ١٩٠٩ - روشفور (Rochefort) فى تقادم الحقوق الملققة على شرط رساله من باريس سنة ١٩١٠ - هوليو (Holleaux) فى تطور القواعد الخاصة بمدد التقادم القصيرة القائمة على قرينة الوفاء - رساله من باريس سنة ١٩٢٧ - مونتل (Montel) بعض اعتبارات فى مسألة تنقيح التقادم : المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٣٦ ص ٦٣٧ - كاربونييه (Carbonnier) فى قاعدة وقف التقادم حيث يتمدر على الدائن قطع سريانه : المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٧ ص ١٥٥ - تعليقات على التقادم المسقط : المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٥٢ ص ١٧١ - فاسير (Vasseur) فى مواعيد السقوط ومواعيد التقادم ومواعيد المرافعات : المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٥٠ ص ٤٣٩ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فى أثر مضى المدة فى الالتزام رساله من القاهرة سنة ١٩٥٠ .

المسقط فجعل مكانه بين أسباب انقضاء الالتزام ، وبين التقادم المكسب فجعل مكانه بين أسباب كسب الحقوق العينية .

والفرق بين هذين النوعين من التقادم ظاهر . فالتقادم المسقط يقضى الحقوق الشخصية والعينية (١) على السواء ، إذا لم يستعمل صاحب الحق حقه مدة معينة حددها القانون . أما التقادم المكسب - وتفترن به الحيازة دائماً - فيكسب الحائز ما حازه من حقوق عينية بعد أن تستمر حيازته لها مدة معينة حددها القانون . وزى من ذلك أن التقادم المسقط لا يفترن بالحيازة ، ويستط الحفرق العينية كما يسقط الحقوق الشخصية . وهذا بخلاف التقادم المكسب ، فإنه يفترن بالحيازة ، ويكسب الحقوق العينية دون الحقوق الشخصية . والتقادم المسقط لا يتمسك به إلا عن طريق الدفع ، فاذا رفع صاحب الحق الذى سقط بالتقادم دعواه أمكن المدعى عليه أن يدفع هذه الدعوى بالتقادم المسقط . أما التقادم المكسب فيتمسك به عن طريق الدفع وعن طريق الدعوى على السواء ، فللحائز أن يدفع دعوى الاستحقاق المرفوعة عليه من المالك بالتقادم المكسب ، كما أن له إذا انتزعت منه الحيازة أن يرفع دعوى الاستحقاق على الحائز الجديد ويتمسك قبله بالتقادم المكسب . ثم إن التقادم المكسب يعتد فيه بحسن النية ، إذ الحائز حسن النية يملك الحق فى مدة أقصر من المدة التى يملكه فيها الحائز سيء النية . أما فى التقادم المسقط فلا يعتد بحسن النية ، والمدة التى يحددها القانون لسقوط الحق تقصر أو تطول تبعاً لطبيعة هذا الحق ، لانبعاً لثبوت حسن النية أو انتفائه (٢) .

ونقتصر هنا على الكلام فى التقادم المسقط للحقوق الشخصية . أما الكلام فى

(١) فيما عدا حق الملكية .

(٢) عل أن كلا من التقادم المسقط والتقادم المكسب يخضع لقواعد واحدة فيما يتعلق بحساب المدة ووقف التقادم وانقطاعه والتمسك به . وهذا مادعا التفتين المدنى الفرنسى إلى الجمع بين النوعين فى باب واحد ، صدر بهذه القواعد المشتركة . وينتقد الفقه الفرنسى هذا المسلك ، ويميب على التفتين المدنى الفرنسى جمعه بين نظامين يختلفان اختلافًا جوهرياً فى الغاية والنطاق والمقومات . ولم يشأ بوتيه أن يجمع بينهما ، فقد أفرد للتقادم المكسب كتاباً خاصاً ووضع التقادم المسقط فى كتاب الالتزامات (الأستاذ عبد المم الجدرأوى فى أثر مضى المدة فى الالتزام فقرة ٣٠ - فقرة ٣١) .

التقادم المسقط للحقوق العينية (١) والتقادم المكسب لهذه الحقوق فيكون عند الكلام في الحقوق العينية .

٥٩٢ - الأساس الذي يرتكز عليه التقادم المسقط : يرتكز التقادم

المسقط على اعتبارات تمت للمصلحة العامة بسبب وثيق ، فان استقرار التعامل يقوم إلى حد كبير على فكرة التقادم . ويكفي أن نتصور مجتمعاً لم يدخل التقادم في نظمه القانونية ، لنذكر إلى أي حد يتزعزع فيه التعامل وتحل الفوضى محل الاستقرار (٢) . فاذا كان للدائن أن يطالب مدينه بالدين مهما طالت المدة التي مضت على استحقاقه ، وكان على المدين أن يثبت براءة ذمته من الدين بعد أن يكون قد وفاه فعلاً وحصل على مخالصة به ، أليس من الإرهاق أن يكلف المدين بالمحافظة على هذه المخالصة إلى وقت لانهاية له ، حتى يستطيع إبرازها في أي وقت شاء الدائن أن يطالبه فيه بالدين ! ويقع كثيراً أن يكون المدين قد مات ، أياكون للدائن أن يطالب الورثة بابرار المخالصة أو الوفاء بالدين ! أليس من حق المدين ومن حق ورثته من بعده أن يواجهوا الدائن ، وهو يطالب بدين مضت على استحقاقه

(١) فالحقوق العينية ، كحق الانتفاع وحق الارتفاق ، تسقط بعدم الاستعمال ، أى بالتقادم المسقط . وذلك فيما عدا حق الملكية فإنه لا يسقط بعدم الاستعمال وإن كان يكسب بالتقادم ، ويجرد ترك العين أو إهمالها ، مهما يطل الزمن ، من غير أن يتعرض لها أحد أو يفتصبها وينكر حق مالكها فيها ، لا يترتب عليه البتة - لافي الشريعة الإسلامية ولا في غيرها من الشرائع - لا سقوط حق ملكيتها ولا منع سماع الدعوى بها لو تعرض لها متعرض بعد زمن الإهمال المديد (نقض مدني ١٨ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٩ ص ٦٩٤ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٥٢ ص ١٠٩٨ - وانظر أيضاً بالنسبة إلى عدم سقوط الدعوى بملكية الوقف : نقض مدني ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٥ مجموعة ١ رقم ٢٩٥ ص ٩١٢ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٥١ و ٣٥٢ ص ١٠٩٧ و ص ١٠٩٨ - ٢١ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٦٢ ص ٤٥٣ - أول مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١٣ ص ٥٧٢ - أو إذا غصب الوقف غاصب وبقيت حيازته ثلاثاً وثلاثين سنة : أول مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١٤ ص ٥٧٤) . ولكن إذا استحال حق الملكية إلى تعويض ، كأن أتلغ الحائز ملك الغير الذي في حيازته ، فإن دعوى التمييز تسقط بالتقادم ، وإن كانت الملكية ذاتها لو بق الشيء ولم يتلف لم تكن لتسقط (استئناف مختلطه ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٦٥) .

(٢) لوران ٣٢ فقرة ٥ .

مدة طويلة ليس من المألوف أن يسكت فيها، لا بمخالصة بالدين لم تيسر المحافظة عليها بعد انقضاء هذه الأعوام الطوال فضاغت أو خفي مكانها ، بل بطلب إسقاط دعواه بعد أن سكت عنها طوال هذه المدة (١) ؛ أليس واجباً لاستقرار التعامل أن يفترض في الدائن الذي سكت مدة طويلة عن المطالبة بدينه أنه قد استوفاه ، أو في القليل قد أبرأ ذمة المدين منه بعد هذا السكوت الطويل ؟ وكما يجب وضع حد للمنازعة في الحقوق وذلك بتقرير قوة الأمر المقضى ، كذلك يجب وضع حد للمطالبة بالحقوق وذلك بتقرير مبدأ التقادم . ولا بد أن تستقر الأوضاع في الحالتين . فلا يتجدد النزاع في كل وقت ولا يبتى حتى الدائن في المطالبة إلى غير نهاية (٢) .

فالتقادم المقسط لا يقوم على قربنة الوفاء . أكثر مما يقوم على وجوب احترام الأوضاع المستقرة . التي مضى عليها من الزمن ما يكفي للاطمئنان إليها وإحاطتها بسياج من الثقة المشروعة (٣) . ووجوب احترام الأوضاع المستقرة هو الذي يحتم علينا أن نتساءل إلى متى يستطيع الدائن أن يطالب بالدين دون أن يواجه بتقادمه ؟ عشرين عاماً ، أو ثلاثين ، أو مائة ؟ لا بد من تحديد وقت ما ، إذا انقضى لا يستطيع الدائن أن يطالب بالدين . وإلا ظلت الناس يطالب بعضهم بعضاً بديون مضت عليها أجيال طويلة . والمشرع يختار مدة لا يكون من شأنها إرهاب المدين بجمعه معرضاً للمطالبة وقتاً أطول مما يجب ، ولا مباغتة الدائن بإسقاط حقه في وقت أقصر مما يجب . وقد اختار المشرع الفرنسي ثلاثين عاماً ، واختار المشرع المصري خمسة عشر عاماً وهي المدة التي لا يجوز بعدها سماع الدعوى في الفقه الإسلامي . فإذا انقضت المدة التي يتم بها التقادم ، وادعى المدين براءة ذمته ، وأصر الدائن على المطالبة بالدين ، فالأولى بالرعاية هو المدين لأن الدائن . ذلك أن الدائن إذا لم يكن قد استوفى حقه فعلاً ، ولم يكن قد أبرأ ذمة المدين من الدين بسكوته عن المطالبة به هذه المدة الطويلة ، فلا أقل من أنه قد أهمل إهمالاً لا عذر له فيه بسكوته حقبة طويلة من الدهر ثم مباغتة المدين بعد ذلك

(١) جوسران ٢ فقرة ٩٦٧ .

(٢) بودرى ونيسيه فقرة ٣٣ .

(٣) بودرى ونيسيه فقرة ٢٨ - فقرة ٢٩ وفقرة ٣٣ .

بالمطالبة . وبين مدين اطمأن إلى وضع ظاهر مستقر ، ودائن أقل ما يؤخذ به الإهمال الذي لا مبرر له ، المدين دون ريب هو الأولى بالرعاية . وقد دلت التجارب على أن طائفة من الدائنين يدعون بعد انقضاء مدة التقادم أنهم لم يستوفوا حقوقهم ، ولا يصدق في دعواه منهم إلا القلة النادرة . أفمن أجل هذه القلة ، وهم بعد قد أهملوا إهمالاً لا عذر لهم فيه ، تضحى الكثرة الغالبة من المدينين الذين قد برئت ذمتهم حقاً من ديونهم وتعذر عليهم استيفاء الدليل على براءة ذمتهم بعد انقضاء هذه المدة الطويلة (١) !

من أجل كل هذه الاعتبارات شرع التقادم . وقد أخذت به جميع الشرائع ، حتى أن الشرائع التي لم تأخذ به بطريق مباشر فنسقط الدين بالتقادم ، أخذت به بطريق غير مباشر فتمنع سماع الدعوى بعد انقضاء مدة التقادم .

وإذا كانت الاعتبارات التي قدمناها هي الأساس الذي يرتكز عليه التقادم المسقط بوجه عام ، فهناك اعتبارات أخرى تتعلق بمحالات خاصة من هذا التقادم . فتقادم الدين الدوري المتجدد بخمس سنوات يقوم على أساس آخر غير استقرار التعامل . ذلك أن هذا الدين يدفعه المدين عادة من ريعه لا من رأس ماله ، فاذا تراكم المستحق منه لمدة أطول من خمس سنوات ، اضطر المدين أن يدفع الدين من رأس المال لا من الربيع ، فكان هذا مرهقاً له . فاذا أضيف إلى ذلك أن الدائن قد أهمل المطالبة بحقه مدة تزيد على خمس سنوات ، كان من الانصاف للمدين أن يسقط القانون من هذه الديون ما مضى على استحقاقه أكثر من هذه المدة . ومن ثم قضت المادة ٣٧٥ مدني بأن هذه الديون تتقادم بخمس سنوات ولو أقر بها المدين ، فليس التقادم هنا إذن مبنياً على قرينة الوفاء ، بل ولا على استقرار التعامل ، وإنما بنى على الاعتبارات التي تقدم ذكرها .

أما حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها ، وحقوق العمال والخدم والأجراء من أجور وبن ثمن ما قاموا به من توريدات ، فتقادم بسنة واحدة (م ٣٧٨ مدني) . والتقادم هنا مبنى رأساً على قرينة الوفاء ، إذ ليس من

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٢٥ .

المألوف أن يسكت هؤلاء الدائنون عن استيفاء حقوقهم أكثر من عام ، فإذا كانوا قد سكتوا طول هذه المدة عن المطالبة بها فالمفروض أنهم قد استوفوها. ومن ثم أوجبت الفقرة الثانية من المادة ٣٧٨ مدنى على المدين الذى يتمسك بأن الحق قد تقادم بسنة أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلا ، فان نكل فقد انتقضت قرينة الوفاء ، وبقي الحق قائماً للدائن أن يستوفيه (١) .

٥٩٣ - لمحة تاريخية : تأخر التقادم المسقط فى القانون الرومانى عن التقادم المكسب فى الظهور.. فقد كانت الدعاوى فى هذا القانون ، إلى عهد طويل ، أبدية لا تقادم . والدعاوى التى كانت تتوقت بمدة معينة هى الدعاوى البريطورية ، إذ كان البريطور يمنحها لمدة سنة واحدة . ثم أصدر الإمبراطور ثيودوس Théodose ، فى سنة ٤٢٤ ، قانوناً معروفاً قرر فيه أن الدعاوى ، شخصية كانت أو عينية ، تقادم فى الأصل بثلاثين سنة ، وبعضها يتقادم استثناءً بأربعين . وخلط جوستينيان فى مجموعاته بين التقادم المسقط والتقادم المكسب ، وكانا قبله منفصلين أحدهما عن الآخر . وانتقل هذا الخلط إلى التقنين المدنى الفرنسى نفسه ، وكان مصدرأ لكثير من الاضطراب والتشويش فى تفهم أحكام التقادم ، سواء فى القانون الرومانى أو فى القانون الفرنسى (٢) .

وأخذ التقادم الثلاثينى الذى عرفه القانون الرومانى طريقه إلى القانون الفرنسى القديم . على أن العادات الجرمانية وبعضها كان يجعل التقادم سنة واحدة ، والقانون الكنسى وقد عمل كثيراً على تعديل أحكام القانون الرومانى فى التقادم باقامته على قرينة الوفاء (٣) ، والأوامر الملكية وقد خلقت كثيراً

(١) كذلك التقادم الخمسى الخاص بالدعاوى الناشئة من الكيالات والسندات الإذنية ونحوها من الأوراق التجارية (م ١٩٤ تجارى) يقوم على قرينة الوفاء ، ويحلف المدين اليمين هل أنه أدى الدين . وتقادم دعاوى البطلان ، لنقص الأهلية أو لعيوب الرضاء ، بثلاث سنوات يقوم على قرينة أن العاقد قد أجاز المقد .

(٢) بوردى وتبسيه فقرة ١٣ - فقرة ١٤ .

(٣) وقد حاول قانون الكنيسة كثيراً أن يضمف من نظام التقادم الرومانى ، إذ رآه مخالفاً لما تقتضيه نزاهة التعامل . فهو فى نظره يقر الاغتصاب ، ويجيز للمدين أن يبرىء ذمته دون أن يوفى دينه . فأكثر من أسباب وقف التقادم ، وأقام التقادم المسقط على قرينة الوفاء لاعل أساس =

من مدد التقادم القصيرة واحتفظ ببعضها التقنين المدني الفرنسي ، وما منح لبعض الهيئات كالكنيسة وأملاك التاج من ميزة في ألا يجري في حقها التقادم أو في أن يجري تقادم أطول ، كل هذا زاحم نفوذ القانون الروماني وعدل من أحكامه في التقادم .

فالمصادر التاريخية للتقادم في التقنين المدني الفرنسي هي إذن القانون الروماني وقانون الكنيسة والعادات الجرمانية والأوامر الملكية (٣) .

٥٩٤ - التمييز بين التقادم المسقط والسقوط (déchéance) :

ومواعيد التقادم المسقط تشبه بمواعيد أخرى يقال لها المواعيد المسقطة (délais de déchéance) . والمواعيد المسقطة هذه لها مهمة غير المهمة التي لمواعيد التقادم . فهي قد سمعها القانون ، لا كما في مواعيد التقادم المسقط لحماية الأوضاع المستقرة أو للجزاء على إهمال الدائن أو لتقوم قرينة على الوفاء ، بل لتعيين الميعاد الذي يجب أن يتم فيه حتماً عمل معين ، وبخاصة لتحديد الوقت الذي يجب فيه استعمال رخصة قررها القانون . فهي مواعيد حتمية ، لا بد أن يتم العمل المعين في خلالها ، وإلا كان باطلاً . ولذلك فهي تختلف عن مواعيد التقادم ، لا في المهمة التي تقوم بها فحسب ، بل أيضاً في كيفية إعمالها . فيجوز للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه دون حاجة إلى أن يتمسك الخصم بها ، ولا تنقطع ، ولا يقف سريانها ، ولا يتخلف عنها التزام طبيعي . وهذا بخلاف التقادم ، فسرى أن الخصم يجب أن يتمسك به ، ويجوز أن ينقطع سريانه ، كما يجوز أن يقف هذا السريان ، ويتخلف عن التقادم التزام طبيعي . وسرى أيضاً أن الحق المتقادم إذا لم يصلح أن يكون طلباً فإنه يصلح أن يكون دعواً إذ الدفع لا تقادم ، أما الحق الذي سقط لعدم استعماله في الميعاد فلا يصلح لأطلباً ولا دعواً (٤) .

= استقرار التعامل ، وأدخل في التقادم المكسب عنصر حسن النية ، وبذل جهداً كبيراً في عرقلة هذا النظام (بودرى وتيسيه فقرة ١٩) .

(٣) بودرى وتيسيه فقرة ٢٢ .

(٤) أوبري وروو فقرة ٧٧١ ص ٥٣٢ - ص ٥٣٨ - بيدان ولا جارد ٩ فقرة ١٠٩٠ -

كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٢١ - جوسران ٢ فقرة ١٠٠٤ - فقرة ١٠٠٦ - وقارن بودرى -