

٤٧٦ - تنفيذ الانقاف بنقل الملكية فعلا الى المرائع : ولا يكفى الاتفاق على مقابل الوفاء ، بل يجب أيضاً تنفيذ هذا الاتفاق بنقل الملكية فعلا من المدين إلى الدائن (١) . فاذا كان المقابل مائة قنطار من القطن أو مائة أردب من القمح ، وجب إفراد هذه المقادير حتى تنتقل ملكيتها إلى الدائن . وإذا كان المقابل سيارة وجب تعيينها بالذات ، أو كان دار أو أرضاً وجب تسجيل الاتفاق على الوفاء بمقابل ، حتى تنتقل ملكية السيارة أو الدار أو الأرض من المدين إلى الدائن (٢) .

وهذا ما يميز الوفاء بمقابل عن التجديد (٣) ، ففي التجديد محل التزام جديد محل التزام قديم ، فينقضى الالتزام القديم بقيام الالتزام الجديد . أما في الوفاء بمقابل فلا يكفى قيام الالتزام الجديد ، أى الالتزام بنقل الملكية ، بل يجب تنفيذه أى نقل الملكية فعلا إلى الدائن . فاذا اقتصر الطرفان على إنشاء التزام بنقل الملكية محل محل الالتزام الأصلي ، فانما يكون ذلك تجديداً بتغيير محل الدين لا وفاء بمقابل (٤) .

المبحث الثاني

التكليف القانوني بالوفاء بمقابل

٤٧٧ - تضارب الفقه في التكليف القانوني للوفاء بمقابل : بعد أن بسطنا أركان الوفاء بمقابل ، بقى أن نبين ما هو التكليف القانوني لهذا

(١) المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣٧ .
(٢) ويترتب على ذلك أن الوفاء بمقابل لا يمكن أن يتم من طريق الوصية ، بأن يوصى المدين لدائنه بمال للوفاء بالدين . وذلك لأن الوصية يجوز الرجوع فيها دائماً ، ولا تنتقل ملكية الموصى به في حياة الموصى (نقض مدنى أول أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٣٨ ص ٩٥) . كذلك لا يتم الوفاء بمقابل إذا استلظ المدين نفسه بحق استرداد العقار الذى سنده وفاء الدين (استئناف مخطوط ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٧٩) .

(٣) الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٥٩ .

(٤) كولان وكابيتان ودى لامورانديبير ٢ فقرة ٩٨٨ ص ٦٤٩ - جوران ٢ فقرة ٩٢٦

السبب من أسباب انقضاء الالتزام . وقد تضارب الفقه في هذا التكييف ، حتى أصبحت هذه المسألة الغامضة في حاجة إلى شيء من التجلية والوضوح .

وهناك تكييف يتبادر إلى الذهن لأول وهلة ، هو أن يكون الوفاء بمقابل بيعاً فيكون المقابل قد بيع بالدين . وكان للقانون الفرنسي القديم تكييف آخر ، هو أن الوفاء بمقابل ضرب من الوفاء (paiement) يتميز بأن المحل الأصلي فيه قد تغير . وهناك تكييف ثالث ، هو الذي أخذ يتغلب الآن في الفقه ، يجعل الوفاء بمقابل عملاً مركباً من تجديد ووفاء عن طريق نقل الملكية .

٤٧٨ - الوفاء بمقابل بيع ثلثه مقاصد : يتبادر إلى الذهن

لأول وهلة أن الوفاء بمقابل ينتهي إلى التحليل الآتي : اتفق الدائن مع المدين على أن يشتري الأول من الثاني المقابل الذي يقدمه الثاني - القطن أو القمح أو السيارة أو الأرض أو الدار الخ - بثمن يعادل قيمة الدين الذي في ذمته . فتم صفقة البيع أولاً ، ويصبح الدائن مديناً بثمن هو معادل في الجنس والمقدار للدين الذي له . فتقع مقاصة قانونية ما بين هذا الدين والثمن ، فينقضى كلاهما بالمقاصة . ويبقى المدين بعد ذلك ملتزماً نحو الدائن بنقل ملكية المقابل (١) .

وعيب هذا التكييف أنه يقف بالوفاء بمقابل عند المرحلة الأولى ، ولا يستلزم أن تنتقل الملكية فعلاً إلى الدائن . فلو فرضنا أن متباين الوفاء هو مقادير من القطن أو من القمح ، فيكفي ، طبقاً لهذا التكييف ، أن يلتزم المدين للدائن بنقل ملكية هذه المقادير حتى يتم الوفاء بمقابل وتبرأ ذمة المدين من الدين الأصلي . وقد قدمنا أن الوفاء بمقابل لا يتم إلا إذا انتقلت الملكية فعلاً إلى الدائن ، ولا تبرأ ذمة المدين من دينه الأصلي إلا عند نقل هذه الملكية . أما إذا وقفنا عند هذه المرحلة الأولى ، فانما نواجه تجديداً بتغيير محل الدين لا وفاء بمقابل كما سبق القول .

(١) انظر في بسط هذا الرأي بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٨٦ - بلانبول وريبير وردوان ٧

٤٧٩ - الوفاء بمقابل ضرب من الوفاء فقير في المحل الأصلي :

وهذا هو التكييف الذي كان سائداً في القانون الفرنسي القديم ، وكان يقول به دوما وبوتييه ، ولا يزال يقول به بعض فقهاء القانون الفرنسي الحديث .

ففي القانون الفرنسي القديم كان الوفاء بمقابل ضرباً من الوفاء ، استعريض فيه عن الشيء ، المستحق أصلاً بشيء آخر ، وذلك باتفاق الطرفين . فهو كالوفاء بقضى الدين ذاته بطريق مباشر ، ولكن يقضيه بمقابل الشيء المستحق لبالشيء المستحق نفسه . أما في التكييف الأول فقد رأينا أن المقابل يقضى الدين ذاته ، ولكن بطريق غير مباشر ، بأن يجعل ثمنه قصاصاً في هذا الدين . وسنرى في التكييف الثالث أن المقابل لا يقضى الدين ذاته ، ولكن ديناً آخر نشأ من طريق التجديد .

ويترتب على هذا التكييف الثاني أن الدائن ، إذا استحق في يده مقابل الوفاء ، لم يرجع على المدين بدعوى ضمان الاستحقاق التي يرجع بها المشتري على البائع . فهو لم يشتر المقابل كما هو التصور في التكييف الأول ، بل استوفى به الدين الذي له في ذمة المدين . فاذا استحق المقابل في يده بطل الوفاء ، واستتبع ذلك رجوع الدين الأصلي ، فيعود في ذمة المدين بجميع ما كان له من ضمانات ، ويرجع الدائن على المدين لادعوى ضمان الاستحقاق بل بدعوى هذا الدين نفسه (١) .

وكان هذا التكييف القانوني يستقيم ، ويتفق مع إرادة الطرفين ، لولا أنه

(١) دوما في القوانين المدنية القسم الأول الكتاب الثالث الباب الأول الفرع السابع فقرة ٦ - بوتيه في الالتزامات فقرة ٤٠٦ - وانظر في فقهاء القانون الفرنسي الحديث : سيجوني Segogne في الوفاء بمقابل في القانون الروماني والقانون الفرنسي رسالة من باريس سنة ١٨٨٠ ص ٨٢ - ص ١٠٠ - جيمر Guimbaud في الوفاء بمقابل في القانون الروماني والقانون الفرنسي رسالة من بروكسيل سنة ١٨٨٩ ص ١٨٥ - ص ٢٠٦ - وقارب بلانبول وويبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٠١٩ . ويقرب من هذا التكييف ما يذهب إليه الأستاذ عبد الحى حجازى (جزء ٣ ص ٦٢) من أن الوفاء بمقابل عقد عيني تنتقل به ملكية شيء من ذمة المدين إلى ذمة الدائن ويترتب عليه الوفاء بالتزام سابق .

ويتحس في الدفاع عن هذا التكييف من الفقهاء المعاصرين دى باج : انظر الجزء الثالث

من المقرر أن الوفاء بمقابل يقضى التأمينات التي كانت للدين الأصلي ولو استحق المقابل . انقضاء التأمينات هذا مقرر في الفقه الفرنسي ، ويؤيده نص صريح في التقنين المدني الفرنسي خاص بالكفالة ، فقد نصت المادة ٢٠٣٨ من هذا التقنين على أن قبول الدائن باختياره عقاراً أو أى عرض استيفاء للدين الأصلي يبرئ الكفيل ، حتى لو استحق الشيء في يد الدائن (١) . ويقس الفقه الفرنسي على الكفالة سائر التأمينات . أما في مصر فالنص واضح في أن التأمينات التي كانت للدين الأصلي تزول ، وسرى أن المادة ٣٥١ مدني تقضى بأن يسرى على الوفاء بمقابل « من حيث أنه يقضى الدين ، أحكام الوفاء ، وبالأخص مانع من تبعية جهة الدفع وانقضاء التأمينات (٤) » . ثم طبق التقنين المدني المصري هذا الحكم تطبيقاً خاصاً في الكفالة ، فنص في المادة ٧٨٣ - وهي المقابلة للمادة ٢٠٣٨ مدني فرنسي - على أنه « إذا قبل الدائن أن يستوفى في مقابل الدين شيئاً آخر برئت ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشيء » .

ولا شك في أن انقضاء التأمينات إلى غير رجعة لا يتفق مع التكييف القانوني

(١) ويذهب سيجوني Segogne ، في الرسالة التي أسلفنا الإشارة إليها ، إلى أن بوتيه قرر هذا الحكم في خصوص الكفيل وحده ، دون سائر التأمينات ، لاعتبارات خاصة بالكفيل . فإن الدائن ، بعد أن استوفى دينه بمقابل للوفاء ، وبعد أن برئت ذمة الكفيل ، لا يفكر في الرجوع على الكفيل ، إذا استحق المقابل في يده ؛ إلا إذا كان الدين معسراً . فيضار الكفيل بهذا الإعتبار ، ويكون من حقه أن يدفع رجوع الدائن عليه ، ما دام الدائن هو الذي قبل أن يستوفى دينه بمقابل وترك الدين حتى أصغر ، ففوت على الكفيل الفرصة في أن يرجع على المدين إذا وفى عنه الدين (بوتيه في الإلتزامات فقرة ٤٠٧) . وقد نقل التقنين المدني الفرنسي هذا الحكم عن بوتيه ، وقصره على الكفيل (سيجوني ص ٨٨ - ص ٩٠) .

ويرد بودرى وبارد على هذه الحجة بأن التقنين المدني الفرنسي في المادة ٢٠٣٨ جعل براءة الكفيل ، حتى لو استحق المقابل في يد الدائن ، حكماً عاماً ، ولم يقصره على حالة ما إذا كان الدين معسراً . وهذا يدل على أن الوفاء بمقابل من شأنه تجديد الدين الأصلي ، فينقضى هذا الدين بالتجديد وتنقضى منه تأميناته والكفالة من بينها . ويظهر ذلك في وضوح تام عند الرجوع إلى الأعمال التحضيرية للتقنين المدني الفرنسي ، فقد وردت فيها عبارات صريحة كل الصراحة في هذا المعنى (انظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٨٥ ص ٧٩١ - ص ٧٩٢ - وانظر في الرد على بودرى وبارد : دى باج ٣ فقرة ٥١١ ص ٤٩١) .

(٤) انظر عكس ذلك في عهد التقنين المدني السابق : استئناف مخلط ٢٥ نوفمبر سنة ١٩١٩

الذى نحن بصدده ، فان من مقتضيات هذا التكييف أن يعود الدين الأصلي إذا أبطل الوفاء بمقابل أو استحق المقابل في يد الدائن ، ومتى عاد الدين الأصلي عادت معه جميع التأمينات التي كانت تكفله .

١٨٠ - الوفاء بمقابل عمل مركب من تجديد ووفاء عن طريق

نقل الملكية : والتكييف القانوني الذي أخذ يتغلب في الفقه المعاصر ، وهو التكييف الذي يسائر النصوص التشريعية في مصر وفي فرنسا ، هو أن الوفاء بمقابل عمل مركب . فهو مزيج من التجديد والوفاء عن طريق نقل الملكية ، وتتلاقى فيه عناصر من كل ذلك ، فيجمع في أحكامه بين كل منها .

فالوفاء بمقابل هو أولاً تجديد بتغيير محل الدين . إذ الدائن والمدين يتفقان بادئ ذي بدء على تغيير المحل الأصلي للدين بمحل جديد هو المقابل للوفاء ، ومتى دخل في الدين هذا التعديل الجوهرى فقد أصبح ديناً جديداً محل محل الدين القديم ، وهذا هو التجديد . ويترتب على هذه الخطوة الأولى أن الدين الأصلي ينقضى ، وتنقضى معه تأميناته ، عن طريق التجديد ، لا عن طريق الوفاء كما هو الأمر في التكييف الثانى ، ولا عن طريق المقاصة كما هو الأمر في التكييف الأول . ثم إن الدين الجديد - وهو دائماً التزام بنقل ملكية المقابل الذى استعويض به عن المحل الأصلي للدين - ينفذ عن طريق الوفاء (paiement) . فتنقل الملكية فعلاً إلى الدائن كما قدمنا ، وبذلك يتم الوفاء بمقابل . وفي هذه الخطوة الثانية ينطوى الوفاء بمقابل على معنيين : (أولاً) معنى الوفاء ، إذ الدين الجديد يوفى به عيناً فينقضى ، وهو هنا ينقضى بالوفاء (paiement) . كما انقضى الدين القديم بالتجديد (novation) فيما قدمنا . (ثانياً) ومعنى نقل الملكية ، إذ الوفاء بالدين الجديد معناه نقل ملكية المقابل إلى الدائن كما تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري . ونرى من ذلك أن هذه الخطوة الثانية تكسب الوفاء بمقابل مقوماته الجوهرية : تكسبه معنى الوفاء فيأخذ أحكامه ، وتكسبه معنى نقل الملكية فيأخذ أيضاً بعض أحكامه ، وهذا كله إلى معنى التجديد الذى رأيناه في الخطوة الأولى والذى انقضى الدين الأصلي به (١) .

(١) انظر في هذا المعنى أوبري وروم ، فقرة ٣١٨ هامش رقم ١ وقرة ٣٢٤ هامش رقم ٤٨ -

لوران ١٨ فقرة ٣٢٣ و ٣١ فقرة ٣٦٣ - ديمولومب ٢٧ فقرة ٢٣٠ و ٢٨ فقرة ٢٨٨ -

ويخلص من هذا التكييف القانوني أمران : (١) أن الدين الأصلي في الوفاء بمقابل لا ينقضى بالوفاء ولا بالمقاصة، وإنما ينقضى بالتجديد. أما الدين الجديد الذي حل محل الدين الأصلي فينقضى بالوفاء عيناً ، لا بمقابل الوفاء (١) . (٢) إن الوفاء بمقابل يجمع في أحكامه بين معنى الوفاء ومعنى نقل الملكية (٢) ، وهذا ما تنتقل الآن إليه .

الفرع الثاني

الآثار التي تترتب على الوفاء بمقابل

٤٨١ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٥١ من التقنين المدني

على ما يأتي :

- وما بعدها - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٨٥ ص ٧٨٨ - ص ٧٨٩ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٤٩ ص ٦٥٩ وفقرة ١٢٥٠ ص ٦٥٩ - ص ٦٦٠ - بيدان لاجارد ٨ فقرة ٤٩٤ - جوسران ٢ فقرة ٩٢٨ ص ٤٩٣ .

وانظر في هذا المعنى أيضاً الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٨١ .

وانظر انتقاداً لا يخلو من المبالغة لهذا التكييف في دي باج ٣ فقرة ٥١٠ - فقرة ٥١١ . (١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ويراعى أن الوفاء بالدين القديم لا يتم بمقتضى الإدلاء بالموض : وإنما ينشأ التزام جديد يحل محل هذا الدين ، وهذا الالتزام هو الذى ينقضى بالوفاء فور الوقت من طريق انتقال حق الملك في ذلك الموض . فالاعتياض والحالة هذه ليس إلا تجديداً يقبح بالوفاء بالالتزام الجديد على الفور » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣٧) .

(٢) فالوفاء بمقابل هو إذن تصرف قانونى مركب (acte juridique complexe) من تجديد ونقل ملكية ووفاء . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا المعنى : « بيد أن المشروع آثر أن يختصه (الوفاء بمقابل) ببعض النصوص إزاء ما هو ملحوظ من ازدواج أثره وتراكب طبيعته في فقه القانون : فيراعى من ناحية أن الإدلاء بموض ينقل ملكية ما يؤدى في مقابل الوفاء ، وفي هذه الحدود تطبيق أحكام البيع . ويراعى من ناحية أخرى أنه يهيب للمدين طريقاً لإبراء ذمته من الدين ، وفي هذا النطاق تطبق قواعد الوفاء . وقد يقال أخيراً إن الاعتياض ينتمى أمره إلى تجديد يعقبه الوفاء مباشرة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣٤) .

« يسرى على الوفاء بمقابل ، فيما إذا كان ينقل ملكية شيء أعطى في مقابلة الدين ، أحكام البيع ، وبالأخص ما تعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية . ويسرى عليه ، من حيث أنه يقضى الدين ، أحكام الوفاء ، وبالأخص ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات » (١).

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص (٢) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٤٩ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٣٨ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٠٠ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣١٩ (٣) :

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٨٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا العبارة الآتية التي وردت في المشروع التمهيدى : « يسرى على الوفاء بمقابل ، من حيث إنه ينقل ملكية الشيء الذى أعطى في مقابلة الدين ... » ، وفيما عدا عبارة « احتساب الخصم » في المشروع التمهيدى . وفي لجنة المراجعة عدلت عبارة : « من حيث أنه ينقل ملكية الشيء الخ » بعبارة « فيما إذا كان ينقل ملكية شيء » . وكانت عبارة المشروع التمهيدى أدق في المعنى من عبارة لجنة المراجعة ، لأن العبارة الأخيرة توهم أن الوفاء بمقابل قد لا ينقل الملكية في بعض صوره ، وقد رأينا إنه ينقل الملكية في جميع الصور (قارن مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣٨) . وأصبح رقم المادة ٣٦٣ في المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص . وفي لجنة مجلس الشيوخ عدلت عبارة « احتساب الخصم » بعبارة « تعيين جهة الدفع » . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته تحت رقم ٣٥١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣٦ و ص ٢٣٨ - ص ٢٣٩) .

(٢) الموجز للدولف فقرة ٥٤٣ - الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٧١٣ - فقرة ٧٩٤ .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٤٩ (مطابقة للمادة ٣٥١ من التقنين المدني المصرى) .
التقنين المدني الليبي م ٣٣٨ (مطابقة للمادة ٣٥١ من التقنين المدني المصرى) .
التقنين المدني العراقي م ٤٠٠ (مطابقة للمادة ٣٥١ من التقنين المدني المصرى - وانظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٣٢٧ - فقرة ٣٢٨) .
تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣١٩ : إن قواعد البيع تطبق مبدئياً على الإيفاء بأداء =

ويخلص من هذا النص أن الوفاء بمقابل مزدوج الأحكام ، فتسرى عليه أحكام البيع باعتباره ناقلاً للملكية ، وتسرى عليه أحكام الوفاء باعتبار أنه يقضى الدين .

٤٨٢ - الوفاء بمقابل باعتباره ناقلاً للملكية : لما كان الوفاء بمقابل

ينقل ملكية المقابل من المدين إلى الدائن ، فانه يسرى عليه من هذه الناحية أحكام البيع وأحكام نقل الملكية بوجه عام .

وقد ذكر النص من هذه الأحكام ثلاثة على وجه التخصيص (١) :

١ - أهلية المتعاقدين : وقد قدمنا أنه يشترط في المدين أن تتوافر فيه ،

لا أهلية الوفاء فحسب ، بل أيضاً أهلية التصرف . وكذلك يشترط في الدائن أهلية الالتزام (٢) .

٢ - ضمان الاستحقاق . وإذا استحق المقابل في يد الدائن ، رجع على المدين .

ولا يرجع بالدين الأصلي ، فان هذا الدين قد انقضى بالتجديد كما قدمنا ، وقد انقضت تأميناته معه ، فلا يعود ولا تعود . وإنما يرجع بضمان الاستحقاق كما يرجع المشتري على البائع ، لأنه إنما يطعن في التصرف الخاص بنقل الملكية لا التصرف الخاص بالتجديد . إذ التجديد قد أصبح باتاً لا رجوع فيه ، وهو الذي قضى الدين الأصلي بتأميناته ، وأقام مقامه الدين الجديد الذي يستوجب تنفيذه نقل الملكية (٣) .

= العوض ، ولا سيما القواعد المختصة بالضمان وبأهلية المتعاقدين - على أن قواعد الإيفاء تطبق بالقياس وبقدر المستطاع ، ولا سيما فيما يختص بتعيين جهة الإيفاء . (والحكم متفق مع حكم التقنين المصري ، وإذا كان نص التقنين اللبناني لم يذكر انقضاء التأمينات صراحة ، إلا أن هذا الانقضاء يستخلص بداهة من قواعد الوفاء الواجبة التطبيق) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣٧ .

(٢) جوسران ٢ فقرة ٩٢٩ .

(٣) وقد يقال إنه مما يتفق مع نية الطرفين ، في حالة ما إذا لم تخلص ملكية المقابل للدائن ، أن يفسخ الوفاء بمقابل في مجموعه ، بما ينطوى عليه من تجديد ووفاء ونقل ملكية ، ويعود الدين الأصلي إلى ذمة المدين . وقد جاء في هذا المعنى في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ولا يكون للدائن في هذه الحالة إلا حق الرجوع بدهوى الضمان ، ما لم يطلب الحكم بفسخ الاعتياض ذاته : قارن المادة ٩٩٨ من التقنين البرازيل ، وهي تقضى بأن الدين القديم يعود =

ولما كان الدائن يرجع على المدين بضمان الاستحقاق كما قدمنا ، فإنه يرجع ، طبقاً لأحكام هذا الضمان ، بما يأتي : (١) قيمة المقابل وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت . (٢) قيمة الثمار التي ألزم الدائن بردها لمن استحق المقابل . (٣) والمصروفات النافعة التي لا يستطيع الدائن أن يلزم بها المستحق ، وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان المدين سيء النية . (٤) وجميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق عدا ما كان الدائن يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر المدين بالدعوى . (٥) وبوجه عام التعويض عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المقابل (١) .

ولا شك في أن الرجوع بضمان الاستحقاق أرجح للدائن من الرجوع بالدين الأصلي ، ولكن تأمينات الدين الأصلي تزول كما قدمنا فلا تكفل ضمان الاستحقاق .

٣ - ضمان العيوب الخفية : فإذا لم يستحق المقابل ، ولكن الدائن كشف فيه عيباً خفياً ، فإنه يرجع على المدين بضمان العيوب الخفية ، كما يرجع المشتري على البائع ، طبقاً لأحكام المواد ٤٤٧-٤٥٤ مدني . ويخلص من هذه النصص أن العيب لو أثر في المقابل إلى حد لو علمه الدائن لما رضى بهذا المقابل ، كان له أن يرده إلى المدين وأن يطالبه بالتعويض على النحو الذي بيناه في ضمان الاستحقاق . أما إذا اختار الدائن استبقاء المقابل ، أو كانت الخسارة لم تبلغ

= إلى الوجود ويحول أثر الخسارة الخاصة به متى استحق العرض (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣٧ - ٢٣٨) . انظر أيضاً المادة ١٩٧/٢ من التقنين المدني الإبطالي الجديد - والأستاذ عبد الحى حجازي ٣ ص ٦٤ - ص ٦٥ .

ولكن القول برجوع الدين الأصلي ، عن طريق فسخ الوفاء بمقابل في مجموعته ، يقتضى أن يرجع مع الدين الأصلي تأميناته التي كانت تكفله ، وهذا يتعارض مع نص القانون الصريح من أن التأمينات تنقضى . ومن ثم لا يكون للدائن ، في حالة استحقاق المقابل ، إلا الرجوع بضمان الاستحقاق على الوجه الذي سنبسطه ، ولا يجوز له فسخ التجديد . فيبقى الدين الجديد قائماً ، ولا يعود الدين الأصلي ولا تعود تأميناته (انظر في هذا المعنى أوبري ورو ٤ فقرة ٢٢٤ ص ٢٢٤ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٥٤ - كولان وكابيتان ودي لا مورانديير ٢ فقرة ٩٨٨) .

(١) انظر المادة ٤٤٣ من التقنين المدني في ضمان الاستحقاق .

الحد المتقدم الذكر ، لم يكن له إلا أن يطالب المدين بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب (م ٤٥٠ و ٤٤٤ مدني) (١) .

ولما كان نص المادة ٣٥١ مدني لم تحصر أحكام البيع التي تسرى على الوفاء بمقابل في الأحكام الثلاثة المتقدمة الذكر ، بل ذكرتها على سبيل التمثيل والتخصيص ، فانه يبدو أن بعض أحكام البيع الأخرى - كحق امتياز البائع إذا كان هناك معدل (souite) يدفعه الدائن للمدين (٢) ، وحق الفسخ إذا لم يوف الدائن بهذا المعدل ، وحق تكملة الثمن للغبن فيما إذا كان الدائن قاصراً وكان المقابل عقاراً نقل قيمته عن أربعة أخماس الدين (٣) ، تسرى على الوفاء بمقابل (٤) .

٤٨٣ - الوفاء بمقابل باعتباره وفاء : ثم إن الوفاء بمقابل ، باعتباره وفاء ، يقضى الدين الجديد الذي حل محل الدين الأصلي كما قدمنا . أما الدين الأصلي فقد انقضى بالتجديد ، كما سبق القول .

ومن ثم ترتب للنتائج الآتية (٥) :

١ - تزول التأمينات التي كانت للدين الأصلي ، ولا تعود حتى لو استحق

(١) كولان وكابيتان ودي لامورانديير ٢ فقرة ٩٨٨ ص ٦٤٩ - أنسيلكويبيدي دالوز ٢ لفظ dation en paiement فقرة ١٧ .

(٢) كولان وكابيتان ودي لامورانديير ٢ فقرة ٩٣٧ - أنسيلكويبيدي دالوز ٢ لفظ dation en paiement فقرة ١٦ .

(٣) كولان وكابيتان ودي لامورانديير ٢ فقرة ٩٣٧ - أنسيلكويبيدي دالوز ٢ لفظ dation en paiement فقرة ١٥ - تارن بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٨٧ مكررة أولاً - فقرة ١٦٨٨ . وانظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٥٣ وفقرة ١٢٥٥ .

(٤) وكذلك تدفع رسوم انتقال الملكية في الوفاء بمقابل بنفس المقدار الذي تدفع به في البيع (استئناف مخطط ٣٠ أبريل سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣١٧ - وانظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٥٣) .

(٥) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣٧ -

المقابل في يد الدائن ، على النحو الذي قدمناه . وهذه النتيجة مترتبة على أن الدين الأصلي قد انقضى وانقضت معه تأميناته عن طريق التجديد (١) .

٢ - تتبع الأحكام المتعلقة بتعيين جهة الدفع (imputation du paiement) فيما إذا كان في ذمة المدين للدائن عدة ديون من جنس واحد وقد دفع المدين مقابلا للوفاء ببعضها دون بعض ، فيكون له وقت الدفع أن يبين الدين الذي دفع مقابله . فان لم يبين ، كان الدين المدفوع له المقابل هو الدين الحال ، ثم الدين الأكثر كلفة على المدين . فان تعادلت الديون في الحلول وفي الكلفة على المدين ، كان للدائن أن يعين الدين الذي استوفى مقابله .

٣ - إذا تبين أن المدين قد دفع مقابلا لدين لا وجود له ، اتبعت أحكام الوفاء لا أحكام نقل الملكية . ومن ثم لا يرجع المدين على الدائن بمقدار الدين ، ولكن يسترد منه المقابل الذي دفعه بدعوى استرداد غير المستحق (٢) .

٤ - يجوز لدائني المدين أن يطعنوا بالدعوى البولصية في الوفاء بمقابل باعتبار أنه وفاء . فاذا وفي المدين المعسر ، وفاء بمقابل ، أحد دائنيه قبل

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٥٢ - جوران ٢ فقرة ٩٢٩ .

(٢) أنسيكلوبيدى دالوز ٢ لفظ dation en paiement فقرة ١٨ - ويمكن القول أيضا إن الذي أعطى المقابل ، وقد تبين أنه غير مدين ، يكون بمثابة البائع الذي لم يستوف الثمن من المشتري . فيفسخ البيع ويسترد المبيع . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه إذا كانت الواقعة الثابتة بالحكم هي أن الدائن ومدينه اتفقا على أن يبيع المدين إلى الدائن قدراً من أطيانه مقابل مبلغ ما كان باقياً عليه من دين سبق أن حوله الدائن إلى أجنبي ، وتعهد الدائن باحضار مخالصة من ذلك الأجنبي عند التصديق على عقد البيع ، وحرر بين الطرفين في تاريخ هذا الاتفاق عقد بيع عن الأيطان الواردة به ، ثم تم التوقيع على عقد البيع النهائي ، ولم يحضر الدائن المخالصة من الأجنبي ، بل إن هذا الأخير استمر في إجراءات التنفيذ بالنسبة إلى باق الدين فنزع ملكية المدين من أطيان أخرى حتى بيعت بالمزاد، فرأت المحكمة من هذا أنه مع قيام الأجنبي بالتنفيذ على هذه الأيطان الأخرى للحصول على باق الدين تكون الأيطان المبيعة للدائن تحت يده من غير مقابل ، وعلى هذا قضت بفسخ العقد ، فإنها تكون قد أصابت ، لأنه بالقياس على البيع يكون للمدين - الذي هو في مركز البائع - الحق في فسخ العقد إذا حال الدائن الذي أخذ الأيطان وفاء لدينه دون حصول المقاصة عن هذا الدين بمقتضى الوفاء لدينه ، إذ يكون الدائن والحالة هذه كأنه مشتر لم يدفع الثمن (نقض منى ١٨ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة صم : رقم ١٣٩ ص ٢٨٥) .

انقضاء الأجل الذي عين أصلاً للوفاء، لم يسر هذا الوفاء في حق باقى الدائنين .
وكذلك لا يسرى في حقهم الوفاء بمقابل ولو حصل بعد انقضاء هذا الأجل ،
إذا كان قد تم نتيجة تواطؤ بين المدين والدائن الذي استوفى المقابل (١) .

(١) وذلك كله قياساً على المادة ٢/٢٤٢ مدنى ، وقد وردت في خصوص الطعن بالدعوى
البولصية في الوفاء ، فيمكن قياس الوفاء بمقابل على الوفاء . انظر : استئناف مَحْتَلَط ١٧ أبريل
سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٧ - ٣٠ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٢ - ١٥ يونيو سنة ١٩١٦ م
٢٨ ص ٤٣٣ - وانظر الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٦٦ .

الفصل الثاني

التجديد والائابة فى الوفاء (*)

(Novation et délégation)

الفرع الأول

التجديد

(Novation)

٤٨٤ - التجدد نظام قانونى محدود الأهمية - شروط والآثار

تترتب عليه : التجدد هو استبدال دين جديد بدين قديم ، فىكون سبباً فى قضاء الدين القديم وفى نشوء الدين الجديد . فالتجدد إذن هو سبب لانقضاء الالتزام ، وهو فى الوقت ذاته مصدر لنشوء الالتزام . فهو اتفاق (convention) على قضاء الالتزام القديم ، وعقد (contrat) لإنشاء الالتزام الجديد ، وهو فى الحالتين تصرف قانونى (acte juridique) . ويتميز الدين الجديد عن الدين القديم إما بتغيير فى الدين (أى فى محله أو فى مصدره) ، وإما بتغيير المدين ، وإما بتغيير الدائن .

والتجدد كنظام قانونى أصبح اليوم محدود الأهمية خلافاً لما كان عليه الأمر

(*) مراجع : بول جيد (Paul Gide) دراسة فى التجدد وحوالة الحق فى القانون الرومانى سنة ١٨٧٩ - بيتى (Petit) نظرات (réflexions) فى الحوالة : المجلة الانتدابية سنة ١٩٣٠ ص ٩٥ - ٥ - هجر (Hubert) بحث فى النظرية القانونية للإئابة رسالة من بواتييه سنة ١٨٩٩ - نجر (Nègre) شروط الانقضاء والصحة فى التجدد رسالة من إكس سنة ١٩٢٠ - ثالير (Thaller) الصيغة القانونية لسند الائتمان : حوليات القانون التجارى سنة ١٩٠٦ وسنة ١٩٠٧ - كابيتان (Capitant) فى السبب .

في القانون الروماني (١) ، وقل الالتجاء إليه في التعامل . فالتجديد بتغيير الدين أصبح يعنى عنه الوفاء بمقابل ، وتعنى حوالة الدين عن التجديد بتغيير المدين ، وحوالة الحق عن التجديد بتغيير الدائن . ومن ثم اختفى التجديد في بعض التقنيات الحديثة كالتقنين الألماني (٢) ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

ونبحث في التجديد : (أولاً) شروطه (ثانياً) الآثار التي تترتب عليه .

(١) لم تكن حوالة الحق ولا حوالة الدين معروفة في القانون الروماني على ما قدمنا ، فكان التجديد يقوم مقام الحوالة . على أن التجديد في القانون الروماني كان يختلف في جوهره عن التجديد في القوانين الحديثة . فهو لم يكن يغير من محل الدين ، بل كان يغير شكله ، فيفرغه غالباً في عقد لفظي (stipulatio) وأحياناً في عقد كتابي (litteris) ، فيكسبه جدة ويزيد في قوته . وقد يكون التجديد بسمير الدائن أو بتغيير المدين ليقوم مقام حوالة الحق أو حوالة الدين ، بل قد يكون بتغيير عنصر غير جوهرى في الالتزام كإضافة أجل أو توثيق الدين بضمان لنا لا يعتبر تجديداً في القوانين الحديثة . فالتجديد في القانون الروماني كان أقرب إلى المساس بصورة الالتزام وشكله منه إلى تغيير موضعه وطبيعته . أما التجديد في القوانين الحديثة فيجرى على أساس النية لا الشكل ، ويغير في الالتزام الأصل تغييراً جوهرياً إلى حد استبدال التزام جديد به . ومن ثم كان التجديد في القانون الروماني مسألة شكلية تتصل بصورة الالتزام ، والتجديد في القوانين الحديثة مسألة موضوعية تتصل بحرية التعاقد وسلطان الإرادة (انظر في هذا المعنى بودرى وبارد ٢٤٨٩ فقرة ١٦٨٩ وفقرة ١٧١١-بلائيول بلائيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٥٦) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « يختلف مذهب التقنينات اللاتينية عن مذهب التقنينات الجرمانية فيما يتعلق بالأحكام الخاصة بالتجديد . فقد جرت الأولى على إفراد مكان لهذه الأحكام في النصوص ، متأثرة بما كان لها من منزلة في القانون الروماني ، وقد كان هذا القانون يجهل حوالة الحق وحوالة الدين على حد سواء ، فألجئ بذلك إلى الاستعاضة بالتجديد عن هذا وتلك . أما الثانية فهمل التجديد على نقيض ذلك ، وتستعوض عنه بحوالة الحق وحوالة الدين ، وهما بطبعهما أدنى إلى التمشي مع التصوير المادى للالتزام . على أن الفوارق بين هذين المذهبين أقرب إلى المساس بالعرض منها إلى المساس بالجوهر ، فالتقنينات اللاتينية تقر صراحة حوالة الحق ، ولا تمنع على وجه الإطلاق في حوالة الدين . والتقنينات الجرمانية (وردت خطأ : اللاتينية) لا تضييق بالتجديد حيث تسمح جدواه كما هو الشأن في التجديد بتغيير الدين بوجه خاص . ولم ير المشروع أن يشذ عن التقليد اللاتيني ، ولا سيما أن الإجابة مع أهميتها تفتقر بالتجديد باعتبارها مجرد وصف من أوصافه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٠) .

ولم يغفل التقنين المدني الجديد شأن التجديد ، لا اتصاله بالإجابة من ناحية ، ولأن التجديد بتغيير الدين لا تزال له أهمية كبيرة في العمل من ناحية أخرى (انظر في هذا المعنى بلائيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٥٦ ص ٦٦٤) . فمرض لأحكام التجديد ، وتولاها بشيء من الضبط =

المبحث الأول

شروط التجديد

٤٨٥ - شروط ثلثة : يمكن رد شروط التجديد إلى ثلاثة . إذ التجديد

يفترض وجود التزامين متعاقبين الجديد منهما يحل محل القديم ، على أن يختلف الالتزام الجديد عن الالتزام القديم في أحد عناصره ، وعلى أن تتوافر عند الطرفين نية التجديد (١) .

فشروط التجديد إذن هي : (١) تعاقب التزامين ، قديم حل محله جديد (٢) اختلاف ما بين الالتزامين في أحد العناصر (٣) نية التجديد .

المطلب الأول

تعاقب التزامين قديم حل محله جديد

٤٨٦ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٥٣ من التقنين المدني

على ما يأتي :

= والتحديد . وقد جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى : « وقد عرض المشروع لبعض الأحكام الخاصة بالتجديد ذاته بشيء من الضبط والتحديد ، لاسيما ما تعلق بمنها بتجديد الالتزام الباطل أو القابل للبطال ، وبالتطبيقات العملية لفكرة عدم افتراض التجديد ، وبانتقال التأمينات إلى الالتزام الجديد » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٠) . وجاء في موضع آخر : « يعتبر التجديد طريقاً من طرق انقضاء الالتزام ومصدراً من مصادر إنشائه في آن واحد . وليس شك في أن الحوالة والإناية والحلول تحقق الغرض المقصود من هذا النظام ، وتفضله من وجوه . وهذا هو ما حدا بالتقنينات الجرمانية إلى أغفاله : انظر مع ذلك المواد ١٣٧٥ - ١٣٧٧ من التقنين النمساوى . بيد أن لتجديد سزايا ما تزال باقية تتجلى قيمتها عند ما يراد استبدال محل الالتزام أو مصدره : انظر المادة ٢٦٣ من التقنين البولونى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٤٣) .

ويعرض التقنين المدني الايطالى الجديد في تفصيل لتنظيم التجديد بتغيير الدين وهو التجديد الموضوعى ، ولا يشمل إلا على نص واحد في التجديد بتغيير المدين وهو التجديد الشخصى ، ويسكت عن التجديد بتغيير الدائن (الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٧٠ - ص ٧١) .

(١) أسبوط ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٠ المحللة ١١ رقم ٢١٩ ص ٤٠٤ - ٣١ أكتوبر

سنة ١٩٣٢ المحللة ١٣ رقم ٥٦٢ ص ١١٢٨ .

« ١ - لا يتم التجديد إلا إذا كان الالتزام القديم والجديد قد خلا كل منهما من أسباب البطلان » .

« ٢ - أما إذا كان الالتزام القديم ناشئاً عن عقد قابل للإبطال ، فلا يكون التجديد صحيحاً إلا إذا قصد بالالتزام الجديد إجازة العقد وأن يحل محله «(١) .
ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص (٢) .

ويقابل النص في للتقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٥١ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٤٠ - ولا مقابل في التقنين المدني العراقي - ويقابل في تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٢٢ (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٩٠٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما هذا بعض فروق لفظية طفيفة ، أزيلت في لجنة المراجعة فأصبح التطابق تاما ، ووافقت اللجنة على المادة تحت رقم ٣٦٥ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٥٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٤٤ - ص ٢٤٦) .

(٢) المرجع للمؤلف فقرة ٥٧٤ - فقرة ٥٧٥ .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٥١ (مطابقة للمادة ٣٥٣ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٤٠ (مطابقة للمادة ٣٥٣ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي : لا مقابل للنص ، والسبب هو اختلاف نظرية البطلان في التقنين العراقي عنها في التقنين المصري ، ومع ذلك فالأحكام واحدة رغم هذا الاختلاف (انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٢٢٣ - فقرة ٢٢٤) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٢٢ : لا يتم التجديد إلا إذا كان الموجبان القديم والحديث موجودين حقيقة وليس بهما سبب للإبطال النطاق - أما مجرد قابلية الإبطال لهذا الدين أو لذلك فلا يحول دون التجديد ، بل تبقى مفاعله موجودة مادام الإبطال لم يحكم به . وإن الدين القابل للإبطال يجوز استبداله بموجب صحيح إذا كان صاحب دعوى الإبطال عالما بالحالة ، فيعد حينئذ عادلا عن حق إقامتها - والموجب الطبيعي يجوز استبداله بواسطة التجديد بموجب مدنى . وتتفق هذه الأحكام مع أحكام التقنين المصري ، إلا في تجديد الالتزام الطبيعي ، فنو التقنين المصري لا يكون هذا تجديدا وإنما هو إنشاء لالتزام مدنى سببه الالتزام الطبيعي ، وقد سبق ذكر ذلك في الجزء الثاني من الوسيط عند الكلام في الالتزام الطبيعي) .

ويخلص من هذا النص أنه حتى يتم التجديد، يجب أن يوجد التزام قديم خالٍ من أسباب البطلان، ثم يعقبه ليحل محله التزام جديد خالٍ هو أيضاً من أسباب البطلان.

٤٨٧ - وهو التزام قديم : يفترض التجديد وجود التزام سابق ، هو الذى يقوم عليه التجديد فيقضيه ، وندعوه هنا بالالتزام القديم .

فاذا لم يكن هذا الالتزام القديم موجوداً فعلا بل ظن وجوده توهماً ، وكذلك إذا كان هذا الالتزام قد انقضى بسبب سابق على التجديد ، فلا يمكن أن يكون هناك تجديد ولو اتفق الطرفان على إنشاء التزام جديد يحل محل الالتزام الموهوم . ذلك أن الالتزام الجديد إنما يستمد قوامه من أنه حل محل التزام قديم ، فاذا لم يوجد هذا الالتزام القديم لم يقم تبعاً لذلك الالتزام الجديد (١) .

وإذا كان الالتزام القديم مصدره عقد باطل لأى سبب من أسباب البطلان ، كعدم تعيين المحل أو عدم مشروعيته أو عدم مشروعية السبب ، فإن الالتزام القديم يكون معدوماً في هذه الحالة إذ العقد الباطل لا ينتج فى الأصل أثراً ، فلا يمكن أن يكون هناك تجديد لهذا الالتزام المعدوم (٢) .

وإذا كان الالتزام القديم مصدره عقد قابل للإبطال ، لنقص فى الأهلية أو لعب فى الإرادة ، فالأصل أن تجديد مثل هذا الالتزام لا يكون صحيحاً ، بل يبقى مهسداً بالإبطال . فاذا ما طلب ذو الشأن إبطال العقد انعدم الالتزام القديم ، فانعدم لذلك الالتزام الجديد ، وبطل التجديد (٣) . على أن الفقرة الثانية

(١) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٦٩٠ .

(٢) استئناف مختلط ١٥ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٢٨ - وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى : « يشترط لصحة التجديد ألا يكون أحد الالتزامين ، القديم أو الجديد ، مطلق البطلان . فاذا كان الالتزام القديم باطلاً ، استتب ذلك بطلان الالتزام الجديد لتخلف سببه . وإذا كان الالتزام الجديد باطلاً ، بقى الالتزام القديم قائماً لاستتاع أثر التجديد » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٥) .

(٣) وقد لا يكون الالتزام القديم قابلاً للإبطال ، ولكنه يكون خاضعاً لحكم خاص نقرر قبل التجديد أو بعده ، فلا يقوى التجديد على حجب هذا الحكم ، بل ينتقل أثر الحكم إلى الالتزام الجديد . من ذلك ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه إذا داخل الالتزام القديم ربا فاحشاً ، - (م ٥٢ - لروبيط)

من المادة ٣٥٣ مدني أوردت استثناء على هذا الأصل، فنصت كما رأينا على ما يأتي :
« أما إذا كان الالتزام القديم ناشئاً عن عقد قابل للإبطال، فلا يكون التجديد صحيحاً إلا إذا قصد بالالتزام الجديد إجازة العقد وأن يحل محله ». فإذا كان الطرف الذي له حق إبطال العقد مصدر الالتزام القديم قد أصبح في حال يستطيع معها إجازة هذا العقد، ثم أقدم على تجديد الالتزام وهو على بصيرة من الأمر، فإن التجديد ذاته يعتبر إجازة للعقد. فينقلب الالتزام القديم صحيحاً، ويصح تبعاً لذلك الالتزام الجديد، فيحل محل الالتزام القديم، ويتم التجديد (١). وقد يتم التجديد دون أن يكون هناك قصد إلى إجازة العقد، بأن يكون العاقد الذي وقع في غلط مثلاً لم يكشف العيب، فيبقى التجديد، كما قدمنا، مهدداً بالإبطال. ولكن يصح أن يجيز العاقد العقد بعد تمام التجديد وبعد كشفه للعيب، فينقلب العقد صحيحاً، وتستتبع صحة العقد صحة التجديد (٢). وقصد إجازة العقد، سواء قارن التجديد أو أعقبه، يتوقف الأمر فيه على نية صاحب الشأن. وهي نية موكل كشفها لقاضي الموضوع، ولا معقب عليه في ذلك من محكمة النقض.

وإذا كان العقد القديم قابلاً للفسخ وفسخ فعلاً، فقد سقط الالتزام القديم وسقط معه التجديد (٣).

= فإن تجديد الالتزام لا يمنع من المطالبة بتخفيض الفوائد إلى الحد المسموح به قانوناً (استئناف مختلط ٤ مارس سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٤٧ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٣٧ - ١١ يناير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٨٩ - ٥ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٦٤ - ٢١ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٤٣). ومن ذلك أيضاً ما قضت به محكمة أسيوط من أنه إذا استبدل دين بدين، ثم صدر بعد الاستبدال قانون يعطى للمدين الحق في خصم جزء من الدين الأول، جاز للمدين أن يتسك بهذا القانون، إذ هو لم يدخل في تقديرة وقت الاستبدال، ولم يحصل تقصير منه في عدم التمسك به (أسيوط أول مارس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢١٦ ص ٤٣٠).

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٥.
(٢) وهذا كله لو اشترك العاقد الذي له حق إبطال العقد في التجديد. أما إذا لم يشترك فيه، وتقدم مدين جديد يتعاقد مع الدائن ليحل محل المدين الأصلي الذي له حق إبطال العقد، فإن هذا المدين الأصلي يبقى على حقه في طلب إبطال العقد، حتى لو كان المدين الجديد عالماً بسبب الإبطال. فيسقط التجديد أو يصح، تبعاً لما إذا أبطل المدين الأصلي العقد أو أجازاه (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٦٩٢).

(٣) طنطا ٨ يناير سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ١١٦ ص ٣٠٠.

وإذا كان الالتزام القديم معلقاً على شرط ، واقفاً كان الشرط أو فاسخاً ، فان التجديد يكون هو أيضاً معلقاً على هذا الشرط . فاذا تحقق الشرط الواقف ، أو لم يتحقق الشرط الفاسخ ، أصبح التجديد باتاً . إما إذا لم يتحقق الشرط الواقف ، أو تحقق الشرط للفاسخ ، فانعدم الالتزام القديم ، انعدم تبعاً له الالتزام الجديد ، وسقط التجديد (١) .

وإذا كان الالتزام القديم التزاماً طبيعياً ، فقد قدمنا في الجزء الثاني من الوسيط عند الكلام في الالتزام الطبيعي ، أن الالتزام الطبيعي لا يكون محلاً للتجديد ، وإنما يكون سبباً (cause) يقوم عليه الالتزام الجديد (٢) .

٤٨٨ - انشاء التزام جديد : ويفترض التجديد أيضاً قيام التزام

جديد ، هو الذي يقع عليه التجديد فينشئه ، ويحل الالتزام الجديد محل الالتزام القديم الذي يكون قد انقضى بالتجديد .

ويجب ، حتى يتم التجديد ، أن ينشأ هذا الالتزام الجديد صحيحاً ، فان الدائن لم يقبل انقضاء الالتزام القديم إلا في مقابل إنشاء الالتزام الجديد . ويصدر هذا الالتزام الجديد هو التجديد ذاته ، أى العقد الذي أبرم ما بين الدائن والمدين . فاذا كان هذا العقد باطلاً ، لم ينشأ الالتزام الجديد ، وسقط التجديد تبعاً لذلك ، وبقي الالتزام على أصله دون أن ينقضى .

(١) أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٢٤ ص ٢٢١ - ص ٢٢٢ - ومع ذلك قد تنصرف نية الطرفين إلى بقاء التجديد حتى لو زال الالتزام القديم بحكم الشرط ، كما إذا جدد الطرفان التزاماً معلقاً على شرط قيمته مائة ذاعلاً محله التزاماً باتاً تبينه خسون ، فيصبح التجديد باتاً تحقق الشرط أو تخلف (استئناف محتلط ٧ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٧٩ - وأنظر : بودرى وبارد ٣ فقرة ١٦٩٣ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٥٨) .

(٢) انظر المسادة ٢٠٢ مدني - وانظر عكس ذلك المادة ٣/٢٢٢ من تقنين الموجبات والمقود البناني .

وإذا انقضت مدة التقادم في الترام معين ، فقبل التمسك بالتقادم يبقى الالتزام قائماً ، ويجوز تجديده ، ويعتبر التجديد زولاً عن حق التمسك بالتقادم . أما بعد التمسك بالتقادم ، فإن الالتزام يسقط ، ويتخلف عنه التزام طبيعي ، لا يكون قابلاً للتجديد ، ولكن يجوز اتخاذه سبباً لإنشاء التزام مدني (دي باج ٣ فقرة ٥٧٠) .

وإذا كان عقد التجديد قابلاً للإبطال ، فإن مصير التجديد يبقى مهدداً (١) .
فاذا ما أبطله صاحب الحق في الإبطال ، زال الالتزام الجديد ، وعاد الالتزام
القديم بأثر رجعي ، إذ يعتبر التجديد كأن لم يكن (٢) . أما إذا أُجيز عقد التجديد ،
فقد انقلب التجديد صحيحاً ، وبقي الالتزام الجديد قائماً على وجه بات يحل
محل الالتزام القديم .

وإذا كان عقد التجديد معلقاً على شرط واقف أو شرط فاسخ ، ظل التجديد
معلقاً على هذا الشرط (٣) . فان تحقق الشرط الواقف ، أو لم يتحقق الشرط
الفساخ ، أصبح لإنشاء الالتزام الجديد نهائياً وتم التجديد على وجه بات .
أما إذا لم يتحقق الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ ، فان الالتزام الجديد
يزول ويعود تبعاً لذلك الالتزام القديم بأثر رجعي ، ويعتبر التجديد
كأن لم يكن (٤) .

المطلب الثاني

اختلاف ما بين الالتزامين في أحد العناصر

٤٨٩ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٥٢ من التقنين المدني على

ما يأتي :

« يتجدد الالتزام :

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « وإن كان الالتزام الجديد هو
القابل للإبطال ، يظل التجديد قائماً حتى يقضى بإبطال هذا الالتزام : انظر المادة ٣٢٢ من التقنين
البناني » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٥) .

(٢) وقد يقبل الدائن الالتزام الجديد القابل للإبطال على علاته ، معتمداً على أن صاحب
الحق في الإبطال سيجوز عقد التجديد ولا يبطله ، فيرضى بانقضاء الالتزام القديم على وجه بات
حتى لو أبطل عقد التجديد . فن هذه الحالة ، إذا أبطل عقد التجديد هل خلاف ما أمله الدائن ،
فإن الالتزام القديم لا يموذ بالرغم من سقوط التجديد ، ويكون الدائن عندما قبل التجديد على هذا
النحو قد أبرم في الواقع من الأمر عقداً احتمالياً (ديمولوب ٢٨ فقرة ٥٢١ - لوران ١٨
فقرة ٢٥٢ - بودرى وبارد ٣ فقرة ١٦٩٦ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٥٩) .

(٣) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٦٩٥ .

(٤) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢٤ ص ٣٢٢ - وهذا كله ما لم يقصد الطرفان أن يبقى الالتزام -

« أولاً - بتغيير الدين إذا اتفق الطرفان على أن يستبدلا بالالتزام الأصلي التزاماً جديداً يختلف عنه في محله أو في مصدره » .

« ثانياً - بتغيير المدين إذا اتفق الدائن مع أجنبي على أن يكون هذا الأجنبي مديناً مكان المدين الأصلي وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأصلي دون حاجة إلى رضائه، أو إذا حصل المدين على رضاه الدائن بشخص أجنبي قبل أن يكون هو المدين الجديد » .

« ثالثاً - بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين وأجنبي على أن يكون هذا الأجنبي هو الدائن الجديد » (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ١٨٧/٢٥١ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٥٠ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٣٩ - وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٤٠١ و ٤٠٢ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٢٣ (٣) .

- الجديد قائماً حتى لو زال الالتزام القديم بتحقق الشرط القاسخ أو بعدم تحقق الشرط الواقف ، فإن زال الالتزام القديم على هذا النحو بقي الالتزام الجديد قائماً وفقاً لإرادة الطرفين ، ولكن لا يكون هذا تجديداً (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٦٩٥ - بلانويل وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٥٩) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٨٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٦٤ من المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٥٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٢ - ص ٢٤٤) .

(٢) التقنين المدني السابق م ١٨٧/٢٥١ : يحصل الاستبدال بأحد الأمور الآتية : أولاً - إذا اتفق الدائن والمدين على استبدال الدين الأصلي بمدين جديد أو على تغيير سبب الدين الأصلي بسبب آخر . ثانياً - إذا اتفق الدائن مع شخص على انتقال الدين لذمته وبراءة ذمة المدين الأصلي بدون احتياج لرضاه بذلك ، أو استحصل المدين على رضاه دائمه باستيفاء دينه من شخص آخر ملتزم بأدائه بدلا عن المدين . ثالثاً - إذا اتفق الدائن مع مدينه على دفع الدين لشخص آخر وارضى الشخص المذكور ذلك .

(٣) ولا فرق في هذا ما بين التقنينين القديم والجديد : انظر الموجز لمؤلف فقرة ٥٧٥) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٥٠ (مطابقة المادة ٣٥٢ من التقنين المدني المصرى) .

- التقنين المدني الليبي م ٣٣٩ (مطابقة المادة ٣٥٢ من التقنين المدني المصرى) .

٤٩٠ - لابر من مخالفة الالتزام الجبرم للالتزام القديم في عنصر

هام: ويخلص من النص المتقدم الذكر أنه حتى يكون هناك تجديد ، لا بد أن يخالف الالتزام الجديد الالتزام القديم في عنصر من عناصره الهامة . أما إذا كان الالتزام الجديد لا يغير الالتزام القديم ، فلا يعدو الأمر أن يكون هذا إقراراً (reconnaissance) بالالتزام القديم كما هو دون تغيير ، أو إقراراً (ratification) له حتى يسرى في حق الغير ، أو إجازة (confirmation) له حتى يزول البطلان ، أو نحو ذلك ، ولكنه لا يكون على كل حال تجديداً .

كذلك إدخال تعديل غير جوهرى (١) على الالتزام القديم لا يعد تجديداً (٢) .

- التقنين المدنى المراقى م ٤٠١ : يجوز تجديد الالتزام باتفاق الطرفين ، على أن يستند بالالتزام الأسمى التزاماً جديداً يختلف عنه في محله أو في مصدره .

م ٤٠٢ : يجوز تجديد الالتزام أيضاً بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين وأجنبى هل أن يكون هذا الأجنبى مدنياً مكان المدين الأسمى وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأسمى دون حاجة لرضائه ، أو إذا قبل شخص أجنبى أن يكون المدين الجديد وحصل المدين الأسمى على إجازة الدائن لذلك . (وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المصرى : انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام فى القانون المدنى المراقى فقرة ٢٣٥) .

تقنين الموجبات والعقود البنائى م ٣٢٣ : لا يكون التجديد إلا بإدخال عنصر جديداً فى الموجب . ويتناول التبدل ، إما شخص أحد المتعاقدين ، وإما موضوع الموجب ، وإما السند القانونى الذى يستند منه الموجب .

(وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المصرى ، رغم اقتضاب نص التقنين البنائى) .
(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن استبدال الالتزام عقد يتفق فيه الطرفان على أن يقضيا على التزام سابق وعلى أن يحل محله التزاماً آخر يختلف عن الأول بأحد عناصره الهامة : العاقدين أو الموضوع أو السبب القانونى . ومن المتفق عليه علماً وقضاء أن التعديلات التى تطرأ على قيمة الالتزام ، أو أجله ، أو طريقة الدفع ، أو التأمينات ، أو شكل التقيد بأن كان التقيد رسمياً فأصبح عرفياً أو العكس ، لا تكفى لإحداث الاستبدال القانونى (استئناف مصر ٥ مايو سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١٠ ص ١٧) ، إلا إذا وجد من الظروف ما يدل على أن نية الطرفين قد اتجهت إلى تجديد الدين (استئناف مصر ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٤٥ المجموعة الرسمية ٤٦ رقم ١٣٩) .

(٢) استئناف مغلط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٦٣ : مجرد تعيين طريق الوفاء (mode de règlement) مع التصريح بأن ليس هناك تجديد لا يعتبر تجديداً .

فاضافة أجل الى الالتزام القديم ، أو مد أجل قائم ، أو إلغاء أجل موجود (١) ، كل ذلك لا يعد تعديلاً جوهرياً حيث يكون الالتزام الجديداً مغايراً للالتزام القديم إلى حد أن يكون هناك تجديد (٢) . كذلك إضافة شرط جزائي إلى الالتزام ، أو تقديم تأمين عيني أو شخصي ، أو إلغاء هذا التأمين ، أو تعديل مكان الوفاء ، أو تعديل سعر الفائدة بخفضها أو رفعها ، أو تغيير مقدار الدين بزيادته أو نقصه ، كل ذلك لا يعد تعديلاً جوهرياً يترتب عليه تجديد الالتزام (٣) . وهذا كله ما لم يصرح الطرفان أنهما أرادا تجديداً ، فيتم التجديد ، وتعتبر هذه التعديلات عندئذ تغييراً في محل الدين (٤) .

أما تعليق التزام منجز على شرط واقف أو شرط فاسخ ، أو بالعكس إلغاء شرط واقف أو فاسخ كان الالتزام معلقاً عليه فأصبح التزاماً منجزاً ، فإن هذا يعد تعديلاً جوهرياً في الالتزام إلى حد أن يكون تجديداً له بتغيير محل الدين (٥) .

-
- (١) استئناف مختلط ٦ يونيو سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٢٣٨ - ١٥ فبراير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ١٦٩ - ٥ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٦٤ .
- (٢) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٠٣ : إبدال ورقة تجارية (كبيالة مثلاً) بورقة أخرى لمدة الأجل لا يعد تجديداً .
- (٣) انظر المادة ٢/٣٥٤ مدني وسيأتي ذكرها فيما يلي فقرة ٤٩٧ - وانظر بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٩٨ ص ٨٥ .
- (٤) قارن الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٧٢ .
- (٥) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٠٢ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٦٤ - ولا يعد تعديداً الصلح مع المفلس ، أو تغيير العملة التي يكون بها الوفاء ، أو تعيين وكيل لقبض الدين (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٠٤ - فقرة ١٧٠٩ - أوبري ورو ٤ فقرة ٣٢٤ ص ٣٢٨ - ص ٣٢٩ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٦٤ - بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٩٨ ص ٨٥) . أما تعديل الالتزام البسيط إلى التزام تخيري ، أو بالعكس تعديل الالتزام التخيري إلى التزام بسيط ، فيعد تعديداً ، لأن التعديل تناول ذاتية محل الالتزام . بخلاف ما إذا عدل الالتزام البسيط ، إلى التزام بدلي ، أو عدل الالتزام البدلي إلى التزام بسيط ، فإن هذا ليس بتجديد ، لأن التعديل لم يتناول إلا طريقة من طرق تنفيذ الالتزام (انظر في هذا المعنى بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٠٢) . كذلك صدور حكم بالدين لا يعد تعديداً لهذا الدين ، بل يبقى الدين المحكوم به كما هو بمقوماته وضمائنه ، وكل ما تغير فيه أنه صار مقترناً بسند تنفيذي هو الحكم . أما في القانون الروماني فقد كانت الصناعة فيه تقتضي أن يكون الحكم تجديداً للدين (انظر في هذا المعنى بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٩٨ ص ٨٤ - ص ٨٥) .

ويمكن حصر التعديلات الجوهرية التي يتم بها التجديد ، كما هو ظاهر نص المادة ٣٥٢ مدني السابق ذكرها ، في ثلاثة : (١) تعديل بتغيير الدين في محله أو في مصدره ، ويكون هذا تجديداً بتغيير الدين (novation par changement d'objet) (٢) تعديل بتغيير شخص الدائن (novation par changement de créancier) (٣) تعديل بتغيير شخص المدين (novation par changement de débiteur) (١)

٤٩١ - التجديد بتغيير الدين في محل أو في مصدره : تقرر المادة ٣٥٢

مدني ، كما رأينا ، أن الالتزام يتجدد بتغيير الدين إذا اتفق الطرفان على أن يستبدلا بالالتزام الأصلي التزاماً جديداً يختلف عنه في محله أو في مصدره (٢).

ويختلف الالتزام الجديد عن الالتزام القديم في المحل إذا كان محل الالتزام القديم نقوداً مثلاً ، فانفق الطرفان على أن يكون الالتزام الجديد محله بضاعة أو عروض أو منقول أو عقار كمقادير من القطن أو الحنطة أو كسيارة أو أرض أو دار . وقد يكون محل الالتزام القديم بضاعة أو عروضاً أو منقولا أو عقاراً ، فيتجدد بالالتزام يكون محله نقوداً (٣) . وقد يكون محل الالتزام مبلغاً مقطوعاً من المال ، فيتجدد إلى التزام محله لإيراد موقت أو لإيراد مؤبد ، أو العكس يكون المحل لإيراداً موقئاً أو مؤبداً فيتجدد إلى محل هو مبلغ مقطوع . ويمكن أن تتغير طبيعة المحل ، فيكون تجديداً لإبدال دين تجاري بدين مدني أو دين مدني

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٣ - ولا يوجد ما يمنع من أن يتم التجديد بتعديل أكثر من عنصر واحد من هذه العناصر الثلاثة ، أو بتعديلها جميعاً (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٦٩٧) . وقد رأينا أن حوالة الدين المقيدة في بعض مذاهب الفقه الإسلامى هي تجديد بتغيير المدين وتجديد بتغيير الدائن في وقت واحد (انظر آنفاً فقرة ٢٤٠) .

(٢) استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٠٤ .

(٣) وقد رأينا أنه إذا نفذ الالتزام الجديد فوراً كان هذا وقاه بمقابل لا تجديداً ، وأن للذي يميز بين الوفاء بمقابل والتجديد هو التنفيذ الفوري أو المتراخي للالتزام الجديد . فإن كان التنفيذ فورياً انقضى الالتزام الأصلي عن طريق الوفاء بمقاييل (أى بتجديد ثم وقاه) ، وإن تراخى التنفيذ انقضى الالتزام الأصلي عن طريق التجديد .

بدین تجاری (١). ویغلب أن بتعادل المحل الجدید مع المحل القديم فی القيمة ، ولكن هذا التعادل غیر ضروری لصحة التجدید ، فقد یزید أحدهما عن الآخر أو ینقص .

ویختلف الالتزام الجدید عن الالتزام القديم فی المصدر إذا اتفق البائع والمشتري مثلا علی أن یرقی الثمن فی ذمة المشتري علی سبیل القرض ، فبعد أن كان مصدر الالتزام عقد بیع أصبح مضمره عقد قرض (٢). كذلك إذا جدد حافظ الودیعة التزامه برد الودیعة فاقترضها والتزم بردها كقرض لا كودیعة ، أو بالعکس جعلها بعد القرض وودیعة ، كان هذا تجديداً بتغییر مصدر الالتزام ، فبعد أن كان مصدره وودیعة أصبح المصدر قرضاً ، أو بعد أن كان المصدر قرضاً صار وودیعة . كذلك إذا استبدل المستعير أو حافظ الودیعة بالتزاماته التزامات المستأجر ، فأصبح مستأجراً لما استعاره أو لما استودع إياه ، كان هذا تجديداً بتغییر المصدر ، فقد أصبح المصدر إيجاراً بعد أن كان عارية أو وودیعة (٣).

٤٩٢ - التجديـر بتغییر الرأئـع : وتقرر المادة ٣٥٢ مدنی أيضاً ،

كما رأینا ، أن الالتزام بتجدد بتغییر الدائن إذا اتفق الدائن والمدین وأجنبي علی أن یكون هذا الأجنبي هو الدائن الجدید . فیجب إذن اتفاق الأطراف الثلاثة : المدین والدائن القديم والدائن الجدید . فالمدین یتفق مع الدائن القديم علی انقضاء الالتزام السابق ، ویتفق مع الدائن الجدید علی إنشاء الالتزام الجدید الذي یحل محل الالتزام السابق . وبذلك یتم التجدید بتغییر الدائن ، فینقضى التزام سابق ویحل محله التزام جدید یختلف عن الالتزام السابق

(١) بودری وبارد ٣ فقرة ١٧٠١ .

(٢) استئناف مختلط ١٧ یونیة سنة ١٩٢٤ م ٣٦ عن ٤٤٢ - بلانیول وریبیر وردوان

٧ فقرة ١٢٦٣ .

(٣) وقد یكتب المستأجر بالأجرة المتأخرة سناً إذنیاً أو سناً عادياً ، یقسط فی الأجره بعد أن یحط جزءاً منها ویشترط براءة ذمته من الأجرة ، فیکون هذا تجديداً بتغییر مصدر الدین : استئناف مختلط ه مایوسنة ١٩٠٤ م ١٦ عن ٢٤١ - وانظر أيضاً : استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ عن ٢٠٤ .

بأن الدائن قد تغير (١).

ونقارن هنا عملية التجديد هذه بعمليتين أخرتين يتغير فيهما الدائن أيضاً :
حوالة الحق والحلول الاتفاق . ونقتصر في المقارنة على الكيفية التي تتم بها
كل عملية من هذه العمليات الثلاث ، مرجعين المقارنة من حيث الأثر الذي
يترتب على كل عملية إلى مكان آخر (٢) . فقد رأينا أن التجديد بتغيير الدائن
لا يتم إلا باتفاق بين المدين والدائن القديم والدائن الجديد . أما حوالة الحق فقد
تقدم القول أنها تتم باتفاق بين الدائن القديم والدائن الجديد دون حاجة إلى رضا
المدين ، ويكفي إعلانه بالحوالة لا لانعقادها بل لتنفيذ في حقه . ذلك أن الحق
الذي انتقل إلى الدائن الجديد في حوالة الحق هو نفس الحق الذي في ذمة المدين ،
فليس هناك حق جديد يلتزمه المدين فيقتضى رضاه بهذا الالتزام ، ولم يقع إلا أن
المدين قد تغير عليه دائته وهذا ليس من الخطر بحيث يستلزم رضا المدين .
أما في التجديد بتغيير الدائن فقد انقضى دين قديم وحل محله دين جديد شغل
ذمة المدين ، فلا بد في انعقاد هذا الدين الجديد من اتفاق بين المدين والدائن
الجديد ، ومن ثم كان لا بد من رضا المدين .

وفي الحلول الاتفاق رأينا أن دائناً جديداً يحل محل دائن قديم في نفس الدين ،
فالحلول من هذه الناحية يتفق مع الحوالة ويختلف عن التجديد . ثم إن الحلول
يتضمن وفاء الدين من جهة وانتقاله إلى دائن جديد من جهة أخرى كما سبق .
وكل من الوفاء وانتقال الدين لا يقتضى اتفاقاً إلا بين طرفين اثنين ، لا بين
الأطراف الثلاثة . فاما أن يتفق الدائن الجديد مع الدائن القديم على أن يوفيه
الدين ويحل محله فيه ، وإما أن يتفق الدائن الجديد مع المدين على الوفاء بالدين
للدائن القديم وعلى قبول المدين إياه دائناً جديداً محل الدائن القديم . فأحد

(١) فيجب إذن اتفاق الأطراف الثلاثة على أن يحل الدائن الجديد محل الدائن القديم في دين
جديد . فلا يكون هناك تجديد إذا انضم الدائن الجديد إلى القديم في نفس الدين ، بل يكون
هناك اتفاق على تضامن ما بين الدائنين . ولا يكون هناك تجديد إذا لم يتفق على أن يكون الشخص
الجديد دائناً ، بل وكيلاً عن الدائن في قبض الدين (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٦١) .

(٢) انظر فقرة ٥٠٢ فيما يل .

الطرفين في الحلول إذن هو الدائن الجديد، والطرف الثاني إما أن يكون الدائن القديم وإما أن يكون المدين .

٤٩٣ - التعبير بتغيير المدين : وتقرر المادة ٣٥٢ مدني أخيراً ، كما رأينا ، أن الالتزام يتجدد بتغيير المدين إذا اتفق الدائن مع أجنبي على أن يكون هذا الأجنبي مديناً مكان المدين الأصلي وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأصلي دون حاجة إلى رضائه ، أو إذا حصل المدين على رضاه الدائن بشخص أجنبي قبل أن يكون هو المدين الجديد .

فالتجديد بتغيير المدين يتم إذن باحدى طريقتين تقابلان الطريقتين اللتين سبق ذكرهما في حوالة الدين . فاما أن يتفق المدين القديم والمدين الجديد والدائن على التجديد ، بحيث ينقضى الدين القديم ويحل محله دين جديد يكون المدين فيه هو المدين الجديد . وهذه الطريقة تقابل ما رأيناه في حوالة الدين من اتفاق المدين القديم مع المدين الجديد على الحوالة وإقرار الدائن لهذه الحوالة حتى تنفذ في حقه . وهناك لا يشترط رضاه الدائن في انعقاد الحوالة وإنما يشترط هذا الرضا في نفاذ الحوالة في حق الدائن ، أما معنا في التجديد فيشترط رضاه الدائن في انعقاد التجديد لا في نفاذه فحسب . والسبب في ذلك أن التجديد يتضمن قضاء دين قديم أحد طرفيه الدائن ، وإنشاء دين جديد أحد طرفيه هو الدائن أيضاً ، فكان لا بد من رضائه لقضاء الدين القديم وإنشاء الدين الجديد . أما حوالة الدين فتنتقل نفس الدين من ذمة المدين القديم إلى ذمة المدين الجديد ، فكان لا بد من رضائهما ، ولا ضرورة لرضاه الدائن مادام الدائن هو هو لم يتغير ، ولكن لما كان سيتغير عليه مدينه فقد اشترط رضاه لنهاذ الحوالة في حقه لا في انعقادها (١) .

(١) وتغير المدين على الدائن أشد خطراً من تغير الدائن على المدين ، لأن قيمة الدين تتأثر بشخص المدين أكثر من تأثرها بشخص الدائن . ولذلك وجب رضاه الدائن في نفاذ حوالة الدين ، لأن المدين قد تغير وإن كان الدائن لم يتغير . ولم يجب رضاه المدين في حوالة الحق ، لأن المدين لم يتغير وإن تغير الدائن . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

والطريقة الثانية في تجديد الدين بتغيير المدين تكون باتفاق الدائن والمدين الجديد على أن يأخذ هذا المدين مكان المدين الأصلي ، ولا حاجة لرضاء المدين الأصلي لا في انعقاد التجديد ولا في نفاذه (١) . وهذه الطريقة تماثل تماماً الطريقة الأخرى في حوالة الدين ، حيث يجوز أن تم الحوالة باتفاق بين الدائن والمدين الجديد دون حاجة لرضاء المدين الأصلي . والعلة واحدة ، في عدم اشتراط رضاء المدين الأصلي ، في حالتي التجديد والحوالة . فالمدين الجديد في التجديد يني الدين القديم عن المدين الأصلي عن طريق إنشاء دين جديد في ذمته هو ، ومعروف أن من الخائز أن أجنبياً يني الدين عن المدين دون حاجة إلى رضائه . والمدين الجديد في حوالة الدين يتفق مع الدائن على أن يتحمل هو بالدين مكان المدين الأصلي ، وهو في ذلك ليس في حاجة إلى رضاء المدين الأصلي إذ هو يستطيع أن يبريء ذمة هذا المدين دون رضائه كما قدمنا . ولكن يلاحظ أن الدائن عند ما يتفق مع المدين الجديد على التجديد فإنه يتفق معه على قضاء الدين القديم وإنشاء دين جديد كما سبق القول ، أما عند ما يتفق الدائن

(١) وإذا تعامل دائن التركة مع الورثة ، بصفتهم الشخصية ، كان هذا تجديداً للدين بتغيير المدين ، فقد اتفق الدائن مع الوارث وهو المدين الجديد على أن يأخذ هذا مكان المدين القديم وهي التركة . فيجوز لدائن شخصي للوارث ، في هذه الحالة ، أن يحتج على دائن التركة بهذا التجديد ، ويمتدحه قد أصبح هو أيضاً بعد التجديد دائناً شخصياً للوارث ، فيزاحمه مزاحمة الغرماء في نصيب الوارث في التركة (استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٩٢٤ م ٤٦ ص ١٩٨ - ١٩ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٢ ص ١٥٦ - أول ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٢٧ - ٩ فبراير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٩٨ : التنفيذ على مال الوارث الخاص يعتبر بمثابة تجديد) . وانظر أيضاً : استئناف مختلط ٣٠ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٢١ .

وأكثر ما يكون التجديد بتغيير المدين في العمل أن يجدد دائن التركة حقه بتغيير مدينه فيتحذ الوارث مديناً له بدلا من التركة ، أو أن يكون المدين الجديد مديناً للمدين القديم فيثوب ، للوفاء بهذا الدين ، عن المدين القديم في الوفاء بحق الدائن (بلانيون وريبير وبولانجي ٢ فقرة ١٨٠٥) . ولكن لا بد ، في هذه الحالة الأخيرة ، من الاتفاق على التجديد في وضوح . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن مجرد مطالبة الدائن بدين مدينه من مدين آخر ، سواء كانت المطالبة برضاء المدين الأصلي أو بغير رضاه ، لا يعد استبدال دين بغيره ميراثاً للذمة الكفيل ، ولا يبرأ الكفيل إلا بعد حصول الدائن على دين مدينه هذا ويتبدله فقط (٢٨ يناير سنة ١٨٩٧ المحرق ١٢ ص ٣٣٦ - انظر أيضاً : استئناف مصر ٤ يناير سنة ١٩٣٤ الحامسة ١٤ رقم ٣٢١ ص ٦١٦)

مع المدين الجديد على حوالة الدين فإنه يتفق معه على تحويل نفس الدين إلى ذمته لا على إنشاء دين جديد .

وإذا تم التجديد بتغيير المدين باتفاق بين الدائن والمدين الجديد دون اشتراك المدين الأصلي ، فإن المدين الجديد يكون في حكم من يتعهد بدلا من المدين الأصلي ، ولذلك يسمى التجديد في هذه الحالة بالتعهد بدلا من المدين (expromission) (١) . أما إذا تم التجديد باتفاق بين المدين الأصلي والمدين الجديد والدائن ، فإن المدين الأصلي يكون قد أناب المدين الجديد عنه في وفاء الدين عن طريق إنشاء دين جديد مكانه ، ولذلك يسمى التجديد في هذه الحالة بالإنابة في الوفاء (délégation) . وهي هنا إنابة كاملة (délégation parfaite) لأن الدين القديم ينقضى ويحل محله دين جديد . وقد تكون الإنابة - كما سنرى - قاصرة (délégation imparfaite) ، وفيها يبقى المدين الأصلي ، فلا ينقضى دينه كما في الإنابة الكاملة ، وإنما ينضم إليه المدين الجديد فيصبح هو أيضاً مديناً بدين آخر لنفس الدائن ، ومن ثم يصبح للدائن مدينان أحدهما مدين بالدين الأصلي والآخر مدين بدين جديد ، ومتى قضى أحدهما دينه برئت ذمة الآخر . وسنعود إلى تفصيل ذلك عند الكلام في الإنابة .

وسواء تم التجديد بتغيير المدين بطريقة أو بأخرى ، فقد رأينا أن رضاه

(١) أما إذا انضم المدين الجديد إلى المدين القديم بصفته كفيلا له أو مديناً متضامناً معه ، دون أن ينقضى الالتزام الأصلي ، فإن هذا لا يعد تعهداً بدلا من المدين ، بل يكون تعهداً عن المدين في حالة الكفالة أو تعهداً مع المدين في حالة التضامن . وكان الرومان يميزون بين الحالين ، فيدعون التعهد بدلا من المدين *expromissio* ، ويدعون التعهد عن المدين أو معه *adpromissio* .

ولا يجوز تحليل التعهد بدلا من المدين *expromissio* على أنه اشتراط فصلحة الغير ، اشترط فيه المدين الجديد على الدائن إرارة ذمة المدين الأصلي في مقابل إنشاء التزام جديد في ذمة المدين الجديد للدائن . إذ لو كان هذا التحليل صحيحاً لترتب عليه أن المدين الأصلي ، وهو المنتفع في هذا الاشتراط ، يكون له الحق في إقرار الاشتراط أو عدم إقراره ، فيتوقف مصير التجديد على رضاه ، مع أن التجديد بالطريقة التي نحن في صددنا لا يحتاج أصلاً كما قدما لرضاه المدين الأصلي لا لوجود التجديد ولا لإقراره بعد وجوده (انظر بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧١٧) .

كل من الدائن (١) والمدين الجديد. ضروري . ثم تختلف الطريقتان بعد ذلك ،
ففي طريقة منهما نكتفي برضاء هذين الاتيين ، وفي الطريقة الأخرى لا بد أن ينضم
إلى رضاها رضاء المدين الأصلي (٢) .

المطلب الثالث

نية التجديد

٤٩٤ - النصص القانوني: تنص المادة ٣٥٤ من التقنين المدني

على ما يأتي :

١ - التجديد لا يفترض ، بل يجب أن يتفق عليه صراحة ، أو أن يستخلص

بوضوح من الظروف .

(١) ولا بد أن يرضى الدائن بتجديد الدين وإبراء ذمة المدين القديم ، فإن لم يبرمه ذمته
واستبقاه مديناً كان هذا إنابة قاصرة كما قدمنا (استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٨٨٩ م ١
ص ١٨٧ - ٣ يونيو سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٧٩ - ١٥ نوفمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ١٩ -
٣ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢١٨ - ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٧ م ٢٠ ص ٩ - ١٣ مايو
سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢١٤ - ٢٧ يناير سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١١٤ - ٨ يونيو سنة ١٩١٠
م ٢٢ ص ٣٥٦ - ٣٠ نوفمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٢٥ - ٢٦ يونيو سنة ١٩١٢ م ٢٤
ص ٤١٨ - ١٧ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٢٠ - ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٦٧ -
٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٧٢ - ٢٨ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٢٨ - ١٥ يناير
سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٥٢ - ٢٩ أكتوبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٦ - ٢٠ مايو سنة ١٩٢٤
م ٣٦ ص ٣٧٤ - ١٠ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٥٢ - ٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢
ص ١٤٠ - ٦ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٧٤ - ٢٠ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٦٢ -
٢٢ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٦٩ - أول مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٠٥ - ٢٠ ديسمبر
سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٧١ - ٢٥ يونيو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٩١) .

(٢) ويجب أن ينصب رضاء المدين الأصلي على قضاء الدين القديم وإنشاء دين جديد ، فإن
انصب على انتقال نفس الدين من ذمته إلى ذمة المدين الجديد كان هذا حوالة دين لا تجديداً . وإن
انصب على بقاء الدين في ذمته مع انتقاله إلى دائن جديد ، لم يكن هذا أيضاً تجديداً ، بل هو
حوالة حق . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن رضاء المدين بحوالة الحق التي أجراها دائمه
لا يترتب عليه تجديد الدين (استئناف مختلط ١٤ مايو سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٢٣ - ١١ فبراير
سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٥٤) .

٢ - وبوجه خاص لا يستفاد التجديد من كتابة سند بدين موجود قبل ذلك ، ولا مما يحدث في الالتزام من تغيير لا يتناول إلا زمان الوفاء أو مكانه أو كفيته ، ولا مما يدخل على الالتزام من تعديل لا يتناول إلا التأمينات أو سعر الفائدة ، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره .

وتنص المادة ٣٥٥ على ما يأتي :

« ١ - لا يكون تجديداً مجرد تقييد الالتزام في حساب جار . »

٢ - وإنما يتجدد الالتزام إذا قطع رصيد الحساب وتم إقراره . على أنه إذا كان الالتزام مكفولاً بتأمين خاص ، فإن هذا التأمين يبقى ما لم يتفق على غير ذلك (١) .

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق ، ولكن الأحكام كان معمولاً بها دون نص لانفاقها مع القواعد العامة .

وتقابل هذه النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المادتين ٣٥٢-٣٥٣ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٣٤١-٣٤٢ - وليس لها مقابل في التقنين المدني العراقي - وتقابل في تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٣٢٠ - ٣٢١ و ٣٢٤ (٢) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٣٥٤ : ورد هذا النص في المادة ٤٩١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٦٦ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٥٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٧ - ص ٢٤٩) .

م ٣٥٥ : ورد هذا النص في المادة ٤٩٢ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٦٧ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٥٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٩ - ص ٢٥١) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٣٥٢ - ٣٥٣ (مطابقتان للمادتين ٣٥٤ - ٣٥٥ من التقنين المدني المصري) .

وهذه النصوص قائمة على أن التجديد عقد يستلزم الرضاء والأهلية ككل عقد آخر . ويتميز بأن الرضاء لابد أن يشتمل على نية التجديد، ويجب أن تكون هذه النية واضحة في العقد، لأن التجديد لا يفترض . ومن ثم لا يستفاد التجديد من مجرد تغييرات في الالتزام لانتمس جوهره ، ولا يكون تجديداً مجرد تقييد الالتزام في حساب جار .

٤٩٥ - التجديد هضم: وواضح مما قدمناه أن التجديد عقد (contrat)

واتفاق (convention) في وقت واحد . فهو اتفاق حيث يقضى الالتزام القديم، وهو عقد حيث ينشئ الالتزام الجديد ، وهو في الحالتين تصرف قانوني (acte juridique) ، وقد تقدم ذكر ذلك (١) . وأطراف هذا التصرف تختلف باختلاف صور التجديد . ففي التجديد بتغيير الدين محلاً أو مصدرأ يكون طرفا التصرف هما الدائن والمدين . وفي التجديد بتغيير الدائن تكون أطراف التصرف هم الدائن والمدين والدائن الجديد . وفي التجديد بتغيير المدين تكون أطراف التصرف تارة هم الدائن والمدين والمدين الجديد ، وطورا هما الدائن والمدين الجديد وحدهما . وقد سبق بيان ذلك تفصيلا .

والتجديد ، ككل التصرفات القانونية ، يقتضى رضاء أطرافه رضاء خالياً

= التقنين المدني الليبي : م ٣٤١ - ٣٤٢ (مطابقتان للمادتين ٣٥٤ - ٣٥٥ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي : لا مقابل . ولكن يمكن العمل بأحكام التقنين المدني المصري لاتئانها مع القواعد العامة : انظر في هذا المعنى الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام المدني العراقي فقرة ٣٣٦ - فقرة ٣٣٧) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : م ٣٢٠ : التجديد هو استبدال الموجب الأول بموجب جديد . وتجديد الموجب لا يقدر وجوده ، بل يجب أن يستفاد من العقد صراحة .

م ٣٢١ : يجب أن يكون الدائن أهلاً للتصرف في حقه ، والمديون أهلاً للالتزام .

م ٣٢٤ : لا يستنتج التجديد من تغيير صفة الموجب أو تغيير محل الإيفاء ولا من وضع سند قابل لاطع ولا من انضمام أشخاص آخرين إلى الموجب عليهم .

(وأحكام التقنينين اللبناني والمصري متفقة) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٨٤ .

من عيوب الإرادة ، ومجلا هو إنهاء الالتزام القديم وإنشاء الالتزام الجديد ،
وسبباً هو إبدال التزام بالتزام حتى ينقضى الالتزام القديم (١) .

٤٩٦ - الأهلية في التجديد : ويجب ، كما في كل التصرفات
القانونية ، أن تتوافر الأهلية اللازمة في أطراف التجديد .

في الدائن ، وهو يقضى الالتزام القديم وينشئ التزاماً جديداً ، لا يكفي
أن تتوافر أهلية الاستيفاء ، بل يجب أيضاً أن تتوافر فيه أهلية الالتزام
والتصرف (٢) . ومن ثم لا يجوز للوصى ولا للقيم أن يجدد ديناً لمحجوره إلا
باذن من المحكمة . ولا يجوز للقاصر ولا للمحجور أن يجدد ديناً له إلا باجازة
وليه وإذن المحكمة .

وفي المدين ، وهو يقضى التزاماً قديماً وينشئ التزاماً جديداً ، لا يكفي أن
تتوافر أهلية وفاء الدين ، بل يجب أيضاً أن تتوافر فيه أهلية الالتزام (٣) .

وفي الدائن الجديد ، في حالة التجديد بتغيير الدائن ، لا تشترط إلا أهلية
التعاقد والإدارة لأنه لا يلتزم بشيء ، بل هو دائن في الدين الجديد . فيكفي

(١) استئناف مخطط ٢٧ يناير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ١٨٢ - وثبتت التجديد وفقاً للقواعد
العامة ، فإذا زاد الدين الجديد على عشرة جنيهات وجب الإثبات بالكتابة أو بمبدأ ثبوت بالكتابة
ممزراً بالبينة أو بالفرائن (استئناف مخطط ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٦٨) . وانظر في
أن البينة لا تجوز فيما يخالف المكتوب : استئناف مخطط ٢٧ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٦٤ .
(٢) انظر المادة ٣٢١ من تقنين الموجبات والعقود البناني (آنفاً فقرة ٤٩٤ في الهامش) -
ديمولومب ٢٨ فقرة ٢٦٣ - لوران ١٨ فقرة ٢٥٥ - ٢٥٦ - بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٢٧ .
وقد قدمنا في التضامن أنه إذا جدد أحد الدائنين المتضامنين الدين ، إما بتغيير محل الدين
أو مصدره أو بتغيير المدين أو بتغيير الدائن نفسه ، فإن هذا التجديد يقضى حصة الدائن في الدين
بالنسبة إلى سائر الدائنين . ولأى دائن آخر أن يرجع على المدين بالدين منصوصاً من حصة الدائن
الذي صدر منه التجديد ، فلا تبرأ ذمة المدين إذن نحو سائر الدائنين إلا بمقدار حصة هذا المدين .
فإذا رجع دائن آخر على المدين بالدين على الوجه المذكور ، كان للمدين الرجوع على الدائن الذي
صدر منه التجديد بما دفعه إليه زائداً هل حصته (انظر آنفاً فقرة ١٣٨) .

(٣) انظر المادة ٣٢١ من تقنين الموجبات والعقود البناني (آنفاً فقرة ٤٩٤ في الهامش) -
وانظر بلانيسول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٦٦ - الأستاذ إسماعيل خانم في أحكام الالتزام
فقرة ٢٧٣ ص ٣٥٥ .

أن يكون مميزاً ، ما لم يكن قد دفع عوضاً للدائن للقديم أو نزل عن دين له في ذمته فعند ذلك تشترط أهلية التصرف .

وفي المدين الجديد ، في حالة التجديد بتغيير المدين ، يجب أن تتوافر أهلية الالتزام لأنه يلتزم بالدين الجديد ، فلا يكفي أن يكون مميزاً ، بل يجب أن يكون قد بلغ سن الرشد غير محجور عليه .

٤٩٧ - وضوح نية التجديد: وقد رأينا أن الفقرة الأولى من المادة

٣٥٤ مدني تنص على أن « التجديد لا يفترض ، بل يجب أن يتفق عليه صراحة ، أو أن يستخلص بوضوح من الظروف » . فليس أى تغيير في الالتزام القديم يكفي لإظهار نية التجديد . ونية التجديد لا تفترض ، إذ الأصل ألا يكون هناك تجديد حتى يقوم الدليل على العكس . فلا بد إذن من أن تكون نية التجديد صريحة في العقد ، أو في القليل لا بد أن تكون واضحة بحيث لا يكون هناك مجال للشك فيها . وعند الشك فيما إذا كان يراد التجديد أو لا يراد ، فإن الشك يفسر ضد التجديد ، ولا يعتبر أن هناك تجديداً (١) .

(١) نقض مدني ١٩ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٠٢ ص ٦٧٣ - استئناف مصر ٥ مايو سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ١٠ ص ١٧ - استئناف مختلط ٦ يونيو سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٢٣٨ - ٤ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٧٢ - ٢٩ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٠٠ - ٤ فبراير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٧٢ - ١٥ فبراير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٠٧ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٨٩١ م ٤ ص ٧٦ - ١٧ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٠٤ - ٣ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢١٨ - ١٤ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٤٧ - ١٨ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٥٦ - ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ١٥ - ١٩ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٥٩ .

ويجب أن تكون نية التجديد من الوضوح بحيث تتعارض الظروف مع احتمال بقاء الالتزام القديم (بودري وبارد ٣ فقرة ١٧٣١) . فظهور مدين جديد أو دائن جديد لا تستفاد منه ضرورة نية التجديد ، إذ قد يكون هذا المدين الجديد قد انضم إلى المدين الأصلي مديناً متضامناً أو كفيلاً ، أو يكون هذا الدائن الجديد قد انضم إلى الدائن الأصلي دائناً متضامناً أو غير متضامن (بودري وبارد ٣ فقرة ١٧٣١ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٦٥) . وانظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٥٠ . وإذا كان واحد من المدينين المتضامين بالذات هو الذي يتعامل دائماً مع الدائن ويراجع الحساب ويدفع الفوائد والأقساط ، فليس في هذا دليل على التجديد إذ هو بصفته مديناً متضامناً مسئول عن كل ذلك (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٦٥) .

وقد رأينا وبإقدماتنا أنه حتى تقوم نية التجديد واضحة يجب أن يثار
الالتزام الجديد بالالتزام القديم في عنصر من عناصره المهمة (١). فتفسير من
الدين أو مصدره ، وإضافة شرط أو إلغائه ، وتغيير الدائن ، وتغيير المدين ،
كل هذا ينطوي على إدخال تعديلات جوهريّة تخصّ منها نية التجديد بوضوح ،
وإضافة أجل ، أو حدّ أجل قائم أو إلغاء أجل موجود ، أو إضافة شرط
جزائي ، أو تقسيم تأمين من أو شيء من ، أو إلغاء هذا التأمين ، أو تغيير
مكان الوفاء ، أو تعديل سعر الفائدة خلاصتها أو رفعها ، أو تغيير مقدار الدين
بزيادته أو نقصه ، كل ذلك لا يكفي لاستخلاص نية التجديد إلا إذا
وجدت ظروف أخرى تؤيد في خروج نية هذه النية (٢). وقد تضمنت المادة
الثانية من المادة ٣٤٥ ما في معنى ذلك من جهة وقد رأيناها العسري بأنه لا يستلزم
التجديد من كناية سند دين بلدين موجود فعلي ذلك ، ولا تمسح به في الالتزام
من تغيير لا يتناول إلا زمان الوفاء أو مكانه أو كميته ، ولا يمكن إدخال على
الالتزام من تعديل لا يتناول إلا التأمينات أو سعر الفائدة ، كل هذا مما لا يوجد
اتفاق يقضي بغيره (٣).

ويتبين مما تقدم أن مجرد كتابة سند بلدين كان غير مكتوب لا يعد تجديداً ،
بل هو تهينة دليل على دين موجود أصلاً (٤). كذلك إيداع ورقة تجاريه بـ

(١) انظر آفة فاسة ٤٩٠ وفقرة ٤٥٤.

(٢) استئناف عدد ١٨ من سنة ١٩٥٧ مجموعة رسمية ٤٠٠ رقم ٢٠٧ - ١٩٥٧ -
مخطوط ٢٣ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٠٦ - ٢٠ أبريل سنة ١٩١١ م ٢٢ ص ٢٧٣ -
٢٦ أبريل سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٨٢ - ٢١ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١١١ - ٢٨ -
سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٥٦ - ١٢ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٢٥ - ٢٣ -
سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٧٣ - ١٣ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٤٤ - ١٥ يونيو سنة ١٩١٦
م ٢٨ ص ٤٢٣ - ٢٠ يونيو سنة ١٩٢٢ م ٢٤ ص ٤٨٦ - ٢٧ مايو سنة ١٩٢٦ م ٤٨
ص ٢٨٨ . وإدراج دائن في قائمة التوزيع وتسلمه أمر الصرف لا يسبب تجديداً (بلايوما ورين
وردوان ٧ فقرة ١٢٦٥ ص ٦٧١ هاشم رقم ١).

(٣) انظر المذكرة الإحصائية لمدرسة التحصيل في مجموعة الأعمال الصحفية ٢ ص ٢٤١
وقد جاء في آخرها . . . وتصحّ أهم نية التجديد في هذه التطبيقات جميعاً من ناحية السبب في
الإبقاء على الدين بحيث ما يحسن به من السمات . . .

(٤) وقد قضت محكمة أسيوط بأن مجرد تغيير طريقة الدفع ، أو تحوير سند رسمي مال آخر . . .

تجارية أخرى ، كإبدال كميالة بكميالة أخرى أو سند إذنى بكميالة أو كميالة بسند إذنى ، بغرض مد أجل الدين ، أو تغيير سند الدين بكميالة أو سند إذنى ، لا يعد تجديداً (١) . وكذلك تحرير كميالة أو سند إذنى بشمن المبيع لا يعد تجديداً للشمن ، بل يكون ضرباً من التوثيق له ، ويبقى امتياز البائع قائماً حتى بعد كتابة الكميالة أو السند ، وهذا ما لم يتفق على غيره . فإذا باع شخص لآخر داراً أو سيارة ، وقبض البائع الثمن كميالات أو سندات إذنية ، فلا يعد هذا تجديداً للشمن ، ويبقى للبائع حق الامتياز وحق الفسخ (٢) ، وهذا ما لم يتفق على

= عرفى ، أو تأجيل الوفاء ، أو تقييده ، أو مشابه ذلك ، لا يعتبر تجديداً للتعهد . ويعتبر تجديداً تغيير التعهد سبب الالتزام . كما إذا كتب بمناخر الأجرة سند تحت الإذن وذكر فيه أنه قرض (أسبوط ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٢١٩ ص ٤٠٤) - انظر أيضاً بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٠٧ .

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه لا يعتبر استبدال الدين اتفاق الدائن مع المدين على تقييد الدين وتحرير سندات بألساطه ، فلا يترتب على ذلك براءة ذمة الكفيل من الدين (١٤ مارس سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٣٨ ص ٨٩٥) . وقضت أيضاً بأن التوقيع على كميالات جديدة بدلا من كميالات سابقة فنقدت أو أهدمت لا يعتبر استبدالاً للدين يبنى عليه زوال التأمينات ، وإنما يعد ذلك إقراراً بدين سابق (٩ نوفمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٤٠ ص ٦٤) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن مجرد تغيير سند الدين بكميالة أو بسند أذنى لا يعتبر تجديداً ، ويجوز للدائن أن يطالب المدين إما بموجب السند الأصلي فيرد السند الجديد ، أو بموجب السند الجديد فيأخذ السند الأصلي ، وهذا كله ما لم تظهر نية التجديد بوضوح (استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٠٥ - ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٩٤ - وانظر أيضاً في هذا المعنى : استئناف مختلط ٦ يونيو سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٢٣٨ - ٢٢ مارس سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ١٨٢ - ١٥ أبريل سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ١٦٩ - ١١ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٥٩ - ٩ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٧٩ - ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢ - ٧ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٠٣ - ١٥ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٢٨ - ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٤٩ - ١٨ يونيو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٧٨) .

ولا يعد تجديداً تغيير سند الدين بكميالة أو سند أذنى حتى لو أعطى الدائن مخالصة بالدين ، إذ المفروض أنه جعل هذه المخالصة مشروطة بسداد الكميالة أو السند الأذنى . ومن باب أولى لا يكون هناك تجديد إذا ذكر الدائن في الكميالة أو السند السبب الذى من أجله حرر السند الجديد : انظر في هذه المسألة ديمولومب ٢٨ فقرة ٢٩٧ لوران ١٨ فقرة ٢٨٣ - هيك ٨ فقرة ١١٣ - بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٣٢ - بلانويول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٦٤ ص ٦٧٠ .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا ذكر فى عقد بيع عقار أن باقى الثمن تحرر به -

التجديد ، وبعد اتفاقاً على التجديد أن يقر البائع أنه تسلم الثمن نقداً (١) . ولا يعتبر تجديداً الإقرار بدين بعد صدور حكم به ولو قبل في الإقرار إنه في حالة عدم الوفاء ينفذ الحكم (٢) ، ولا الإقرار المكتوب الصادر من المستأجر بالتجمد في ذمته من الأجرة فيبقى امتياز المؤجر ويتقدم الدين بخمس سنوات (٣) .

سند تحت الإذن ، وذكر بالسند أن القيمة باق ثمن عقار ، كان هذا دليلاً على أن العائدين لم يقصدا استبدال الدين ، ومن ذلك لا تستقطضها الترتيبات لصالح الدين (١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٤١ ص ١٨٧) . وقضت أيضاً بأنه إذا استصدر البائع من المشتري أو من المشتريين من المشتري سندات لأمره وإذنه . ثم احتفظ بضمان المشتري منه ، دل هذا على أن نية الاستبدال معدومة . ولواستصدر البائع السندات من المشتريين من المشتري منه ولم يحل ذمة المشتري الأصلي من باق الثمن ، فلا يكون هناك استبدال معق عن شرط قيام المشتريين الجدد بسداد الدين فإن لم يسدده يبقى الالتزام الأصلي عالقاً بذمة المشتري الأول (٢٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٨٤ ص ٥٤٧) . وقضت أيضاً بأن مجرد تحرير سند مستقل بالثمن لا يغير أن البائع قصد اعتبار أن الثمن قد دفع وأن التأمينات التي كانت قد سلمته قد سقطت ، بل إن قصد المتعاقدين كان إيجاد أداة جديدة لدفع الثمن ، فبعد أن كان ثابتاً بالمقد أصبح ثابتاً بالسند (١٦ فبراير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٦٢٨ ص ١٢٢٢) - انظر أيضاً : استئناف وطني ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٧٦ ص ١٥٨ - استئناف مختلط ٢٣ نوفمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ١٥ - ٢٦ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٠٥ - ١٧ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٣٣ - وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا حرر الغير سندات بالثمن للبائع ، لم يكن هذا تجديداً بتغيير الدين ، بل إنابة في الوفاء إنابة ناصرة ، ويكون الغير مديناً بالبائع بدين جديد إلى جانب الدين الذي في ذمة المشتري (٥ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١٣) .

(١) استئناف مختلط ٨ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٨٩ .

(٢) استئناف مختلط ٩ مايو سنة ١٩٢٩ م ٥١ ص ٣١١ .

(٣) نقض مدني ١٩ مارس سنة ١٩٥٣ المحاماة ٣٥ رقم ١٦ ص ٥٦ - وقضت محكمة مصر بأنه إذا حصلت محاسبة وانفاق بين المتعاقدين من دين الإيجار ، وتمهد المستأجر بدفع الباقي لإذن المؤجر على نفس ورقة المحاسبة ، فلا يعتبر هذا السند استبدالاً ، لأنه قد ذكر فيه بصريح العبارة أن سبب تحرير هذا السند هو دين الإيجار السابق ، وهذا يظهر بجملة أن المتعاقدين احتفظا بسبب الدين الأصل . أما التمهيد بأن يدفع المستأجر الباقي لإذن المؤجر ، فهذا من قبيل التسهيل في الوفاء ، بدليل أن كثيراً من عقود الإيجار ينص فيها على قابليتها للتحويل ولا تفقد طبيعتها (٨ مارس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢١٨ ص ٤٣٤) .

هذا والأصل في الصلح ألا يكون تجديداً للدين . وقضت محكمة استئناف مصر بأن الصلح مندرج للحقوق لا منشاء لها ، فهو لا يغير من طبيعة الدين المتصلح عليه ، وتبقى جميع التأمينات التي كانت للحق الذي وقع عليه الصلح على حالتها لوفاء بالصلح ، فلا يعتبر الصلح استبدالاً للدين المتصلح عليه . ولا عبرة كذلك بعدم ذكر قابلية الدين للتحويل في محضر الصلح ، لأن العبرة =

وإثبات نية التجديد يتبع فيه القواعد العامة للإثبات (١). وعبء الإثبات يقع على عاتق من يدعى التجديد ، لأن التجديد كما قدمنا لا يفترض (٢).
واستخلاص نية التجديد من الظروف مسألة واقع تترك لقاضي الموضوع ، ولا معقب عليه في ذلك ، ولا يخضع تقديره لرقابة محكمة النقض (٣).

٤٩٨ - تغيير الالتزام في حساب جار : وقد رأينا أن المادة ٣٥٥ مدني

تقضي بأنه لا يكون تجديداً مجرد تقييد الالتزام في حساب جار ، وإنما يتجدد

في ذلك بسند الدين الأصلي إلا إذا حصل الدول عن صراحة ، (٢ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٥٥ ص ٧١٧) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الصلح مع المفلس لا يجدد الدين (١٢ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٢٧ ص ٢٣١) ، إلا إذا ظهرت نية التجديد بوضوح (٨ مايو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣٥٢) ، وقضت أيضاً بأن الصلح على حكم بإدخال بعض تعديلات فيه والنزول عن جزء منه لا يعد تجديداً ، فإذا لم ينفذ المدين الصلح كان للدائن أن ينفذ عليه الحكم (٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٧٩) .

وقد قدمنا أن الدفع بطريق الشيك لا يعتبر تجديداً ، بل هو لا يعتبر وفاء إلا بعد قبض قيمة الشيك (استئناف مختلط ٢٦ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١١١ - وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٥٠ والمادة ٢٦٥ من تقنين الالتزامات البولونى - وانظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فترة ١٢٦٤ ص ٦٧٠ - دي باج ٣ فترة ٤٦٤ وفترة ٦١١) .

وقد تضمنت تصفية الحساب تجديداً ، وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه عند تصفية الحساب قد يكون الرصيد تجديداً للدين إذا ظهر ذلك بوضوح من نية الطرفين ، وتستظهر هذه النية إذا كان الحساب متعلقاً بمقد البيع ونزل البائع بعد تصفية الحساب عن امتيازته (٣٠ يناير سنة ١٩١٣ م ٢ ص ١٥٥) .

(١) بيدان ولا جارد ٦ فترة ٩٩٨ - فلا يجوز الإثبات إلا بالكثافة أو بما يقوم مقامها فهما يزيد على عشرة جنهات، وإذا لا يزيد على عشرة جنهات يجوز الإثبات بالبينة أو بالقرائن .
وكون التجديد لا يفترض ليس معناه عدم جواز إثباته بالقرائن فيما لا يزيد على عشرة جنهات، بل معناه إنه إذا قام شك لا يعتبر أن هناك تجديداً (ديمولومب ٢٨ فترة ٢٧٠ - لوران ١٨ فترة ٢٦١ - بودرى وبارد ٣ فترة ١٧٢٣) .

(٢) بودرى وبارد ٣ فترة ١٧٣٣ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فترة ١٧٦٥ ص ٦٧٢ .

(٣) نقض مدني ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٣ رقم ٣٦ ص ٩٣ - بودرى وبارد ٣

فترة ١٧٣٤ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فترة ١٧٦٥ ص ٦٧٢ - ولكن إذا كانت عناصر التجديد موجودة وفقاً لما ذهب إليه قاضي الموضوع في تفسير نية الطرفين ، وجب تطبيق أحكام التجديد ، ولحكمة النقض الرقابة على قاضي الموضوع في ذلك (بودرى وبارد ٣ فترة ١٧٣٤ ويشيران إلى حكم محكمة النقض الفرنسية في ١٣ يناير سنة ١٩٠٣ داللو ١٩٠٣ - ١ - ١٢٢) .

الالتزام إذا قطع رصيد الحساب وتم إقراره ، على أنه إذا كان الالتزام مكفولاً بتأمين خاص فإن هذا التأمين يبقى مالم يتفق على غير ذلك . ويخلص من هذا النص أن مجرد تقييد الالتزام في حساب جارٍ لا يكون تجديداً لهذا الالتزام . والسبب في ذلك أن التجديد لا يكون إلا حيث يحل التزام جديد محل التزام سابق ، ومجرد تقييد الالتزام في الحساب الجارى قبل قطع رصيد الحساب لا ينشئ التزاماً جديداً ليحل محل الالتزام الذى أجرى تقييده ، ومن ثم لا يتم التجديد . ولكن ذلك لا يمنع من أن الالتزام الذى أجرى تقييده في الحساب الجارى ، وفقاً للقواعد المقررة في الحسابات الجارية وهى قواعد تقتضها طبيعة الحسابات ، تفنى ذاتيته باندماجه في الحساب الجارى وصيرورته قلماً من أقال في الجهة الدائنة أو الجهة المدينة بحسب الأحوال . ومن ثم ينقضى الالتزام قبل أن يتم تجديده ، والذى يحل محله ليس التزاماً جديداً فإن هذا لا يكون إلا بعد قطع رصيد حساب كما قدمنا ، ولكن من حسابى (article de crédit - élément de comptabilité) هو الدائنية والمدبونية التى يمثلها الالتزام في الحساب الجارى (١) . ويترتب على أن الالتزام ينقضى حتى قبل أن يتم التجديد أن تزول عنه صفته المدنية إذا كان ديناً مدنياً ، ولا يعود يخضع لسريان التقادم والذى يتقادم إنما هو رصيد الحساب بعد قطعه (٢) . وكان ينبغي ، إذا كان الالتزام مكفولاً بتأمين خاص ، أن ينقضى هذا التأمين بانقضاء الالتزام ، حتى قبل التجديد . ولكن النص صريح ، كما رأينا ، في أن التأمين يبقى مالم يتفق على غير ذلك (٣) .

(١) انظر في هذا المعنى بودرى وبارد ٣ فترة ١٧١٠ - بلانويل وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٦٢ ص ٦٦٨ وهامش رقم ٥ والمراجع والأحكام المشار إليها - بيدان ولاجار ٩ فقرة ٩٩٨ ص ٨٥ - دى باج ٣ فقرة ٥٦٤ مكررة - وقارن ديموج في المجلة الفصلية لقانون المدنى سنة ١٩٠٦ ص ٣١٦ .

(٢) ولا يتقادم الرصيد إلا بخمس عشرة سنة ، حتى لو كانت الالتزامات المقيدة تتقادم بأقل من هذه المدة (استئناف مصر ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٦٧ ص ١٠٤ - ١٥ يونيه سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ٨٥ ص ١١٤) .

(٣) وقد كانت محكمة الاستئناف المختلطة تقضى بهذا المعنى في عهد التقنين المدنى السابق بالرغم من أن هذا التقنين لم يكن يشمل على نص في ذلك : استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٥٤ - ٦ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٣٥ .

فاذ ما قطع رصيد الحساب الجارى وتم إقراره ، فان الرصيد يكون حقاً لأحد طرفى الحساب ودينياً فى ذمة الآخر . وعند ذلك يتم تجديد جميع الالتزامات المقيدة فى الحساب الجارى ، ويصبح هذا الرصيد هو الالتزام الجديد الذى حل محل الالتزامات المقيدة (١) . وينتقل إلى الرصيد التأمين الخاص الذى كان يكفل الالتزام المقيد ، والذى رأيناه يبقى بالرغم من انقضاء هذا الالتزام . ذلك أن القانن يفترض أن نية الطرفين قد انصرفت إلى استبقاء التأمين الخاص بعد تقييد الالتزام ، فاذا ما قطع الرصيد انتقل التأمين إليه فأصبح مكفولاً به . وغنى عن البيان أن هذا مجرد افتراض يجوز إسقاط دلالة عن طريق اتفاق الطرفين على زوال التأمين بمجرد تقييد الالتزام فى الحساب وانقضائه على هذا الوجه (٢) .

(١) قارن استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٤ م ١٧ ص ٤٩ - وانظر فى هذه المسألة الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٨٢ - ص ٨٤ : وهو يقول بأن الالتزام يفقد ذاتيته من وقت تقييده فى الحساب الجارى ، ولكن يذهب إلى أن التقنين الجديد على العكس من ذلك يجعله محتفظاً بذاتيته ، ويستدل بالنص الذى ينص بأن مجرد تقييد الالتزام فى حساب جار لا يكون تجديداً . وغنى عن البيان إنه لا يوجد أى تمارض بين عدم تجديد الالتزام بمجرد تقييده فى الحساب الجارى وبين فناء ذاتيته باندماجه فى هذا الحساب ، فقد قدمنا أن الالتزام بتقييده فى الحساب الجارى ينقضى قبل أن يتجدد . والذى نص عليه التقنين الجديد هو أن الالتزام لا يتجدد بمجرد تقييده فى الحساب الجارى ، وهذا صحيح ، ولكنه لا يمنع من فناء ذاتيته وانقضائه بهذا التقييد .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ولا يتجدد الالتزام بمجرد رصده فى الحساب الجارى ، ما دام هذا الحساب لم يقطع . فإن قطع هذا الحساب وتم إقراره ، استتبع ذلك التجديد . وقد نص ، استثناء من حكم القواعد العامة ، على بقاء الرهن التأمينى الذى ينشأ لضمان الوفاء بالالتزام ، رغم تجديده بسبب قطع رصيد الحساب الجارى . إلا أن هذا الاستثناء أقيم على قرينة بسيطة ، يجوز إسقاط دلالتها بإثبات العكس : أنظر المادة ١١٧ من تقنين الالتزامات السويسرى والمادة ٤٩٢ من المشروع » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٥٠) .

المبحث الثاني

الآثار التي تترتب على التجديد

٤٩٩ - انقضاء الالتزام الأصلي وملوول التزام جديد -

التأمينات : قدمنا أن التجديد يترتب عليه انقضاء الالتزام الأصلي ونشوء التزام جديد يحل محله . أما التأمينات التي كانت تكفل الالتزام الأصلي ، فالأصل فيها أنها تزول مع هذا الالتزام الذي كانت تكفله ، إلا أنه يجوز استثناء نقلها إلى الالتزام الجديد .

فنتكلم إذن في مسألتين : (١) انقضاء الالتزام الأصلي ونشوء التزام جديد .
(٢) انتقال التأمينات استثناء إلى الالتزام الجديد .

المطلب الأول

انقضاء الالتزام الأصلي ونشوء التزام جديد

٥٠٠ - **النصوص القانونية:** تنص المادة ٣٥٦ من التقنين المدني

على ما يأتي :

« ١ - يترتب على التجديد أن ينقضي الالتزام الأصلي بتوابعه وأن ينشأ مكانه التزام جديد . »

« ٢ - ولا ينتقل إلى الالتزام الجديد التأمينات التي كانت تكفل الالتزام الأصلي إلا بنص في القانون ، أو إلا إذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية

المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك (١) .

وبقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادتين ٢٤٩/١٨٦ و ٢٥٢/١٨٨ (٢).
وبقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
المادة ٣٥٤ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٤٣ - وفي التقنين المدني العراقي
المادتين ٤٠٣ و ٤٠٤ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٢٥/١ (٣).
ويخلص من هذا النص أن التجديد يقضي الالتزام الأصلي وينشئ التزاماً

(١) تاريخ النص : ورد هذا في المادة ٤٩٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما
استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى لم يكن يتضمن عبارة « إلا
بنص في القانون » . وفي لجنة المراجعة أضيفت هذه العبارة لتواجه انتقال التأمينات بنص
القانون في حالة قطع رصيد الحساب الجارى مثلاً ، فإن المادة ٣٥٥ تنقل التأمين الخاص الذى
قد يكون الالتزام مكفولاً به إلى هذا الرصيد . وأصبحت المادة رقمها ٣٦٨ في المشروع النهائى .
ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٥٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣
ص ٢٥٢ - ص ٢٥٣) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٢٤٩/١٨٦ : استبدال الدين يترتب عليه زواله وإيجاد دين
غيره بدله ، ويكون الاستبدال بمقد .

م ٢٥٢/١٨٨ : التأمينات التى كانت على الدين القديم لا تكفون على الدين الجديد ، إلا إذا
تبين من العقد أو من قرائن الأحوال قصد المتعاقدين انتقالها على الدين الجديد .
(ولا فرق بين التقنينين السابق والجديد في الحكم : الموجز للمؤلف فقرة ٥٧٧ - فقرة
٥٧٩) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٣٥٤ (مطابقة للمادة ٣٥٦ من التقنين المدني المصرى) .

التقنين المدني الليبي : م ٣٤٣ (مطابقة للمادة ٣٥٦ من التقنين المدني المصرى) .

التقنين المدني العراقي : م ٤٠٣ : إذا جدد الالتزام ، سقط الالتزام الأصل ، وحل محله

الالتزام جديد .

م ٤٠٤ : إذا كان الدين الأصل مكفولاً بتأمينات شخصية أو عينية ، وصار تجديده ،
سقطت التأمينات ، إلا إذا جددت هى أيضاً .

(وحكم التقنين العراقي متفق مع حكم التقنين المصرى : أنظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام

الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٣٣٨ و فقرة ٣٤٠) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ١/٣٢٥ : إن التجديد يسقط الموجب أصلاً وفرعاً تجاه

الجميع . (والحكم يتفق مع حكم التقنين المصرى) .

جديداً محل محله ، وهذا هو الفرق الجوهرى ما بين التجديد من جهة وبين الحوالة والحلول من جهة أخرى .

٥٠١ - انقضاء الالتزام الأصلي ونشوء التزام جديد : التجديد ،

كالوفاء ، يقضى الالتزام الأصلي ، فيزول هذا الالتزام بمقوماته وصفاته ودفعه وما يلحق به من التأمينات .

والتجديد في الوقت ذاته ينشئ التزاماً جديداً محل محل الالتزام المنقضى . وانقضاء الالتزام الأصلي منوط بنشوء الالتزام الجديد ، فلا ينقضى ذلك إلا إذا نشأ هذا ، ولا ينشأ هذا إلا إذا انقضى ذلك (١) . ولا بد أن يختلف الالتزام الجديد عن الالتزام الأصلي ، كما قدمنا ، في عنصر من عناصره الجوهرية . والالتزام الجديد على كل حال التزام غير الالتزام الأصلي ، له مقوماته الذاتية (٢) ، وصفاته ودفعه وتأميناته . فقد يكون الالتزام الأصلي تجارياً ، وينشأ الالتزام الجديد مدنياً . وقد يكون الالتزام الأصلي غير منتج لفوائد ، وينتج الالتزام الجديد فوائد . وقد يكون الالتزام الأصلي غير ثابت في سند قابل للتنفيذ ، ويثبت الالتزام الجديد في ورقة رسمية فيكون قابلاً للتنفيذ . وقد يكون الالتزام الأصلي معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل ، ويكون الالتزام الجديد منجزاً لاشترط فيه ولا أجل . وقد يتقادم الالتزام الأصلي بمدة قصيرة ، ويتقادم الالتزام الجديد بمدة أطول . وقد يكون الالتزام الأصلي مصدره عقد قابل للإبطال فيجوز دفعه بإبطائه ، ويكون الالتزام الجديد مترتباً على تجديد هو إجازة للعقد القابل للإبطال فلا يجوز دفعه بهذا الدفع . وقد يكون الالتزام الأصلي مكفولاً بتأمينات عينية أو شخصية ، فتزول هذه التأمينات مع زواله ولا تنتقل إلى الالتزام الجديد إلا بنص في القانون أو إلا إذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك (٣) . وإذا لم تنتقل تأمينات الالتزام الأصلي إلى الالتزام الجديد ، بقي الالتزام الجديد عارياً عن التأمينات ، إلا إذا كفل هو

(١) بلانيول وريبير ورددوان ٧ فقرة ١٢٦٨ .

(٢) استئناف وطنى ١٠ أغسطس سنة ١٨٩١ الحقوق ٦ ص ٢٤٥ .

(٣) وسنين فيما يل كيف تنتقل التأمينات إلى الالتزام الجديد بالاتفاق . أما انتقالها بنص

القانون فله ما ورد في المادة ٣٥٥ مدني من أن الالتزام إذا قيد في حساب جار فإنه لا يتجدد =

أيضاً بتأمينات مستقلة عن تأمينات الالتزام الأصلي . وقد يكون الالتزام الأصلي مكفولاً بدعوى فسخ ، فلا تنتقل الدعوى إلى الالتزام الجديد (١) .

٥٠٢ - مقابل بين التجديد من جهة والحوالة والحلول والوفاء

بمقابل من جهة أخرى : وانقضاء الالتزام الأصلي مع نشوء التزام جديد هو المميز الجوهرى الذى يفرق من حيث الأثر بين التجديد من جهة والحوالة والحلول من جهة أخرى ، وقد سبق أن رأينا الفروق ما بين هذه النظم من حيث التكوين (٢) .

ففى حوالة الحق والوفاء مع الحلول ، لا ينقضى الحق بل ينتقل بمقوماته وصفاته ودفعه وتأميناته من دائن قديم إلى دائن جديد . أما فى التجديد بتغيير الدائن فقد رأينا أن الحق الأصلى ينقضى بمقوماته وصفاته ودفعه وتأميناته ، ويحل محله حق جديد بمقومات وصفات ودفع وتأمينات أخرى ، ولا ينتقل نفس الحق من الدائن الأصلى إلى الدائن الجديد .

وفى حوالة الدين ينتقل نفس الدين ، على النحو المتقدم ، من ذمة المدين الأصلى إلى ذمة المدين الجديد . أما فى التجديد بتغيير المدين فالدين الأصلى ينقضى على الوجه الذى قدمناه ، ويحل محله دين جديد (٣) .

أما التجديد بتغيير الدين فلا يقابل لا بالحوالة ولا بالحلول ، وإنما يقابل بالوفاء بمقابل . وقد قدمنا أن الفرق بين النظامين أن الوفاء بمقابل يقتضى أن

= إلا إذا قطع رصيد الحساب ، فإذا كان مكفولاً بتأمين خاص فإن هذا التأمين يبق ما لم يتفق على غير ذلك . فهنا انتقل التأمين الخاص من الالتزام إلى رصيد الحساب بحكم القانون (انظر تاريخ نص المادة ٣٥٦ آنفاً فقرة ٥٠٠ فى الهامش) .

(١) وقد يكون المدين فى الالتزام الأصلى معذراً فيتحمل تبعه الهلاك ، ولا يكون معذراً فى الالتزام الجديد فلا يتحمل هذه التبعة (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٣٥) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٩٢ - وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٥٨ - ص ٢٥٩ .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٥٢

تنتقل الملكية فوراً إلى الدائن حتى يتم الوفاء، وأما في التجديد بتغيير الدين فالوفاء يكون عن طريق إنشاء التزام جديد لا يكون واجب التنفيذ فوراً (١).

المطلب الثاني

انتقال التأمينات من الالتزام الأصلي إلى الالتزام الجديد

٥٠٣ - النصوص القانونية: تنص المادة ٣٥٧ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ - إذا كانت هناك تأمينات عينية قدمها المدين لكفالة الالتزام الأصلي ، فإن الاتفاق على نقل التأمينات إلى الالتزام الجديد تراعى فيه الأحكام الآتية » :

« (أ) إذا كان التجديد بتغيير الدين ، جاز للدائن والمدين أن يتفقا على انتقال التأمينات للالتزام الجديد في الحدود التي لا تلحق ضرراً بالغير » .

« (ب) إذا كان التجديد بتغيير المدين ، جاز للدائن والمدين الجديد أن يتفقا على استبقاء التأمينات العينية دون حاجة إلى رضاء المدين القديم » .

« (ج) إذا كان التجديد بتغيير الدائن ، جاز للمتعاقدين ثلاثتهم أن يتفقوا على استبقاء التأمينات » .

« ٢ - ولا يكون الاتفاق على نقل التأمينات السينية نافذاً في حق الغير إلا إذا تم مع التجديد في وقت واحد ، هذا مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالتسجيل » .
وتنص المادة ٣٥٨ على ما يأتي :

« لا ينتقل إلى الالتزام الجديد الكفالة ، عينية كانت أو شخصية ، ولا التضامن ، إلا إذا رضى بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون (٢) » .

(١) بيدان ولاجارد ٩ فترة ٩٩٢ - جوران ٢ فترة ٩٠٣ - انسيكلولبيدي والوز ٣ لفظ Novation فترة ٣١ .

(٢) تاريخ النصوص :

م ٣٥٧ : ورد هذا النص في المادة ٤٩٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر =

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المواد ٢٥٣/١٨٩ -
٢٥٥/١٩١ (١) .

= عليه في التقنين المدني الجديد، فيما عدا خلافا في إحدى العبارات وفيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يشترط ألا يكون الاتفاق على نقل التأمينات العينية نافذاً في حق الغير إلا إذا كان بورقة رسمية . وفي لجنة المراجعة حذف هذا الشرط ، وأصبحت المادة رقمها ٣٦٩ في المشروع النهائى . ثم وافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة « في الحدود التى لا تلحق ضرراً بالغير » بعبارة « ما لم يترتب على ذلك زيادة في هذا الالتزام تلحق ضرراً بالغير » التى كانت واردة في المشروع ، « لأنها في عمومها أشمل من العبارة الأولى ، ولأنها تبرز المدنى المقصود » . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته تحت رقم ٣٥٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٥٥ - ص ٢٥٧) .

م ٣٥٨ : ورد هذا النص في المادة ٤٩٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٧٠ في المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٥٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٥٨ - ص ٢٦٠) .

(١) التقنين المدني السابق م ٢٥٣/١٨٩ : ومع ذلك لا يجوز الاتفاق على خلاف ما هو آت : في الحالة الأولى من الأحوال السالف ذكرها يجوز للمدين والدائن أن يتفقا على أن التأمينات العينية ، كالاقتيازات و رهن العقار وحبس العين ، تكون تأميناً على الدين الجديد إذا لم تكن فيه زيادة تضر بمحقوق الغير . وفي الحالة الثانية يجوز للدائن ولن محل المدين الأصلى أن يتفقا على بقاء التأمينات العينية ولو بغير رضاه المدين الأصلى . وفي الحالة الثالثة يجوز للمتعاقدين الثلاثة أن يتفقا على بقاء التأمينات العينية .

م ٢٥٤/١٩٠ : لا يصح في أى حال من الأحوال السالفة نقل التأمينات الشخصية ، كالكفالة والتضامن ، إلا برضاه الكفلاء والمتضامنين .

م ٢٥٥/١٩١ : الاتفاق على نقل التأمينات المذكورة بالمادة السابقة لا ينفذ على غير المتعاقدين إلا إذا كان حاصله مع الاستبدال في آن واحد بوثيقة رسمية .

() ويتفق التقنينان السابق والجديد إلا في المسائل الآتية : (١) ذكر التقنين السابق التأمينات العينية كالاقتيازات و رهن العقار وحبس العين ، بتعميم خصمه التقنين الجديد بالتأمينات التى قدمها المدين ، فلا تدخل حقوق الامتياز ولا حقوق الاختصاص ، وسنسط ذلك فيما يلى . (٢) اقتصر التقنين السابق في التأمينات التى يقدمها الغير على التأمينات الشخصية ، أما التقنين الجديد فنص على التأمينات الشخصية والعينية . (٣) أوجب التقنين السابق في المادة ٢٥٥/١٩١ أن يكون الاتفاق على نقل التأمينات المذكورة بالمادة السابقة - وهذا خطأ مادى والمقصود المادة قبل السابقة - بورقة رسمية حتى ينفذ في حق الغير . أما التقنين الجديد فقد حذف هذا الشرط بعد أن كان وارداً في المشروع التمهيدى : انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة

وتقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المادتين ٣٥٥ - ٣٥٦ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٣٤٤ - ٣٤٥ - ولا مقابل لنا في التقنين المدني العراقي - وتقابل في تقنين الموجبات والعقود البنائي المادة ٣٢٥/٣ و(١) .

وبمخلص من النصوص المتقدمة الذكر أن التأمينات التي كانت تكفل الالتزام الأصلي إما أن تكون تأمينات عينية قدمها المدين نفسه وهذا هو الغالب ، وإما أن تكون تأمينات عينية أو شخصية قدمها الغير ككفيل عيني أو كفيل شخصي . فنستعرض كلا من هاتين الحالتين .

= الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٥٩ ، وانظر الموجز للدولف فقرة ٥٧٨ والأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٨٠٤ . هذا والمعبرة في تطبيق التقنين الجديد في شأن نقل التأمينات التي قدمها المدين دون غيرها وفي شأن أن يكون الاتفاق على هذا النقل يصح ولو في ورقة غير رسمية بتاريخ الاتفاق على نقل التأمينات ، فإن كان هذا التاريخ سابقا على ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ صح نقل كل التأمينات ولو لم يكن المدين هو الذي قدمها ووجب أن يكون الاتفاق في ورقة رسمية وذلك تطبيقاً لأحكام التقنين السابق ، وإلا فتطبق أحكام التقنين الجديد .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٥٥ - ٣٥٦ (مطابقتان للمادتين ٣٥٧ - ٣٥٨ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٤٤ - ٣٤٥ (مطابقتان للمادتين ٣٥٧ - ٣٥٨ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي : لا مقابل - ويبدو أن التأمينات في التقنين العراقي لا تنتقل بمرتبها الأصلية ، بل تجدد فتأخذ مرتبتها من وقت تجديدها : انظر عكس ذلك الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٣٣٩ .

تقنين الموجبات والعقود البنائي م ٣٢٥/٣ : ويمتسك استكثلاء وسائر الموجب عليهم أن يدخلوا برضام تحت أحكام الموجب الجديد - ويجوز وضع نص صريح يشترط به إلحاق الرهون والحقوق الممتازة وrehon المنقولات بالدين الجديد على الشرط نفسها التي كانت ضامنة للموجب الساقط ، ولا يكون ذلك إلا إذا رضى بهذا الإلحاق صاحب ذلك المترتب عليه حق الرهن أو الامتياز : (ويختلف حكم التثمين البنائي عن حكم التقنين المصري في مسألتين : (١) تشمل التأمينات حقوق الامتياز في التقنين البنائي بالنص الصريح ، أما في التقنين المصري فالتأمينات التي قدمها المدين لا تشمل حقوق الامتياز . (٢) في التجديد بتغيير المدين إذا كان هذا المدين قدم تأميناً على ملك له وأريد نقله إلى الالتزام الجديد وجب رضاه بذلك في التقنين البنائي ، ولا يشترط هذا الرضا في التقنين المصري)

§ ١ - التأمينات العينية التي قدمها المدين

٥٠٤ - انتقال التأمينات إلى الالتزام الجديد فيه خروج على القواعد العامة - مبرراته : ولا شك في أن انتقال التأمينات من الالتزام الأصلي إلى الالتزام الجديد أمر استثنائي . ذلك أن الالتزام الأصلي الذي كانت هذه التأمينات تكفله قد انقضى ، فكان الواجب أن تنقضى بانقضائه . أما أن تبقى بعد انقضاء الالتزام ، وتنتقل بمرتبها الأصلية إلى الالتزام الجديد ، فذلك فيه خروج ظاهر على القواعد العامة ، ولا يبرره إلا اعتبارات عملية محضة ، دعت القانون إلى أن يبيح الاتفاق على استبقاء هذه التأمينات مع نقلها إلى الالتزام الجديد .

وتتلخص هذه الاعتبارات العملية في أن انتقال التأمينات إلى الالتزام الجديد فيه فائدة كبيرة للدائن ، إذ تبقى له تأميناته القديمة حافظة لمرتبها الأصلية ، ولولا ذلك لما كان غالباً يرضى بالتجديد . هذا إلى أن انتقال هذه التأمينات لا يضر بالمدين ، فهو قد سبق له أن قدمها لكفالة الالتزام الأصلي ، فلا عليه أن يستبقها لكفالة الالتزام الجديد في حدود الالتزام الأصلي . ولا يضر هذا الانتقال بالغير ، فسرى أن الغير قد كفل القانون مصلحته فلا يضار بهذا الانتقال (١) .

ونلاحظ هنا أمرين : (أولاً) أن هذه التأمينات لا تنتقل إلى الالتزام الجديد بحكم القانون ، بمجرد الاتفاق على التجديد . بل لابد من اتفاق خاص على انتقالها ، وذلك إلى جانب الاتفاق على التجديد . فإذا لم يوجد هذا الاتفاق الخاص ، ولم يكن هناك إلا الاتفاق على التجديد ، انقضت التأمينات بانقضاء الالتزام الأصلي ، فلا تنتقل إلى الالتزام الجديد (٢) . (ثانياً) وقد يقال مادام

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٦٩ .

(٢) وهذا ما يستتق أهمية التمييز بين الحوالة والتجديد . ففي الحوالة تنتقل التأمينات بمجرد الحوالة دون حاجة إلى اتفاق خاص : أما في التجديد فقد رأينا أنها لا تنتقل بمجرد الاتفاق على التجديد بل لابد من اتفاق خاص .

لابد من اتفاق خاص ، فأين وجه الخروج على القواعد العامة ، وفيم النص على إباحة استبقاء التأمينات ، وكان أصحاب الشأن يستطيعون الاتفاق على ما يشاؤون من تأمينات دون حاجة إلى نص في القانون يبيح لهم ذلك ؟ ولكن لا وجه لهذا القول ، فالتأمينات التي أباح النص الاتفاق على استبقائها هي التأمينات الأصلية ، تنتقل إلى الالتزام الجديد بمرتبها الأصلية . ولو لم يبح القانون ذلك ، لما أمكن أصحاب الشأن أن يتفقوا إلا على تأمينات جديدة ، بعد أن تكون التأمينات الأصلية قد انقضت بالتجديد . ولكانت مرتبة هذه التأمينات الجديدة من وقت الاتفاق عليها ، فلا تكون لها مرتبة التأمينات الأصلية . هذا إلى أنه في صورة خاصة من صور التجديد - التجديد بتغيير المدين - أباح النص للدائن والمدين الجديد أن يتفقا على انتقال التأمينات الأصلية دون رضا المدين الأصلي مع أنه هو المالك للمال المثقل بالتأمين ، ولولا هذا النص لما أمكن الاتفاق على نقل هذه التأمينات دون رضائه .

٥٠٥ - حماية الغير : وقد عنى القانون بحماية الغير حتى لا يضار بانتقال

التأمينات ، وذلك من ناحيتين : (أولا) نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٥٧ مدني ، كما رأينا ، على أنه « لا يكون الاتفاق على نقل التأمينات العينية نافذاً في حق الغير إلا إذا تم مع التجديد في وقت واحد ، هذا مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالتسجيل » . ذلك أنه لو تم التجديد قبل الاتفاق على نقل التأمينات ، لانقضى الالتزام الأصلي وانقضت معه هذه التأمينات ، ولأفاد من انقضائها الغير ، وهو هنا دائن له تأمين عيني متأخر عن التأمين الذي كان يكفل الالتزام الأصلي ، فزوال هذا التأمين المتقدم يفيد الغير صاحب التأمين المتأخر . فلا يجوز أن يضار بعد ذلك بالاتفاق الذي يعقب التجديد على نقل التأمين المتقدم ، الذي كان قد زال بالتجديد ، إلى الالتزام الجديد . ومن ثم لم يجز القانون نقل التأمينات العينية التي كانت تكفل الالتزام الأصلي إلى الالتزام الجديد ، إلا إذا تم هذا الانتقال مع التجديد في وقت واحد (١) . ويراعى فوق ذلك الأحكام

(١) ومن ثم يجب أن يكون الاتفاق على نقل التأمينات ، لئلا يضر في حق الغير ، ثابت التاريخ . إذ لرجاز أن يكون الاتفاق غير ثابت التاريخ ، لأنك تقدم تاريخه حتى يكون معاصراً للتجديد = (م - ٥٤ الوسيط)

المتعلقة بالتسجيل ، فيؤشر على هامش القيد الذى يشهر التأمين العيني بأن هذا التأمين أصبح يكفل الالتزام الجديد ، يذكر المحل الجديد للالتزام إذا كان التجديد بتغيير الدين ، ويذكر اسم المدين الجديد إذا كان التجديد بتغيير المدين ، أو الدائن الجديد إذا كان التجديد بتغيير الدائن . (ثانياً) لا يجوز أن يكفل التأمين من الالتزام الجديد إلا بمقدار ما كان يكفل من الالتزام الأصلي . فلو كان الالتزام الجديد أكبر قيمة من الالتزام الأصلي ، وكفل التأمين الالتزام الجديد كله ، لتضرر الغير صاحب التأمين المتأخر إذ يرى التأمين المتقدم عليه قد زاد عبؤه عن ذى قبل . وهذا المحذور إنما يتحقق فى التجديد بتغيير الدين ، دون التجديد بتغيير المدين أو بتغيير الدائن ، ولذلك قضت الفقرة الأولى من المادة ٣٥٧ مدنى بأنه « إذا كان التجديد بتغيير الدين ، جاز للدائن والمدين أن يتفقا على انتقال التأمينات للالتزام الجديد فى الحدود التى لا تلحق ضرراً بالغير » ، أى فى حدود الالتزام الأصلي (١) .

٥٠٦ - ما المقصود بالتأمينات العينية التى قدمها المدين : ونرى

أن المقصود بالتأمينات العينية التى قدمها المدين التأمينات الاتفاقية التى ارتضاها لكفالة دينه الأصلي . فيدخل فى ذلك الرهن الرسمى ، ورهن الحيازة سواء كان على عقار أو على منقول . أما حقوق الامتياز فلا تدخل ، لأنها تأمينات لم يقدمها المدين باختياره ، بل هى تأمينات رتبها القانون وبنها على صفة فى الالتزام فهى لصيقة بهذه الصفة ، فاذا كان الالتزام الأصلي قد قرر له القانون امتيازاً نظراً لصفته الخاصة ، فلا يجوز الاتفاق على نقل هذا الامتياز إلى الالتزام

= ولو كان الاتفاق لاحقاً ، فتبقى التأمينات ضامنة للدين الجديد وكان ينبغى أن تنقضى (الموجز للمؤلف فقرة ٥٧٨ ص ٦٠٢ - ص ٦٠٣ - الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٨٧ - ص ٨٨ - الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٧٥) .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٥٩ وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نوعاً ثالثاً من الحماية للغير ، إذ كان يشترط لنفاذ انتقال التأمينات العينية فى حق الغير أن يكون الاتفاق فى ورقة رسمية ، وقد حذف هذا الشرط فى لجنة المراجعة أنظر تاريخ نص المادة ٣٥٧ من أنشأ ندية ٥٠٣ فى الهامش .

الجديد وهو لم تتوافر له الصفة التي دعت إلى تقرير حق الامتياز (١). وهذا التفسير الذي يستخلص في يسر من عبارة التقنين مجنبنا عيباً وقع فيه التقنين المدني الفرنسي، إذ نصت المادة ١٢٧٨ من هذا التقنين على أن، حقوق الامتياز والرهن التي كانت للدين القديم لا تنتقل إلى الدين الذي حل محله، إلا إذا اشترط الدائن صراحة الاحتفاظ بها (٢). ويعيب الفقه الفرنسي على هذا النص أنه يبيح اشتراط انتقال حقوق الامتياز والرهن القانونية، مع أن هذه الحقوق لم تقرر إلا لصفة في الدين الأصلي، فكان ينبغي ألا يجوز اشتراط انتقالها إلى دين آخر ليست له هذه الصفة (٣).

وعلى التفسير الذي نقول به ينبغي ألا يجوز الاتفاق على نقل حق الاختصاص من الالتزام الأصلي إلى الالتزام الجديد، لأن حق الاختصاص تأمين لم يقدمه المدين اختياراً، بل ربه القاضي على عقار المدين بموجب حكم واجب التنفيذ. والقانون إنما أباح، استثناء، الاتفاق على نقل التأمين الذي قدمه المدين، والاستثناء لا يقاس عليه. فالتأمين الذي لم يقدمه المدين، كحق الاختصاص، يبقى في حكمه على الأصل، فيزول بالتجديد، ولا يجوز الاتفاق على نقله إلى الالتزام الجديد.

٥٠٧ - كيف يتم انتقال التأمينات من الالتزام الأصلي إلى

الالتزام الجديد: أما كيف يتم انتقال التأمينات التي قدمها المدين من الالتزام الأصلي إلى الالتزام الجديد، على النحو الذي قدمناه، أي في حدود الالتزام الأصلي وبشرط أن يتم مع التجديد في وقت واحد، فذلك يختلف

(١) فإذا جدد البائع التزام المشتري، يدفع الثمن إلى التزام جديد ناشئ من عقد قرض مثلاً، لم يجوز الاتفاق على نقل امتياز البائع إلى هذا الالتزام الجديد.

(٢) وهذا هو النص في أصله الفرنسي: Art. 1278: Les privilèges et hypothèques de l'ancienne créance ne passent point à celle qui lui est substituée, à moins que le créancier ne les ait expressément réservés.

(٣) أنظر بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٢٧.

باختلاف صور التجديد (١) .

فاذا كان التجديد بتغيير الدين ، تم نقل التأمينات بالطريق الذى يتم به التجديد ذاته ، أى باتفاق بين الدائن والمدين .

وإذا كان التجديد بتغيير الدائن ، تم نقل التأمينات أيضاً بالطريق الذى يتم به التجديد ذاته ، أى باتفاق بين المدين والدائن الأصلي والدائن الجديد ، فتتفق ثلاثهم على أن تبقى التأمينات التى قدمها المدين لكفالة الالتزام الأصلي حتى تكفل الالتزام الجديد .

وإذا كان التجديد بتغيير المدين ، فقد رأينا أن التجديد فى هذه الصورة يتم تارة باتفاق بين الدائن والمدين الجديد، ويتم طوراً باتفاق بين الدائن والمدين الأصلي والمدين الجديد . ونص القانون - المادة ٣٥٧ مدنى الفقرة الأولى حرف ب - لم يفرق بين الحالتين ، بل قضى بأنه « إذا كان التجديد بتغيير المدين ، جاز للدائن والمدين الجديد أن يتفقا على استبقاء التأمينات العينية دون حاجة إلى رضاء المدين القديم » . فلا حاجة إذن إلى رضاء المدين القديم ، سواء اشترك فى التجديد أو لم يشترك ، لنقل التأمينات إلى الالتزام الجديد . ويصبح المدين القديم - بعد انقضاء دينه بالتجديد مع بقاء التأمينات تثقل ماله لكفالة المدين الجديد - بمثابة كفيل عيني لهذا المدين . وقد حسم التقنين المصرى بهذا النص خلافاً لا يزال قائماً فى القانون الفرنسى ، فالفقه فى فرنسا منقسم ، فى انتقال التأمين إلى الالتزام الجديد ، بين اشتراط رضاء المدين وعدم اشتراط هذا الرضاء (٢) .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣

ص ٢٥٩ .

(٢) أنظر فى ذلك بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٢٨ ومن الفقهاء الذين يقولون بعدم ضرورة رضاء المدين توليه ٧ فقرة ٣١٢ وما بعدها - ديوانتون ١٢ فقرة ٣١١ - كوليه دى سانتير ٥ فقرة ٢٢٦ مسكرة - لارومبيير ٥ م ١٢٧٩ فقرة ٢ - ديمولومب ٢٧ فقرة ٣٥٦ - فقرة ٣٥٧ . ومن الفقهاء الذين يقولون بضرورة رضاء المدين ماركاديه ٤ م ١٢٧٩ فقرة ٣ - لوران ١٨ فقرة ٣٢٢ - بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٢٨ - جوسران ٢ فقرة ٩١٤ .

§ ٢ - التأمينات الشخصية والعينية التي قدمها الغير

٥٠٨ - **وموجب رضاه الغير بنقل هذه التأمينات :** وقد يكون الغير هو الذى قدم التأمينات التى تكفل الالتزام الأصيل . وهذا الغير إما أن يكون قد قدم تأمينا شخصيا ، بأن كان كفيلاً للالتزام الأصيل أو مديناً متضامناً فيه ، وإما أن يكون قد قدم تأمينا عينياً ، بأن يكون كفيلاً عينياً رتب رهناً على مال مملوك له لضمان الالتزام الأصيل .

ففى جميع هذه الأحوال لا يجوز انتقال التأمين الشخصى أو العينى إلا برضاء الغير الذى رتب هذا التأمين . فلا يكفى إذن، حتى يكفل الكفيل الالتزام الجديد بعد أن كان يكفل الالتزام الأصيل ، أن يتفق على ذلك الدائن والمدين ومعهما المدين الجديد أو الدائن الجديد، بل لابد من رضاه الكفيل أيضاً . فانه لم يكفل إلا التزاما بعينه هو الالتزام الأصيل ، فحتى يكفل التزاماً غيره ، ولو كان أقل قيمة ، لابد من رضائه بذلك (١) .

وإذا كان الالتزام الأصيل التزاماً تضامياً ، فقد رأينا عند الكلام فى التضامن (٢) ، أن المادة ٢٨٦ مدنى تنص على أن « يترتب على تجديد الدين بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين أن تبرأ ذمة باقى المدينين ، إلا إذا احتفظ الدائن بحقه قبلهم » . ورأينا أن باقى المدينين المتضامنين الذين لم يشتركوا فى إجراء التجديد لا يكونون متضامنين فى الالتزام الجديد إلا برضاهم . فاذا اتفق الدائن مع المدينين المتضامنين جميعاً على تجديد الالتزام الأصيل ، ظلوا جميعاً متضامنين فى الالتزام الجديد . أما إذا اتفق الدائن مع سائر المدينين المتضامنين غير المدين الذى أجرى التجديد على أن يبقوا متضامنين فى الدين القديم ، أو احتفظ بحقه قبلهم دون ضرورة للاتفاق معهم ، فان هؤلاء المدينين لا يلتزمون ولو غير متضامنين ، بالالتزام الجديد ، بل يبقون ملزمين بالتضامن بالدين الأصيل بعد حط حصة المدين الذى أجرى التجديد . وإذا كان الدائن

(١) مصر استئناف ١٨ بوليه سنة ١٩٠٥ الاستقلال ؛ ص ٤٧٥ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٩٠ .

أراد أن ينقل التضامن إلى الدين الجديد ، واشترط ألا يتم التجديد إلا على هذا الأساس ، ورفض باقي المدينين أن يلتزموا متضامنين بالدين الجديد ، فإن التجديد لا يتم إذ تخلف شرطه ، ويظل الالتزام التضامني الأصلي على حاله . أما إذا كان الدائن لم يتفق مع باقي المدينين لا على أن يبقوا ملتزمين بالدين الأصلي ولا على أن يتضامنوا في الدين الجديد مع المدين الذي أجرى التجديد ، ولم يحتفظ بحقه قبلهم ، بل أجرى التجديد دون قيد ولا شرط ، فقد افترض المشرع في المادة ٢٨٦ مدني السالفة الذكر افتراضاً معقولاً أن نية الدائن قد انصرفت إلى إبراء ذمتهم من الدين الأصلي لأنه انقضى بالتجديد ولم يحتفظ بحقه قبلهم ، ومن الدين الجديد لأنهم لم يقبلوا الالتزام به . وقد سبق أن بينا ذلك تفصيلاً عند الكلام في التضامن (١) .

وإذا كان الغير قد قدم تأميناً عينياً لكفالة الالتزام الأصلي ، أي كان كفيلاً عينياً لهذا الالتزام ، فإن التأمين الذي قدمه بالمرتبة التي هو عليها لا ينتقل إلى كفالة الالتزام الجديد إلا برضائه . وإذا كان قد رتب تأميناً عينياً لدائن آخر متأخراً في المرتبة عن التأمين الذي قدمه لكفالة الالتزام الأصلي ، وجب أيضاً ألا ينتقل تأمين الالتزام الأصلي إلى الالتزام الجديد إلا في حدود الالتزام الأصلي حتى لا يبصار الدائن المتأخر في المرتبة ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

٥٠٩ - جواز نقل هذه التأمينات بعد إبراء التجهير : والتأمينات

التي قدمها الغير ، شخصية كانت أو عينية ، بخلاف التأمينات العينية التي قدمها المدين ، لا يشترط أن يكون نقلها مع التجديد في وقت واحد ، بل يجوز أن يتفق على نقلها بعد إجراء التجديد (٢) . فيجوز إذن ، بعد إجراء التجديد ، أن يتفق أطرافه مع الكفيل الشخصي أو الكفيل العيني أو المدينين المتضامنين على نقل

(١) انظر آنفاً فقرة ١٩٠ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى : « أما التأمينات التي تقدم من الغير - كالكفالة العينية أو الشخصية أو التضامن - فلا تنتقل إلا برضاء هذا الغير كفيلاً كان أو مديناً متضامناً ... ويجوز أن يصدر هذا الرضاء بعد انقضاء التجديد ، في غير إخلال بمفهوم الغير » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٥٩) .

هذه التأمينات الشخصية أو العينية إلى الالتزام الجديد ، وذلك في غير إخلال بمحقوق الغير .

والمراد بالغير هنا دائن له تأمين عيني متأخر في المرتبة . فاذا تم التجديد قبل الاتفاق على نقل الرهن المتقدم إلى كفالة الالتزام الجديد ، فقد انقضى هذا الرهن المتقدم بانقضاء الالتزام الأصلي المضمون بالرهن . فلا يجوز ، بعد أن استفاد الدائن المتأخر في المرتبة من زوال الرهن المتقدم على هذا النحو ، أن تتفق أطراف التجديد مع الكفيل العيني على أن ينتقل الرهن إلى الالتزام الجديد ، فيضار الدائن المتأخر في المرتبة باحياء رهن متقدم على تأمينه بعد أن كان هذا الرهن قد انقضى .

الفرع الثاني

الانابة في الوفاء

(Délégation)

٥١٠ - عمدة الانابة في الوفاء بالتجديد : قد تنطوي الانابة

في الوفاء على تجديد بتغيير المدين ، بل وعلى تجديد بتغيير الدائن أيضاً ، كما سنرى . ولكنها قد لا تنطوي على أي تجديد ، فتكون الانابة في الوفاء نظاماً مستقلاً كل الاستقلال عن التجديد ، ولا علاقة تقوم بين النظامين (١) .

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٧١ - دي باج ٣ فقرة ٦٠٣ .
وقد أرجع نالير (Thaller) أحكام الأوراق التجارية (effets de commerce) وهي مسمى لأن بسندات الائتمان المصرفية (titres de crédit) - وهي الكيالات (lettres de change) والسندات الإذنية (billets à ordre) والشيكات (chèques) - إلى قواعد الانابة في الوفاء (حوليات القانون التجاري سنة ١٩٠٦ وسنة ١٩٠٧ - القانون التجاري الطينة السابعة فقرة ١٦٣٩) . وكذلك أرجعت إلى قواعد الانابة في الوفاء أحكام أوراق الاعتماد (lettres de crédit) والتحويل من حساب جار إلى حساب آخر (virement bancaire) . على أن الفقه المعاصر تحول من هذا الاتجاه . فالشيك ليس إلا أمراً يصدره الماحب (tireur) إلى المصرف المسحوب عليه (tiré) يدفع قيمة الشيك لحامله (bénéficiaire direct ou endossataire) ، والمصرف ليس إلا وكيل الماحب ينفذ ما وكله فيه ، وهذا هو أيضاً الحكم في التحويل من =

ولم يعرض التقنين المدني السابق للإنبابة فى الوفاء إلا بأشارة عابرة دون أن يذكر اسمها ، أما التقنين المبنى الجنبى فقد عنى بها وأفرى لها نصوباً خاصة (١) .

وسنرى أولاً كيف تم الإنابة فى الوفاء ، سواء انطوت على تجنبى أو لم تنطو . ثم نرى بعد ذلك ماهى الآثار التى ترتب على الإنابة فى الوفاء فى صورتها ، صورة التجنبى وصورة النظام القانونى المستقل عن التجنبى .

المبحث الأول

كيف تتم الإنابة فى الوفاء

٥١١ - النصوى القانونىة : تنص المادة ٣٥٩ من التقنين المبنى على ماىأتى :

١ - تم الإنابة إذا حصل المبنى على رضاء الدائن بشخص أجنبى يلتزم بوفاء الدين مكان المبنى .

حساب جار إلى حساب جار آخر (أنظر فى هذا المعنى دى باج ٣ فقرة ٦١١ و فقرة ٦١١ مكررة) . وتخضع الكبيالات والسندات الإذنية لأحكام خاصة بها أنشأتها وطورتها المعاملات التجارية ، ولا تنسج لها قواعد الإنابة فى الوفاء التى ترجع فى أصلها إلى القانون الرومانى (أنظر فى هذا المعنى بيدان ولا جارد ٩ فقرة ١٠١٨ ص ١٠٠ - بولانجه فى أنسيكلوبيدى دالوز ٢ لفظ (délégation) فقرة ٢ و فقرة ٥ - فقرة ٦) . وأنظر فى نظام قريب من الإنابة ، كان معروفاً فى القانون الفرنسى القديم تحت اسم (rescription) ، وكان يتسج لتأصيل الأوراق التجارية ونحوها لو أن الفقه الفرنسى المبنى احتفظ به كما احتفظ به الفقه فى ألمانيا وفى سويسرا إلى كايبتان فى السبب فقرة ١٧٧ .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التهبى : « أما الإنابة فلم يعرض لها التقنين القائم (السابق) إلا بمجرد إشارة عابرة فى بعض الأحكام الخاصة بالتجنبى بتغيير المبنى ، دون أن يعنى بذكر اسمها . ولكن المشروع أفرى لها نصوباً خاصة استظهر فيها سمتها الذاتية من حيث التجنبى ، وعرض صورتها ، فتناول الإنابة الكاملة وهى فى حقيقتها ليست سوى تجنبى بتغيير المبنى ، والإنابة القاصرة وهى لا تستتبع التجنبى وهى بذلك أعظم أهمية من الناحية العملية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٠) .

٢ - ولا تقتضى الإنابة أن تكون هناك مديونية سابقة مدين المدين والأجنبي (١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص (٢) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المادة ٣٥٧ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٤٦ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٠٥ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٢٦/٢ و١ (٣) .

٥١٢ - الإنابة تفرض أشخاصاً محددة: ويستخلص من النص

المقدم الذكر أن الإنابة تقتضى وجود أشخاص ثلاثة: (١) المنيب (délégant) وهو المدين الذى ينيب الشخص الأجنبي ليقى الدين إلى الدائن، ومن ثم سمي منيباً. (٢) المناب (délégué) وهو هذا الشخص الأجنبي الذى ينيبه المدين ليقى الدين إلى الدائن، ومن ثم سمي مناباً. (٣) المناب لديه (délégataire)

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٤٩٦ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٧١ في المشروع النهائي. ثم وافق عليه مجلس النواب، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٥٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٦١).

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٥٨٠ وما بعدها - الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٨٠٦ وما بعدها.

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدني السوري م ٣٥٧ (مطابقة للمادة ٣٥٩ من التقنين المدني المصري).

التقنين المدني الليبي م ٣٤٦ (مطابقة للمادة ٣٥٩ من التقنين المدني المصري).

التقنين المدني العراقي م ٤٠٥ (مطابقة للمادة ٣٥٩ من التقنين المدني المصري - وانظر الأستاذ

حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٣٤١).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٠١/٣٢٦: إن التفويض هو توكيل يعطى من شخص

(يدعى المفوض) لشخص آخر (يدعى المفوض إليه) ليقصد التزاماً تجاه شخص ثالث (يسمى

المفوض لديه) - وهو لا يفيد بحكم الضرورة وجوب موجب سابق بين المتعاقدين. (وحكم

التقنين اللبناني متفق مع حكم التقنين المصري).

وهو الدائن الذي ينيب المدين الشخص الأجنبي لديه لينى له الدين، ومن ثم سمي منابا لديه .

٥١٣- ما يمكن أنه يقوم من مديونية ما بين هؤلاء الأشخاص الثلاثة:

والغالب أن يكون المنيب مديناً للمناب لديه ، ولذلك ينيب المناب في وفاء هذا الدين . والغالب أيضاً أن يكون المنيب دائئاً للمناب ، ولذلك اختاره ليقوم بوفاء دينه للمناب لديه ، فيتخلص المناب بهذا الوفاء من الدين الذي في ذمته للمنيب(١) .

على أنه ليس من الضروري أن يكون المنيب مديناً للمناب لديه ، كما أنه ليس من الضروري أن يكون المناب مديناً للمنيب .

فقد يكون المنيب غير مدين للمناب لديه ، وإنما أراد أن يتبرع له بما ليس عنده أو يقرضه إياه فقصده المناب ، سواء كان هذا مديناً له أو غير مدين ، وطلب إليه أن يلتزم باعطاء هذا المال للمناب لديه . ولكن هذا الفرض نادر ، إذ يكون المنيب في الكثرة الغالبة من الأحوال مديناً للمناب لديه ، ويريد عن طريق الإنابة أن ينى بهذا الدين(٢) .

وقد يكون المناب غير مدين للمنيب ، ومع ذلك يرضى بأن ينوب عنه في الوفاء بدينه للمناب لديه ، على أن يرجع عليه بعد ذلك بما وفاه عنه . وقد يكون متبرعاً ، فلا يرجع على المنيب . ولما كانت مديونية المناب للمنيب ليست حتمية ، بل وليست غالبية في العمل كما تغلب مديونية المنيب للمناب لديه ،

(١) فإذا باع شخص عقاراً مرهوناً لدائن ، وأصبح البائع دائئاً بالتمن للمشتري ، جاز للبائع أن ينى الدين المرهون بالرهن من طريق الإنابة في الوفاء . ويتم ذلك بأن ينيب البائع المشتري في الوفاء بهذا الدين للدائن المرتهن ، ويكون البائع منيباً والمشتري مناباً والدائن مناباً لديه . وتكون هناك علاقة مديونية أولى بين المناب والمنيب إذ المشتري مدين بالتمن للبائع ، وعلاقة مديونية ثانية بين المنيب والمناب لديه إذ البائع مدين للدائن المرتهن (انظر استئناف مختلط ١٨ أبريل سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٦٢) . وقد وجدت علاقة مديونية ثالثة بين المناب والمناب لديه ، إذ المشتري يصبح مديناً مديونية مباشرة للدائن المرتهن (استئناف مختلط ١٣ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٢٢) .

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٧١ .

فقد تولت الفقرة الثانية للمادة ٣٥٩ مدنى إبراز هذا الوضع ، فنصت كما رأينا على أنه **لا تقتضى الإنابة أن تكون هناك مديونية سابقة ما بين المدين والأجنبي** ، أى ما بين المنيب والمناب (١) .

٥١٤ - **قد تتضمن الإنابة تجديداً وقد لا تتضمن - الإنابة الأمانة**

والإنابة القاصرة : والإنابة: على النحو الذى بيناه ، قد تتضمن تجديداً بتغيير المدين ، وقد تنطوى فوق ذلك على تجديد بتغيير الدائن . فإذا كان المنيب مديناً للمناب لديه ، ولم يكن المناب مديناً للمنيب أو كان مديناً له ، وافق الثلاثة على تجديد دين المنيب للمناب لديه عن طريق تغيير المدين ، بأن يقبل المناب أن يكون مديناً للمناب لديه مكان المنيب ، سميت الإنابة فى هذه الحالة إنابة كاملة (délégation parfaite) ، لأنها تتضمن تجديداً بتغيير المدين . وقد تنطوى هذه الإنابة الكاملة فوق ذلك على تجديد آخر بتغيير الدائن ، إذا كان المناب مديناً للمنيب وجدد هو الآخر دينه فجعل دائته هو المناب لديه بدلا من المنيب ، فيكون المنيب قد جدد دينه نحو المناب لديه بتغيير المدين ، ويكون المناب قد جدد دينه نحو المنيب بتغيير الدائن (٢) .

فإذا لم تتضمن الإنابة تجديداً بتغيير المدين ، بل بقى المنيب مديناً للمناب لديه إلى جانب المناب ، وصار للمناب لديه مدينان بدلا من مدين واحد ، المنيب وهو مدينه الأسمى والمناب وهو المدين الجديد ، سميت الإنابة فى هذه الحالة بالإنابة القاصرة (délégation imparfaite) . وهى قاصرة إذ هى لم تبرىء ذمة المنيب نحو المناب لديه ، بينما الإنابة الكاملة تد أبرأت ذمة المنيب نحو المناب لديه عن طريق التجديد . والإنابة القاصرة هى التى يغلب وقوعها

(١) وقد يعنى المنيب الإنابة على شرط فاسخ أو شرط واقف ، إذا كان الدين الذى له فى ذمة المناب مطلقاً على هذا الشرط ، فإذا تحقق الشرط انفسخت الإنابة او نفذت بحسب الأحوال (استئناف مخطوط ٨ يونيو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٧٣) .

(٢) وهذه الإنابة الكاملة التى تتضمن تجديداً بتغيير المدين وتجديداً بتغيير الدائن هى التى رددنا إليها الحوالة فى الفقه الإسلامى فى نواب المالكية والشافعية والحنابلة فيما قدمناه (انظر آتياً فقرة ٢٤٠) .

في العمل ، فان المناب لديه قل أن يقبل إبراء ذمة المنيب ، ويأبى إلا أن يستبقيه مديناً أصلياً ويضيف إليه المناب مديناً جديداً . ومن ثم نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٦٠ مدني ، كما سنرى ، على ما يأتي : « ومع ذلك لا يفترض التجديد في الإنابة ، فاذا لم يكن هناك اتفاق على التجديد قام الالتزام الجديد إلى جانب الالتزام الأول » . فنية التجديد يجب ، كما قدمنا ، أن تكون واضحة لا غموض فيها . فاذا قام شك ، اعتبرت الإنابة قاصرة لا تتضمن تجديداً (١) .

والعبرة في معرفة ما إذا كانت الإنابة كاملة أو قاصرة هي بأن تتضمن تجديداً بتغيير المدين أو لا تتضمن ، فان تضمنت هذا التجديد كانت كاملة ، وإلا فهي قاصرة . أما التجديد بتغيير الدائن فليس من شأنه أن يجعل الإنابة كاملة ، فقد لا يتفق على التجديد بتغيير المدين ، فتكون الإنابة قاصرة حتى لو اتفق على التجديد بتغيير الدائن . على أن الغالب أن الإنابة إذا تضمنت تجديداً ، كان التجديد من الجهتين ، بتغيير المدين وبتغيير الدائن في وقت واحد (٢) .

٥١٥ - الإنابة القاصرة والاشتراط لمصلحة الغير : ويمكن الوصول

إلى الإنابة القاصرة عن طريق الاشتراط لمصلحة الغير . ويكون ذلك بأن يشترط المنيب على المناب أن يقوم بوفاء دينه للمناب لديه ، فينشأ عندئذ للمناب لديه حق مباشر يستطيع بموجبه أن يستوفي حقه من المناب . فيكون له بذلك مدينان : المنيب وهو مدينه الأصلي ولم تبرأ ذمته بالاشتراط ، والمناب وهو المتعهد في الاشتراط فترتب في ذمته التزام مباشر نحو المناب لديه .

(١) دمنهور تجاري ٦ ديسمبر سنة ١٩٥٥ المحاماة ٣٦ رقم ٤٥٧ ص ١٣٧٤ — هذا ولا ضرورة في الإنابة ، كاملة كانت أو قاصرة ، لأي إجراء لتكون نافذة في حق الغير ، ويمكن في ذلك رضاه أطراف الإنابة . ذلك أن الإنابة لا تنطوي على حوالة حق ، لتكون في حاجة إلى إعلان . فالمناب لديه يصبح دائناً للمناب دون أن ينتقل إليه حق المنيب في ذمة المناب ، إذ يبقى هذا الحق في ذمة المناب للمنيب ما لم يكن قد انقضى بالتجديد (بودري وباردو فقرة ١٧٤٦ — بلانيزول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٧٣) — ويصح أن يكون رضاه المناب لديه ضمناً ، كما إذا قبل استيفاء الدين من المناب (استئناف مختلط ٢٠ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٠٨) . ويجوز ، قبل رضاه المناب لديه ، إذا اتفق المنيب والمناب على الإنابة ، أن يرجع كل منهما فيها (استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٦٢) .

(٢) انظر بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٢١ .

بل إن الاشتراط لمصلحة الغير أبسر من الإنابة القاصرة ، إذ هو يتم بمجرد اتفاق المنيب والمناب ، ومن وقت هذا الاتفاق . أما رضاء المناب لديه فليس ضرورياً إلا لجعل الاشتراط غير قابل للنقض . وهذا بخلاف الإنابة القاصرة ، فانها لا تتم إلا في الوقت الذي يجتمع فيه رضاء كل من المنيب والمناب والمناب لديه (١) . على أن الإنابة القاصرة تفضل الاشتراط لمصلحة الغير في أن المناب لديه لا يحتاج عليه بالدفع المستمدة من العلاقة ما بين المنيب والمناب ، أما المنتفع في الاشتراط فيحتاج عليه بالدفع المستمدة من عقد الاشتراط الذي تم بين المنيب والمناب (٢) .

المبحث الثاني

الآثار التي تترتب على الإنابة في الوفاء

٥١٦ - التمييز بين صورتى الإنابة في الوفاء : هنا يجب التمييز بين صورتى الإنابة في الوفاء : الإنابة الكاملة (أى التجديد بتغيير المدين) والإنابة القاصرة .

المطلب الأول

الإنابة الكاملة أو التجديد بتغيير المدين

٥١٧ - النصوص القانونية : تنص الفقرة الأولى من المادة ٣٦٠ من التقنين المدني على ما يأتي :

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٧٩ - والقضاء في فرنسا يتردد بين النظامين ، فهو تارة يطبق أحكام الاشتراط لمصلحة الغير وبخاصة فيما بين الورثة إذا انفقوا على أن يتحمل أحدهم بدين على التركة ، وطوراً يطبق أحكام الإنابة وبخاصة في إنابة البائع للمشتري أن يدين على البائع . وأمام هذا التسابق بين النظامين ، يرجع الفقه أن يكون السبق للاشتراط لمصلحة الغير (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٧٩ ص ٦٨٣ - وأنظر أيضاً بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٥٧) .

(٢) بيدان ولا جارد ٩ فقرة ١٠٢٠ .

« إذا انقضى المتعاقدون في الإنابة على أن يستبدلوا بالالتزام سابق التزاماً جديداً ، كانت هذه الإنابة تجديداً للالتزام بتغيير المدين ، ويترتب عليها أن تبرأ ذمة المنيب قبل المناب لديه ، على أن يكون الالتزام الجديد الذي ارتضاه المناب صحيحاً وألا يكون المناب معسراً وقت الإنابة » .

وتنص المادة ٣٦١ على ما يأتي :

« يكون التزام المناب قبل المناب لديه صحيحاً ولو كان التزامه قبل المنيب باطلاً أو كان هذا الالتزام خاضعاً لدفع من الدفع ، ولا يبقى للمناب إلا حق الرجوع على المنيب ، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره (١) » .

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق ، ولكن الأحكام كان معمولاً بها دون نص (٢) .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ١/٣٥٨ و ٣٥٩ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ١/٣٤٧ و ٣٤٨ - وفي التقنين المدني العراقي المادتين ١/٤٠٦ و ٤٠٧ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٢٧ (٣) .

(١) تاريخ النصوص :

م ١/٣٦٠ : ورد هذا النص في المادة ١/٤٩٧ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لمسا استقر عليه في "تقنين المدني الجديد" . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١/٣٧٢ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ١/٣٦٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٦٢ - ص ٢٦٣) .

م ٣٦١ : ورد هذا النص في المادة ٤٩٨ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لمسا استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٤٧٢ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٦١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٦٤ - ص ٢٦٥) .

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٥٨١ - الأستاذ أحمد حشمت أبوسيتت فترة ٨٠٧ .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ١/٣٥٨ و ٣٥٩ (مطابقتان للمادتين ١/٣٦٠ و ٣٦١ من التقنين

المدني المصري) .

ونتناول ، في بسط الآثار التي تترتب على الإنابة الكاملة ، العلاقة ما بين المنيب والمناب لديه ، ثم العلاقة ما بين المنيب والمناب ، وأخيراً العلاقة ما بين المناب لديه والمناب .

٥١٨ - العرفة ما بين المنيب والمناب لمريم : لما كانت الإنابة الكاملة

هي كما قدمنا تجديد بتغيير المدين لالتزام المنيب قبل المناب لديه ، فان التجديد يقضى هذا الالتزام ، فتبراً ذمة المنيب . ويشترط لانقضاء الالتزام ، كما هو الأمر في كل تجديد ، أن ينشأ الالتزام الجديد المترتب في ذمة المناب للمناب لديه صحيحاً . ولذلك لا تضيف الفقرة الأولى من المادة ٣٦٠ مدني في هذا الصدد جديداً .

ولكنها تضيف جديداً عند ما تشترط «ألا يكون المناب معسراً وقت الإنابة» . ذلك أن الأصل في تجديد الدين بتغيير المدين أنه متى نشأ الالتزام الجديد صحيحاً ، فقد انقضى الالتزام القديم ، ولا يرجع الدائن إلا على المدين الجديد . فاذا كان هذا معسراً ، سواء كان معسراً عند التجديد أو أعسر بعد ذلك ، فان الدائن هو الذي يتحمل تبعه هذا الإعسار ، ولا رجوع له على المدين الأصلي إلا إذا اشترط عليه ذلك عند التجديد . أما في الإنابة الكاملة ، فقد جعل القانون للدائن -

= التقنين المدني الليبي : م ٣٤٧/٣ و ٣٤٨ (مطابقتان للمادتين ١/٣٦٠ و ٣٦١ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي : م ١/٤٠٦ : إذا اتفق المتعاقدون في الإنابة على أن يستبدلوا التزاماً جديداً بالالتزام الأول ، كانت الإنابة تجديدياً للالتزام بتغيير المدين . (ونص التقنين العراقي لا يشترط ، كما يشترط ، نص التقنين المصري ، ألا يكون المناب معسراً وقت الإنابة : أنظر مع ذلك الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٣٤٣) .

م ٤٠٧ (مطابقة للمادة ٣٦١ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والمعقود البنائي م ٣٢٧ : إذا كان قصد المتعاقدين إبدال الموجب أو الموجبات السابقة بموجب جديد (تفويض كامل) فتبراً في الحال ذمة المفوض تجاه المفوض لديه ، هل شرط أن يكون الالتزام الجديد الذي التزمه المفوض إليه صحيحاً وأن يكون المفوض إليه ملتبساً عند التفويض . (وهذا الحكم متفق مع حكم التقنين المدني المصري . ولا مقابل في التقنين البنائي للمادة ٣٦١ من التقنين المصري ، فهل يمكن العمل بحكم هذه المادة في لبنان واعتبار التزام المفوض إليه تجاه المفوض لديه التزاماً مجرداً ، بالرغم من انعدام النص على ذلك ؟) .

المناب لديه - حق الرجوع على المدين - المنيب - إذا كان المدين الجديد - المناب - معسراً وقت الإنابة، وذلك دون حاجة إلى اشتراط ذلك عند الإنابة. فقد افترض القانون أن هذه هي نية ذرى الشأن، وأن المناب لديه لم يقبل الإنابة مع التجديد، وما يستتبع ذلك من براءة ذمة المنيب، إلا وهو محاسب أن المناب موسر وقت الإنابة على الأقل. فاذا تبين أنه كان معسراً في هذا الوقت، رجع المناب لديه على المنيب، ولكن لا بدعوى ضمان، بل بدعوى الدين الأصلي. ذلك أن المناب لديه وقع في غلط جوهرى، عند ما رضى بالإنابة حاسباً أن المناب غير معسر. فاذا ما أبطل الإنابة للغلط، رجع الالتزام الأصلي الذى كان له في ذمة المنيب بما كان يكفله من تأمينات (١).

٥١٩ - المصرفة ما بين المنيب والمناب : قد لا تكون هناك مديونية

سابقة ما بين المنيب والمناب كما قدمنا. فعند ذلك، وبعد أن أصبح المناب مديناً للمناب لديه، يستطيع الرجوع على المنيب بدعوى شخصية، هي دعوى الوكالة إن كانت الإنابة بتفويض من المنيب، أو هي دعوى الفضالة، أو في

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٦٤ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٧٧ - وهل المناب لديه أن يثبت إعسار المناب حتى يستطيع الرجوع على المنيب (بودرى وبارد ٣ فقر ١٧٤٨).

ويذهب بعض الفقهاء إلى التمييز بين الإنابة الكاملة حيث يرجع المناب لديه على المنيب بدعوى الدين الأصلي إذا كان المناب معسراً وقت الإنابة وذلك عن طريق إبطال الإنابة للغلط، وبين التجديد بتغيير المدين إذا اشترط الدائن على المدين الأصلي يسار المدين الجديد وقت التجديد حيث يرجع الدائن على المدين الأصلي بدعوى الضمان لا بدعوى الدين الأصلي إذا كان المدين الجديد معسراً وقت التجديد (كولان وكابيتان ٢ فقرة ٥٥٤ ص ٣٨٩ - بلانيول وريبير وبولانجيح ٢ فقرة ١٨٣٠ - بيدان ولاجار ٩ فقرة ١٠٢٢). ويرى الأستاذ بلانيول وريبير وردوان أنه يمكن اعتبار التجديد بتغيير المدين المشروط فيه يسار المدين الجديد تجديداً مطلقاً على شرط هذا اليسار. فإذا تخلف هذا الشرط، وتبين أن المدين الجديد كان معسراً وقت التجديد، انسخ التجديد، ورجع الدائن على المدين الأصلي بدعوى الدين الأصلي لا بدعوى الضمان، فلا يكون هناك محل للتمييز بين الإنابة الكاملة والتجديد بتغيير المدين المشروط فيه يسار المدين الجديد (بلانيول وريبير وردوان، فقرة ١٢٧٧ ص ٦٨١ - ص ٦٨٢ - وانظر أيضاً بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٥٠).

القليل دعوى الإثراء بلا سبب . وهذا كله مالم يكن المناب قد انصرفت نيته إلى التبرع ، فعندئذ لا يرجع بشيء على المنيب .

أما إذا كان المناب مديناً للمنيب ، فالغالب أن يكون قد قصد من قبوله الإنابة أن يحدد الدين الذي في ذمعه للمنيب عن طريق تغيير الدائن ، ويكون قد وفى هذا الدين بالالتزام الجديد الذى نشأ في ذمته للمناب لديه ، فلا يرجع على المنيب بشيء (١) . وقد لا يقصد المناب تجديد دينه بتغيير الدائن . فعند ذلك تبقى الإنابة كاملة كما قدمنا ، لأن العبرة في كونها كاملة هي بانطوائها على تجديد بتغيير المدين لا على تجديد بتغيير الدائن . ولما كان التجديد بتغيير المدين قد أنشأ في ذمة المناب التزاماً جديداً نحو المناب لديه ، فإن المناب يرجع على المنيب بدعوى الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب . وقد تقع مقاصة - إذا توافرت شروطها - ما بين حق الرجوع هذا وبين الدين الذى في ذمة المناب للمنيب ، فينقضى هذا الدين عن طريق المقاصة إن كان لا ينقضى عن طريق التجديد .

٥٢٠ - المرافقة ما بين المناب لمدينه والمناب : رأينا أن التجديد بتغيير

المدين الذى تضمنته الإنابة الكاملة قد أنشأ التزاماً جديداً في ذمة المناب للمناب لديه ، حل محل الالتزام الأصيل الذى كان في ذمة المنيب للمناب لديه والذى انقضى بالتجديد . ومن ثم يكون للمناب لديه حق الرجوع على المناب بهذا الالتزام الجديد . فإن وجدته معسراً ، وكان الإعسار قائماً وقت الإنابة ، فقد رأينا أن التجديد يجوز إبطائه ، فيرجع المناب لديه على المنيب بدعوى الدين الأصيل . أما إذا كان الإعسار قد حدث بعد الإنابة ، تحمل المناب لديه تبعه هذا الإعسار ، ولا رجوع له على المنيب بسببه إلا إذا كان قد اشترط ذلك عليه في عقد الإنابة .

(١) وتقول المذكرة الإيفاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ويقضى تجديد صلة المنيب والمناب شيئاً من التفصيل : فإن كان للمنيب في ذمة المناب دين سابق ، انطوت الإنابة على تجديد بتغيير الدائن . وإن لم يكن بينهما مثل هذا الدين ، ثبت للمناب حق الرجوع على المنيب ، مالم تكن نيته قد انصرفت إلى التبرع له » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٦٤) .
(م د ه - الوسيط)

وعند رجوع المناب لديه على المناب بالالتزام الجديد ، لا يستطيع الثاني أن يحتج على الأول بالدفع التي كان يستطيع أن يحتج بها على المنيب في الدين الذي للمنيب في ذمة المناب ، فانه لا توجد علاقة بين هذا الدين وبين الالتزام الجديد الذي نشأ في ذمة المناب للمناب لديه . ويعتبر الالتزام الجديد التزاماً مجرداً (obligation abstraite) بالنسبة إلى الالتزام الذي في ذمة المناب للمنيب . ولذلك رأينا المادة ٣٦١ مدني تنص على أن « يكون التزام المناب قبل المناب لديه صحيحاً ، ولو كان التزامه قبل المنيب باطلاً ، أو كان هذا الالتزام خاضعاً لدفع من الدفع ، ولا يبقى للمناب إلا حق الرجوع على المنيب ، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره » . فإذا لم يجعل المناب ، باتفاق واضح ، التزامه نحو المناب لديه خاضعاً لالتزامه نحو المنيب ، ولم يبين عند قبوله الإنابة أنه لم يرض بها إلا بسبب أنه مدين للمنيب وأنه إنما يني بهذا الدين عن طريق التزامه نحو المناب لديه ، كان التزامه نحو المناب لديه منبث الصلة بالتزامه نحو المنيب . ويترتب على ذلك أنه يبقى ملتزماً نحو المناب لديه عن طريق التجديد ، حتى لو ثبت أن التزامه نحو المنيب باطل لأي سبب من أسباب البطلان ، أو أن هذا الالتزام قد انقضى لأي سبب من أسباب الانقضاء ، أو أن هناك أي دفع آخر يمكن أن يدفع به هذا الالتزام (١) . ويجب عليه في كل حال أن يني بالتزامه نحو المناب لديه ، ثم إذا ثبت أن التزامه نحو المنيب لا وجود له لبطلانه أو لانقضائه أو لأي سبب آخر ، رجع بدعوى الوكالة أو الفضالة أو الإبراء بلا سبب على المنيب ، كما كان يرجع لو لم تكن بين الاثنين مديونية سابقة (٢) .

(١) استئناف مخطط ٢٥ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٦١ .

(٢) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٦٥ — وهذا من العلاقة ما بين الالتزام الجديد والالتزام الذي يكون في ذمة المناب للمنيب . أما فيما بين الالتزام الجديد والالتزام الأصل الذي كان في ذمة المنيب للمناب لديه ، فالعلاقة وثيقة ، فإن الأول قد حل محل الثاني عن طريق التجديد . ويكون انقضاء الالتزام الثاني متوقفاً على نشوء الالتزام الأول صحيحاً ، كما أن نشوء الالتزام الأول متوقف على انقضاء الالتزام الثاني ، وهذا هو الأمر في شأن كل تجديد .

المطلب الثاني

الإنبابة القاصرة

٥٢١ - النصوص القانونية : تنص الفقرة الثانية من المادة ٣٦٠ من

التقنين المدني على ما يأتي :

« ومع ذلك لا يفترض التجديد في الإنبابة ، فاذا لم يكن هناك اتفاق على التجديد ، قام الالتزام الجديد إلى جانب الالتزام الأول » (١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص (٢)

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢/٣٥٨ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢/٣٤٧ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢/٤٠٦ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣/٣٢٦ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢/٤٩٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢/٣٧٢ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس للشيوخ تحت رقم ٢/٣٦٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٦٢ - ص ٢٦٣) .

(٢) الموجز لمؤلف فقرة ٥٨٢ - الأستاذ أحمد حشمت أبو سنيب فقرة ٨٠٧ .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٢/٣٥٨ (مطابقة للمادة ٢/٣٦٠ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٢/٣٤٧ (مطابقة للمادة ٢/٣٦٠ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٢/٤٠٦ (مطابقة للمادة ٢/٣٦٠ من التقنين المدني المصري : انظر

الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٣٤٤ - فقرة ٣٤٥) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣/٣٢٦ : وهذا التعامل لا يقدر تقديراً (ne se présume

pas) ، ولا يفرض إلى تجديد موجب سابق كان يربط المفروض بالمفروض إليه أو المفروض بالمفروض

لديه . وإذا لم يكن هناك نص خاص ، فالموجب الجديد يندمج (vient se juxtaposer) بجانب

الموجبات السابقة (وهذا ما يسمى التفرغض للناقص) .

(وحكم التقنين اللبناني متفق مع حكم التقنين المصري) .

وقد قدمنا أن التجديد لا يفترض في الإنابة ، فاذا لم يشترط أو قام شك في اشتراطه ، فالمفروض أن أطراف الإنابة لم يقصدوا تجديداً ، بل قصدوا أن يضيف المناب لديه إلى المنيب مدينه الأصيلي مديناً جديداً هو المناب .

فنتناول هنا ، كما تناولنا في الإنابة الكاملة ، العلاقة ما بين المنيب والمناب لديه ، ثم العلاقة ما بين المنيب والمناب ، ثم العلاقة ما بين المناب لديه والمناب .

٥٢٢ - المعرفة ما بين المنيب والمناب لدرجه : في الإنابة القاصرة يبقى

المنيب مديناً للمناب لديه ، ولا تبرأ ذمته إلا إذا وفي المناب الالتزام الجديد الذي في ذمته للمناب لديه ، أو إلا إذا وفي المنيب نفسه للمناب لديه الدين الأصيلي الذي في ذمته . وبمجرد أن يقوم أحدهما - المناب أو المنيب - بالوفاء للمناب لديه ، تبرأ ذمة الآخر . وللمناب لديه أن يرجع على المنيب بالدين الأصيلي الذي يكفله من تأمينات (١) قبل أن يرجع على المناب ، كما أن له أن يرجع على المناب بالالتزام الجديد قبل أن يرجع على المنيب ، فليس يلتزم في الرجوع على أيهما بترتيب معين .

٥٢٣ - المعرفة ما بين المنيب والمناب : إذا لم تكن هناك

مديونية سابقة بينهما ، وقد أصبح المناب مديناً للمناب لديه ، فإنه إذا وفاه هذا الدين قبل أن يوفيه المنيب الدين الأصيلي ، كان للمناب حق الرجوع على المنيب بدعوى الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب بحسب الأحوال ، ما لم يكن متبرعاً فلا يرجع بشيء .

أما إذا كان المناب مديناً للمنيب ، فيجوز أن يكون قد قصد تجديد هذا الدين عن طريق التزامه نحو المناب لديه ، فينقضى التزامه نحو المنيب في مقابل الالتزام الذي نشأ في ذمته للمناب لديه ، ويكون هذا تجديداً بتغيير الدائن . فاذا ما وفي المناب الدين للمناب لديه ، لم يرجع على المنيب بشيء . أما إذا كان المنيب هو الذي وفي الدين الأصيلي للمناب لديه ، فإنه يرجع على المناب بما كان

(١) بولانجيه في أنسيكلويدى دالوز ٢ لفظ (délégation) فقرة ١٤ .

له من دين في ذمته ، لأن ذمة المناب نحو المناب لديه تكون قد برئت بالوفاء الحاصل من المنيب ، فينفسخ التجديد ، ويعود الدين الذي كان في ذمة المناب للمنيب .

وقد لا يقصد المناب تجديد دينه قبل المنيب ، فيبقى هذا الدين قائماً في ذمته . ويرجع به عليه المنيب ، إذا كان هو الذي قام بالوفاء للمناب لديه . أما إذا كان المناب هو الذي قام بالوفاء للمناب لديه ، كان له حق الرجوع على المنيب . وقد تقع مقاصة - إذا توافرت شروطها - ما بين حق الرجوع هذا وبين الدين الذي في ذمة المناب للمنيب .

٥٢٤ - المعرف ما بين المناب لدينه والمناب : هذه هي السمة البارزة

في الإنابة القاصرة ، فإن المناب يكون مديناً جديداً للمناب لديه ، فيكون إذن للمناب لديه مدينان : مدينه الأصلي وهو المنيب ، والمدين الجديد وهو المناب . ويستطيع المناب لديه ، كما رأينا ، أن يرجع على أيهما دون أن يلتزم بترتيب معين ، فإذا وفاه أحدهما برئت ذمة الاثنين معاً نحوه . ثم يرجع المناب على المنيب أو لا يرجع بحسب الأحوال ، طابقاً للتواعد التي أسلفناها . ويترتب على ما قدمناه أنه إذا كان المناب مديناً للمنيب ، فالتزم نحو المناب لديه في مقابل الدين الذي في ذمته للمنيب ، اجتمعت ديون ثلاثة : دين المنيب للمناب لديه ، ودين المناب للمنيب ، ودين المناب للمناب لديه . فإذا قضى المناب الدين للمناب لديه ، انقضت هذه الديون الثلاثة في وقت واحد (١) .

ويلاحظ أنه إذا كان للمناب لديه مدينان ، فإن كل مدين منهما مصدر

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى : « أما إذا بقى المنيب ملتزماً بالدين قبل المناب له رغم الإنابة ، فيكون للدائن مدينان عوضاً عن مدين واحد ، وهذا هو الفرض الغالب لأن التجديد لا يفترض في الإنابة . فلو فرض في هذه الحالة أن كان للمنيب دين سابق في ذمة المناب ، استتبع الإنابة وجود دين ثالث يترتب للمناب لديه في ذمة المناب ويضم إلى الدينين الأولين ، وهما دين المناب له قبل المنيب ودين المنيب قبل المناب ، فإذا قام المناب بقضاء حق المناب له ، انقضت هذه الديون الثلاثة . وإذا تخلف عن الوفاء ، كان للمناب له أن يرجع على المنيب والمناب ، دون أن يكونا متضامنين . فإن وفاه الأول كان لهذا أن يرجع بدينه على المناب ، وإن انتصف من الثاني انقضت الديون الثلاثة كما تقدم بيان ذلك » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٦٤ - ص ٢٦٥) .

دينه مستقل عن مصدر دين الآخر : مصدر دين المنيب هو مصدر الالتزام الأصلي ، ومصدر دين المناب هو عقد الإنابة . ومن ثم لا يكون هناك تضامن بين المدينين (١). كذلك لا يعتبر المناب كفيلاً للمنيب ، فقد قدمنا أن للمناب لديه أن يرجع عليه أولاً وليس له أن يدفع بحق التجريد (٢).

والدين الذي أنشأته الإنابة في ذمة المناب للمناب لديه هو دين مجرد (obligation abstraite) ، لا يتأثر بالدين الذي يكون في ذمة المناب للمنيب ، شأن الإنابة القاصرة في ذلك هو شأن الإنابة الكاملة فيما قدمناه . فإذا كان الدين الذي في ذمة المناب للمنيب باطلاً ، أو كان قد انقضى ، أو كان يصح أن يدفع بأى دفع آخر ، فليس لأى شيء من هذا أثر في الدين الذي في ذمة المناب للمناب لديه (٣). ذلك أن المناب لديه عندما اتخذ المناب مدينًا جديدًا إلى جانب مدينه

(١) ولما كان الدينان لهما محل واحد بالرغم من اختلاف المصدر ، يدل على ذلك أن الوفاء بأحدهما يبرئ من الآخر (انظر دى باج ٣ فقرة ٦١٢ ص ٥٨٤) ، أمكن القول بأنه إذا لم يكن هناك تضامن بين المدينين ، فهناك تضامن بينهما ، فهما مدينان بالتضامن (in solidum) لا بالتضامن (انظر آنفاً فقرة ١٧٧ - وقارن بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٧٨ - ص ٦٨٢ هامش رقم ١) .

(٢) فالإنابة القاصرة ضمان للدائن أكثر منها ضماناً للمدين ، والغرض منها أن يتمكن المدين من تقديم ضمان لدائته، فيما إذا أراد مد أجل الدين أو فيما إذا وقع عند الدائن شك في يساره ، فيأتي بمدين آخر إلى جانبه يستطيع الدائن أن يرجع عليه أولاً إذا شاء . وهذا من شأنه أن يبعث الاطمئنان إلى نفس الدائن ، وأن يمكن المدين من استخدام ما عسى أن يكون له من دين في ذمة المناب ليكون أداة ائتمان يوثق بها دينه نحو دائته (انظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٧٨ ص ٦٨٢ هامش رقم ١ - وانظر أيضاً بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٥٣ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٥٥٤) . ومع ذلك يذهب بعض الفقهاء إلى أن تفسير النية المعقولة لأطراف الإنابة يؤدي إلى القول بأن المناب لديه يرجع أولاً على المناب ، فإن لم يدفع الدين في الحال رجع المناب لديه فوراً على المنيب دون حاجة إلى اتخاذ إجراءات أخرى . ويكون شأن الإنابة القاصرة في المسائل المدنية هو شأن الكيالة في المسائل التجارية ، ففي الكيالة إذا لم يبتوف صاحبها حقه من المسحوب عليه رجع فوراً على الساحب (بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٢٤ ص ١٠٥ - وانظر أيضاً في هذا المعنى بولانجي في أنسيكلويدى دالورز ٢ لفظ délégalation فقرة ١٥ - بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ١٨٣٢) .

(٣) على أنه قد تنتقل التأمينات التي كانت لدين المنيب في ذمة المناب عند رجوع المناب لديه على المناب إذا كانت هذه هي نية أصحاب الشأن ، وقد قضت محكمة الاستئناف المحتلطة بأنه -

الأصلي لم يدخل في اعتباره أن هذه المديونية الجديدة لها أية صلة بالمديونية ما بين المناب والمنيب . وقد سبق بيان ذلك تفصيلاً عند الكلام في الإنابة الكاملة ، وأوردنا نص المادة ٣٦١ مدني التي تقضي بأن « يكون التزام المناب قبل المناب لديه صحيحاً ولو كان التزامه قبل المنيب باطلاً ، أو كان هذا الالتزام خاضعاً لدفع من الدفع ، ولا يبقى للمناب لإلحاق الرجوع على المنيب ، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره » . وهذا النص يسرى على الإنابة القاصرة كما يسرى على الإنابة الكاملة ، فهو لا يميز في عموم عباراته بين هاتين الصورتين (١) . وإذا وفي المناب الدين للمناب لديه ، وكان التزامه هو نحو المنيب باطلاً أو كان قد

= إذا أناب بائع العقار المشتري في الوفاء بدين على البائع بما على المشتري من الثمن وكانت هذه الإنابة شرطاً في البيع ، انتقل للمناب لديه حق امتياز البائع على العقار وهو في يد المشتري (استئناف مختلط ٧ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٨٢) .

(١) ومن الحق أن يرجع المناب لديه على المناب ، دون أن يمتد بالمديونية بين المناب والمنيب . فهو في الإنابة القاصرة قد ضم المناب مديناً إلى جانب المنيب لقاء مزية أولها ، كأن يكون قد مد في أجل الدين . وهو في الإنابة الكاملة قد أبرأ ذمة المنيب وجعل مكانه المناب مديناً ، فلا يجوز بعد أن فقد حق الرجوع على المنيب ألا يستطيع الرجوع بعد ذلك على المناب (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٧٤ - وانظر أيضاً بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٥٦ - وأنظر استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٠٨ - ١٧ مارس سنة ١٩٢٦ م ٤٨ ص ١٩٦ - راجع ذلك انظر في أن المناب يستطيع أن يجتهد على المناب لديه بالدفع التي كان يستطيع أن يجتهد بها على المنيب وذلك في إنابة القاصرة ذات الإنابة الكاملة : استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٦١) .

وإذا كان المناب مديناً للمنيب وقبل الإنابة فأصبح مديناً للمناب لديه ، فإن مركزه يختلف في الإنابة عنه في حالة الحق فيما إذا كان المنيب ، بدلا من الاتجاه إلى الإنابة ، عمد إلى حوالة الحق الذي له في ذمة المناب إلى دائن جديد . فتختلف عندئذ حوالة الحق عن الإنابة من الوجوه الآتية: (١) من حيث الانعقاد : لا تقتضي الحوالة رضا المدين ، وتقتضي الإنابة رضا المناب . (٢) من حيث النفاذ : تقتضي الحوالة إعلان المدين أو قبوله ، ولا تقتضي الإنابة إعلان المناب إذ هو رضى بالإنابة فلا حاجة إلى إعلانها . (٣) من حيث الآثار : في الحوالة ينتقل إلى الدائن الجديد نفس الحق بصفاته وتأميناته ودفعه ، وفي الإنابة يترتب للمناب لديه في ذمة المناب حق جديد ليست له صفات الحق الذي للمنيب على المناب ولا تأميناته ولا دفعه . ويتبين من ذلك أن الإنابة تمتاز على الحوالة من الناحية الآتية : لا يستطيع المناب أن يجتهد على المناب لديه بالدفع التي كان يستطيع أن يجتهد بها على المنيب ، أما في حوالة الحق فعل التقيض من ذلك يستطيع المدين أن يجتهد على المحال له بالدفع التي كان يستطيع أن يجتهد بها على الدائن الأصل!

انقضى، فانه يرجع على المنيب بدعوى الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب بحسب الأحوال، كما هو الأمر فيما لو لم تكن هناك مديونية سابقة بينهما. وغنى عن البيان أن للمتاب أن يشترط في الإنابة جعل التزامه نحو المنيب سبباً لالتزامه نحو المتاب لديه، وعندئذ يسقط التزامه نحو المتاب لديه إذا تبين أن التزامه نحو المنيب كان باطلاً أو كان قد انقضى أو كان يمكن دفعه بأى دفع آخر (١).

وإذا كان الدين الذى للمتاب لديه على المتاب لا يتأثر بالدين الذى للمنيب على المتاب، فانه على النقيض من ذلك يتأثر بالدين الذى للمتاب لديه على المنيب، إذ أن محل الدينين محل واحد كما قدمنا، فالدفوع التى يمكن أن يدفع بها أحدهما يدفع بها الآخر. ذلك أن المتاب لما اتخذ مدينين، المنيب والمتاب، لم يقصد أن يضاعف الدين بسبب له، ولا وجه لهذه المضاعفة. بل هو قصد أن يتقاضى الدين الذى له من أى المدينين، فاذا تقاضاه من أحدهما برئت ذمة الآخر. فالدينان متصلان أحدهما بالآخر أوثنى الاتصال، وإذا كان الدين الذى للمتاب لديه على المنيب باطلاً أو قابلاً للإبطال أو كان يمكن أن يدفع بأى دفع آخر، جاز للمتاب فى الدين الآخر الذى فى ذمته للمتاب لديه أن يدفع رجوع هذا عليه بكل هذه الدفوع (٢).

(١) الأستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٧٩ ص ٣٥٩ .
(٢) انظر فى هذا المعنى فيما يتعلق بالإنابة الكاملة كايبتان فى السبب فقرة ١٧٩ ص ٣٩٨ هامش رقم ٢ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٥٢ — وفى القانون الألمانى يميز الفقهاء، فى الإنابة الكاملة والإنابة القاصرة على حد سواء، بين ما إذا كان المتاب قد التزم نحو المتاب لديه التزاماً مجرداً فعند ذلك لا يستطيع أن يحتج عليه بالدفوع التى كان يستطيع المنيب أن يحتج بها، أو التزم التزاماً غير مجرد وعندئذ يستطيع أن يحتج بهذه الدفوع (كايبتان فى السبب فقرة ١٨٣ ص ٤٠٩ هامش رقم ٣). وغنى عن البيان أن المتاب، فى التقنين المصرى، لا يلتزم نحو المتاب لديه التزاماً مجرداً إلا فيما يتعلق بالدفوع التى كان يستطيع أن يحتج بها على المنيب (م ٣٦١ مدنى)، أما الدفوع التى كان المنيب يستطيع أن يحتج بها على المتاب لديه فلا يوجد نص يجعل التزام المتاب فيها مجرداً.

انظر حكم هذا رأى — أى لا يجوز للمتاب أن يحتج على المتاب لديه بالدفوع التى تكون للمنيب فى مواجهة المتاب لديه — الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٩٤ — ص ٩٥ بالنسبة إلى الإنابة القاصرة وص ٩٧ بالنسبة إلى الإنابة الكاملة — وانظر أيضاً الأستاذ محمود أبو عافية —

الفصل الثالث

المقاصة (*)

Compensation

٥٢٥ - المقاصة أراءة وفاء وأراءة ضمانة : إذا أصبح المدين دائناً

لدائنه ، وكان محل كل من الدينين المتقابلين - ما في ذمة الدين للدائن وما في

= في التصرف القانوني المجرى (للنسخة العربية) فقرة ٦١ ص ٢٢٠ - ص ٢٢١ (ويذهب إلى حد أنه إذا قام المنيب بوفاء الدين بعد الإجابة ، لم تبرأ ذمة المتاب ولا يجوز له أن يحتج على المتاب لديه بهذا الوفاء) .

والقضاء المختلط قد اضطرد في المعنى الذي نقول به ، فقد قضى : (أولاً) بأنه لا يجوز للمتاب أن يحتج على المتاب لديه بالدفع التي كان يستطيع أن يحتج بها على المنيب ، فهنا يكون التزام المتاب مجرداً (استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٠٨ - ١٧ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٩١ ، ومع ذلك انظر استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٦١) . (ثانياً) بأنه يجوز للمتاب أن يحتج على المتاب لديه بالدفع التي تكون للمنيب في مواجهة المتاب لديه ، فهنا لا يكون التزام المتاب مجرداً (استئناف مختلط ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٢٨ - ٢ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٩٤ - أول ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٧٨) .

على أن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي قد ورد فيها ما يفيد عدم جواز احتجاج المتاب على المتاب لديه بالدفع التي للمنيب في مواجهة المتاب لديه ، فقد جاء فيها ما يأتي : « بيد أن الفكرة الجمهورية في الإجابة هي أن تعهد المتاب قبل المتاب له تمهد مجرد . وأهم ما يتفرع على هذه الفكرة من الناحية العملية عدم جواز احتجاج المتاب على المتاب له (ورددت المنيب خطأ في المذكرة الإيضاحية) بالدفع التي كان له أن يتمسك بها قبل المنيب ، أو بالدفع التي كان للمنيب أن يتمسك بها قبل المتاب له » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٦٥) . ونرى عدم التقيد بما جاء في المذكرة الإيضاحية في هذه المسألة .

(*) مراجع : جوسلان (Jousselin) في المقاصة القانونية والمقاصة القضائية رسالة من

باريس سنة ١٩٠٥ - كاسان (Cassin) الدفع المستخلص من عدم التنفيذ في الروابط التبادلية رسالة من باريس سنة ١٩١٤ - نيكبي (Nickel) مفعول المقاصة (Du jeu de la compensation) رسالة من مونيبييه سنة ١٩٣٤ - نستياني (Nestianu) في المقاصة في القانون المدني الألماني رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ - لير (Lair) في المقاصة والدعاوى الفرعية =

ذمة الدائن للمدين - نقودا أو مثليات متحدة في النوع والجودة ، وكان كل من الدينين خالياً من النزاع مستحق الأداء صالحاً للمطالبة به قضاء ، انقضى الدينان بقدر الأقل منهما عن طريق المقاصة . فالمقاصة إذن هي أداة وفاء ، وهي في الوقت ذاته أداة ضمان (١) .

أما أنها أداة وفاء ، فذلك ظاهر مما قدمناه . فتقابل دينين توافرت فيهما شرط معينة يقضى كلا الدينين بقدر الأقل منهما ، فيكون كل مدين قد وفى الدين الذى عليه بالدين الذى له ، ومن هنا كانت المقاصة أداة وفاء أو سبباً من أسباب انقضاء الالتزام . بل هي أداة تبسيط في الوفاء ، فهي تقضى دينين في وقت معاً دون أن يدفع أى مدين من المدينين إلى دائته شيئاً ، إلا من كان دينه أكبر فيدفع لدائته ما يزيد به هذا الدين على الدين لآخر . وبذلك يقتصد المدين من نفقات الوفاء ، ولا يتجشم عناء إخراج النقود أو غيرها من المبررات وإرسالها للدائن وما ينطوى عليه ذلك من مخاطر وتبعات (٢) . ومن ثم كان للمقاصة شأن كبير في المعاملات التجارية حيث الحاجة تشتد إلى السرعة في التعامل والاقتصاد في الإجراءات . وهذا الحساب الجارى ، وهو من دعائم

في القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم والحديث باريس سنة ١٨٦٢ - ألبير ديجاردن (Albert Desjardins) في المقاصة والدعاوى الفرعية في القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم والحديث باريس سنة ١٨٦٤ .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا المعنى : « ويتفرغ على ذلك أن المقاصة تنطوى على معنيين : أولهما معنى الوفاء ، فكل من الدينين يقاس وفاء بالدين الآخر . والثاني معنى الضمان ، لأن من يتمسك بها ، لتلاق ما رجب في ذمته بما وجب له في ذمة هذا الدائن من حيث القصاص ، يضمن استيفاء دينه مقدماً على سائر الدائنين . وقد تعالت التقنيات الجرمانية في أعمال فكرة الضمان هذه ، فقضت المادة ١٢٣ من تقنين الالتزامات السويسرى مثلاً بأن للدائنين عند إفلاس المدين أن يقاسوا ديونهم ، ولو لم تكن مستحقة الأداء ، فيما يجب في ذمتهم من ديون للمفلس . وغنى عن البيان أن هذا النص يجعل للمقاصة حقيقة الامتياز ، وهو أمر غير ميسور القبول » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٧٤) .

ويلاحظ أن فكرة الضمان هي الغالبة في القوانين الجرمانية فالمقاصة فيها ضرب من التأمين (garantie) ، وفكرة الوفاء هي الغالبة في القوانين اللاتينية فالمقاصة فيها وفاء مبسط . (paiement abrégé) . انظر في هذا المعنى بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٣٥ وفقرة ١٠٤٨ ص ١٢١ هامش رقم ٢ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٥٧٦ . (٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٨١ .

التجارة ، يقوم على أساسين ، المقاصة ثم التجديد . فتقع المقاصة أولاً بين الحساب الدائن والحساب المدين ، ثم يتخلف عن المقاصة رصيد هو الذى يقع فى شأنه التجديد . وهذه غرف المقاصة (chambres de compensation) ، تقوم عملياتها على إجراء المقاصة بين ما للمصارف وما عليها ، فيستغنى بذلك عن نقل العملة من مصرف إلى مصرف ثم ردها بعد ذلك إلى المصرف الذى خرجت منه (١) .

وأما أن المقاصة أداة ضمان ، فذلك ظاهر أيضاً من أن الدائن الذى يستوفى حقه من الدين الذى فى ذمته لمدينه إنما يختص بهذا الدين الذى فى ذمته دون غيره من دائنى المدين ، فيستوفى حقه منه متقدماً عليهم جميعاً . وهو ، وإن كان دائماً هادياً ، فى حكم الدائن المرتهن أو الدائن ذى حق الامتياز ، والدين الذى فى ذمته فى حكم المال المرهون المخصص لوفاء حقه . ومن ثم تكون المقاصة من شأنها أن تقدم للدائن تأمينا ، فهى من هذا الوجه أداة ضمان (٢) .

٥٢٦ - المقاصة والرفع بعدم التنفيذ والحق فى الحبس ، والمقاصة ،

كأداة للضمان على الوجه الذى ينشأه ، تقرب فى مهمتها من نظامين قانونيين آخرين ، هما الدفع بعدم التنفيذ والحق فى الحبس . فقد رأينا أن أى طرف فى العقد الملزم للجانبين له أن يمتنع عن تنفيذ ما عليه من التزام حتى يستوفى ماله من حق مقابل ، ورأينا كذلك أن الدائن له أن يحبس تحت يده ما لمدينه عنده حتى يستوفى حقاً مرتباً بالشئ المحبوس . ففى هاتين الحالتين وضع القانون تحت تصرف الدائن أداة ضمان تكفل له الوفاء بحقه ، فيمتنع عن تنفيذ التزامه أو يحبس ما تحت يده . والمقاصة تؤدي نفس الغرض ، فالدائن لا يدفع الدين الذى عليه استيفاء للحق الذى له . بل إن المقاصة تصل إلى مدى أبعد فى تأدية هذا الغرض ، إذ الدائن لا يقتصر على الامتناع عن تنفيذ التزامه أو على حبس الدين الذى عليه ، بل هو يقضى الدين الذى عليه قضاء تاماً بالحق الذى له فى

(١) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٠٢ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٨١ .

(٢) بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٢٤ - فقرة ١٠٢٥ - دى باج ٣ فقرة ٦١٧ -

الموجز للبولف فقرة ٥٨٣ .

ذمة دائنه (١) . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك عند الكلام في الدفع بعدم التنفيذ في الجزء الأول من الوسيط-، وفي الحق في الحبس في الجزء الثاني .

٥٢٧ - منقاً المقاصة في القانون الروماني وفي القانون الفرنسي

الضربيم : ومما يوثق العلاقة ما بين المقاصة والحق في الحبس - والدفع بعدم التنفيذ ليس لإصورة من صور الحق في الحبس كما قدمنا - أن منشأهما واحد في القانون الروماني ، فقد كان كلاهما يقوم على الدفع بالغش (exception de dol) .

فقد رأينا عند الكلام في الحق في الحبس (٢) أن منشأ هذا الحق يرجع إلى عهد القانون الروماني ، فقد كان الحائز لعين غير مملوكة له وهو يعتقد أنها ملكه ، إذا أنفق مالا في حفظها أو في تحسينها ، وأراد المالك أن يسترد العين ، أعطى البريطور الروماني للحائز دعواً بالغش (exceptio doli) يدفع به دعوى الاسترداد حتى يسترد ما صرفه في حفظ العين وفي تحسينها . وكذلك أعطى هذا الدفع بالغش في العقود الملزمة لجانب واحد كالوديعة ، إذا أنفق المودع عنده مالا على الوديعة وكان له الحق في استرداد ما أنفق . وكان هذا الدفع مفهوماً خصباً في العقود الملزمة للجانبين ، وبموجبه يستطيع كل من المتعاقدين أن يقف تنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل ، وهذا ما صمى بعد ذلك في القانون الفرنسي القديم بالدفع بعدم تنفيذ العقد .

أما المقاصة فقد تأخر ظهورها في القانون الروماني ، إذ حال دونها في أول الأمر مبدأ كان معروفاً في القانون الروماني القديم هو مبدأ وحدة الدعوى . فالدعوى الواحدة كانت لا تتضمن إلا طلباً واحداً ، وكان لا يجوز دفعها إلا بنعم أو لا ، أي بالإقرار أو الإنكار . فاذا طالب الدائن مدينه بالدين ، وأراد المدين أن يدفع الطلب بالمقاصة في دين له في ذمة الدائن ، امتنع ذلك عليه ،

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٨٠٢ ص ١٣١ - ص ١٣٢ - بلانيول وريبير وردوان ٧

فقرة ١٢٨٠ .

(٢) الوسيط جزء ٢ فقرة ٦٣٦ .

لأنه لا بد أن يجب أولاً بأن الدين الذي يطالب به الدائن هو في ذمته حقاً ، ولا يستطيع أن يضيف إلى هذه الإجابة أن له أيضاً ديناً في ذمة الدائن ، وقعت به المقاصة . فكان يحكم عليه أولاً بالدين الذي لدائنه في ذمته ، وله بعد ذلك أن يرفع دعوى مستقلة على دائنه يطالبه فيها بالدين الذي له في ذمته . ولا يجوز أن يتقدم بهذه الدعوى كدعوى فرعية في الدعوى الأولى التي رفعها الدائن ، لأن مبدأ وحدة الدعوى كان يحول دون ذلك . ثم أقر القانون الروماني بعد ذلك استثناءات معينة من هذا المبدأ ، وانتهى الأمر إلى وضع قاعدة عامة هي إعطاء المدين الذي له دين في ذمة دائنه دعواً بالغش (excentio doii) يدفع به دعوى الدائن إذا لم يجر المقاصة بين ما له وما عليه ، فكان المدين يتمكن بذلك من إجبار دائنه على إجراء المقاصة . ونرى من ذلك أن هناك أصلاً مشتركاً بين المقاصة والحق في الحبس والدفع بعدم تنفيذ العقد هو الدفع بالغش . ثم تطور القانون الروماني ، وفي عهد جوستنيان كانت المقاصة تجري بحكم القانون (ipso jure) ، ولكن ذلك لم يكن يعنى أن المقاصة كانت قانونية ، فقد بقيت مقاصة قضائية لا بد من التمسك بها أمام القضاء ويجوز للقاضي ألا يحكم بها إذا رأى أن البت في الدين المقابل يستغرق وقتاً طويلاً . إجراءات معقدة . وإنما أريد بذلك أن التمسك بالمقاصة لم يعد يقتضى الدفع بالغش (١) .

وانتقلت المقاصة إلى القانون الفرنسي القديم بعد تطور بطيء طويل المدى ، وكانت مقاصة قضائية في بعض الجهات وقانونية في الجهات الأخرى . ثم تغلبت المقاصة القانونية التي تتم بمجرد تلاقى الدينين دون حاجة إلى حكم قضائي ، بل ودون علم الطرفين بوقوعها (٢) ، وذلك أخذاً بتفسير خاطيء للقانون الروماني في عهد جوستنيان حيث وردت عبارة (ipso jure) كما قدمنا .

ومن القانون الفرنسي القديم انتقلت المقاصة القانونية على الوجه الذي بيناه إلى التقنين المدني الفرنسي ، نتيجة لهذا الفهم الخاطيء للقانون الروماني (٣) .

-
- (١) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٠٤ ص ١٣٦ - ص ١٣٧ .
 - (٢) بوتيه في الالتزامات فقرة ٦٣٥ .
 - (٣) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٠٤ ص ١٤٣ - دى باج ٣ فقرة ٦١٦ .

٥٢٨ - المقاصة في التقنيات الروتينية وفي التقنيات الجرمانية :

وهكذا انتقلت المقاصة من القانون الروماني ، حيث كانت مقاصة قضائية ، إلى التقنيات اللاتينية مقاصة قانونية .

وهناك فرقان جوهريان بين المقاصة القانونية والمقاصة القضائية : (١) فالمقاصة القانونية تتم كما قدمنا بتلاقى الدينين المتقابلين ، فينقضيان معاً بمجرد هذا التلاقى وبحكم القانون . ولا يملك القاضى إلا أن يقضى بالمقاصة بمجرد توافر شروطها ، دون أن يكون له الحق في رفضها بدعوى أن التحقق من الدين المقابل يقتضى وقتاً وإجراءات طويلة . بل عليه أن يتحقق من وقوع المقاصة مهما طالت الإجراءات ، فإذا تحقق من ذلك وجب أن يقضى بها . أما المقاصة القضائية فلا تتم بتلاقى الدينين المتقابلين ، بل هي لا تقع إلا إذا صدر حكم القاضى بها . فلا بد إذن من أن يتمسك بها الخصم أمام القضاء ، وللقاضى أن يرفض الحكم بها إذا رأى أن البت في الدين المقابل يقتضى وقتاً وإجراءات طويلة . بل وله حق التقدير في أن يقضى بها أو لا يقضى ، فقد يستصوب عدم القضاء بها بالرغم من تحقق شروطها ، تاركاً لذى الشأن أن يرفع دعوى مستقلة بالحق الذى له . (٢) المقاصة القانونية تقتضى شروطاً معينة يجب توافرها جميعاً حتى تقع بحكم القانون ، فإذا ما توافرت هذه الشروط وقعت ولا مناص من وقوعها ، وإذا تخلف شرط مهما كان شأنه لم تقع . أما المقاصة القضائية فأكثر مرونة ، إذ هي موكولة إلى تقدير القاضى ، فقد لا يقضى بها مع توافر شروطها ، كما قدمنا ، وقد يقضى بها مع تخلف بعض الشروط .

أما التقنيات الجرمانية - كتقنين الالتزامات السويسرى (١) والتقنين الألمانى (٢)

(١) وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١٣٨ من تقنين الالتزامات السويسرى على ما يأتى « لا تقع المقاصة إلا إذا أعلن المدين للدائن بنيته في التمسك بها ، فينقضى الدينان عندئذ بمقدار الأقل منهما ومن اللحظة التى كان فيها الدينان صالحين للمقاصة » .

(٢) وقد نصت المادة ٣٨٧ من التقنين المدنى الألمانى على ما يأتى : « إذا كان شخصان مدينين ، كل منهما للآخر ، بدين من جنس واحد ، جاز لكل منهما أن يقاص حقه في الحق الذى للآخر ، من الوقت الذى يستطيع أن يطالب فيه بحقه ، وأن يزدى الحق الذى عليه » .
ونصت المادة ٣٨٨ على ما يأتى : « تم المقاصة بإعلان عن الإرادة يوجه للطرف الآخر ، -

والتقنين اليباباني (١) - فلم تأخذ لا بالمقاصة القانونية التي أخذ بها التقنين المدني الفرنسي ، ولا بالمقاصة القضائية التي كان يأخذ بها القانون الروماني . بل جعلت المقاصة رهينة باعلان عن الإرادة (déclaration de volonté) يصدر من أحد الطرفين للآخر ، فتقع المقاصة بموجب هذه الإرادة المنفردة متى كانت شروط المقاصة متوافرة . وتعتبر المقاصة قد وفعت بأثر رجعي من وقت توافر هذه الشروط ، لا من وقت الإعلان عن الإرادة ، دون أن يكون للقاضي حق التقدير . فالمقاصة على هذا الوجه ليست قانونية ، لأنها لا تقع بحكم القانون بل باعلان عن الإرادة . وليست قضائية ، لأن التمسك بها أمام القضاء ليس ضرورياً بل يصح أن يصدر هذا الإعلان خارج القضاء ، ثم إن القاضي لا يملك إلا الحكم بها متى توافرت شروطها وليس له حق التقدير . ومن ثم تصبح المقاصة في التقنينات الجرمانية تصرفاً قانونياً صادراً من جانب واحد (٢) ، ولهذا التصرف أثر رجعي يستند إلى وقت تلاقى الدينين متوافرة فيهما شروط المقاصة . وهذا الأثر الرجعي في التقنينات الجرمانية يقربها كثيراً من المقاصة القانونية في التقنينات اللاتينية ، ففي النظامين تم المقاصة وينقضى الدينان من وقت تلاقيهما .

على أنه لا تزال هناك فروق بين النظامين . ففي النظام اللاتيني تنص المادة ١٢٩٠ من التقنين المدني الفرنسي على أن المقاصة تتم من تلقاء نفسها وبحكم القانون ، ولو بغير علم المدينين . فينقضى الدينان على وجه التقابل ، في اللحظة

= ولا تصح إذا علق على شرط أو أضيف إلى أجل . ونصت المادة ٣٨٦ على ما يأتي :
« يترتب على المقاصة أن الحقين ، بالمقدار الذي يتعادلان فيه ، يعتبران منقضين من وقت تواجدهما أحدهما تجاه الآخر صالحين للمقاصة » .

(١) وقد نصت المادة ٥٠٦ من التقنين المدني اليباباني على ما يأتي : « ١ - تم المقاصة بإعلان عن الإرادة يوجه إلى الطرف الآخر . ولا يجوز مع ذلك أن يعلق هذا الإعلان على شرط أو يقتصر بأجل . ٢ - والإعلان عن الإرادة المذكور في الفقرة السابقة يستند إلى الوقت الذي كان فيه الدينان صالحين للمقاصة على وجه التقابل » .

(٢) أنظر التعليقات على التقنين المدني الألماني جزء أول م ٣٨٨ .

التي يتلاقبان فيها ، في حدود ما يتبادل من مقدار كل دين (١) ، ويتبين من ذلك أن المقاصة القانونية في التقينات اللاتينية تختلف عن المقاصة في التقينات الجرمانية من الوجوه الآتية :

أولاً - تقع المقاصة القانونية من تلقاء نفسها وبمحكم القانون ، ولو دون علم أحد من الطرفين . وإذا كان أحدهما قد تمسك بالمقاصة ، فهذا التمسك لا يجعلها تتم ، إذ هي قد تمت قبل ذلك . وإنما هو يتمسك بواقعة ترتب عليها أثرها ، كما لو كان يتمسك بالوفاء أو بأى سبب آخر من أسباب انقضاء الالتزام (٢) . أما المقاصة في التقينات الجرمانية فلا تقع من تلقاء نفسها بمحكم القانون ، وإنما تقع بإعلان عن الإرادة يوجه إلى الطرف الآخر كما تقدم القول ، فهي إذن لا يمكن أن تقع دون علم من الطرفين . وإذا لم يعلن أحد من الطرفين إرادته في إجراء المقاصة ، فالمقاصة لا تقع ، ولا يستطيع القاضى أن يجريها بنفسه ، ويتقاضى كل من الطرفين الدين الذى له من الآخر .

ثانياً - إذا كانت المقاصة تستند في كل من النظامين إلى وقت تلاقى الدينين ، إلا أن ذلك لا يمنع من أن إعلان الإرادة في التقينات الجرمانية إجراء لا بد منه في المقاصة وله أثره البالغ . ذلك أنه يجب ، في التقينات الجرمانية ، أن تكون شروط المقاصة متوافرة إلى وقت إعلان الإرادة . فإذا كانت هذه الشروط متوافرة عند تلاقى الدينين ، ثم تخلف شرط منها عند إعلان الإرادة ، فإن الأثر الرجعى لا يفيد ، ولا يمكن إعلان الإرادة في إجراء المقاصة إلا إذا كانت شروطها متوافرة وقت الإعلان . وهذا بخلاف المقاصة القانونية ، فإنها تقع بمجرد تلاقى الدينين متوافرة فيهما الشروط ، حتى لو تخلف أحد هذه الشروط عند التمسك بها . ونورد مثلاً : دفع أحد الطرفين دينه بعد أن تلاقى الدينان

(١) وهذا هو النص في أصله الفرنسى : Art. 1290 : La compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs; les deux dettes s'éteignent à l'instant ou elles se trouvent exister à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives.

(٢) وهذا ما كان يقوله بوتيه في عهد القانون الفرنسى القديم : بوتيه في الالتزامات

متوافرة فيهما شروط المقاصة ، وهو يجهل ذلك . ففي النظام الجرماني ، إذا كان هذا الدفع سابقاً على إعلان الإرادة ، لم يجوز صدور الإعلان بعد ذلك ، لأن المقاصة وقت الدفع لم تكن قد وقعت ، فوقع الدفع صحيحاً عن دين قائم لم ينقض بالمقاصة . ولا يبقى للطرف الذي دفع الدين الذي عليه إلا أن يتقاضى من الطرف الآخر الدين الذي له . أما في النظام اللاتيني ، فبمجرد تلاقى الدينين متوافرة فيهما الشروط تقع المقاصة دون حاجة إلى إعلان ، فإذا دفع أحد الطرفين دينه بعد ذلك فقد دفع ديناً انقضى بالمقاصة ، وله أن يسترد ما دفعه للطرف الآخر بموجب قواعد استرداد غير المستحق ، لا أن يطالب الطرف الآخر بالدين الذي له كما هو الأمر في النظام الجرماني . وهذا ما لم يكن قد نزل عن المقاصة ، فله في هذه الحالة أن يطالب الطرف الآخر بالدين الذي له (١) .

ثالثاً - إذا كان أحد الدينين قد سقط بالتقادم وقت إعلان الإرادة ، فقد كان ينبغي في التقنينات الجرمانية ألا يجوز صدور هذا الإعلان ، حتى لو كان الدين لم يسقط بالتقادم عند تلاقيه بالدين المقابل ، لأن أحد شروط المقاصة قد تخلف وقت الإعلان . أما في التقنينات اللاتينية ، فانه بمجرد تلاقى الدينين ينقضيان بالمقاصة ، حتى لو أن أحدهما كان قد انقضت مدة التقادم بالنسبة إليه وقت التمسك بالمقاصة . ومن الغريب أن التقنين الألماني قد أورد في المادة ٣٩٠ حكماً في هذه المسألة يخالف منطق التقنينات الجرمانية ويتفق مع منطق التقنينات اللاتينية ، إذ تنص هذه المادة على ما يأتي : « لا يمنع التقادم من قوع المقاصة إذا كان الحق الذي تم تقادمه لم يكن قد انقضى بالتقادم وقت إن كانت المقاصة ممكنة بينه وبين الحق الآخر (٢) » . وقد أورد التقنين المدني

(١) انظر المادة ١٢٩٩ من التقنين المدني الفرنسي . وانظر التعليقات على التقنين المدني الألماني جزء أول م ٣٨٧ فقرة ثانية وم ٣٨٩ فقرة ثانية .

(٢) انظر التعليقات على التقنين المدني الألماني جزء أول م ٣٨٩ فقرة ثانية . ويملل الفقه الألماني هذا الخروج على منطق التقنين الألماني باعتبارات عملية . فإن الدائن الذي يصبح مديناً لمدينه يعتبر نفسه عادة قد استوفى حقه ، فلا يعنيه بعد ذلك أن يقطع سريان التقادم بالنسبة إلى حقه مادام قد استوفاه . فإذا سقط حقه بالتقادم قبل أن يعلن إرادته في إجراء المقاصة . لم يعامل بمقتضى منطق القانون فيصبح عليه حقه ويجبر على الوفاء بدينه ، بل يعامل بمقتضى مقتضى المألوف بين الناس فيمنذر في سكوته عن قطع التقادم قبل إعلان إرادته في إجراء المقاصة (التعليقات على التقنين المدني الألماني جزء أول م ٣ فقرة رابعة) .

المصرى الجديد هذا الحكم في المادة ٣٦٦ ، إذ تنص 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 » . ولكن ورود هذا الحكم في التقنين المدني المصرى الجديد يتفق مع منطق هذا التقنين ، فقد أخذ بالمقاصة القانونية المعروفة في التقنينات اللاتينية كما سنرى .

رابعاً - لما كانت المقاصة في التقنينات الجرمانية لا تفع إلا باعلان الإرادة ، وجب أن يكون من أعلن إرادته في إجراء المقاصة أهلاً لوفاء الدين ولاستيفائه ، لأن التصرف القانوني الذي صدر منه هو وفاء لدينه واستيفاء لحقه . أما في التقنينات اللاتينية ، فالمقاصة تقضى الدينين بمجرد تلاقيهما ، وذلك بحكم القانون ودون حاجة إلى إعلان عن الإرادة . فالمقاصة في هذه التقنينات واقعة مادية وليست تصرفاً قانونياً ، ومن ثم لا تشترط أية أهلية في أى من الطرفين ، بل تقع المقاصة بحكم القانون في دينين متقابلين ، حتى لو كان كل من المدينين غير مميز (١) .

خامساً - في حوالة الدين ، هل يجوز للمدين الجديد أن يتمسك بمقاصة بين الدائن والمدين القديم ؟ إذا أخذنا بالنظرية الجرمانية ، لم يجوز ذلك ، لأن المقاصة لا تتم إلا باعلان عن الإرادة ، والمفروض أن المدين القديم لم يصدر منه هذا الإعلان فلم تقع المقاصة ، فانتقل الدين قائماً إلى المدين الجديد ، فليس لهذا أن يدفع بمقاصة لم تقع . وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٤٧٧ من التقنين المدني الألماني : « إذ تقول : لا يجوز للمحال عليه أن يتمسك بمقاصة مع حق للمدين السابق (٢) » . أما إذا أخذنا بالنظرية اللاتينية ، وجب القول بأن المقاصة قد

(١) لوران ١٨ فقرة ٣٨٢ - بيدان ولاجار ٩ فقرة ١٠٤٩ ص ١٢١ - دي باج ٣ فقرة ٦١٨ ص ٥٩٣ .

(٢) وهذا بخلاف حوالة الحق في التقنين المدني الألماني ، فقد نصت المادة ٤٠٦ من هذا التقنين على ما يأتي : « يجوز للمدين أيضاً أن يتمسك تجاه الدائن الجديد بمقاصة في حق له في ذمة الدائن السابق ... » والسبب في هذا الخلاف أن المدين في حوالة الحق قد يفاجأ بهذه الحوالة قبل أن يعلن إرادته في إجراء المقاصة بين الحق المحال وحق له في ذمة المحيل ، فلم يرد القانون أن =

وقعت بين دين المدين القديم ودين الدائن منذ تلاقيهما ، فالدين يكون إذن قد انقضى بالمقاصة قبل حوالة ، وللمدين الجديد أن يتمسك بهذه المقاصة قبل الدائن (١) .

هذا وقد اختار التقنين المدني المصري في المقاصة النظام اللاتيني ، جرباً على تقاليد ، فأخذ بالمقاصة القانونية كما هي معروفة في التقنين المدني الفرنسي . وإذا كان قد نص في الفقرة الأولى من المادة ٣٦٥ مدني على ألا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها ، فسرى أن المقصود بهذا النص أن ينتفى عن المقاصة أنها من النظام العام ، فلا يصح للقاضي أن يقضى بها من تلقاء نفسه ، بل لا بد أن يتمسك بها ذو المصلحة فيها .

= يحرمه من إعلان إرادته في إجراء المقاصة حتى بعد الحوالة . أما في حوالة الدين ، فالدينان القديم والجديد ، باتفاقهما على الحوالة قبل إجراء المقاصة ، قد جعلنا المقاصة مستحيلة باختيارهما (انظر التعليقات على التقنين المدني الألماني جزء أول م ١٧٧ فقرة ٢) . انظر في هذه المسألة المادة ٣٦٨ من التقنين المدني المصري والمادة ١٢٩٥ من التقنين المدني الفرنسي . وانظر آنفاً فقرة ٣٣٥ في المسامش .

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٣٥ - وقد قدمنا أن كلا من المدين الجديد والمدين القديم ، في التقنين المدني المصري ، يستطيع أن يتمسك بالمقاصة . وهذا ما لم تكن حوالة الدين قد انعقدت باتفاق بينهما ، فإن هذا يدل على أن المدين القديم قد نزل عن المقاصة ولا يريد التمسك بها ، فعول الدين الذي في ذمته إلى المدين الجديد ليطالب بالدين الذي له في ذمة الدائن .

هذا وما قدمناه من الفروق بين المتعاقبة في القوانين الجرمانية والمقاصة في القوانين اللاتينية ترجع كلها إلى أن المقاصة في القوانين الأولى تقع بإعلان عن الإرادة ، وتقع في القوانين الأخرى من تلقاء نفسها بحكم القانون . وهناك فروق ترجع إلى أن الفكرة الغالبة في المقاصة في القوانين الجرمانية هي فكرة الضمان ، وهي في القوانين اللاتينية فكرة الوفاء ، ونذكر منها فرقتين : (١) لا تشترط القوانين الجرمانية في وقوع المقاصة أن يكون الدينان خاليين من النزاع مستحق الأداء لأن فكرة الضمان لا تقتضى ذلك ، وتنتضي فكرة الوفاء فكان شرطاً في القوانين اللاتينية . (٢) إذا أفلس أحد المدينين قبل وقوع المقاصة ، امتنع وقوعها في القوانين اللاتينية ، لأن وفاء ديون المفلس تنقيد بشروط وبإجراءات تتعارض مع وقوع المقاصة . أما في القوانين الجرمانية فالإفلاس لا يحول دون وقوع المقاصة ، بل إن شكراً الضمان تستدعي وقوع المقاصة عند الإفلاس أكثر مما تستدعي في الأحوال الأخرى (انظر في ذلك كولان وكايبان ٢ فقرة ٥٧٦) .

٥٢٩ - المقاصة القانونية والمقاصة القضائية والمقاصة الاختيارية :

وأبنا فيما تقدم أن هناك إلى جانب المقاصة القانونية مقاصة قضائية هي المقاصة التي كانت معروفة في القانون الروماني . ويوجد إلى جانب هذين النوعين من المقاصة ما يعرف بالمقاصة الاختيارية ، وهي مقاصة تتم بإرادة أحد الطرفين أو بإرادتهما معاً ، إذا نزل صاحب الشأن عن شرط من شروط المقاصة لم يتوافر مادام هذا الشرط مقررًا لمصلحته .

وأهم هذه الأنواع الثلاثة هي المقاصة القانونية ، وهي التي عنى المشرع ببسط أحكامها تحت عنوان « المقاصة » ، وقصد بهذا التعبير المقاصة القانونية دون غيرها . فنبداً ببحثها ، ثم نبحث بعد ذلك النوعين الآخرين : المقاصة الاختيارية والمقاصة القضائية .

الفرع الأول

المقاصة القانونية

(Compensation légale)

٥٣٠ - المسائل التي يتناولها البحث : نبحث في المقاصة القانونية -

وكثيراً ما نطلق فنقول المقاصة فينصرف اللفظ إلى المقاصة القانونية - موضوعين رئيسيين :

(أولاً) الشروط الواجب توافرها حتى تنع المقاصة .

(ثانياً) كيف يكون لإعمال المقاصة ، وما هي الآثار التي تترتب عليها (١) .

(١) ولا يختلف التقنين المدني الجديد عن التقنين المدني السابق في أحكام المقاصة - عدا النص الوارد في التقنين الجديد قاصداً بوجود التمسك بالمقاصة - إلا في مسائل تفصيلية أشارت إليها المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فيما يأتي : « وقد عمد المشروع ، فوق علاج هذه المسألة الكلية (وجوب التمسك بالمقاصة) ، إلى تدارك عيوب التقنين الراهن (السابق) ، ولا سيما فيما يتعلق بالتصاص في الديون المتنازعة أو الديون المستحقة الأداء في أمكنة مختلفة . ثم أنه جمع النصوص المتعلقة بالمقاصة جمعاً أدنى إلى العقل والمنطق . ونص كذلك على أن سقوط -

المبحث الأول

شروط المقاصة

٥٣١ - ما يدخل في الشروط وما لا يدخل - الربوه التي لا تقع

فيها المقاصة: يشترط ، حتى تقع المقاصة بين دينين متقابلين ، أن يكون محل كل منهما نقوداً أو مثليات متحدة في النوع والجودة ، وأن يكون الدينان صالحين للمطالبة بهما قضاء ، وأن يكونا خاليين من النزاع مستحقى الأداء .

ولا يشترط أن يتحد مكان الوفاء ، كما لا يشترط اتحاد مصدر الدينين .

وتقع المقاصة في الديون أياً كان مصدرها ، إلا في ديون معينة لا تقع فيها المقاصة نظراً لاعتبار خاص فيها .

فنبحث : (أولاً) ما يدخل في الشروط وما لا يدخل (ثانياً) الديون التي لا تقع فيها المقاصة .

المطلب الأول

ما يدخل في الشروط وما لا يدخل

١٩ - ما يدخل في الشروط

٥٣٢ - النصوص القانونية: تنص المادة ٣٦٢ من التقنين المدني

على ما يأتي :

١٥ - للمدين حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له

= الدين بالتقادم لا يحول دون وقوع المقاصة ما دام هذا السقوط لم يكن قد تم في الوقت الذي أصبح فيه القصاص ممكناً ، وليس هذا الحكم إلا نتيجة منطقية لقاعدة استناد أثر المقاصة إلى وقت توافر شروط القصاص في الدينين « (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٦٦ - ص ٢٦٧) . وانظر في التقنين المدني السابق الموجز للمؤلف فقرة ٥٨٣ - فقرة ٥٩٣ .

قبل هذا الدائن ولو اختلف سبب الدينين ، إذا كان موضوع كل منهما نقوداً أو مثليات متحدة في النوع والجودة ، وكان كل منهما خالياً من النزاع ، مستحق الأداء ، صالحاً للمطالبة به قضاء .

٢ - ولا يمنع المقاصة أن يتأخر ميعاد الوفاء لمهلة منحها القاضى أو تبرع بها الدائن (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدنى السابق المادتين ١٩٢ / ٢٥٦ و ١٩٤ / ٢٥٨ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدنى السورى المادة ٣٦٠ - وفي التقنين المدنى الليبى المادة ٣٤٩ - وفي التقنين المدنى العراقى المادتين ٤٠٨ - ٤٠٩ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناى المواد ٣٢٨ - ٣٣٠ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٩٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا بعض فروق لفظية بسيطة . ووافقت لجنة المراجعة على النص مع تعديل لفظى طفيف ، تحت رقم ٣٧٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ احتبدلت كلمة « النوع » بكلمة « الجنس » لأنها أخص من الجنس ، وأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى ، ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلت لجنته تحت رقم ٣٦٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٦٨ و ص ٢٧٠) .

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

م ٢٥٨ / ١٩٤ : لا تقع المقاصة إلا إذا كان الدينان خاليين من النزاع ومستحق الطلب ، وكانا من النقود أو من أشياء من جنس واحد يقوم بعضها مقام بعض بالنسبة لنوعها وقيمتها ، وبشرط أن يكونا واجبي الأداء فى مكان واحد .

(والأحكام متفقة فى التقنينين القديم والجديد ، فيما عدا وجوب الأداء فى مكان واحد فقد كان شرطاً فى المقاصة فى التقنين السابق ، وهو فى التقنين الجديد ليس بشرط كما سنرى - انظر مع ذلك فى وحدة مكان الوفاء فى التقنين السابق وكيف فسرت بما يتفق مع التقنين الجديد : الموجز للمؤلف فقرة ٥٨٩ - والتون ٢ ص ٥٢١ - ص ٥٢٢ - الأستاذ أحمد حشمت أبوستيت ص ٢٦٥ هامش رقم ١) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٣٦٠ (مطابقة للمادة ٣٦٢ من التقنين المدنى المصرى) .

وبمخلص من النص المتقدم الذكر أن هناك شروطاً خمسة يجب توافرها حتى تقع المقاصة بين دينين : (١) التقابل ما بين الدينين (٢) التماثل في المحل ما بين الدينين (٣) صلاحية كل من الدينين للمطالبة به قضاء (٤) خلو الدينين من النزاع (٥) استحقاق الدينين للأداء (١). ونضيف شرطاً سادساً هو أن يكون كل من الدينين قابلاً للحجز عليه ، وهو شرط يؤخذ من الحالات الواردة في المادة ٣٦٤ مدني ، حيث تقرر هذه المادة أن المقاصة لا تقع « إذا كان أحد الدينين حقاً غير قابل للحجز ». ولما كان الاعتبار الذي امتنعت من أجله المقاصة هنا يرجع إلى طبيعة الدين لا إلى مصطلحه ، فيحسن جعل هذه الحالة ضمن شروط المقاصة ، وانتزاعها من الحالات الأخرى التي ترجع إلى مصدر الدين لا إلى طبيعته .

ونبحث هذه الشروط الستة تباعاً .

- == التقنين المدني الليبي م ٣٤٩ (مطابقة للمادة ٣٦٢ من التقنين المدني المصري) .
- التقنين المدني العراقي م ٤٠٨ : المقاصة هي إسقاط دين مطلوب لشخص من غريمه في مقابلة دين مطلوب من ذلك الشخص لغريمه .
- م ٤٠٩ : ١ — المقاصة إما جبرية تحصل بقوة القانون ، أو اختيارية تعهص بتراضي المتدينين . ٢ — ويشترط لحصول المقاصة الجبرية اتحاد الدينين جنساً ووصفاً وحلولاً وقوة وضخفاً ، ولا يشترط ذلك في المقاصة الاختيارية . فإن كان الدينان من حدين مختلفين أو متفاوتين في الوصف أو مؤجلين أو أحدهما حالاً والآخر منجلاً أو أحدهما قوباً والآخر مبيعاً ، فلا يلتقيان قصاصاً إلا بتراضي المتدينين ، سواء اتحد سببها أو اختلف .
- (والحكم متفق مع حكم التقنين المصري : أنظر الأستاذ حسن القنون في أحكام الالتزام في القانون المدني فقرة ٣٥١ — فقرة ٣٥٥) .
- تقنين المرجبات والعقود اللبناني م ٣٢٨ : إذا وجد شخصان وكل منهما دائن ومدين للآخر ، حق لكل واحد منهما أن يقاض الآخر بما له قبله على قدر المبلغ الأدر من الدينين .
- م ٣٢٩ : لا تجرى المقاصة إلا بين الديون التي يكون موضوعها تنوداً أو أشياء ذات نوع واحد من المثليات .
- م ٣٣٠ : لا يدخل في المقاصة إلا الديون المحررة والمستحقة الأداء . على أن المهلة المشروحة من القاض لا تحول دون المقاصة . وليس من الضرورة أن يكون الدينان واجبي الأداء في مكان واحد . على أن الأحوال التي تحول دون الإيفاء تحول مبدئياً دون المقاصة .
- (وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المصري) .
- (١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٧٢ .

٥٣٣ - الشرط الاول - التقابل ما بين الدينين : يجب لوقوع

المقاصة أن يكون هناك دينان متقابلان (réciprouques) ، أى أن يكون كل من طرفي المقاصة مديناً بشخصه للآخر وفي الوقت ذاته دائناً بشخصه له . فيتقابل الدينان ، وينقضيان بالمقاصة . فاذا كان (١) قد أقرض (ب) ألفاً ، ثم اشترى منه سيارة بألف ، وقعت المقاصة بين مبلغ القرض وثمان السيارة .

ويترتب على ذلك أنه لا يكون هناك محل للمقاصة إذا كان أحد الطرفين مديناً للآخر بصفته الشخصية ودائناً له بصفته ولياً أو وصياً أو قهماً أو وكيلاً أو وارثاً ، أو كان الأمر على العكس من ذلك (١) . ولا تقع المقاصة بين دين الشركة في ذمة أجنبي ودين لهذا الأجنبي في ذمة أحد الشركاء ، إذ الأجنبي مدين للشركة ودائن لأحد الشركاء والشركة غير أحد الشركاء فيها (٢) . ولا تقع المقاصة بين دين للدائن في ذمة المدين ودين لكفيل غير متضامن في ذمة الدائن ، إذ الدينان هنا غير متقابلين ، فأحدهما في ذمة المدين للدائن والآخر في ذمة الدائن للكفيل لا للمدين (٣) . ولكن الكفيل يستطيع أن يتمسك بالمقاصة بين الدين الذي كفله ودين للمدين في ذمة الدائن ، لأن مديونيته تابعة

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا تجوز المقاصة في دين على الوصي شخصياً لما بين القاصر المشمول بوصايته ، ولا في دين على القاصر لمدين الوصي عليه ، ولا في دين مستحق على الدائن لموكل المدين أو لكفيله ، ولا فيما لمدين شركة قبل أحد الشركاء المساهمين ، ولا فيما لمدين شركة قبل أحد الورثة ، ولا فيما لأحد الورثة قبل أحد دائني الشركة (نقض مدني ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٩ ص ١١٦٧ - انظر قريباً من هذا المعنى : نقض مدني ١٥ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٦٠ ص ٥٢٣) .

(٢) نقض مدني ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٩ ص ١١٦٧ - استئناف مختلط ١٣ مارس سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٨٥ - ٢٠ أبريل سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٧٥ - بودري وبارد ٣ فقرة ١٨١١ .

(٣) ولكن يجوز للكفيل إذا طالبه الدائن أن يتمسك بالمقاصة في دين له على الدائن ، إذ هو يدين بالدائن المكفول عن طريق المقاصة ، ولكن المقاصة هنا اختيارية لا قانونية ، فلا ينقض الدينان إلا من وقت التمسك بالمقاصة . ولا يجوز للدائن أن يرجع على المدين بعد ذلك فقد استوفى حقه من الكفيل ، وإذا رجع جاز للمدين أن يدفع رجوعه بالمقاصة التي تمسك بها الكفيل . وإنما يرجع الكفيل على المدين ، بعد أن وفي دينه عن طريق المقاصة (بودري وبارد ٣ فقرة ١٨١٤) .

لمديونية المدين ، فاذا تخلص المدين من مديونيته عن طريق المقاصة تخلص الكفيل تبعاً لذلك (١) . ولا تقع المقاصة بين ثمن الأوراق المالية التي اشتراها شخص في البورصة بواسطة الوكيل بالعمولة وبين دين للمشتري في ذمة البائع لهذه الأوراق ، وذلك لأن الوكيل بالعمولة يتوسط بين البائع والمشتري ، فيكون هو الدائن بالثمن وليس البائع ، فلا يكونان الدينان متقابلين (٢) . ولا تجوز المقاصة في دين على الوقف لمدين المستحق فيه ، ولا في دين على المستحق في الوقف لمدين الوقف (٣) .

ومنى وجد دينان متقابلان لشخصين كلاهما دائن للآخر ومدين له ،

(١) وقد نصت المادة ١٢٩٤ من التتئين المدني الفرنسي على هذه الأحكام صراحة إذ تقول : « يجوز للكفيل أن يتمسك بالمقاصة في دين على الدائن للمدين الأصلي ، ولكن لا يجوز للمدين الأصلي أن يتمسك بالمقاصة في دين على الدائن للكفيل » . وهذا هو النص في أصله الفرنسي : Art. 1294 : La caution peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal. Mais le débiteur principal ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à la caution.

(٢) قارب استئناف مختلط ؛ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٢٢ — بودرى وبارد ٤ فقرة ١٨١٩ .

(٣) استئناف مختلط ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٩٦ — على أنه قد قضى بوقوع المقاصة في دين للوقف على دائن المستحق الوحيد فيه (استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ١٤) .

ولا تجوز المقاصة بين دين للدوكل ودين على الوكيل بقبض الدين الأول (استئناف مختلط ٢٥ نوفمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٣٥) . وإذا اشترط البائع على المشتري دفع الثمن للغير ، أصبح المشتري مديناً لهذا الغير بالثمن ، فلا يستطيع أن يقاس الثمن بدين له في ذمة البائع (استئناف مختلط ٩ يونيو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٣٦) . ولا مقاصة بين دين لدائن دين لأجنبي على هذا الدائن (استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٣٦) ، ولكن يستطيع الأجنبي أن يقبل حوالة الدين الذي للدائن برضاة هذا الدائن ، فيصبح مديناً للدائن ودائناً له ، فتقع المقاصة . ولا يستطيع الدائن الظاهر أن يتمسك بالمقاصة بين الدين الظاهر الذي له على المدين ودين للمدين في ذمته (دى باج ٣ فقرة ٦٣١) . وإذا لم يصبح المدين دائناً لدائنه إلا بعد أن حول دائنه الحق الذي له في ذمة المدين ، لم تجز المقاصة بين الدينين ، لأن المدين قد أصبح بالحوالة مديناً للمحال له ثم صار دائناً للدائن ، فلا تقابل بين الدينين (بلانيسول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٨٤ ص ٦٨٧) . انظر أمثلة أخرى : استئناف مختلط ٩ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٩٠ — ٢ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٢٥ .

وقعت المقاصة بين هذين الدينين (١) ، حتى لو كان أحد الطرفين أو كلاهما لم تتوافر فيه لا أهلية الوفاء ولا أهلية الاستيفاء (٢) . ذلك أن المقاصة واقعة مادية يرتب عليها القانون انقضاء الدينين . وليست تصرفاً قانونياً يتطلب أهلية معينة كما هو الأمر في القوانين الجرمانية على ما قدمنا (٣) .

٥٣٤ - الشرط الثاني - التماثل في المحل ما بين الدينين : ويجب

أن يكون محل كل من الدينين نقوداً أو أشياء مثلية من نوع واحد ومن درجة واحدة في الجودة ، وذلك حتى يتمكن كل من الطرفين أن يستوفي حقه عن طريق المقاصة من نفس الشيء الواجب الأداء . فإذا كان لشيء على آخر مائة جنيه ، وعليه له مائة جنيه ، فإنه بذلك يستطيع أن يستوفي المائة التي له بالمائة التي عليه . ولما كان المحلان متماثلين ، فقد استوفى كل من الطرفين حقه

(١) على أنه يلاحظ أن المقاصة لا تقع ، حتى لو كان الدينان متقابلين ، إذا تعلق بأحد الدينين حق للغير أقوى من حق الطرف الآخر . وسرى ذلك في حالة الجزاء التحفظي (م ٣٦٧ مدني) وفي حالة قبول المدين لحوالة الحق (م ٣٦٨ مدني) فيما يأتي . ونذكر هنا ، تطبيقاً للقاعدة السالفة الذكر ، أن إذا بيع مال المدين في الزاد وفاء لديونه ، فرسا المزاد على أحد الدائنين ، لم تقع المقاصة بين الدين الذي لهذا الدائن والتمن الذي عليه ، لأن التمن قد تعلق به سقوق الدائنين الآخرين ؛ فيجب أن يقسم بينهم قسمة الغرماء . وهذا ما لم يكن للدائن الراسي عليه المزاد رهن أو اختبار يجعله مقدماً على سائر الدائنين ، فتقع المقاصة عندئذ بين الدين الذي له والتمن الذي عليه ، إذ لم يتعلق بالتمن حق للدائنين أقوى من حقه ، بل حقه هو الأقوى : انظر في هذا المعنى استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٢٨ - ٢٨ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٥٠ - ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٥٣ - ١٠ يونيو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٣٥ - ١٨ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٢٢ - ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ١٤ - ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٩٢ - ١٨ فبراير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٤٨ - ١٧ نوفمبر سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٣٨ - ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٦١ - ٢٤ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٨٢ - ١٣ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٤٧ - ٥ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٦٩ - وقارن بودري وبارد ٣ فقرة ١٨٢٠ - بلانيول وريبير رردوان ٧ فقرة ١٢٨٤ ص ٦٨٨ .

(٢) أوبري ورو ٤ فقرة ٣٢٦ ص ٣٤٦ - بودري وبارد ٢ فقرة ١٨٢١ - لوران ١٨

فقرة ٣٨٢ - بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٤٩ ص ١٢١ - دي باج ٣ فقرة ٦١٨ ص ٥٩٣ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٥٢٨ .

من نفس الشيء الواجب الأداء . ومن ثم تقع المقاصة بين دينين محل كل منهما قطن من نوع الكرنك ومن مرتبة «جودفير» ، أو قح هندي من صنف متوسط ، أو سيارات من ماركة بويك موديل سنة ١٩٥٧ ، وهكذا . وتنصح المقاصة كذلك في الأسهم والسندات وسائر الأوراق المالية ، إذا كانت متماثلة (١) .

ولا تجوز المقاصة في دينين محل أحدهما قطن من نوع الكرنك ومحل الآخر قطن من نوع الأشموني ، ولا في دينين محل أحدهما قح هندي ومحل الآخر قح استرالي . ومن باب أولى لا تجوز المقاصة في دينين محل أحدهما قطن ومحل الآخر قح ، ولا في دينين محل أحدهما نقود ومحل الآخر قح أو قطن ، ولو كان سعر هذه المثليات محدداً في الأسواق أو في البورصات (٢) .

ولا تجوز المقاصة بداهة في دينين محل كل منهما عمل أو امتناع عن عمل ، أو محل أحدهما عمل ومحل الآخر امتناع عن عمل من باب أولى ، وذلك مهما تشابهت الأعمال ، وحتى لو لم يكن من الضروري أن يقوم المدين نفسه بالعمل الذي التزم به . فلا بد إذن لإمكان المقاصة أن يكون محل كل من الدينين التزاماً بنقل الملكية (obligation de donner) (٣) .

ولا تجوز المقاصة في دينين أحدهما بسيط والآخر تخيري أو بدلي ، حتى لو كان أحد محل الاختيار في الالتزام التخيري ، أو كان المحل الأصلي أو البدل في الالتزام البدلي ، مماثلاً في النوع والجودة للمحل في الدين البسيط . ذلك لأنه إذا وقعت المقاصة هنا ، حرم في الالتزام التخيري صاحب الاختيار من حق اختياره ، أو حرم المدين في الالتزام البدلي من أن يؤدي الأصل أو البدل (٤) .

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٨٥ .

(٢) قارن الفقرة الثانية من المادة ١٢٩١ من التقنين المدني الفرنسي .

(٣) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٨٥ .

(٤) بودري وبارد ٣ فقرة ١٨٢٣ - فقرة ١٨٢٤ - أما إذا اختار صاحب الاختيار في الالتزام التخيري المحل الذي يؤديه ، أو اختار المدين في الالتزام البدلي أن يؤدي الأصل أو أن يؤدي البدل ، وكان المحل الذي وقع عليه الاختيار مماثلاً في النوع والجودة للمحل في الدين البسيط ، فإن المقاصة يمكن وقوعها حينئذ بين الدينين .

٥٣٥ - الشرط الثالث - صلح كل من الدينين للمطالبة به

قضاء: ولا بد ، لوقوع المقاصة ، أن يكون كل من الدينين صالحاً للمطالبة به قضاء . فاذا كان أحد الدينين أو كلاهما غير صالح للمطالبة به قضاء ، لم تجز المقاصة . فالالتزام الطبيعي لا يقبل المقاصة في التزام مدني ، بل ولا في التزام طبيعي مثله ، لأن المقوم الرئيسي للالتزام الطبيعي هو أن المدين فيه لا يجبر على الوفاء ، والمقاصة وفاء إجباري للمدين ، فتعارض مع طبيعة الالتزام الطبيعي .

وإذا كان أحد الدينين قد مضت عليه مدة التقادم ، فإنه لا يصلح للمقاصة ، حتى قبل أن يتمسك المدين بالتقادم فيصبح التزاماً طبيعياً ، فإن الدين الذي مضت عليه مدة التقادم لا يصلح للمطالبة به قضاء ، لأنه قابل للدفع بالتقادم (١) . ولا يصلح الدين الذي مضت عليه مدة التقادم للمقاصة به في دين آخر ، حتى

= هذا ولا يمنع المقاصة أن يكون أحد الدينين أو كلاهما مسحوباً بشرط جزائي ، فإن الشرط الجزائي لا يغير من محل الالتزام ، بل هو مجرد تقدير للتعويض عند عدم الوفاء (بودري وبارد ٣ فقرة ١٨٢٥) .

(١) ويمكن استخلاص هذا الحكم بطريق المفهوم العكسي من المادة ٣٦٦ مدني ، إذ تنص على أنه « إذا كان الدين قد مضت عليه مدة التقادم وقت التمسك بالمقاصة ، فلا يمنع ذلك من وقوع المقاصة به رغم التمسك بالتقادم مادامت هذه المدة لم تكن قد تمت في الوقت الذي أصبحت فيه المقاصة ممكنة » . فيفهم من هذا النص ، بطريق عكسي ، إنه لو تمت مدة التقادم في الوقت الذي أصبحت فيه المقاصة ممكنة ، ولو قبل التمسك بالمقاصة ، فإن ذلك يمنع من التمسك بها . هذا إلى أن المقاصة وفاء إجباري ، والدين الذي مضت عليه مدة التقادم لا يجبر المدين على الوفاء به ، إذ يمكنه أن يتمسك بسقوطه بالتقادم .

وقد اشترط التقنين المدني المصري في الدين أن يكون « صالحاً للمطالبة به قضاء » ، فيدخل الدين الذي مضت عليه مدة التقادم قبل التمسك بالتقادم على ما رأينا ، لأنه دين غير صالح للمطالبة به قضاء . أما في التقنين المدني الفرنسي فلم يرد هذا الشرط ، ويدمج الفقه الفرنسي عادة في شرط استحقاق الدين للإداء ، فالالتزام الطبيعي لا يصلح للمقاصة عند الفقه الفرنسي لأنه دين غير مستحق الأداء (بودري وبارد ٣ فقرة ١٨٣٩) . ومن ثم وقع خلاف في الدين الذي مضت عليه مدة التقادم قبل التمسك بالتقادم ، هل يصلح للمقاصة أو لا يصلح . فن الفقهاء من يقول بصلاحيته (لارومبيير م ٥ ١٢٩١ فقرة ٢٥ - ديبرلوب ٢٨ فقرة ٥٤٤ - بودري وبارد ٣ فقرة ١٨٣٩ - دي باج ٣ فقرة ٢٢٦) ، ومنهم من يقول بعدم صلاحيته (دلفنكور ٢ فقرة ٥٨١ - ديرانتون ١٢ فقرة ٠٨ - ماركاديه ٤ فقرة ٨٢٦) .

لو كان هذا الدين الآخر هو نفسه قد مضت عليه مدة التقادم . بل الذى يقع فى مثل هذه الحالة أن كل مدين يتمسك بسقوط دينه بالتقادم ، فيسقط الدينان معاً ، ولكنهما يسقطان بالتقادم لا بالمقاصة . وما تخلف عن كل منهما من التزام طبيعى لا يصلح للمقاصة فى الالتزام الطبيعى الذى تخلف عن الالتزام الآخر ، لما سبق أن قدمناه من أن الالتزام الطبيعى لا يقاس فى التزام طبيعى مثله .

وقد وضع السبب الذى من أجله يشترط فى الدين ، ليكون صالحاً للمقاصة ، أن يكون صالحاً للمطالبة به قضاء . فالمقاصة وفاء إجبارى كما قدمنا ، والدين الذى لا يصلح للمطالبة به قضاء لا يجوز إجبار المدين على الوفاء به ، فتعارض طبيعته مع طبيعة المقاصة .

ولا يستخلص من هذا الشرط أنه إذا كان هناك دين أقوى من دين آخر ، لا تجز المقاصة بين هذين الدينين ، إذا كان المقصود بالدين الأقوى أن يكون أكثر توثيقاً أو أبعد مدى ونفاذاً من ناحية الواقع لا من ناحية الطبيعة القانونية . فالمقاصة تقع بين دينين أحدهما أقوى من الآخر بهذا المعنى ، ما دام الدينان صالحين للمطالبة بهما قضاء . فيقاس الدين المكفول بتأمينات فى دين لا تأمين له ، والدين الذى ينتج فائدة فى دين لا ينتجها ، والدين المشمول بسند قابل للتنفيذ كحكم أو ورقة رسمية فى دين غير مشمول بهذا السند (١) . أما إذا كان التفاوت فى القوة واجعاً إلى الطبيعة القانونية للدين ، كما رأينا فى الدين الطبيعى والدين المدنى ، وكما سنرى فى الحق القابل للحجز والحق غير القابل له ، فإن المقاصة تصبح غير ممكنة .

(١) أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٢٦ ص ٢٤٦ - وتصح المقاصة فى دين قابل للإبطال أو قابل للنسخ - مادام لم يبطل أو يفسخ - ولو فى دين غير قابل لذلك ، ولا يرجع التفاوت فى القوة هنا إلى طبيعة الدين . فإذا ما أبطل الدين أو فسخ ، انتقضت المقاصة واعتبرت كأنها لم تكن (استئناف مختلط ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٥٩ - وانظر أيضاً أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٢٦ ص ٢٤٣ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٨٢٨ وقرة ١٨٤٠) .

٥٣٦ - الشرط الرابع - فلو الدين من النزاع : ويجب، لوقوع

المقاصة ، أن يكون كل من الدينين خالياً من النزاع (liquide) . والمراد بخلو الدين من النزاع أمران : (أولاً) أن يكون هذا الدين محققاً لا شك في ثبوته في ذمة المدين . (ثانياً) أن يكون الدين معلوم المقدار .

ولا بد من اجتماع هذين الأمرين في كل من الدينين (١) ، لأن المقاصة تتضمن معنى الوفاء الإجمالى، ولا يجبر المدين على دفع دين متنازع فيه أو دين غير معلوم المقدار (٢) .

١ - والدين لا يكون خالياً من النزاع إذا قامت فيه من المدين منازعة جدية . وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كانت المنازعة تعتبر جدية قائمة على أساس ليكون الدين متنازعاً فيه ، أو هي مماحكة من المدين يريد بها وقف إجراء المقاصة وتقاضى الدين الذى له قبل الوفاء بالدين الذى عليه بزعم أن هذا الدين متنازع فيه (٣) . وليس من الضروري ، حتى يكون الدين متنازعاً فيه أن ترفع به

(١) نقض مدنى ١٥ يونيو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٢ ص ٤٢٢ - استئناف وطى ٨ فبراير سنة ١٨٩٢ المحقوق ٦ ص ٤٠٩ - ٢١ أبريل سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ١٥٤ - استئناف مخطط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٦٣ - ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٦٦ - ١٦ فبراير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٠٢ .

(٢) وفي القوانين الجرمانية لا يشترط لإمكان وقوع المقاصة خلو الدين من النزاع ، لأن المعتبر في المقاصة في هذه القوانين هو معنى التأمين أكثر من معنى الوفاء ، ومعنى التأمين يبقى قائماً حتى لو كان الدين غير خال من النزاع . ويذكر سالى في هذا الصدد أن الوفاء الفعلى بدين غير خال من النزاع هو الذى يكون غير مأمون العاقبة ، فقد لا يكون الدين موجوداً ثم يتعذر على المدين استرداده من الدائن . أما الوفاء بدين متنازع فيه عن طريق المقاصة فليس فيه أى حرج ، وإذا نبين أن الدين غير موجود فليس في ذلك ضير على أحد ، إذ أن شيئاً لم يدفع فيخشى من تعذر استرداده (سالى : بحث في النظرية العامة للالتزام في مشروع التقنين المدنى الألماني فقرة ٦٥ - وانظر رداً على ما يقوله سالى في بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٣١ ص ١٦٩) .

(٣) ولا يعتبر الدين متنازعاً فيسه حتى لو لم يقدم الدائن الدليل عليه في الحال ، ما دام يستطيع أن يقدم هذا الدليل في وقت مناسب دون طول لأبطال (لارومبيير ٥ م ١٢٩١ فقرة ١٥ - ديملومب ٢٨ فقرة ٥١٧ - بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٣٢ ص ١٧٠ - ص ١٧١) . ولا يمتد بالتنازع إذا كان الأصل لا علاقة له بالمقاصة (نقض مدنى ٩ مارس سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٤٩٣ ص ٩٩٨) .

دعوى أمام القضاء . بل يكفي أن تقوم في شأنه منازعة جديدة ولو خارج القضاء . وكل دين غير محقق الوجود يكون في حكم الدين المتنازع فيه ، إذ يجمع بين الاثنين معنى التسك في وجود الدين . فالدين المعلق على شرط واقف هو دين غير محقق الوجود ، فلا تقع المقاصة بينه وبين دين آخر ، ولو كان هذا الدين الآخر هو أيضاً معلق على شرط واقف . ذلك أن أحد الدينين أو كليهما قد يوجد وقد لا يوجد ، والمقاصة تتضمن معنى الوفاء الإيجابى كما قدمنا ، ولا جبر في وفاء دين معلق على شرط واقف قبل أن يتحقق الشرط (١) . أما الدين المعلق على شرط فاسخ فهو دين محقق الوجود وإن لم يكن محقق البقاء ، فتقع المقاصة بينه وبين دين آخر ، فإذا ما تحقق الشرط الفاسخ زالت المقاصة وعاد الدين المقابل إلى الوجود بأثر رجعى (٢) .

ب - ولا يكفي أن يكون الدين محقق الوجود ، بل يجب أيضاً أن يكون معلوم المقدار . فالدين الذى لا يكون معلوم المقدار لا يصلح للمقاصة ، ومن ثم لا يجوز للمضروب في عمل غير مشروع أن يقاص حقه في التعويض قبل تقديره في دين عليه للمستول (٣) . ولا يعتبر الدين معلوم المقدار إذا كان تعيين مقداره يتوقف على تسرية معقنة (٤) ، أو على تقدير خبير ،

= وإذا صدر حكم بالدين ، وكان الحكم غير نهائى ، بقي الدين متنازعا فيه . فإذا أصدر الحكم بهائياً ، صار الدين خالياً من النزاع . وقد كانت محكمة الاستئناف الرطنية بأن الدين الثابت مقتضى حكم نهائى يكون خالياً من النزاع (١١ أكتوبر سنة ١٨٨٧ الختوق ٢ ص ٣١٧) . وقضت محكمة سوهاج بأنه لا تجوز مقاصة دين بحكم نهائى في دين بحكم ابتدائى ، لاحتال إلغاء الحكم الابتدائى أو تعديله (١٨ مارس سنة ١٨٩٩ الختوق ١٤ ص ١٠٠) .

(١) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٣٢ ص ١٦٩ - استئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٠٦ م ١٩ ص ٣٦ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٥٣٥ في الهامش .

(٣) ولكن إذا كان المستول نفسه هو الذى يتسك بالمقاصة ، فليس للمضروب أن يتسك بعدم وقوعها بسبب عدم تقدير حقه (استئناف مختلط ١٤ مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١٤٣) . ولكن المقاصة هنا تكون اختيارية أو قضائية ، ولا تكون مقاصة قانونية .

(٤) كما يقع أحياناً في تصفية شركة أو تصفية تركة أو تصفية حسابات الأوصياء (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٨٦ ص ٦٩١ وهامش رقم ٣) .

ولا يصبح معلوم المقدار إلا بعد إجراء التسوية أو بعد الحكم في تقدير الخبير (١).

(١) وقضت محكمة استئناف مصر بأن المقاصة القانونية لا تكون إلا حيث يخلو المبلغان المتقاص منها من كل نزاع يتعلق بأصلهما وتصفيتهما (٢٢ يونيو سنة ١٩٢١ الجريدة القضائية ٩٦ ص ١٥). فلا يمكن عمل المقاصة بين دين ثبت بكميالة واجبة الدفع عند الطلب وبين ثمن أقطان مدعى بتوريدها إذا كانت قيمتها متنازعا منها (استئناف ٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٤٢ ص ٧٢)، ولا المصروفات القضائية إذا كانت غير مقررة (عابدين ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٠٢ الحقوق ١٧ ص ٢٧٦). وقضت محكمة الاستئناف المختطاة بأن الدين غير الخالي من النزاع لا تجوز فيه المقاصة (٦ يونيو سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٦٨)، فلا تجوز مقاصة أجرة ثابتة في دين متنازع فيه (١٣ نوفمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٦)، ولا دين ثابت في دين لا يزال في حاجة إلى حكم لتصفيته (٥ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٤٢)، ولا أجرة ثابتة في تعويض لم يقدر عن عجز مدعى في الأرض المؤجرة (٢٨ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٦٧)، ولا دين ثبت في دين لا يزال أمام القضاء (٥ فبراير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٨٠ - ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٤٤ - ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ٢١)، ولا دين ثابت في تعويض لم يقدر بعد، ومن باب أولى في ديتين متقابلين لا يزالان أمام القضاء (٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢١٣)، ولا دين ثابت بمقد صلح في دين لم يصدر به حكم نهائي (١١ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٥٤)، ولا أجرة ثابتة في تعويض عن أعمال أجراها المستأجر لم تقدر بعد (٦ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٣٤)، ولا دين ثابت بسند في تعويض لم يقدر (٩ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٢٩٠)، ولا دين معترف به في دين لم يقطع فيه الحساب (٤ فبراير سنة ١٩٠٣ م ٥ ص ١٣٢)، ولا دين ثابت بكميالة في دين صدر به حكم غيابي (٢٠ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٠٨)، ولا دين معترف به في دين لا يزال في حاجة إلى إثبات (٤ مايو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٣٣)، ولا أجرة ثابتة في تعويض لم يقدر (٢ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٥١)، ولا دين ثابت في أصلهم متنازع فيها وغير معلومة المقدار (١٢ فبراير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٨٤) ولا دين ثابت في دين احتمالي (١١ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٨١)، ولا دين ثابت في دين محول متنازع فيه (٢٢ يونيو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٧٧)، ولا تجوز المقاصة في دين غير مقدر (٢٣ نوفمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ١٥)، أو تعويض غير مقدر (٢٠ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٥٠)، أو دين يحتاج في تقديره إلى خبير (١٥ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٨١ - ١١ يونيو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٢٥) أو بوجه عام دين متنازع فيه (١٦ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٣٥ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٢٠ - ١٨ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٩٥ - ١٤ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٥١ - ١٩ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٢٢ - ١٤ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٧٨ - ١٠ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١١٨ - ٣٠ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٣٧ - ٢٨ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٤١ - ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٣٤ - ١١ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٧٦ - ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ١ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٢٧ - ٢ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٢١ - ٥ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٨٥).

ولكن إذا كان تعيين مقدار الدين إنما يتوقف على عملية عناصرها ثابتة لا خلاف فيها ، وهي بعد سهلة الأجراء ، كأجرة عيادة الأطباء وكحساب جار محدد العناصر ولا ينقصه لتحديد الرصيد إلا عملية حسابية بسيطة ، فإن الدين يعتبر معلوم المقدار ونصح فيه المقاصة (١) .

وإذا كان تعيين مقدار الدين يتوقف على مسألة موضوعية ، كان التعيين أمر واقع بترك لتقدير قاضي الموضوع ولا معقب عليه من محكمة النقض .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بمقاصة أجرة ثابتة في محمول ورده المستأجر للمؤجر بكميات محددة وبمخالفات من المؤجر (١٥ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٧٦) . وقد يكون الدين بعضه ثابت وبعضه متنازع فيه أو غير معلوم المقدار ، فيجوز للقاضي أن يحكم بالمقاصة في الجزء الثابت ، ويستبق الجزء الآخر حتى يتم تقديره . ويجوز للقاضي كذلك في الدين المتنازع فيه أن يحدد مقداراً منه هو الحد الأدنى ما يعتبره القاضي ثابتاً في ذمة المدين ، ويقضى بالمقاصة في هذا المقدار مقاصة قانونية لا مذمة قضائية ، إذا لم ير ضرورة للانتظار حتى يفصل في الدين كله (انظر في هذا المعنى بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٣٣ مكررة أولاً ص ١٧٣) . وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يتضمن نصاً يقرر هذا المبدأ ، هو المادة ٥٠٠ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « إذا كان الدين الذى طلبت المقاصة فيه غير خال من النزاع ، وكان الفصل فيه ميسوراً ، جاز لتقضى أن يجرى المقاصة فيما ثبت له وجوده من هذا الدين » . وقد أقرت لجنة المراجعة هذه المادة ، كما أقرها مجلس النواب ، ولكن لجنة مجلس الشيوخ حذقتها « لأنها تتناول نقطة تفصيلية يحسن تركها للقواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٦٨ في الهامش) . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في شأن هذه المادة ما يأتى : « فيرامى من ناحية أنه (المشروع) أجاز المقاصة ولو كان دين المدين متنازماً ، وجعل للقاضي أن يجرىها فيما ثبت له وجوده من هذا الدين . ولا يعتبر هذا الإجراء صورة من صور المقاصة القضائية ، لأن أثر القصاص في هذه الحالة ينسحب إلى وقت تلاقى الدينين ولا يترتب من وقت صدور الحكم فحسب » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٧٤) .

وهناك طريقة يستطيع من كان له دين متنازع فيه أن يلجأ إليها إلى أن يفصل في النزاع ، فتقع المقاصة . وذلك أن يوقع حجزاً تحت يد نفسه بالدين الذى له وهو الدين المتنازع فيه على الدين الذى في ذمته لمدينه والذى يرمى إلى إجراء المقاصة فيه . ويجوز أحجز هنا بدين متنازع فيه على أن يقدر القاضي الدين تقديراً مؤقتاً . فإذا فصل في مقدار الدين في دعوى تثبيت الحجز ، أصبح الدين خالياً من النزاع ، ووقعت المقاصة . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا حجز المدين تحت يد نفسه بدين له على الدائن ، فبمجرد تثبيت الحجز تقع المقاصة بين الدينين (استئناف مختلط ٢٨ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٢٠) .

أما إذا كان تعيين المقدار ينوقف على مسألة قانونية كمقدار نصيب الوارث في التركة ، فإن التعيين يكون من مسائل القانون ويخضع لرقابة محكمة النقض (١) .

٥٣٧ - الشرط الخامس - استحقاق الدينين للوفاء : ويجب ،

لوقوع المقاصة ، أن يكون كل من الدينين مستحق الأداء ، لأن المقاصة وفاء إجباري كما قدمنا ، ولا يجبر المدين على الوفاء إلا عند استحقاق الدين .

والدين لا يكون مستحق الأداء إذا كان مضافاً إلى أجل واقف . فلا تجوز المقاصة بين دين مؤجل ودين حال ، ولا بين دينين كلاهما مؤجل ، إذ يكون المدين قد أجبر بذلك على الوفاء قبل حلول الأجل (٢) . على أن نظرة الميسرة التي يمنحها القاضي للمدين ، وهي أجل ، لا تمنع من المقاصة كما قدمنا . إذ أن القاضي قد منحها للمدين نظراً له ، على اعتبار أنه غير قادر على الوفاء بدينه

(١) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٢٣ مكررة ثانياً .

(٢) وقد يكون للمدين الحق في حبس الدين المستحق الأداء ، فيكون الحبس بمثابة الأجل ، ولا يكون الدين في هذه الحالة مستحق الأداء ، فلا يصلح للمقاصة . فإذا اشترى الدائن من مدينه عقاراً مرهوناً لغيره ، كان من حقه أن يحمس الثمن ليوفى حقه الدائن المرتهن . فلا يستطيع البائع لتعقار أن يتسكك بالمقاصة بين هذا الثمن والدين الذي عليه للبشترى . ولكن المشتري يستطيع أن ينزل عن حقه في حبس الثمن ، وأن يتسكك هو بالمقاصة بين الثمن والدين الذي في ذمة البائع ، فإذا ما رجع الدائن المرتهن على العقار المرهون واستوفى حقه منه ، رجع المشتري على البائع بالضمان . والقضاء الفرنسي يمنع ، في هذه الحالة ، التمسك بالمقاصة ، سواء من جانب البائع أو من جانب المشتري ، بدعوى أن أحد الدينين ، وهو الثمن ، قد ترتب عليه حق للغير ، وهو الدائن المرتهن . وقد طبقنا هذا المبدأ الذي يقول به القضاء الفرنسي في حالة ما إذا بيع مال المدين في المزاد وفاء لديونه ، فرسا المزاد على أحد الدائنين ، فلا تقع المقاصة بين الدين الذي لهذا الدائن والثمن الذي عليه ، لأن الثمن قد تعلق به حقوق الدائنين الآخرين ، فيجب أن يقسم بينهم قسمة الترماء (انظر آنفاً فقرة ٥٣٣ في الهامش) . ولكن المزاد الجبري في هذه الحالة الأخيرة قد طهر العقار من الرهون إن كان مرهوناً ، وهو على كل حال جعل حقوق الدائنين تتعلق بالثمن الذي رسا به المزاد ، فلم يعد الثمن بعد أن تعلقت به حقوق الغير صالحاً للمقاصة ، أما في بيع العقار المرهون بيعاً اختيارياً ، فإن حق الدائن المرتهن لم يتعلق بالثمن ، بل هو لا يزال متعلقاً بالعقار المرهون (انظر في هذه المسألة بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٨٧ مكررة ثالثاً - لوران ١٨ فقرة ٤٢ - بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٤٨ - وقارن ديمولومب ٢٨ فقرة ٦٣٥ - أوبري ورو ٤ فقرة ٣٢٦ هامش رقم ٣ - بيدان ولاجار ٩ فقرة ١٠٣٩) .

فوراً ، فاذا تبين أنه قادر على الدفع عن طريق المقاصة ، أى عن طريق الوفاء بحق له استجد في ذمة دائته ، فلا وجه لانتظار انقضاء الأجل الذى يمنحه القاضى ، بل تقع المقاصة قبل انقضاء هذا الأجل . ومثل نظرة الميسرة الأجل الذى تبرع به الدائن ، فهو أيضاً لا يمنع من وقوع المقاصة ونحو قبل انقضائه ، لنفس الأسباب التى قدمناها في نظرة الميسرة . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٦٢ مدنى ، كما رأينا ، على هذا الحكم صراحة إذ تقول : ولا يمنع المقاصة أن يتأخر ميعاد الوفاء لمهلة منحها القاضى أو تبرع بها الدائن .

فاذا كان الدين مضافاً إلى أجل ، فإنه لا يصلح للمقاصة كما قدمنا ، ولا بد من حلول الأجل حتى يصبح صالحاً (١) . ويحل الأجل بانقضاء مدته ، أو بالنزول عنه ممن له مصلحة فيه . فاذا انقضت مدة الأجل ، أو نزل عنه من له مصلحة فيه من الطرفين (٢) ، فقد أصبح الدين صالحاً للمقاصة (٣) .

ويحل الأجل أيضاً بسقوطه . ويستط بشره إفلاس المدين أو شهر إعساره ، وكذلك إذا ضعفت التأمينات إلى حد كبير أو لم يقدم المدين للدائن ما وعد في العقد بتقديمه من التأمينات (م ٢٧٣ مدنى) . فاذا سقط الأجل للسببين الأخيرين - ضعف التأمينات أو عدم تقديم التأمين الموعود به - فقد حل الدين وأصبح صالحاً للمقاصة . أما إذا سقط الأجل بسبب إفلاس المدين أو إعساره ، فإن الدين يحل أيضاً ، ولكنه لا يكون صالحاً للمقاصة . وذلك أن المدين بعد

(١) ولا يعتبر الرصيد في الحساب الجارى قد حل قبل قطع الحساب ، ومن ثم لا تجوز مقاصة رصيد حساب جار لم يقطع في دين آخر (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٨٦ ص ٦٩٣) .

(٢) استئناف مختلط ٢٣ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٧٧ .

(٣) فاذا كان حل المستأجر أجرة لم تحل ، استطاع أن ينزل عن الأجل وهو في مصلحته ، وأن يتمسك بالمقاصة بين دين الأجرة الذى لم يحل ودين له في ذمة المؤجر . ولكن إذا كان المؤجر قد حول الأجرة قبل حلولها إلى محال له ، وذلك قبل أن ينزل المستأجر عن الأجل ويتمسك بالمقاصة ، فإن المقاصة بمد ذلك لا تقع ، وعلى المستأجر أن يدفع الأجرة إلى المحال له ويتقاضى من المؤجر الدين الذى في ذمته (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٣٥) .

وقد يحل الأجل قبل انقضائه بناء على اتفاق سابق ، كما إذا اشترط الدائن على المدين أن تحل جميع الأقساط إذا تأخر المدين في دفع قسط منها . فإذا حلت على هذا الوجه ، أمكن الدائن أن يقاص بها ديناً في ذمته للمدين (استئناف مختلط ٢٠ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٥٠) .

شهر إفلاسه أو إعساره يمتنع عليه الوفاء بديونه ، والمقاصة ضرب من الوفاء ، فلا تقع بعد الإفلاس أو الإعسار (١) .

٥٣٨ - الشرط السادس - قابلية كل من الدينين للحجز :

تقرر المادة ٣٦٤ مدني أن المقاصة لا تقع « إذا كان أحد الدينين حقاً غير قابل للحجز » . فلا بد إذن ، وقوع المقاصة ، من أن يكون كل من الدينين قابلاً للحجز ، لأن المقاصة وفاء إجباري ، والحق غير القابل للحجز لا يمكن إجبار صاحبه على رفاء دينه به لعدم قابليته للحجز .

فاذا كان أحد الدينين أو كلاهما غير قابل للحجز ، لم تقع المقاصة . مثل ذلك أن يكون للمدين دين نفقة في ذمة دائته ، فلا يستطيع الدائن أن يمتنع عن دفع دين النفقة لمدينه بدعوى المقاصة بين هذا الدين والدين الذي له في ذمة المدين . ذلك أنه لا يستطيع أن يستوفي حقه من دين النفقة ، وهو دين غير قابل للحجز . كذلك لا يمكن المقاصة بين المرتبات بالقدر غير القابل للحجز ودين مقابل ، كما إذا كان صاحب العمل دائئاً للعامل بما قدمه له من مأكول ولباس وسكنى ونحو ذلك ، فلا يستطيع صاحب العمل أن يمتنع عن دفع القدر غير القابل للحجز من أجرة العامل بدعوى المقاصة بين هذه الأجرة وتلك الديون (٢) .

(١) ولا يكون الدين صالحاً للمقاصة بعد إيداع التاجر دفاتره للحصول على صلح واثق (استئناف مختلط ٧ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٣٦) . ولكن إذا كان الدينان المتقابلان كلاهما لا يقبل التجزئة ، كما في الحساب الجاري وفي حساب الوصي وفي الحساب ما بين الوكيل والموكل وفي أي حساب آخر ما بين شخصين ، فإن المقاصة تقع حتى بعد إفلاس أحد المدينين : استئناف مختلط ٢٦ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٤٨ - ٢٥ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٥٣ . وهذا هو الحكم أيضاً فيما إذا كان الدينان لهما مصدر واحد كعمد ملزم للجانبين : استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٢٣ . وهذا المبدأ هو الذي يسير عليه القضاء الفرنسي (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٨٧ - فقرة ١٢٨٧ مكررة) . وفي القانون الفرنسي إذا كان الإفلاس يحول دون المقاصة (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٣٦) ، فإن الإفلاس لا يحول (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٣٧) لأنه لم ينظم كما نظم في التقنين المصري الجديد .

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٨٩ مكررة - ولا تحوز المقاصة بين نحق رب العمل في ذمة العامل وحق العامل في التمويض عن إصابات العمل ، لأن قانون إصابات العمل قد -