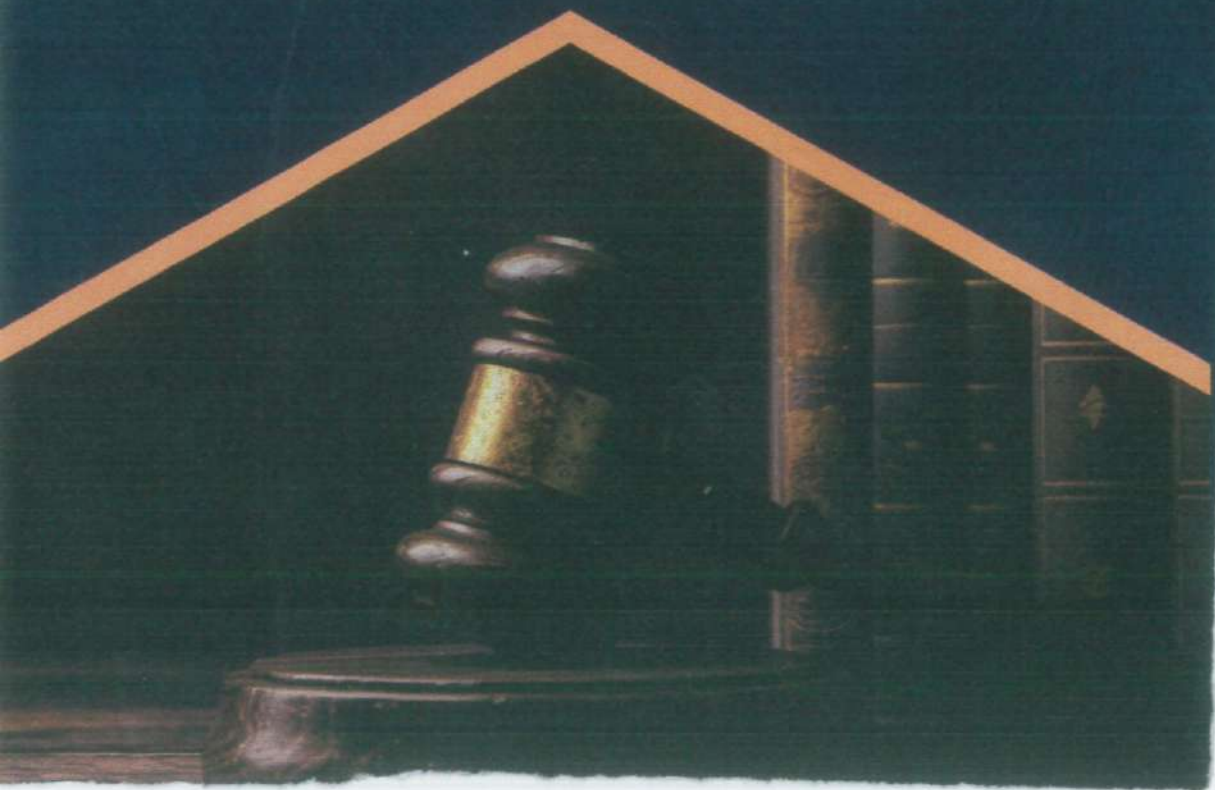


أحكام الالتزام

محاضرات في القانون المدني اليمني
النظرية العامة للالتزام

د \ مطهر محمد علامة

د \ محمد يحيى المطري



محاضرات في القانون المدني اليمني
النظريه العامه للالتزام

أحكام الالتزام

د / مطهر محمد علامه

د / محمد يحيى المطري

2026م

بسم الله الرحمن الرحيم
والله اعلم بالصواب

والله اعلم بالصواب

والله اعلم بالصواب

والله اعلم بالصواب

1. تمهيد وتقسيم:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على رسوله الصادق الأمين وعلى آله

وصحبه أجمعين وبعد:

فقد تم دراسة مصادر الالتزام في الجزء الأول من النظرية العامة للالتزام. وفي هذا الجزء ندرس أحكام الالتزام في ذاته مجردا عن مصدره وذلك منذ نشوئه وحتى انقضائه. وأول ما يتبادر إلى الذهن هو أن الالتزام إذا نشأ ترتبت عليه آثار معينة هي وجوب تنفيذه.

والتنفيذ قد يكون اختيارياً يقوم به المدين طواعية من تلقاء نفسه وقد يكون جبراً على المدين. والأصل في التنفيذ أن يكون عينياً ولكن قد يكون بمقابل أي بالاكْتفاء بالتعويض بدلاً

من التنفيذ العيني. وآثار الالتزام هو موضوع الباب الأول. على أن الالتزام قد يكون معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل. كما قد يتعدد أطرافه أو يتعدد محله وهذا هو الالتزام الموصوف والذي سيكون موضوع الباب الثاني. وقد يتغير أحد أطراف الالتزام بأن ينقل الدائن حقه إلى دائن آخر أو يحيل المدين التزامه على مدين آخر فنعرض لانتقال الالتزام في الباب الثالث.

وأخيراً فإن الالتزام ليس أبدياً بل لابد أن ينقضي يوماً ما. سواء أكان الانقضاء بسبب تنفيذ المدين لما هو ملزم به وهذا هو الوفاء أم كان الانقضاء بسبب آخر. وانقضاء الالتزام هو موضوع الباب الرابع والأخير من هذا الجزء.

وبذلك تكون خطة الدراسة في أحكام الالتزام على النحو التالي:

- الباب الأول: آثار الالتزام.
- الباب الثاني: أوصاف الالتزام.
- الباب الثالث: انتقال الالتزام.
- الباب الرابع: انقضاء الالتزام.

وقبل الشروع في دراسة هذه الموضوعات نشير إلى أن القانون المدني اليمني تناول هذه الموضوعات في الأقسام الثاني والثالث والرابع من الكتاب الثاني المعنون بـ "الحق والالتزام به" فتناول آثار الالتزام في القسم الثاني وتناول انتقاله في القسم الثالث وفي القسم الرابع تناول انقضاء الالتزام .

أما أوصاف الالتزام فلم يخصص لها قسما مستقلا بل تناولها ضمن موضوعات القسم الأول من الكتاب الثاني المخصص لمصادر الالتزام وذلك في الفصل السادس من هذا القسم تحت عنوان الأوصاف المعدلة لأثر العقد حيث تناول في الفرع الأول من هذا الفصل الخيارات وفي الفرع الثاني الشرط والأجل وفي الفرع الثالث تعدد محل العقد وفي الفرع الرابع تعدد طرفي العقد .

وهذا المسلك من القانون المدني اليمني غير دقيق إذ إن محل هذه الموضوعات هو في الجزء الخاص بأحكام الالتزام وبغض النظر عن مصدره الذي نشأ عنه سواء أكان العقد أم إرادة المنفردة أم أي مصدر آخر من مصادر الالتزام غير الإرادية. ولذلك سنتبع في دراسة موضوعات أحكام الالتزام الترتيب الذي وضعناه باعتبار أن أوصاف الالتزام تدخل ضمن موضوعات هذا الجزء .

الباب الأول

آثار الالتزام

2. مقدمة في آثار الالتزام:

ونهدف في هذه المقدمة لموضوع آثار الالتزام بدراسة الموضوعات التالية:

- الأثر العادي للالتزام.
- التنفيذ الجبري للالتزام وخصائصه.
- الالتزام المدني والالتزام الطبيعي.

3. أولاً : الأثر العادي للالتزام:

الأثر العادي للالتزام هو قيام المدين بتنفيذه. فآثار الالتزام هو وجوب تنفيذه قوراً. والأصل في تنفيذ الالتزام أن يكون تنفيذه عينياً واختيارياً يقوم به المدين من تلقاء نفسه دون جبر عليه من السلطة العامة. وهذا هو الوضع العادي للأمور. ولهذا تنص المادة (333) مدني على أنه: ((من ثبت عليه الحق لزمه أدائه عيناً أو بتعويض عادل بالقيمة إذا لم يمكن التنفيذ عيناً ويجبر من عليه الحق على التنفيذ إذا لم يقم به اختياراً)). وقد يكون تنفيذ الالتزام بمقابل عندما لا يستطيع المدين أو لا يريد تنفيذ الالتزام عيناً أي بتقديم المدين عين الأداء الذي التزم به. عندئذ يستطيع الدائن أن يحصل على مبلغ من النقود يحل محل الالتزام الأصلي ليعوض عن الضرر الذي أصابه نتيجة لعدم التنفيذ العيني للالتزام. ويكون ذلك عن طريق التعويض عما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب.

4. ثانياً: التنفيذ الجبري للالتزام وخصائصه⁽¹⁾.

إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه اختياراً استطاع الدائن متى كان دائناً بالالتزام مدني لا طبيعي أن يجبره على التنفيذ بواسطة السلطة العامة. وهذا هو التنفيذ الجبري أو القهري للالتزام. ويتميز التنفيذ الجبري للالتزام بخصائص ثلاث هي أنه عام ومدني ويقع على أموال المدين لا على جسمه. ونتناول هذه الخصائص الثلاث تباعاً.

¹ - د. البدراوي - النظري العامة للالتزام في القانون المدني المصري - 2 أحكام الالتزام ط 1986م مطبعة المدني - القاهرة ف 1 ص 7 وما بعدها.

الخصيصة الأولى : التنفيذ الجبري عام :

بمعنى أن الذي يملك قهر المدين على الوفاء هو السلطة العامة إما عن طريق القضاء وإما عن طريق الموثق الرسمي للعقود. فالدائن الذي لا يكون بيده سند رسمي محرر أمام موثق عام عليه أن يلجأ إلى القضاء ليستصدر حكماً يستطيع التنفيذ به. أما السندات الرسمية الموثقة فيتم وضع أمر التنفيذ عليها دون حاجة إلى استصدار حكم بالتنفيذ. وبدون هذا لا يستطيع الدائن قهر المدين على تنفيذ التزامه .

ويعد الالتجاء إلى السلطة العامة لاقتضاء التنفيذ الجبري قاعدة من قواعد النظام العام التي لا يجوز الخروج عليها .

الخصيصة الثانية : التنفيذ الجبري تنفيذ مدني (١) :

بمعنى أن الإخلال بالالتزام لا ينشئ جريمة ولا يرتب جزاء جنائياً، فالمدين الذي لا ينفذ التزامه لا يمكن عقابه إلا في حالات استثنائية اعتبر فيها عدم تنفيذ الالتزام المدني جريمة في الوقت نفسه. من ذلك مثلاً أن القانون يعتبر جريمة عدم قيام الراكب بدفع أجرة النقل، وعدم قيام الشخص بدفع ثمن ما يتناوله من طعام في أحد المطاعم. ومن ذلك أيضاً اعتبار المودع لديه الذي لم يرد الوديعة إلى صاحبها مرتكباً لجريمة التبديد إذا تصرف فيها "خيانة أمانة". وفي غير هذه الحالات المنصوص عليها على سبيل الحصر لا يعد الإخلال بالالتزام منشئاً لجريمة أو مرتباً لجزاء جنائي .

الخصيصة الثالثة : التنفيذ الجبري يقع على أموال المدين لا على جسمه :

بمعنى أن الإكراه البدني لم يعد في الوقت الحاضر هو الوسيلة لتنفيذ الالتزام كما كان الحال في المجتمعات القديمة حيث كان المدين يضمن الوفاء بالتزامه في جسمه لا في أمواله .

ففي القانون الروماني مثلاً كان حلول أجل الدين مع عجز المدين عن الوفاء يؤدي إلى استرقاق المدين. فكان الدائن يستطيع حبس المدين لجبره على التنفيذ أو بيعه كرقيق خارج حدود مدينة روما. ولكن سرعان ما تذهبت هذه القواعد بتقدم المدنية فانتقل الضمان من جسم المدين إلى أمواله. فالقاعدة في القوانين الحديثة هي عدم استعمال وسائل القهر على جسم المدين لتنفيذ التزامه. وأجازت الحبس استثناءً لحمل المدين على الوفاء في حالات خاصة هي :

¹ - د. البدرابي - المرجع السابق ف 1 ص 8.

الأولى: امتناع المدين عن الوفاء بدين النفقة أو أجرة الحضانة أو الرضاع أو المسكن إذا ثبت للمحكمة أن المحكوم عليه قادر على الوفاء بما حكم به وأمرته ولم يمثل. ولا يجوز أن تزيد مدة الحبس عن المدة المقررة قانوناً. أما إذا أدى المحكوم عليه ما حكم به أو أحضر كفيلاً فإنه يُخلّى سبيله. والحبس هنا وسيلة لحمل المدين على الوفاء. وهذا الحكم في القانون المدني المصري. أما القانون المدني اليمني فقد وضع القاعدة فيما يتعلق بحبس المدين حيث لا يجوز حبسه إلا إذا كان موسراً وما طلاً ولهذا تنص المادة 360 مدني على أنه: "إذا كان المدين موسراً فلدائنه طلب حبسه لإكراهه على الوفاء. ثم طلب حجز أمواله ثم طلب بيعها طبقاً لما هو منصوص عليه في هذا القانون. وقانون التنفيذ المدني". ولا يقتصر جواز حبس المدين وفقاً لهذه المادة على الحالة التي نص عليها القانون المصري وإنما يجوز في كل حالة يكون فيها المدين موسراً سواء تعلّق الحبس بدين عادي أو بدين النفقة أو أجرة الحضانة أو الرضاع أو المسكن.

الثانية: امتناع الجاني عن دفع الغرامة والمصاريف والتعويضات المحكوم بها ضده للدولة. ويلاحظ أن الحبس بالنسبة للغرامة يبرئ ذمة المحكوم عليه باستئصال مبلغ معين عن كل يوم حبس. أما بالنسبة لما عداها فلا يبرئ الحبس ذمة المدين إلا إذا استُبدل به عمل يدوي أو صناعي فيحاسب المدين بمبلغ معين عن كل يوم من أيام العمل. وقد نص قانون الإجراءات الجزائية اليمني على هذه الحالة. وبشروط ألا تزيد مدة الحبس عن ستة أشهر وأن يحسب عن كل يوم حبس مبلغ نقدي يستقطع من مبلغ الغرامة. وأجاز استبدال الإكراه البدني بعمل يقوم به المحكوم عليه بلا مقابل لمدة ست ساعات يومياً.

الثالثة: إذا ثبت للمحكمة قدرة محدث الضرر على دفع التعويض للمضرور جاز لها أن تحكم عليه بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر لإكراهه على الوفاء. وهذه الحالة نص عليها قانون الإجراءات الجزائية اليمني حيث يجز للمحكمة التي أصدرت الحكم بالدية (الأرش) أن تأمر بحبس المحكوم عليه بناء على طلب ذوي الشأن بعد التحقق من قدرته حتى يؤديها. ويأخذ القانون المدني اليمني بمذهب جمهور الفقه الإسلامي الذي يذهب إلى أنه لا يجوز حبس المدين إلا إذا كان موسراً وما طلاً لقوله صلى الله عليه وآله وسلم "لي الواجد يخل عرضه وعقوبته" وقد فسر الفقه العقوبة الواردة في هذا الحديث بالحبس. فالحبس في الفقه الإسلامي مرهون بالشروط الآتية: ثبوت الحق في ذمة المدين. وقدرة المدين على الوفاء. وحلول أجل الدين. وماطلة المدين.

وقد نص القانون المدني على هذه القاعدة التي قررها الفقه الإسلامي في المادة 360 مدني على أنه: "إذا كان المدين موسرا فللدائن طلب حبسه لإكراهه على الوفاء ثم طلب حجز أمواله..." .

وجواز حبس المحكوم عليه بالحجز إذا رفض التوقيع على أمر الحجز أو رفض تسليم المحجوزات أو تصرف في الأموال المحجوزة قانونا وذلك مدة لا تزيد على ستة أشهر .

5. ثالثا: الالتزام المدني والالتزام الطبيعي:

أ- سبق أن عرفنا أن الالتزام المدني رابطة قانونية بين شخصين أحدهما الدائن والآخر المدين يلتزم المدين فيها القيام بعمل أو الامتناع عن عمل لمصلحة الدائن⁽¹⁾ فإذا وفي المدين بالتزامه مختارا انقضت الرابطة التي نشأت بينه وبين الدائن. وإذا لم يقم بالوفاء أمكن جبره على ذلك بواسطة السلطة العامة .

وللالتزام المدني عنصران عنصر المديونية وعنصر المسؤولية⁽²⁾.

ب- أما الالتزام الطبيعي فهو التزام ينقصه عنصر المسؤولية فهو التزام ناقص لا يستطيع الدائن إجبار المدين على الوفاء. ولكن عنصر المديونية الذي يقوم عليه يجعل الوفاء به عن بينة واختيار وفاء صحيحا. ومثاله الدين الذي لا تسمع به الدعوى بعد مضي المدة. إذ لا يستطيع الدائن إجبار المدين على الوفاء به، ولكن إذا وفاه المدين عن بينة واختيار كان وفاءؤه صحيحا لأنه يفي بدين ثابت في ذمته، وبالتالي لا يستطيع أن يسترد ما وفاه. فقد نصت المادة (334) مدني على أنه "إذا انقضت المدة التي يترتب عليها منع سماع الدعوى بالحق. ولم يتمسك من عليه الحق بذلك. بل أدى ما عليه اختيارا عينا أو عوضا قاصدا الوفاء بالحق فليس له أن يسترد ما أداه". ويفهم من هذا النص أن المدين إذا تمسك بعدم سماع الدعوى لمضي المدة فلا إجبار عليه في الوفاء لمضي المدة. ومن أمثله الالتزام الطبيعي أيضا التزام الشخص النفقة على أقاربه البعيدين الذين لا يكون ملزما أمامهم قانونا بالإنفاق عليهم. فأمر الوفاء بهذا الالتزام متروك لإرادة الشخص وحدها ولا يجبر في تنفيذه .

ج- والالتزام الطبيعي مرحلة وسطى بين الالتزام المدني والواجب الأدبي.

¹ - الجزء الأول - مصادر الالتزام فـ 2 ص 2 .

² - فـ 2 ص 2 .

فهو أقل من الالتزام المدني لأنه ينقصه عنصر المسؤولية، وأرفع من الواجب الأدبي لأن الوفاء به لا يعد تبرعا وإنما هو وفاء لدين في الذمة.

أما من يقوم بواجب أدبي فإنه لا يؤدي دينا في ذمته وإنما يقوم بعمل من أعمال التبرع. ومن هذا القبيل ما تفرضه قواعد المجالات من واجبات أدبية كالدعوة لتناول وجبة غداء والدعوة إلى القيام برحلة إلى مكان معين. فعدم الوفاء بهذه الالتزامات الأدبية لا يرتب جزاء قانونياً وإنما الجزاء اجتماعي بحت.

6. تطبيقات على الالتزام الطبيعي:

ولإيضاح الأمر عن الالتزام الطبيعي بقصد تمييزه عن الالتزام المدني نورد التطبيقات التالية:-

أ- الالتزام الطبيعي المتخلف عن الالتزام المدني لوجود مانع منعه من إنتاج أثره. ومثاله التزام ناقص الأهلية إذا استعمل حقه في الإبطال وأبطل العقد إذ ينقلب التزامه إلى التزام طبيعي إذا أداه عن بينة بعد بلوغه سن الرشد رشيدا فإنه لا يستطيع أن يسترد ما أداه. ومثاله أيضا الالتزام الذي سقط بتقادم الدعوى به فهو التزام مدني نشأ صحيحا ورتب آثاره ثم حالت عقبة دون بقائه التزاما مدنيا هي التقادم فانقلب إلى التزام طبيعي إذا وفي المدين به امتنع عليه أن يسترد ما وفاه. ومثاله كذلك الدين الذي يعجز الدائن عن إثباته فيحكم برفض دعواه وخوفاً الحكم قوة الأمر المقضي. والدين الذي ترفض الدعوى به لحلف المدين اليمين الحاسمة.

ب- الالتزام الطبيعي الذي ارتقى في وعي الجماعة من واجب أدبي ليصبح التزاما طبيعيا. ومثاله الالتزام بتعويض الضرر الذي يصيب الغير حيث لا تتوفر أركان المسؤولية التقصيرية من خطأ وضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر. وذلك كما لو كان العمل الذي سبب الضرر بالغير يعد استعمالا مشروعاً للحق ومع ذلك يرى من قام بهذا العمل تعويض الضرر الذي أصاب الغير من ورائه. في هذه الحالة يكون التعويض وفاء لالتزام طبيعي. ومثاله أيضا واجب مكافأة شخص على خدمة أداها كطبيب أنقذ حياة مريض. وواجب مساعدة ذوي القربى الذين لا تجب نفقتهم قانونا. وواجب عدم الإثراء على حساب الغير كما لو دفع المشتري ثمننا بقل كثيرا عن قيمة المبيع دون أن يكون للبائع حق الطعن في العقد فإذا دفع المشتري مبلغا إضافيا لتكملة الثمن فإن هذا يعتبر وفاء لالتزام طبيعي.

7. آثار الالتزام الطبيعي:

بينت المادتان 201، 202 مدني مصري آثار الالتزام الطبيعي وكذلك المادة 334 مدني ممني أشارت إلى أثر مضي المدة حيث تقضي بأنه: "إذا انقضت المدة التي يترتب عليها منع سماع الدعوى بالحق، ولم يتمسك من عليه الحق بذلك بل أدى ما عليه اختياراً عيناً أو عوضاً قاصداً الوفاء بالحق فليس له أن يسترد ما أداه". ويمكن إيضاح آثار الالتزام الطبيعي فيما يأتي:

أ- إذا قام الشخص بالوفاء به مختاراً فهو يوفي بدين حقيقي في ذمته وبالتالي لا يستطيع أن يسترده م/ 334 مدني. ولا يعد هذا الوفاء منه تبرعاً ولذلك فلا يخضع هذا الوفاء لأحكام التبرع لا من حيث الشكل المطلوب في الهبة في القانون المصري ولا من حيث إمكان الرجوع فيه.

ب- إذا تعهد المدين بالوفاء به كان هذا التعهد منه صحيحاً ونشأ عنه التزام مدني يقوم الالتزام الطبيعي منه مقام السبب.

ج- لا يجوز المقاصة بين التزام طبيعي والتزام مدني، لأن المقاصة تتضمن وفاء جبرياً للمدين، فإذا جاز وقوعها كان هذا إجباراً للمدين على الوفاء بالتزام طبيعي وهذا غير جائز.

ولكن يجوز للمدين بالتزام طبيعي أن يتمسك بالمقاصة بين الالتزام الطبيعي والتزام مدني له في ذمة الدائن، لأن تمسكه بالمقاصة يدل على أنه قصد أن يفي مختاراً بما عليه من التزام طبيعي.

د- لا يجوز كفالة الالتزام الطبيعي، لأن الكفالة تؤدي إلى إجبار المدين على الوفاء بطريقة غير مباشرة، فالدائن يرجع على الكفيل ثم يرجع الكفيل على المدين بما وفاه للدائن.

هـ- وأخيراً لا يجوز استعمال الحق في الحبس بقصد حمل المدين على تنفيذ التزام طبيعي، لأن في ذلك إجباراً للمدين على الوفاء بطريقة غير مباشرة وهو أمر غير جائز في الالتزام الطبيعي.

8. تقسيم الدراسة في آثار الالتزام:

وندرس موضوع آثار الالتزام في ثلاثة فصول. نتناول في الفصل الأول تنفيذ الالتزام عيناً. ونتناول في الفصل الثاني تنفيذ الالتزام بطريقة التعويض وهو ما يسمى بالتنفيذ بمقابل. وفي الفصل الثالث نتناول الوسائل التي تكفل تنفيذ الالتزام.

الفصل الأول

التنفيذ العيني للالتزام

9- تمهيد وتقسيم:

يقصد بالتنفيذ العيني للالتزام قيام المدين بتنفيذ عين ما التزم به. وهذا هو الأصل، ولا يصار إلى المقابل أي التعويض إلا إذا تعذر التنفيذ العيني.

وقد نصت المادة 337 مدني على هذا الحكم بقولها: "يجب المدين على تنفيذ التزامه عيناً إذا كان ذلك ممكناً. وإذا كان في ذلك إرهاب له يجوز الحكم عليه بتعويض نقدي إذا كان ذلك لا يلحق الضرر بصاحب الحق".

وتبين المادة 338 مدني وما بعدها كيفية التنفيذ لأن ذلك يختلف تبعاً لموضوع الالتزام. وسنوضح ذلك بعد قليل.

والمستفاد من النصوص الواردة في التنفيذ العيني للالتزام أن للدائن مطالبة المدين بالتنفيذ العيني، وللمدين كذلك عرض التنفيذ العيني متى كان ممكناً. ولا يحق للدائن في هذه الحالة طلب التنفيذ بمقابل أي التعويض لأن الأصل هو التنفيذ العيني.

على أنه إذا طلب الدائن ابتداء التعويض أي التنفيذ بمقابل ولم يعرض المدين التنفيذ العيني للالتزام، كان هذا الموقف من المدين بمثابة اتفاق ضمني يجيز للقاضي أن يحكم بالتنفيذ بمقابل.

وندرس فيما يأتي شروط الحكم بالتنفيذ العيني الجبري، وموضوعه، ووسائل جبر المدين على التنفيذ. كل ذلك في ثلاثة مباحث. ندرس في المبحث الأول شروط الحكم بالتنفيذ العيني الجبري وندرس في المبحث الثاني موضوعه وفي المبحث الثالث ندرس وسائل حمل المدين على تنفيذ الالتزام.

المبحث الأول

شروط الحكم بالتنفيذ العيني الجبري

10- التنفيذ العيني الجبري للالتزام والتنفيذ العيني الاختياري:

الأصل أن يقوم المدين بتنفيذ التزامه اختياراً منه وطواعية فيسمى عندئذ الوفاء بالالتزام. والوفاء يتم دراسته ضمن أسباب انقضاء الالتزام في الباب الرابع الخاص بانقضاء الالتزام. على أن المدين قد يرفض الوفاء لسبب من الأسباب عندئذ يستطيع الدائن أن يلجأ إلى القضاء بدعوى يطلب فيها إجبار المدين على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً حينئذ يجب

لاستصدار حكم بالتنفيذ العيني توفر مجموعة من الشروط هي إعدار المدين بالتنفيذ العيني. وأن يكون التنفيذ العيني ممكناً. وألا يكون في التنفيذ العيني إرهاب للمدين. وألا يكون في التنفيذ العيني جبراً على المدين مساس بحريته الشخصية. ونتناول هذه الشروط بشيء من الإيضاح فيما يأتي.

الشرط الأول: إعدار المدين بالتنفيذ العيني:

الإعذار هو التنبيه على المدين بالوفاء. وهو إجراء ضروري لأن المدين إذا تراخى في تنفيذ التزامه بعد حلول الأجل فإن هذا التراخي لا يجعله مسئولاً إذ يحمل سكوت الدائن على محمل التسامح وبالتالي فإنه إذا قام بالمطالبة القضائية مباشرة دون أن يسبق ذلك إعذار المدين. وعرض المدين للتنفيذ. فإن الدائن هو الذي يتحمل مصروفات الدعوى. فضلاً عن أنه لا يستطيع قبل رفع الدعوى القضائية أن يطالب المدين بتعويض عن التأخير في التنفيذ. لأن الإعذار فقط هو الذي يجعل المدين مقصراً ويحمله ما يترتب على التأخير في التنفيذ بعد الإعذار.

وقد نصت المادة 335 مدني على شرط الإعذار بقولها: " لا يجبر المدين على الوفاء إلا بعد إعذاره بمطالبته بالوفاء بما عليه اختياراً أو إنذاره بإقامة الدعوى عليه لدى القضاء لإجباره على الإيفاء...".

الشرط الثاني: أن يكون التنفيذ العيني ممكناً:

يجب - لكي يجبر المدين قضاء - على التنفيذ العيني للالتزام أن يكون ممكناً. وفي هذا تنص المادة 337 مدني على أنه: " يجبر المدين على تنفيذ التزامه عيناً إذا كان ذلك ممكناً. وإن كان ذلك غير مستطاع له جاز للحاكم الحكم عليه بتعويض عادل" وتؤكد هذا المعنى المادة 333 مدني⁽¹⁾.

أما إذا أصبح تنفيذ الالتزام عيناً مستحيلاً فلا يكون أمام الدائن سوى المطالبة بالتنفيذ بمقابل إذا كانت الاستحالة ترجع إلى خطأ المدين⁽²⁾.

1 - تنص المادة (333) مدني على أنه: (من ثبت عليه الحق لزماً أداؤه عيناً أو بتعويض عادل... ويجبر من عليه الحق على التنفيذ إذا لم يتم به اختياراً).

2 - وفي هذا تنص المادة (347) مدني على أنه: "إذا استحال على الملتزم تنفيذ الحق عيناً بعد أن كان ممكناً حكم عليه القاضي بالتعويض ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت بسبب اجنبى لا يد له فيه ويحكم أيضاً بالتعويض إذا تأخر الملتزم عن تنفيذ التزامه وأصاب صاحب الحق ضرر من ذلك".

أما إذا كانت الاستحالة ترجع إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه فإن الالتزام ينقضي ويمتنع بالتالي الرجوع على المدين بالتعويض. مع ملاحظة أن التنفيذ العيني للالتزام بدفع مبلغ نقدي يعد ممكناً دائماً، ولا يكون مستحيلاً لمجرد كون المدين مفلساً.

واستحالة التنفيذ عينا بفعل المدين متصور في سائر الالتزامات الأخرى.

ففي الالتزام بنقل الملكية أو إنشاء حق عيني آخر قد يصبح التنفيذ العيني مستحيلاً إذا أهلك المدين الشيء أو نقل ملكيته إلى آخر إذا كان نقل الملكية أو الحق العيني يتوقف على إجراء لاحق للعقد كما في البيع العقاري مثلاً.

وفي الالتزام بعمل يصبح التنفيذ العيني له مستحيلاً إذا امتنع المدين عن تنفيذه وكان لا يمكن جبره عليه لأن العمل يجب أن يصدر منه شخصياً. كامتناع رسام عن رسم اللوحة الفنية التي التزم برسمها وكماتناع طبيب عن إجراء عملية جراحية لمريض التزم بإجرائها. كما يصبح الالتزام بعمل مستحيلاً تنفيذه أيضاً إذا فوت المدين الوقت الذي كان يجب فيه القيام بالعمل. كتفويت محام موعد استئناف الحكم. فعندئذ لا يجدي التنفيذ العيني ولا يمكن إلا التنفيذ بمقابل.

وفي الالتزام بالامتناع عن عمل قد يقع الفعل المخالف من المدين فيستحيل التنفيذ العيني وذلك إذا كان الامتناع مطلوباً عن الفترة التي وقع فيها العمل المخالف. أو كان من المستحيل إزالة أثر ما تم مخالفاً للالتزام بالامتناع⁽¹⁾. أما إذا كان من الممكن إزالته جاز للدائن أن يطلب التنفيذ العيني وأن يقوم به على نفقة المدين بترخيص من القضاء. ومثاله إغلاق المحل التجاري الذي فتحه البائع مخالفاً بذلك التزامه بعدم منافسة المشتري.

الشرط الثالث: ألا يكون التنفيذ العيني مرهقاً للمدين:

فقد يكون التنفيذ العيني ممكناً لكن يترتب على تنفيذ الالتزام عينا إرهاق بالمدين.

وفي هذه الحالة يكتفى بالتنفيذ عن طريق التعويض. فالشخص الملتزم بعدم البناء على مسافة معينة من ملك الجار إذا خالف هذا الالتزام بإقامة بناء شاحق يقع جزء منه داخل المسافة التي التزم بعدم البناء فيها، فإن إجباره على التنفيذ العيني المتمثل في إزالة البناء يكون مرهقاً له حيث يترتب على الإزالة خسارة جسيمة تصيب المدين لا تعادل مع الضرر الذي يصيب الدائن مما يمثل تعسفاً من الدائن في استعمال الحق لأن المصلحة التي تعود عليه من التنفيذ العيني قليلة الأهمية لما يصيب المدين من خسارة.

¹ - ومثاله التزام الممثل بعدم التمثيل في مسرح آخر غير المسرح الذي تعاقد معه لمدة سنة ثم خالف الممثل هذا الالتزام ومثّل في مسرح آخر، ومثاله كذلك التزام العامل بعدم إنشاء أسرار رب العمل الذي يعمل لديه فيقوم بإفشاء هذه الأسرار فإنه لا يمكن في هذه الحالة إزالة أثر ما تم من العامل مخالفاً للالتزام بعدم الإفشاء ويقتصر الأمر على التعويض.

لكن يجب ألا يكون في العدول عن التنفيذ العيني إلحاق ضرر جسيم بالدائن ففي هذه الحالة يرجع إلى الأصل وهو التنفيذ العيني لأن الدائن إنما يطالب بالتزام أصلي يقع في ذمة المدين. فلو التزم مقاول بإنشاء مبنى في فترة معينة ثم ارتفعت أسعار المواد ارتفاعا كبيرا يؤدي التنفيذ العيني معه إلى إصابة المدين بخسارة فادحة مما يجعله يطلب التنفيذ بمقابل في حين أن عدم التنفيذ سيلحق بالدائن ضررا جسيما حينئذ لا يمكن القول بأن الدائن متعسف في استعمال حقه إذا هو أصر على التنفيذ العيني فيحكم القاضي عندئذ بالتنفيذ العيني.

الشرط الرابع: ألا يكون في التنفيذ العيني جبرا على المدين مساس بحريته الشخصية: قد لا يكون التنفيذ العيني مستحيلا ولا مرهقا للمدين. ولكن يقتضي تدخل المدين شخصيا بحيث يكون في جبره على التنفيذ العيني مساس بحريته الشخصية. عندئذ يمتنع التنفيذ العيني الجبري ويقتصر حق الدائن على التنفيذ بمقابل أي التعويض. فإذا التزم فنان بالتمثيل أو برسم لوحة فنية أو التزم طبيب مشهور بإجراء عملية جراحية ثم امتنع المدين في جميع هذه الحالات عن التنفيذ العيني فإن المحكمة لا تستطيع أن تجبره على ذلك. وفي هذه الحالات السابقة يجوز أن تستعمل ضد المدين وسيلة تهديدية على أمواله لحثه على تنفيذ التزامه. هذه الوسيلة هي الغرامة التهديدية حيث تحكم المحكمة بإلزامه بدفع مبلغ معين عن كل مدة زمنية يتأخر فيها المدين عن الوفاء. فإن لم يجد هذه الوسيلة فلا مناص من اللجوء إلى الحكم بالتعويض وقد قضت بهذا الحكم المادة (346) مدني حيث تنص على أنه: "إذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به الملتزم بنفسه فإنه يجوز لصاحب الحق أن يحصل على حكم بإلزامه بهذا التنفيذ أو بما يراه القاضي من وسائل الضبط إن امتنع عن ذلك. وإذا تم التنفيذ العيني وقد لحق صاحب الحق ضرر أو عنت أو أصر الملتزم على رفض التنفيذ حدد القاضي مقدار التعويض الذي يحكم به على الملتزم مراعيًا في ذلك مقدار الضرر الذي أصاب صاحب الحق والعنت الذي بدا من الملتزم".

المبحث الثاني

موضوع التنفيذ العيني وكيفية تنفيذه

11- المقصود بموضوع التنفيذ العيني وطريقة تنفيذه :

يقصد بموضوع التنفيذ العيني محله ومحل التنفيذ العيني إما أن يكون التزاماً بإعطاء شيء أو التزاماً بعمل أو امتناعاً عن عمل.

12- أولاً: في الالتزام بإعطاء شيء :

الالتزام بإعطاء هو الالتزام بنقل الملكية أو إنشاء حق عيني آخر يمكن تنفيذه ما دام في حيز الإمكان. وتتوقف طريقة تنفيذه بحسب المحل الذي يرد عليه هذا الالتزام.

فقد يكون محل الالتزام بإعطاء منقولاً. وهذا المنقول قد يكون منقولاً معيناً بذاته وقد يكون معيناً بنوعه. وقد يكون هذا المحل عقاراً. وقد حددت المادتان 338، 339 مدني كيفية تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً في أنواع محل هذا الالتزام وذلك على النحو التالي :

أ- ففي الالتزام بنقل ملكية المنقول المعين بذاته أو أي حق عيني آخر عليه يتم تنفيذ هذا الالتزام بمجرد نشوء سببه وبقوة القانون إذا كان المدين يملك المنقول أو الحق العيني الوارد عليه (م/ 338 مدني)⁽¹⁾. فإذا باع شخص لآخر حصاناً معيناً بالذات تنتقل ملكيته إلى المشتري فور العقد ولا يشترط القانون أي إجراء آخر لانتقال الملكية أو الحق العيني حتى ولا التسليم لأنه منقول معين بذاته.

ب- وفي الالتزام بنقل ملكية منقول معين بنوعه فقط ككمية معينة من القمح مثلاً فلا تنتقل الملكية فور إبرام العقد وبقوة القانون وإنما لا تنتقل إلا بإجراء لاحق على إبرام العقد هو الإفراز م/ 339 مدني. فالعقد في هذا النوع من الالتزام لا يربط سوى التزام في ذمة المدين بنقل الملكية ذلك لأن الحقوق العينية لا ترد إلا على شيء مادي معين ومحدد بذاته ومن ثم يستحيل أن ترد على شيء معين بنوعه فقط لم يتعين. فمن يشتري كذا طناً من القمح مثلاً لا يصبح مالكاً لها بمجرد العقد وإنما من اليوم الذي يتم فيه إفراز الكمية من قبل المدين بوزنها ووضعها في أوعية تحت تصرف المشتري.

وعملية الإفراز هي عملية مادية يمكن القيام بها جبراً على المدين إذا لم يقم بها اختياراً وذلك عن طريق حصول الدائن على شيء من النوع ذاته من السوق على نفقة المدين بعد استئذان القاضي أو دون استئذان في حالة الاستعجال. فإذا امتنع شخص عن توريد

¹ - تنص المادة 338 مدني على أنه: "إذا كان الملتزم به نقل ملكية أو حقاً عينياً آخر وكان محله شيئاً معيناً بالذات مملوكاً للملتزم به انتقل ذلك بمجرد نشوء سببه صحيحاً منتجاً لآثاره ويكون حكم القاضي مقررّاً لذلك عند الخلاف....".

بضاعة التزم بتوريدها كان للدائن الحصول على إذن من القاضي بالحصول عليها من السوق على نفقته .

فإذا كان الأمر لا يحتمل الانتظار لرفع الدعوى. كما لو كان الدائن مستشفى مثلاً استطاع الدائن الحصول على الأشياء من السوق دون رفع دعوى .
ج- وفي الالتزام بنقل ملكية عقار أو أي حق عيني آخر عليه لا ينفذ هذا الالتزام إلا بتسجيل العقد في السجل العقاري أو قيده على حسب الأحوال. وهذه القاعدة لا غبار عليها في ظل القانون المدني المصري وقانون الشهر المصري أيضاً فالمادة 204 مدني مصري تنص على أنه: "الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق. إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل". وقانون الشهر العقاري المصري يستلزم التسجيل لنقل الحق العيني الوارد على عقار أو إنشائه. فقانون الشهر العقاري المصري يقيد من القاعدة الواردة في المادة 204 وينص بأن الملكية أو أي حق عيني آخر على عقار لا تنتقل بمجرد العقد وفقاً لما ورد في المادة 204 بل لابد من الشهر حتى تنتقل الملكية أو الحق العيني الوارد على عقار .

أما القانون المدني اليمني ففيه غموض ونصوصه الواردة في هذا الموضوع متضاربة ولا تتفق مع نصوص الشهر العقاري اليمني. ولا يمكن التوفيق بينها.
فالمادة 5 شهر لا تجعل العقد الوارد على عقار نافذاً بين المتعاقدين وبالنسبة للغير إلا إذا تم شهر التصرف (تسجيله) في السجل العقاري. وتؤكد المادة 527 مدني على ضرورة التسجيل إذا كان نقل ملكية المبيع يتوقف على التسجيل ونص هذه المادة يتفق مع قانون الشهر العقاري حيث تنص هذه المادة على أنه: "إذا كان نقل ملكية المبيع إلى المشتري يتوقف على تنظيم كِتْسَجِيل العقد فإن البائع يكون ملزماً بالقيام بما يقتضيه ذلك حتى يتم نقل الملكية إلى المشتري".

وقد كانت المادة 531 مدني والتي كان منصوصاً عليها في القانون المدني رقم 19 لسنة 1992م والذي ألغي بصدر القانون المدني رقم 14 لسنة 2002م والذي لم يرد فيه نص هذه المادة. كانت تنص على أنه: " في بيع الأراضي والمباني الثابتة والسفن والطائرات والسيارات لا تنتقل ملكية المبيع فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير إلا من وقت تسجيل عقد البيع في السجلات المعدة لذلك بموجب القوانين الخاصة لكل فرع ما ذكر".
بينما كانت المادة 345 مدني من نفس القانون الملغي (19 لسنة 1992م) المقابلة والمطابقة لنص المادة 338 من القانون المدني الحالي والواردة في الأحكام العامة للالتزام الخاصة

بكيفية انتقال الحق في المحل المعين بذاته تقضي بأنه "إذا كان الملتزم به نقل ملكية أو حقا عينيا آخر وكان محله شيئا معيناً بالذات ملوكاً للملتزم به انتقل ذلك بمجرد نشوء سببه صحيحاً منتجا لآثاره. ويكون حكم القاضي مقرراً لذلك عند الخلاف، ولا يخل بذلك القواعد المتعلقة بنظام ملكية الأموال الثابتة (العقارات) التي تقررها الدولة كالتسجيل وغيره". وتؤكد هذا الحكم المادة 521 مدني الواردة في أحكام عقد البيع⁽¹⁾. وقد أكد ما ورد في المادة 345 مدني ملغي المطابقة لنص المادة 338 مدني نافذ المذكرة الإيضاحية للمادة 331 من القانون المدني الذي كان سارياً في شمال البلاد قبل الوحدة وهذه المادة هي أصل المادة 345 مدني ملغي والمطابقة لها تماماً. حيث ورد في المذكرة الإيضاحية: "وإذا كان القانون ينص على إجراءات أخرى متعلقة بنظام الملكية العقارية كالتسجيل مثلاً فإن انتقال الملكية بمجرد العقد لا يمنع من القيام بهذه الإجراءات ولا يخل بذلك بل يكون لصاحب الحق إجبار من تلقى عنه الحق على القيام بها لمصلحة النظام". وتفسير المذكرة الإيضاحية لهذه المادة على هذا النحو يتعارض مع المادتين سالفتي الذكر (5 شهر عقاري و 531 مدني ملغي). وهذا التعارض ناتج في الحقيقة عن الصياغة المعيبة والمتعمدة للمادة 345 مدني ملغي ومن بعدها للمادة 338 مدني نافذ وقد حاول البعض رفع هذا التعارض بإرجاعه إلى الخطأ المادي في صياغة المادة 345 تأثراً منهم بنص المادة 204 مدني مصري. فبدلاً من أن تصاغ على النحو التالي: "ولا يخل ذلك بالقواعد المتعلقة بنظام التسجيل..." صيغت خطأ على النحو الذي رأيناه" ولا يخل بذلك القواعد...".

ولما صدر القانون المدني الجديد عام 2002م وألغى بنص صريح القانون المدني السابق الصادر في 1992م لم يرد ضمن نصوصه نص مقابل لنص المادة 531 مدني السالفة الذكر⁽²⁾ وبعدم إيراد مثل هذا النص يزول التعارض الذي كان موجوداً في نصوص القانون المدني السابق. ويظل التعارض قائماً مع نصوص قانون الشهر العقاري ويحسن بالمشروع اليمني أن يعيد صياغة المادة 338 مدني بما يتناسب مع ما يقضي به قانون الشهر أو إلغاء

¹ - تنص هذه المادة على أنه: "إذا انعقد البيع مستوفياً أركانه وشروط صحته كان صحيحاً ولازماً. ويترتب عليه في الحال تملك المشتري للمبيع وتملك البائع للثمن والتزام كل منهما بما يقتضيه ذلك".

² - نقلت هذه المادة من نصوص القانون المدني رقم 8 لسنة 1988م الذي كان سارياً في جنوب البلاد قبل الوحدة وكانت تحمل رقم 1022 فنقلت دون تعديل إلى نصوص القانون المدني الصادر بعد الوحدة رقم 19 لسنة 1992م.

النصوص التي تعارض نص المادة 338 لتصبح الملكية وغيرها من الحقوق منقولة بمجرد العقد⁽¹⁾

13- ثانياً: في الالتزام بعمل:

يستلزم الالتزام بعمل لتنفيذه صدور عمل إيجابي من جانب المدين. ولكي نصل إلى تنفيذه علينا تمييز بين فروض ثلاثة .

الأول: وفيه تستوجب طبيعة الالتزام أن يقوم المدين بنفسه بالتنفيذ أو ينص الاتفاق على ذلك. فالالتزام الرسام والمدرس والممثل والطبيب هو التزام يستوجب تدخل المدين بنفسه لتنفيذه. فإذا امتنع المدين عن القيام به لا يمكن إجباره على التنفيذ لأن الإيجاب لن يؤدي إلى أداء العمل على الوجه المطلوب فضلاً عن أن فيه مساساً بحرية المدين. ولذلك يمكن اللجوء إلى الغرامة التهديدية للضغط على إرادته وحمله على التنفيذ. فإذا لم تؤد الغرامة إلى نتيجة فلا يبقى أمام الدائن سوى التنفيذ بطريق التعويض .

وقد يكون الالتزام مما يمكن تنفيذه دون حاجة إلى تدخل المدين كالتزام مقاول بالبناء والتزام مورد بتوريد أغذية إذ يمكن تنفيذ هذا الالتزام بواسطة مقاول آخر أو بواسطة مورد آخر. إنما يوجد اتفاق يقضي بضرورة تنفيذ المدين نفسه هذا الالتزام فيكون للدائن حينئذ أن يرفض الوفاء من غير المدين. وقد نصت على هذا الفرض المادة 343 مدني بقولها: " في الالتزام بعمل إذا كان الطرفان قد اتفقا على أن يقوم الملتزم بنفسه بالعمل أو كانت طبيعة العمل تستلزم ذلك فإن لصاحب الحق أن يرفض الوفاء بالالتزام من غير الملتزم نفسه".

والثاني: وفيه لا تستوجب طبيعة الالتزام أن يقوم المدين نفسه بالتنفيذ ولا يوجد نص على ذلك في الاتفاق. ومثاله التزام مقاول ببناء منزل والتزام المؤجر بالإصلاحات الضرورية. والتزام ناقل بنقل البضاعة من مدينة إلى أخرى. وفي هذه الحالة يجوز للدائن أن يطلب ترخيصاً من القضاء بتنفيذ الالتزام على نفقة المدين. بل إنه يستطيع في حالة

¹ - ولا شك في أنه قد يوجد اختلاف كبير في التطبيق القضائي في موضوع تحديد وقت انتقال الملكية بحسب ما إذا كان القاضي يأخذ بنص المادة 338 مدني فحسب فيعتبر بالتالي المالك للعقار هو المتصرف إليه الأول ويغض النظر عما إذا كان قد سجل عقده أم لا، أو يأخذ بنصوص الشهر العقاري الذي يعتبر المالك هو المتصرف إليه الذي سجل تصرفه ويغض النظر عن تاريخ التصرف، وإذا لابد من توحيد النصوص في هذه المسألة بإزالة هذا التضارب حتى تتحقق وحدة الحلول في الأحكام القضائية لنفس المسألة. وهذه المسألة لا تحل من وجهة نظري في ضوء الأحكام الخاصة بالقاسخ والمنسوخ والعام والخاص والمطلق والمقيد لأن المشرع في مذكرته الإيضاحية وفي المادة 338 مدني الواردة في نظرية العقد قد أفصح عن نيته في أن الملكية تنتقل في ظل النص المذكور بمجرد العقد حتى لو وجدت نصوص أخرى تشترط التسجيل فإن ذلك الشرط يكون الهدف منه فقط لمصلحة النظام وفي اعتقادي أن هذا النص بهذه الصياغة هو نص شاذ وغير مفهوم يخالف المنطق القانوني السليم الذي يقضي إما باشتراط التسجيل لنقل الملكية وإما بعدم اشتراطه فتنقل الملكية بمجرد العقد. والأمر في الأخير يحتاج إلى إعادة صياغة النصوص الواردة في هذا الشأن حتى يتحقق الانسجام بين نصوص هذا القانون وقانون الشهر العقاري في ضوء الغاية التي يرموها المشرع من النصوص المنظمة للملكية العقارية وغيرها من الحقوق.

الاستعجال أن يقوم بالتنفيذ على نفقة المدين دون حاجة إلى هذا الإنن. وفي هذه الحالة يكون التنفيذ العيني قد تم جبرا على المدين. وفي هذا الفرض تنص المادة 342 مدني على أنه: "في الالتزام بعمل إذا امتنع الملتزم عن التنفيذ كان للقاضي أن يرخص لصاحب الحق بتنفيذ الالتزام على نفقة الملتزم متى كان التنفيذ ممكنا ويجوز في حالة الاستعجال للضرورة أن ينفذ صاحب الحق الالتزام دون ترخيص من القضاء..."

والثالث: وفيه قد يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ العيني للالتزام إذا سمحت بذلك طبيعة الالتزام. من ذلك مثلاً الحكم الصادر بثبوت التعاقد وصحته حيث يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد. فينتقل به الحق العيني على الرغم من امتناع المدين عن التنفيذ. ومن ذلك أيضاً الحكم الصادر بنجاح طالب متى ثبت أن الطالب حضر الامتحان واجتازه بنجاح ثم امتنعت الإدارة عن منحه الشهادة فإن حكم القاضي يفني عن أي إجراء آخر. ومن ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة 102 مدني مصري من أنه إذا وعد شخص آخر بإبرام عقد ثم نكل الواعد وقاضاه الموعد له طالبا تنفيذ الوعد وكانت الشروط اللازمة لتتمام العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوفرة قام الحكم متى حاز قوة الشيء المقضي به مقام العقد الذي ألزم الواعد بإبرامه. وقد نصت المادة 342 مدني على هذا الفرض بقولها: "... وإذا كان حكم القاضي النافذ يفني بالغرض فيكتفى به دون أي إجراء آخر."

14- ثالثاً: في الالتزام بالامتناع عن عمل:

إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل ثم قام بالعمل المخالف لهذا الالتزام فإن التنفيذ العيني للالتزام يكون ممكناً عن طريق إزالة ما وقع مخالفته. من ذلك مثلاً التزام بائع محل تجاري بعدم فتح محل آخر ينافس مشتري المحل المبيع في نفس الحي. فإذا فتح المحل خروجاً على هذا الالتزام جاز الحكم بإغلاقه. ومن ذلك أيضاً البناء في أرض خروجاً على الالتزام بعدم البناء يجوز الحكم بإزالة هذا البناء. ويجب عند الإزالة الرجوع إلى القضاء واستصدار حكم بها حيث لم يجز القانون للدائن القيام بالإزالة بنفسه في حالة الاستعجال لما قد يؤدي إليه من أعمال العنف. وفي هذا يفترق عن الالتزام بعمل والالتزام بالإعطاء حيث يجوز للدائن أن ينفذه على نفقة المدين دون استئذان القاضي في حالة الاستعجال. وللقاضي حرية الحكم بالإزالة أو الاقتصار على التعويض إذا وجد أن في الإزالة إرهاقاً على المدين بحيث لا يتناسب مع ما يصيب الدائن من ضرر بسبب عدم الحكم بها. أما إذا أصبح التنفيذ العيني عن طريق الإزالة مستحيلاً لأن ما وقع لا يمكن تداركه كما لو أفشى طبيب سر مهنته أو كان في التنفيذ العيني مساس بحرية المدين كما لو تعهد مثل بعدم التمثيل في مسرح معين وجب الالتجاء عندئذ إلى التنفيذ بمقابل عن طريق التعويض.

وقد بينت المادة 345 مدني كيفية التنفيذ العيني للالتزام بالامتناع عن عمل بقولها: "في الالتزام بالامتناع عن عمل إذا أخل الملتزم بذلك كان لصاحب الحق أن يطلب إزالة ما وقع مخالفا لحقه وله أن يطلب من القضاء الترخيص له بأن يقوم بهذه الإزالة على نفقة الملتزم".

المبحث الثالث

وسائل حمل المدين على التنفيذ العيني

15- تهديد ونفسي:

قد يقوم المدين بتنفيذ التزامه طوعا واختيارا وهذا ما يسمى بالوفاء ويتم دراسته ضمن أسباب انقضاء الالتزام. وقد يتم التنفيذ العيني بقوة القانون وذلك في حالة الالتزام بنقل ملكية شيء معين بالذات يملكه الملتزم. وقد يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ العيني كما في الحكم بصحة التعاقد ونفاذه. وقد يقوم الدائن بتنفيذ الالتزام على نفقة المدين في حالة الاستعجال.

على أن الغالب هو أن يتم التنفيذ العيني عن طريق استصدار حكم قضائي يستعين فيه قاضي التنفيذ بوسائل السلطة العامة فيقوم بإخراج الشخص مثلا من المكان الذي يشغله بغير حق ويسلم الدائن الشيء الذي يرد عليه حقه. ويبيع أموال المدين بالمزاد العلني استيفاء لحق الدائن.

على أنه توجد وسيلتان يستطيع القاضي عن طريقهما حمل المدين على التنفيذ العيني وهما الإكراه البدني، والغرامة التهديدية وتتناول هاتين الوسيلتين في مطلبين. نتناول في المطلب الأول الغرامة التهديدية، وتتناول في المطلب الثاني الإكراه البدني (الحبس).

المطلب الأول

الغرامة التهديدية

16- أولا- تعريف الغرامة التهديدية وأهميتها:

أ- الغرامة التهديدية مبلغ نقدي يحكم به القاضي على المدين لصالح الدائن كتعويض عن كل يوم أو شهر أو أية فترة زمنية أخرى يتأخر فيها المدين في تنفيذ الالتزام⁽¹⁾.

ب- وتظهر فائدة وأهمية الغرامة التهديدية في الحالات التي لا يمكن فيها تنفيذ الالتزام بدون تدخل المدين شخصيا. وبمعنى آخر تظهر هذه الأهمية في الالتزامات التي تكون شخصية المدين فيها محل اعتبار كالتطبيب الذي يمتنع عن تنفيذ التزامه بإجراء العملية

¹ - د. سمير تناغو ف 130 ص 240، د. عبدالرحمن الحلاشة - أحكام الالتزام في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة ص 78.

الجراحية لشخص ما، وكما لو امتنع مثل عن التمثيل في المسرح المتعاقد معه، فإذا امتنع المدين عن تنفيذ التزامه عينا كانت الغرامة أفضل وسيلة للضغط على المدين عن طريق تهديده بزيادة المبالغ التي سيحكم بها عليه كلما تأخر عن التنفيذ العيني لالتزامه. وغالبا ما يدعى المدين لأمر المحكمة تحت هذا التهديد فيقوم بالتنفيذ. ذلك أن مقدار الغرامة يفوق كثيراً الضرر الذي يصيب الدائن بسبب تأخر المدين في تنفيذ التزامه. ويستند القاضي في ظل القانون المدني اليمني في الحكم بالغرامة التهديدية إلى نص المادة 346 والتي لم تصرح بالغرامة التهديدية إلا أنها أعطت القاضي سلطة تقديرية في اختيار الوسيلة المناسبة لضبط المدين عند امتناعه حيث تنص على أنه: "إذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به الملتزم بنفسه فإنه يجوز لصاحب الحق أن يحصل على حكم بإلزامه بهذا التنفيذ أو بما يراه القاضي من وسائل الضبط إن امتنع عن ذلك"⁽¹⁾.

17- ثانيا- شروط الحكم بالغرامة التهديدية⁽²⁾

يشترط للحكم بالغرامة التهديدية شرطان. الأول أن يوجد التزام لا زال تنفيذه عينا ممكنا. والثاني أن يكون تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين بنفسه. ونتناول هذين الشرطين بشيء من التبسيط.

الشرط الأول: أن يوجد التزام في ذمة المدين لا زال تنفيذه عينا ممكنا:

فيجب أولا أن يوجد التزام معين على المدين امتنع عن تنفيذه. فإذا لم يوجد التزام فلا محل للقضاء بالغرامة التهديدية. وعلى ذلك لا يجوز الحكم بالغرامة التهديدية لإكراه أحد الخصوم على الحضور أمام المحكمة لعدم وجود التزام بالحضور. ولا يجوز أيضا الحكم على من اشترك في جريمة بغرامة تهديدية لإكراهه على الإخبار عن شركائه لعدم وجود نص يلزمه بذلك.

ويجب ثانيا أن يكون تنفيذ الالتزام عينا ما زال ممكنا لأن الغرض من الغرامة التهديدية هو حمل المدين على التنفيذ العيني. وعليه فإذا أصبح التنفيذ العيني غير ممكن بخطأ المدين

1 - يقابل هذه المادة نص المادة 213 مدني مصري وقد صرح بجواز حصول الدائن على حكم بالتنفيذ العيني وبغرامة تهديدية إن امتنع المدين عن التنفيذ. فهذه المادة تنص على أنه " 1- إذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ ويدفع غرامة تهديدية إن امتنع عن ذلك..." ولا شك أن النص المصري أوضح من النص اليمني.

2 - د. البدرابي ف 23، 24 ص 40، د. رمضان أبو السعود - ص 74.

فلا محل للحكم بالغرامة التهديدية، وإنما يحكم القاضي مباشرة بالتعويض عما أصاب الدائن من ضرر نتيجة عدم التنفيذ العيني. ومثال ذلك أن يكون الشخص ملتزماً بتقديم مستند معين ثم يتبين أن المستند المطلوب قد أُلُف. ومثاله أيضاً أن يكون الطبيب ملتزماً بإجراء عملية جراحة لشخص معين ثم يتضح أن المريض الذي امتنع الطبيب عن إجراء العملية له قد توفي.

أما إذا كانت الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي عن المدين فإن الالتزام ينقضي ويمتنع بالتالي الالتجاء إلى الغرامة التهديدية.

الشرط الثاني: أن يكون التنفيذ العيني للالتزام غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين بنفسه:

هذا الشرط يحدد مجال الالتجاء إلى الغرامة التهديدية وهو الحالات التي يكون فيها من غير الممكن تنفيذ الالتزام عيناً جبراً على المدين أي حيث يكون التنفيذ العيني غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين بنفسه.

أما حيث يكون التنفيذ العيني جبراً على المدين ممكناً وبدون تدخله لم يجوز الالتجاء إلى الغرامة التهديدية بل يجب الحكم مباشرة بالتنفيذ العيني.

وعليه فلا يجوز الالتجاء إلى الغرامة التهديدية إذا كان موضوع الالتزام نقل حق عيني لأن هذا الالتزام قابل للتنفيذ العيني الجبري دائماً ما دام أن التنفيذ العيني ما زال ممكناً سواء عن طريق المدين نفسه أو عن طريق القضاء بتسجيل الحكم بصفة التعاقد ونفاذه. ولا يجوز أيضاً الحكم بالغرامة التهديدية إذا كان موضوع الالتزام أداء مبلغ نقدي لأن التنفيذ بهذا المبلغ على أموال المدين ممكن دائماً ودون تدخل المدين شخصياً. كذلك لا يجوز الالتجاء إلى الغرامة التهديدية حيث يكون موضوع الالتزام عملاً يمكن تنفيذه بواسطة الدائن أو بواسطة الغير على نفقة المدين إذ يجب في هذه الحالة التنفيذ العيني مباشرة باستصدار ترخيص من القضاء بذلك.

وإذا يقتصر الالتجاء إلى الغرامة التهديدية على تلك الحالات التي يكون فيها محل الالتزام عملاً يجب أن يصدر من المدين شخصياً لأن شخصيته عندئذ تكون محل اعتبار في تنفيذ الالتزام.

ففي الالتزام بعمل مثاله التزام فنان برسم لوحة فنية، والالتزام بتقديم حساب أو مستند معين، والتزام الشركات المحتكرة لمرافق عامة بتقديم خدماتها إلى الجمهور.

وفي الالتزام بالامتناع عن عمل يمكن الالتجاء إلى الغرامة التهديدية لحمل المدين على تنفيذ التزامه كما إذا تعهد ممثل بعدم التمثيل في مسرح آخر فإنه إذا خرج على هذا الالتزام أمكن عن طريق الغرامة التهديدية حمله على الامتناع عن الاستمرار في المخالفة مستقبلاً. على أنه قد يكون الالتزام من الالتزامات التي يجب أن تصدر من المدين شخصياً لأن شخصيته محل اعتبار في تنفيذ الالتزام. ومع ذلك لا يمكن الالتجاء إلى الغرامة التهديدية لأن في الحكم بها مساساً بالحق الأدبي للمؤلف. فمن المعروف أن المؤلف هو وحده صاحب الحق في تقرير نشر المصنف من عدمه بحيث لا يمكن إلزامه على النشر على الرغم منه. وبالتالي لا يمكن الالتجاء إلى الغرامة التهديدية. فإذا اتفق مؤلف مع ناشر على تأليف كتاب في علم معين وقام المؤلف بتأليفه فإنه لا يمكن حمله عن طريق الغرامة التهديدية على تسليمه إذ أن في هذا اعتداءً على حقه الأدبي في تقدير ملاءمة النشر من عدمه. ولا يكون أمام الناشر عندئذ سوى الالتجاء إلى التعويض مباشرة⁽¹⁾.

18- ثالثاً- سلطة القاضي في الحكم بالغرامة التهديدية:

يفهم من نص المادة 346 مدني أن للقاضي سلطة تقديرية في الحكم بالغرامة التهديدية إذا توافرت شروطها فهو ليس ملزماً - على الرغم من توافر شروطها - بالاستجابة إلى طلب الدائن بالحكم بالغرامة التهديدية فقد يحكم له بالتعويض مباشرة وقد يسلك سبيل الإكراه البدني بدلاً من الغرامة التهديدية. وهذه السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي للحكم بالغرامة التهديدية لا يخضع القاضي فيها لرقابة المحكمة العليا. لكنه يخضع لرقابة هذه المحكمة من حيث تقديره توافر شروط الحكم بالغرامة التهديدية من عدمه. لأن الأمر يتعلق هنا بمسألة قانونية تخضع فيها محكمة الموضوع لرقابة المحكمة العليا. وطلب الحكم بالغرامة التهديدية يجوز إيدأؤه في أية حالة تكون عليها الدعوى فيجوز طلبه لأول مرة أمام محكمة الاستئناف دون أن يعد ذلك طلباً جديداً لا يمكن إيدأؤه⁽²⁾.

1 - د. البذراوي ف 25 ص 43.

2 - د. البذراوي ف 26 ص 43.

19- خصائص الحكم بالغرامة التهديدية⁽¹⁾ :

يلعب الحكم بالغرامة التهديدية خصيصتين فهو حكم تهديدي ومؤقت .

الخصيصة الأولى :- الحكم بالغرامة التهديدية حكم تهديدي :

فالهدف منه هو تهديد المدين وحمله على التنفيذ العيني للالتزام. ولهذا حدد الغرامة التهديدية بمبلغ كبير لا يتناسب مع الضرر الذي يصيب الدائن من تأخر المدين في التنفيذ. ولهذا لا تراعي المحكمة عند إصدارها الحكم بالغرامة التهديدية مقدار الضرر الذي أصاب الدائن. وإنما تراعي قدرة المدين المحتملة على المقاومة. فإذا كان المدين غنيا قويا شركة مثلاً حكم القاضي بغرامة تهديدية مرتفعة. وعلى العكس من ذلك إذا كان المدين ضعيفاً فقيراً .

وبهذه الخاصية يختلف الحكم بالغرامة التهديدية عن الحكم بالتعويض. فالتعويض لابد أن يكون على قدر الضرر. وعلى هذا الأساس يجب دائماً تفسير حكم القضاء هل هو حكم بغرامة تهديدية أو حكم بالتعويض حتى لو أخطأت المحكمة وأعطت حكمها وصف الغرامة التهديدية. فإذا أصدرت المحكمة حكماً بالتعويض على المدين المتأخر عن التنفيذ وقدرت هذا التعويض على أساس الضرر فهو حكم بالتعويض وإن كان هذا الحكم يحدد التعويض على أساس كل يوم أو كل شهر يتأخر فيه المدين عن التنفيذ. ومثاله التزام البائع بتسليم المبيع إذا كان سيارة مثلاً إلى المشتري. فللمحكمة أن تقضي بتعويض عن كل يوم يتأخر فيه البائع عن تسليم السيارة وجرم فيه بالتالي المشتري من استعمالها .

الخصيصة الثانية : الحكم بالغرامة التهديدية حكم مؤقت :

الحكم بالغرامة التهديدية حكم مؤقت لأن الهدف منه هو حمل المدين على التنفيذ العيني للالتزام. وعليه فالقاضي الذي أصدر الحكم بالغرامة التهديدية يستطيع أن يعيد النظر في مقدار الغرامة التهديدية زيادة ونقصاناً. فهو يستطيع أن يزيد في مقدارها إذا رأى أن هذا المقدار لم يكن كافياً لإكراه المدين المتمنع عن التنفيذ⁽²⁾ . وللقاضي أيضاً أن ينقص من هذا المقدار إذا قام المدين بالتنفيذ. ومتى تم التنفيذ قامت المحكمة بتصفية الغرامة تصفية نهائية وهي في العادة تنقص مقدار الغرامة بما يجعله مساوياً للضرر الذي أصاب الدائن من جراء التأخير في التنفيذ مع ملاحظة أن المحكمة تراعي في تقدير التعويض عن التأخير مقدار العنت الذي بدا من المدين .

¹ - د. رمضان أبو السعود ص 78 - 79.

² - وفي هذا تنص المادة 213 مدني مصري ولا مقابل لها في القانون المدني اليمني على أنه: "إذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافياً لإكراه المدين المتمتع عن التنفيذ جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعياً للزيادة".

أما إذا أصر المدين على موقفه ولم ينفذ التزامه فإن المحكمة تقدر التعويض عن الضرر الذي أصاب الدائن من عدم التنفيذ، وعليها أيضا أن تراعي مقدار الغنت الذي بدا من المدين .

اططلب الثاني

الإكراه البدني

الإكراه البدني :

استقر التطور القانوني على عدم جواز حبس المدين الممتنع عن التنفيذ العيني لالتزامه إلا في حالتين: الأولى في دين النفقة ومما في حكمها، والحالة الثانية في دين الحكومة المترتب على مرتكبي الجرائم .

ولا يجيز الفقه الإسلامي حبس المدين إلا إذا كان موسرا ماطلا لقوله صلى الله عليه وآله وسلم "لي الواجد محل عرضه وعقوبته".

ويأخذ القانون اليمني بمذهب جمهور الفقه الإسلامي الذي يجيز حبس المدين الموسر المماطل وذلك في المادة 360 مدني والتي تنص على أنه: "إذا كان المدين موسرا فلدائنه طلب حبسه لإكراهه على الوفاء ثم طلب حجز أمواله ثم طلب بيعها طبقا لما هو منصوص عليه في هذا القانون وقانون التنفيذ المدني".

فالمادة تمنح الدائن حق طلب حبس المدين الموسر المماطل. فإذا لم يطلبه كان للقاضي سلطة تقديرية في اختيار الوسيلة المناسبة لحمل المدين على التنفيذ .

أما قانون المرافعات والتنفيذ فيوجب على القاضي حبس المدين إذا لم يقيم بالتنفيذ إذا كان قد استعمل ضده الغرامة التهديدية ولم تجد. وللقاضي أن يلجأ إلى الحبس قبل الغرامة. وهذا ما تقضي به المادة 359 تنفيذ حيث تنص على أنه: "إذا لم يقيم المنفذ ضده بالتنفيذ خلال الثلاثة الأيام المشار إليها في المادة السابقة وجب على القاضي أن يصدر قرارا بحبسه حتى يقوم بالتنفيذ ويجوز للقاضي استعمال وسيلة الحبس مباشرة دون الرجوع إلى وسيلة الغرامة".

الفصل الثاني

التنفيذ بمقابل (التعويض)

تمهيد وتقسيم :

التنفيذ بمقابل هو بديل عن التنفيذ العيني للالتزام، عندما يستحيل خطأ من المدين .
ولذلك فإن حالات التنفيذ بمقابل أي بطريق التعويض هي تلك الحالات التي لا تتوفر فيها
شروط التنفيذ العيني .

وعليه ندرس التنفيذ بطريق التعويض في مبحثين . نتناول في المبحث الأول حالات التنفيذ
مقابل وأنواعه وشروطه . و نتناول في المبحث الثاني طرق تقدير التعويض .

المبحث الأول :

حالات التنفيذ بمقابل، وأنواعه، وشروطه.

20. تقسيم : وندرس موضوع المبحث في مطلبين

المطلب الأول :

حالات التنفيذ بمقابل وأنواعه

21. أولا: حالات التنفيذ بمقابل: تتلخص هذه الحالات فيما يأتي:

- أ- إذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلا بفعل المدين أي بخطئه. مع ملاحظة أن تنفيذ
الالتزام يظل ممكنا دائما إذا كان محله مبلغا نقديا .
- ب- إذا كان التنفيذ العيني ممكنا ولكن فيه إرهاب للمدين ولم يكن في استبعاده ضرر
جسيم بالدائن .
- ج- إذا كان التنفيذ العيني غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا صدر من المدين شخصا واستعين
بالغرامة التهديدية ولم تجد في حمل المدين على الوفاء .
- د- إذا كان التنفيذ العيني ممكنا ولكن الدائن طلب التنفيذ بمقابل ولم يعترض المدين .

22. ثانيا. نوعا التعويض :

التنفيذ بمقابل (التعويض) نوعان : الأول تعويض عن عدم التنفيذ والثاني تعويض عن التأخر
في التنفيذ .

والتعويض عن عدم التنفيذ محل التنفيذ العيني ولا يجتمع معه. أما التعويض عن
التأخر في التنفيذ فيجتمع مع التنفيذ العيني. ويقصد به تعويض الدائن عن الضرر الذي
أصابه نتيجة تأخر المدين في التنفيذ، ويجتمع مع التعويض عن عدم التنفيذ أيضا .

وقد أشارت إلى نوعي التعويض المادة 347 مدني يعني حيث تنص على أنه: "إذا استحال على الملزم تنفيذ الحق عينا حكم عليه القاضي بالتعويض مالم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه وحكم القاضي له أيضا بالتعويض إذا تأخر الملزم عن تنفيذ التزامه وأصاب صاحب الحق ضرر من ذلك".
والالتزام بالتعويض لا يعد التزاما جديدا يخل محل الالتزام الأصلي وإنما طريق احتياطي لتنفيذ الالتزام إذا استحال تنفيذ الالتزام عينا بخطأ من المدين. ولذلك تبقى الضمانات المقررة للالتزام قائمة لضمان الوفاء بالتعويض.

المطلب الثاني

شروط استحقاق الدائن التعويض

23- تحديد هذه الشروط:

شروط استحقاق الدائن التعويض هي شروط قيام المسؤولية المدنية وهي الخطأ، والضرر وعلاقة السببية بينهما هذا فضلا عن اشتراط القانون المدني في المادة 342 إعدار الدائن المدين.

ونقتصر هنا على شرط الإعدار ندرسه من حيث تعريفه. وكيف يتم. والحالات التي لا ضرورة فيها للإعدار. وأثار الإعدار. أما شروط المسؤولية المدنية الثلاثة فنحيل في شرحها إلى موضعها في الجزء الأول مصادر الالتزام.

24- أولا: تعريف الإعدار وكيف يتم (ب):

أ- الإعدار هو التنبيه على المدين بالوفاء. ووضع موضع المقصر وخمليه بالتالي كل الآثار التي تترتب على هذا التقصير. ذلك أن مجرد تأخر المدين عن الوفاء بالتزامه في الأجل المحدد لا يعد في ذاته خطأ يستوجب المسؤولية إذ يفترض في سكوت الدائن عن المطالبة بحقه أنه متسامح وأنه لا يصيبه ضرر من تأخر المدين في التنفيذ.

فإذا أراد أن ينفي هذا الافتراض وجب عليه إخطار المدين برغبته في اقتضاء حقه ليسجل عليه تقصيره إذا لم ينفذ، والطريق القانوني لذلك هو الإعدار.

ب- وقد بينت المادة 335 مدني كيف يتم الإعدار فنصت على أنه "لا يجبر المدين على الوفاء إلا بعد إعداره بمطالبته بالوفاء بما عليه اختيارا أو إنذاره بإقامة الدعوى عليه لدى القضاء

1 - د. البيراوي ف 35 ص 53.

لإجباره على الإيفاء. ويجوز الاتفاق مقدما على أن يكون رفع الدعوى عند حلول الأجل دون حاجة إلى إجراء آخر.

وفي ضوء هذه المادة فإن الإعذار يتم بإحدى الطرق الثلاث التالية:

الأولى: المطالبة بالوفاء اختيارا حيث يسمح نص المادة 335 مدني للدائن بأن يعذر مدينه بالمطالبة عن طريق ورقة غير رسمية كخطاب مسجل أو برقية. فالنص لم يحدد وسيلة هذه المطالبة. ولذلك يكفي أيضا الخطاب العادي أو مجرد الإخطار الشفوي ما دام أن الدائن يستطيع أن يثبت حصول ذلك.

الثانية: الإنذار بإقامة الدعوى أو ما يقوم مقامه : وللدائن أن يختار طريق الإنذار بإقامة الدعوى لإجبار المدين على الوفاء. وهذا هو الطريق الرسمي للإعذار. والإنذار ورقة رسمية من أوراق المحضرين تعلن إلى المدين بناء على طلب الدائن يبين فيها بوضوح أنه يطلب من المدين تنفيذ التزامه. وهذا هو الطريق العادي للإنذار. ويلزم لصحة الإنذار تسليم صورة منه عن طريق المحضر إلى المدين حيثما وجد أو إلى من يقوم مقامه في التسليم. أو في موطنه. ويثبت هذا التسليم بتوقيع من تسلم الصورة على الأصل. وفي حالة امتناع المدين عن تسلم الإنذار أو التوقيع يعرض الإنذار بواسطة عاقل الحارة أو القرية أو قسم الشرطة إن وجد. أو يؤخذ إيضاح العاقل أو الإشهاد على الإنذار م/ 24 مرافعات. وتبين المادة 44 مرافعات كيفية تسليم الإنذار إذا كان المدين شخصا اعتباريا.

- ويقوم مقام الإنذار أية ورقة رسمية تعلن إلى المدين ويتضح منها جلاء أن الدائن يطلب من المدين الوفاء بالتزامه. فيعد إعذارا في هذا المعنى إعلان المدين بصحيفة الدعوى المقامة عليه. والإنذار يتحقق بهذه الوسيلة حتى لو كانت الدعوى قد رفعت أمام محكمة غير مختصة. كما يعد إنذارا محضر الحجز على أموال المدين. والتنبيه بنزع الملكية.

الثالثة: الاتفاق على الإعذار بمجرد حلول الأجل. حيث يستطيع المتعاقدان أن يتفقا سلفا على أن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى إجراء آخر. هذا الاتفاق صحيح ويرتب أثره: لأن شرط الإعذار لا يتعلق بالنظام العام. فيمكن الاتفاق على الاستغناء عنه بحلول الأجل م/ 335 مدني.

25- ثانيا: الحالات التي لا ضرورة فيها للإعذار:

لا ضرورة للإعذار في الحالات التالية:

الأول: وجود اتفاق على الاستغناء عن الإعذار:

فيجوز الاتفاق على أنه لا ضرورة للإعذار. وهذا الاتفاق قد يكون صريحا. وقد يكون ضمنيا . ومثاله ما يشترط في عقود التوريد أن يتم التسليم فورا. وفي عقود المقاولة إذا كان رب العمل قد أوجب على المقاول أن يتم العمل المطلوب في الوقت المحدد دون تأخير. وقد نصت على هذه الحالة المادة 335 مدني في شطرها الأخير . وفي حالة الشك حول وجود الاتفاق على الإعفاء من الإعذار يجب تفسير هذا الشك لصالح المدين فيكون الإعذار واجبا في هذه الحالة. وعليه لا يغني عن الإعذار الاتفاق على أن يكون الوفاء في موطن الدائن أو الاتفاق على شرط جزائي يلتزم به المدين إن تخلف عن الوفاء أو تأخر فيه. بل الإعذار فيه يكون واجبا.

الثانية: الاستغناء عن الإعذار حيث يصبح التنفيذ العيني غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين.

فالإعذار هو دعوة للمدين لتنفيذ التزامه عينا وإلا أصبح مسئولا عن تعويض الضرر الذي يترتب على عدم التنفيذ أو التأخر فيه. فإذا أصبح التنفيذ العيني غير ممكن أو غير مفيد بفعل المدين فإن الإعذار يصبح لا فائدة منه .

وعليه لا فائدة من الإعذار إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن بفعل المدين. كأن يترك محام ميعاد الاستئناف ينقض دون رفعه وأن يبيع البائع العقار مرة أخرى إلى مشتر ثان يسارع بالتسجيل فيصبح تنفيذ التزامه بنقل الملكية إلى المشتري الأول غير ممكن بفعله. أو كأن يكون المدين ملتزما بتسليم حصان معين ثم يهلك الحصان بخطئه. وكأن يقيم شخص بناء خروجا منه على التزامه بعدم البناء. فلا حاجة بالدائن إلى إعداره لمطالبته بالتعويض. لأن التنفيذ العيني وهو عدم البناء أصبح غير ممكن بفعل المدين .

ويلاحظ أن التعويض هنا مستحق عن عدم التنفيذ لا عن مجرد التأخير .

ولا فائدة من الإعذار إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير مجد لفوات الوقت أو المناسبة التي كان يجب أن يتم فيها تنفيذ الالتزام. فإذا تعهد مقاول بإقامة بناء للعرض في معرض ولم يتم المقاول البناء في موعد المعرض فلا فائدة من إعذار المقاول عندئذ .

وإذا اتفق شخص مع مغني مشهور للغناء في حفلة زواج سيتم في تاريخ معين ولم يحضر المغني في هذا التاريخ فإنه لا فائدة من إعداره لأن التنفيذ العيني للالتزام وإن كان ممكنا إلا أنه أصبح غير مجد لفوات ميعاد المناسبة. ومن هذا القبيل كذلك في العقود المستمرة

التنفيذ إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه لفترة ماضية فإنه يجب عليه التعويض دون حاجة إلى إعدار لأن الإخلال قد وقع في الماضي ولا يمكن العودة إلى التنفيذ في الماضي .
وقد نصت المادة 336 مدني على هذه الحالة في فقرتها الأولى .

الثالثة : الاستغناء عن الإعدار إذا صرح المدين أنه لن يوفي بالتزامه :

وقد عبرت المادة 336 مدني في فقرتها الرابعة عن هذه الحالة بقولها " 4... - إذا صرح المدين بأنه متمرد عن الوفاء" . ويشترط القانون المدني المصري في المادة 220 أن يكون تصريح المدين كتابة ، ولا يشترط ذلك القانون اليمني في المادة السابقة حيث يكفي فيه التصريح الشفوي بإصرار المدين على عدم الوفاء .

والحكمة في إعفاء الدائن من الإعدار في هذه الحالة هي عدم جدوى هذا الإعدار فليس من المقبول أن يحمل سكوت الدائن على محمل التسامح بعد تصريح المدين بعزمه على عدم تنفيذ الالتزام .

الرابعة : الاستغناء عن الإعدار في الالتزامات غير التعاقبية :

فالإعدار هو دعوة الدائن مدينه بتنفيذ التزامه والتنبيه عليه بعدم التسامح في تأخره . وهذا لا يتصور إلا في الالتزامات التعاقبية ، ولذلك فقد نص القانون المدني في المادة 336 في فقرتها الثانية والثالثة على أنه : " لا ضرورة للإعدار إذا كان الحق (التعويض) ناشئاً عن العمل غير المشروع أو كان المدعى به شيئاً يعلم المدعى عليه أنه مسروق أو تسلمه بدون وجه حق" .

وأساس الالتزام في هذه الحالات هو الفعل الضار والإثراء بلا سبب .

26. ثالثاً : الآثار التي تترتب على الإعدار :

إذا تم الإعدار ترتبت عليه آثاره وهي استحقاق الدائن التعويض ، وانتقال تبعة الهلاك ، وإمكانية المطالبة بالفسخ في العقود الملزمة للجانبين ، ونوضح فيما يأتي هذه الآثار .

أ- استحقاق الدائن التعويض :

إذا قام الدائن بإعدار المدين ولم يقم المدين بالتنفيذ بعد الإعدار اعتبر عندئذ مقصراً واستحق الدائن التعويض إذا أصابه ضرر نتيجة التأخر فيه .

أما قبل إعدار الدائن المدين فيفترض أن الدائن متسامح وأنه لم يصبه ضرر من التأخير في التنفيذ .

ب- انتقال تبعة الهلاك إلى المدين :

إذا كان المدين ملتزماً بتسليم شيء ولم يقدّم بتسليمه بعد إعداره، فإن تبعة الهلاك بعد الإعذار تكون عليه بعد أن كانت هذه التبعة على الدائن قبل الإعذار م/ 341 مدني⁽¹⁾.

ففي عقد الوديعة مثلاً إذا هلك الشيء المودع بقوة قاهرة حمل الدائن (المودع) تبعة الهلاك. ولكن إذا كان المودع لديه قد أعذر برد الوديعة فلم يردّها ثم هلك عندّه حمل هو تبعة الهلاك.

والسبب في ذلك هو أن الإعذار يضع المدين موضع المقصر فإذا لم يسلم الشيء المودع لديه بعد الإعذار فإنه يكون مخطئاً ويتحمل نتيجة خطئه حيث يحمله القانون تبعة الهلاك الذي يحدث بعد الإعذار لأن الهلاك عندئذ راجع إلى فعله إذ لو سلمه لما هلك.

ج- الفسخ :

يستطيع الدائن بعد إعداره المدين أن يطالب بفسخ العقد إذا كان العقد من العقود الملزمة للجانبين لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه. وذلك حتى يتحلل الدائن من التزاماته تجاه المدين .

فقد نصت المادة 221 مدني على أنه في عقود المعاوضات الملزمة للعاقدين إذا لم يف أحدهما بالتزامه جاز للآخر بعد إعداره أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع تعويضه بما غرم في الحاليتين. وللقاضي أن يمنح الملتزم أجلاً للتنفيذ. إذا اقتضت الظروف ذلك. كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يف به الملتزم قليل الأهمية بالنسبة للالتزام في جملة هذا ما لم يتفق المتعاقدان على استبعاد الإعذار م/ 222 مدني⁽²⁾.

المبحث الثاني

طرق تقدير التعويض

27- تمهيد وتقسيم:

طرق تقدير التعويض ثلاث هي التقدير القضائي، والتقدير الاتفاقي (الشرطي الجزائي)، والتقدير القانوني أي الفائدة في بعض التشريعات. ولأن القانون المدني اليمني حرم

1 - تنص هذه المادة على أنه في الالتزام بتسليم شيء إذا لم يقدم من عليه الحق بتسليم الشيء الملزم بتسليمه ضمن هلاكه ما لم يعذر صاحب الحق باستلامه وتنازع عن ذلك فيكون هلاك الشيء على صاحب الحق...

2 - تنص المادة 222 مدني على أنه: "يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه بمجرد عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه ودون حاجة إلى حكم قضائي ولكن هذا الاتفاق لا يعفي من اختار الفسخ من الإعذار للطرف الآخر إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه..."

الفائدة بنص صريح هو المادة 356⁽¹⁾ . فلن نتطرق إليه في شرح طرق التعويض . على أن المشرع اليمني نص في المادة السابقة على أن لصاحب الحق أي الدائن أن يتفق مع المدين على عمولة في مقابل أي عمل يقوم به لمنفعة المدين بالوفاء ولا يجوز أن تزيد النسبة المتفق عليها في مقابل الأمور المنصوص عليها في المادة السابقة عن 5% من قيمة الحق. وإذ كنا نتمنى عدم إيراد هذا النص الذي يميز للدائن أن يشترط عمولة بنسبة لا تزيد عن 5% من قيمة الحق وترك الموضوع للقواعد العامة لأن هذا النص يفتح المجال من باب خلفي لاشتراط الفائدة في صورة عمولة فيستغل الدائن حاجة المدين الذي قد يضطر إلى الرضوخ لرغبة الدائن. إلا أن النص يستدرك في نهايته ما قد يترتب على وجود هذا النص من آثار سلبية حينما منح القاضي سلطة رفض الاتفاق على العمولة إذا تبين للقاضي أنه لا يمثل اتفاقاً حقيقياً. كما أن له إنقاص العمولة إلى الحد المعقول مراعيًا في ذلك العرف التجاري وبما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية.

وندرس فيما يأتي طريقة التقدير القضائي وطريقة التقدير الاتفاقي في مطلبين.

المطلب الأول

التعويض القضائي

28- أولاً: عناصر تقدير التعويض :

للتعويض عنصران. ما أصاب الدائن من خسارة وما فاته من كسب. فمثلاً إذا لم يقم البائع بتسليم البضاعة إلى المشتري الذي دفع ثمنها استحق المشتري تعويضاً يمثل ما لحقه من خسارة وهي ثمن البضاعة وما فاته من كسب وهو الربح الذي كان يأمل الحصول عليه عند إعادة بيعها. ولو أن شخصاً صدم بسيارته سيارة شخص آخر وقد ترتب على هذا الفعل أن تكلف صاحب السيارة المتضررة مقابل إصلاحها مبلغ خمسين ألف ريال سميكة ورتج وتوقفت السيارة للإصلاح لمدة شهر. وترتب أيضاً على هذا الحادث نقصان قيمة السيارة فقد كانت قيمتها قبل الحادث تساوي مليون وثلاثمائة وبعد الحادث مليون ومائة فقط. ففي هذه الحالة يستحق صاحب السيارة المتضررة تعويضاً عما أصابه من

¹ - تنص على أنه: " كل اتفاق على فائدة ربوية باطل ولا يعمل به، وكل اتفاق تبين أنه يستر فائدة ربوية غير صحيح كذلك ولا يعمل به، ومع ذلك يجوز لصاحب الحق أن يتفق على عمولة في مقابل أي عمل يقوم به لمنفعة المدين بالوفاء ولا يجوز أن تزيد النسبة المتفق عليها في مقابل الأمور المنصوص عليها في الفقرة السابقة عن 5% من قيمة الحق. ويجوز للقاضي أن يرفض الحكم بالمقابل المتفق عليه إذا تبين أنه لا يمثل اتفاقاً حقيقياً من قبل صاحب الحق، أو أن ينقصه بنسبة ما تبين أنه نقص من الاتفاق الحقيقي عن النسبة المتفق عليها مع مراعاة العرف التجاري فيما لا يخالف شرعاً".

خسارة والمتمثلة في ما تكلفه في إصلاح السيارة وهو الخمسون ألف ريال. وما فاتته من كسب كان يحصل عليه لو لم يحدث التصادم لمدة شهر. وفارق القيمة قبل الحادث وبعده. وإذا كان القانون المدني المصري قد نص صراحة في المادة 221 على عنصري التعويض. فإن القانون المدني اليمني قد اكتفى بالنص على وجوب التعويض عن الضرر المحقق دون بيان لعناصر التعويض الذي يجبر هذا الضرر فالمادة 351 مدني يمني تنص على أنه: "...ويكون التقدير على أساس ما لحق صاحب الحق من ضرر محقق..." ولا شك أن الضرر المحقق المذكور في هذا النص يشمل ما أصاب الدائن من خسارة وما فاتته من كسب إذ الكسب الذي فات هو ضرر محقق بالدائن .

وبلاحظ أنه يدخل في الخسارة التي تلحق الدائن حرمانه من الانتفاع بالشئ. فمثلا إذا تأخر بائع السيارة في تسليمها عن مواعدها. كان للمشتري الحق في مطالبته بتعويض عن حرمانه من استعمالها طوال مدة التأخير. ويتمثل هذا التعويض في مقابل تأجير سيارة خلال هذه المدة التي حرم فيها من سيارته .

فإذا لم يصب الدائن بأي ضرر أي لم تلحقه خسارة ولم يفته كسب من جراء عدم قيام المدين بالتنفيذ أو من جراء تأخيره لم يكن هناك محل للتعويض .

29-ثانيا: حدود التعويض:-

يقصد بحدود التعويض تحديد الأضرار التي يجب على المدين التعويض عنها. ويلتزم المدين بتعويض الدائن عن الأضرار المباشرة دون الأضرار غير المباشرة في المسئوليتين العقدية والتقصيرية. ويلتزم بالتعويض عن الأضرار المباشرة المتوقعة في المسئولية العقدية . أما في المسئولية التقصيرية فيسأل المدين عن الأضرار المباشرة المتوقعة وغير المتوقعة. كما يلتزم المدين عن الضرر المحقق دون الضرر الاحتمالي. وهو يلتزم بالتعويض عن الضرر المادي والضرر الأدبي معاً. وندرس هذه الأنواع بشيء من التفصيل فيما يأتي.

أ- الضرر المباشر والضرر غير المباشر :

الضرر المباشر هو الضرر الذي يعد نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فيه بحيث لا يستطيع الدائن أن يتوقاه لو أنه بذل جهداً معقولاً . وفي هذا تنص المادة 351 مدني على أنه: "إذا لم يكن متفقاً على مقدار التعويض في العقد أو بنص القانون فالقاضي هو الذي يقدره. ويكون التقدير على أساس ما لحق صاحب الحق من ضرر محقق بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالحق أو للتأخر في الوفاء به . ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة صاحب الحق أن يتوقاه ببذل جهد معقول . وإذا كان ناشئاً عن عقد فلا يحكم على الملتزم الذي لم

يرتكب غشاً أو خطأً جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي يمكن توقعه عادة وقت العقد".

والضرر غير المباشر وفقاً لمفهوم نص المادة السابقة هو الضرر الذي لا يعد نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالتزام أو للتأخر فيه حيث يستطيع الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول.

والضرر الذي يعرض عنه في نوعي المسؤولية هو الضرر المباشر. فإذا تعهد ناقل بنقل مضخة بئر ارتوازية خاصة بري أرض زراعية فتلفت هذه المضخة في الطريق بسبب حادث للقاطرة التي نقلت عليها المضخة وأدى هذا الحادث إلى تعذر الانتفاع بالبئر التي كانت قد أعدت لتركيب المضخة فيها فلم يستطع صاحبها ري أرضه فتلفت زراعته. كما أنه كان قد تعهد لجيرانه المزارعين بري أراضيهم بهذه المضخة ولم يستطع أن يفي بما تعهد به. فطالبوه بالتعويض.

في هذه الحادثة تسلسلت مجموعة من الأضرار ولكن التعويض لا يكون إلا عن الأضرار المباشرة فقط وتتحدد في هذا المثال بتلف المضخة بسبب الحادث لأن هذا التلف هو نتيجة مباشرة للحادث ولم يكن باستطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول. أما بقية الأضرار فأضرار غير مباشرة لا تعويض عنها. وإذا اشترى شخص بقرة من تاجر مواشي وكانت هذه البقرة موبوءة فتعدي مواشي المشتري وموت هذه البقرة وموت معها سائر مواشيه فلا يتمكن من زراعة أرضه. ولا يستطيع الوفاء بديونه فيحجز الدائنون على أرضه وتباع بثمن بخس فهذه أضرار متعاقبة ولكن لا يعرض البائع المشتري إلا عن الضرر المباشر المتمثل في موت البقرة الموبوءة وموت مواشيه أما سائر الأضرار الأخرى فهي أضرار غير مباشرة لا محل للتعويض عنها. وإذا تعاقدت مصبغة مع ناقل لنقل ثيابها المصبوغة إلى مكان ما فتلفت هذه الثياب في الطريق. فلا يلتزم الناقل إلا بالتعويض عن الضرر المباشر المقدر بما لحق المصبغة من خسارة وما فاتها من كسب نتيجة تلف الملابس. أما التعويض عما تدعيه المصبغة من حرمانها من عملائها الذين ساءهم فقد ملابسهم فهو ضرر غير مباشر لا يجب التعويض عنه.

ب- الضرر المباشر المتوقع والضرر المباشر غير المتوقع:

الضرر المباشر قد يكون متوقعا. وقد يكون غير متوقع. والضرر المتوقع هو ذلك الضرر الذي يمكن توقعه عادة وقت إبرام العقد⁽¹⁾ (م/ 351 مدني). أما الضرر غير

¹ وفي المسؤولية التقصيرية يكون الضرر متوقعا إذا كان يمكن توقعه وقت ارتكاب الخطأ.

المتوقع فهو الضرر الذي لا يمكن توقعه عادة وقت العقد. والمدين ملزم بالتعويض عن الضرر المتوقع في المسؤولية العقدية أما في المسؤولية التقصيرية فيلتزم بالتعويض عن الضررين المتوقع وغير المتوقع .

فإذا فقد المسافر حقيبة ملابسه بإهمال الناقل فيكون للمسافر أن يقتضي من الناقل قيمة الأشياء الموجودة في الحقيبة المفقودة والتي جرى عادة الناس على وضعها في مثل هذه الحقائب. فإذا كان في الحقيبة مجوهرات مثلاً أو أوراق مالية لم يكن الناقل مسئولاً عن قيمتها لعدم جريان عادة الناس على وضعها في حقيبة السفر. وبالتالي لم يكن في وسع الناقل أن يتوقع وجود مثل هذه الأشياء في الحقيبة فلو كان يعلم ذلك لما قبل نقل الحقيبة أو لقبّل بأجر مرتفع وكان من الواجب على المسافر أن ينبه الناقل إلى وجود هذه الأشياء في الحقيبة حتى يضمنها فإن سكت ولم يفعل اقتصر التعويض على الضرر المتوقع عادة وقت إبرام العقد.

وإذا أودع شخص سيارته في جراج وكان بها حقيبة وضع فيها مجوهرات ثم سرقت السيارة من الجراج بإهمال عمال الجراج كان صاحب الجراج مسئولاً فقط عن التعويض عن قيمة السيارة. ولا يسأل عن قيمة المجوهرات ما لم يكن صاحب السيارة قد نبه صاحب الجراج إلى وجود هذه المجوهرات .

وإذا أهمل الطبيب في علاج مريضه وترتب على إهماله فقد صوته أو ضعفه وكان المريض مغنياً مشهوراً ولكنه لم يخبر الطبيب بمهنته لا يسأل الطبيب إلا عن الضرر الذي يصيب الناس عامة نتيجة فقد الصوت ولا يسأل عن الضرر الزائد الذي أصاب المريض بسبب هذا الظرف الخاص الذي كان يجهله .

ومعيار توقع الضرر هو معيار موضوعي هو ما يتوقعه الرجل العادي لو وجد في ظروف تشبه ظروف المدين م / 351 مدني .

30 - حالان يسأل فيهما المدين في المسؤولية العقدية عن الأضرار غير المتوقعة:

يسأل المدين - استثناء - عن الأضرار غير المتوقعة في المسؤولية العقدية في حالتين نصت عليهما المادة 351 مدني وهي: الأولى إذا ارتكب المدين غشاً أي تعمد عدم الوفاء بالتزام أو تأخر في تنفيذه عمداً. والثانية إذا ارتكب المدين خطأً جسيماً. والخطأ الجسيم هو ذلك الخطأ الذي لا يصدر عن أقل الناس تبصراً فجسامة الخطأ يجعل المدين مسئولاً عن الأضرار غير المتوقعة فضلاً عن الأضرار المتوقعة.

ج- الضرر المحقق والضرر الاحتمالي:

الضرر المحقق هو الضرر المؤكد وقوعه في الحال أو في المستقبل. أما الضرر الاحتمالي فهو الضرر غير المؤكد وقوعه فقد يقع وقد لا يقع. والضرر الذي يجب التعويض عنه هو الضرر المحقق دون الضرر الاحتمالي م/ 351 مدني. فإذا أحدث المستأجر خللاً بالعين المؤجرة يخشى معه أن تهدم فإن الخلل ضرر حال. أما تهدم العين فضرر محتمل فقد يحدث وقد لا يحدث فيعوض المؤجر عن الضرر المحقق الحال. دون الضرر المحتمل.

والضرر المحقق قد يكون مؤكداً الوقوع في المستقبل. فإذا أصيب شخص في حادث بعاهة وتؤكد أن هذه العاهة ستستمر طوال حياة المصاب فيمكن للمحكمة أن تقضي بالتعويض عن الضرر الذي سببته العاهة إلى حين صدور الحكم بل وعمما تسببه من أضرار في المستقبل.

على أنه يشترط للتعويض عن الضرر المؤكد وقوعه في المستقبل إمكانية تقدير قيمته الحقيقية مقدماً. فإذا لم يوجد لدى القاضي الوسائل اللازمة لتقدير قيمة الضرر الحقيقية فإنه يحتفظ للمضروب عندئذ بحقه في الرجوع على المسئول مرة أخرى بطلب إعادة النظر في تقدير التعويض.

د- الضرر المادي والضرر الأدبي:

الضرر الذي يصيب الإنسان قد يكون ضرراً مادياً وقد يكون ضرراً أدبياً. والضرر المادي هو ذلك الضرر الذي يصيب الإنسان في ماله أو يصيبه بخسارة مالية. ومثاله الضرر الناشئ من إتلاف مال معين مملوك لأحد الأشخاص. أو الضرر الناشئ من منافسة غير مشروعة بما أدت إليه من انصراف الزبائن عن محل التجاري. أو ما تسببه إصابة من حُمِل المصاب مصاريف العلاج والمستشفى وما سببته من عجز عن التكسب.

أما الضرر الأدبي فهو الضرر الذي لا يتضمن اعتداء على حقوق أو مصالح مادية. وإنما يتضمن اعتداء على حقوق وقيم معنوية. ومثاله الضرر الذي يصيب الإنسان في عاطفته كالضرر الناشئ من فقد عزيز. ومنه الضرر الذي يصيب الإنسان في سمعته كالضرر الناشئ من القذف أو السب ومنه الضرر الذي يصيب الإنسان بألم بسبب إصابة في جسمه ومنه في الأخير أي ضرر يصيب الإنسان في أية قيمة غير مالية كالدين أي العقيدة.

وقد استقر الرأي على أن الضرر الأدبي كالضرر المادي يجوز التعويض عنه.

وقد نص القانون اليمني على جواز ذلك أيضا في المادة 352 مدني بقوله: "التعويض يشمل الضرر المادي والضرر الأدبي أيضا. ولكن لا يجوز أن ينتقل الحق في تعويض الضرر الأدبي إلى الغير إلا إذا اتفق على ذلك أو كان صاحب الحق قد طالب به أمام القضاء".

والملاحظ وكما نصت هذه المادة أن انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي من المضرور إلى الغير لا يتم أو لا ينتقل بالحوالة أو بالمراث إلا إذا تحدد هذا التعويض بمقتضى اتفاق بين المسئول عن التعويض والمضرور، أو طالب به المضرور فعلاً أمام القضاء.

فإذا توفي المضرور دون أن يكون قد اتفق مع المسئول على قدر التعويض عن الضرر الأدبي أو دون أن يرفع الدعوى به لم ينتقل هذا الحق إلى ورثته.

ثالثاً: كيف يتم التعويض:

الأصل في التعويض أن يقدر القاضي التعويض بمبلغ نقدي لجبر الضرر الناتج عن عدم التنفيذ أو التأخر فيه أو الناتج عن الإخلال بأي التزام. يستعمل حقه، وكما نشر الحكم الصادر برد اعتبار من ثبتت براءته في دعوى سب رفعت ضده فبرأته المحكمة. فيعده نشر الحكم تعويضاً عينياً عن الضرر الأدبي الذي أصاب الشخص.

المطلب الثاني

الشرط الجزائي

31- أولاً: التعريف بالشرط الجزائي، ونطاقه، وشروط استحقاقه:

أ- الشرط الجزائي اتفاق سابق بين المتعاقدين على تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم تنفيذ المدين التزامه أو التأخر فيه.

وهذا الاتفاق قد يرد في العقد أو في اتفاق لاحق. وفي هذه الحالة يجب أن يكون الاتفاق على تقدير التعويض قد تم قبل وقوع الضرر. حتى نكون أمام شرط جزائي. أما إذا جرى الاتفاق عليه بعد وقوع الضرر فعلاً لم نكن بصدد شرط جزائي بل أمام تصالح. وانطبقت بالتالي الأحكام الخاصة بالتصالح.

والعقود التي تتضمن شرطاً جزائياً كثيرة في الحياة العملية منها عقود المقاولة فكثيراً ما يتضمن عقد المقاولة شرطاً جزائياً يلزم المفاوض بدفع مبلغ معين عن كل فترة زمنية يتأخر فيها المفاوض عن تنفيذ التزامه. قد تكون هذه

الفترة يوماً أو شهراً أو أكثر. وفي عقود العمل كثيراً ما تتضمن لائحة المصانع شرطاً جزائياً يقضى بخصم مبلغ معين من العامل جزاء الإخلال بالتزاماته. وفي عقود النقل غالباً ما تتضمن تحديداً للمبلغ الذي يدفعه الناقل في حالة فقد البضاعة أو تلفها خطئه.

على أن الشرط الجزائي لا يقتصر على مجال المسؤولية العقدية. فقد يرد أيضاً في مجال المسؤولية التقصيرية الناشئة عن العمل غير المشروع ومثال ذلك أن يتفق صاحب مصنع مع جيرانه على مقدار التعويض عن الضرر الذي قد يصيبهم مستقبلاً من الدخان المتصاعد من مداخن المصنع أو الضجة الناجمة من الآلات.

ب- ومجال الشرط الجزائي هو في الحالات التي لا يكون فيها محل الالتزام مبلغاً نقدياً وعلّة ذلك أنه إذا كان محل الالتزام مبلغاً نقدياً فإن الاتفاق على التعويض عند إخلال المدين بالتزامه هو اتفاق على فائدة ربوية ولذلك فإن بعض القوانين العربية تنص صراحة على عدم جواز مثل هذا الاتفاق.

وعلى العكس من ذلك نجد بعض هذه القوانين لا تقيد من نطاق هذا الاتفاق. فالقانون المدني المصري مثلاً يجيز في المادة 223 مدني الاتفاق مقدماً على تقدير التعويض عن الإخلال بالالتزام أياً كان موضوعه. سواء أكان مبلغاً نقدياً أم شيئاً آخر. كما لو تمثل موضوع الالتزام في القيام بعمل أو في الامتناع عن عمل. ويكون بذلك قد فتح الباب أمام اشتراط الفوائد الربوية بتوسيعه نطاق الشرط الجزائي وشموله للالتزام بدفع مبلغ نقدي.

بل إن هذا القانون يجيز صراحة للمتعاقدين الاتفاق على فوائد عن التأخير في تنفيذ الالتزام سواء لحق الدائن ضرر من هذا التأخير أم لا (م/ 227، 228 مدني مصري).

أما القانون اليمني فلم ينص صراحة على تحديد نطاق الشرط الجزائي مثله في ذلك مثل نظيره القانون المصري؛ إلا أنه ينص صراحة في المادة 356 مدني على عدم جواز الاتفاق على فائدة ربوية. ويجيز للدائن أن يتفق مع المدين على عمولة لا تزيد عن 5% من قيمة الحق مقابل أي عمل يقوم به لصالح المدين بالوفاء بما يعد تقييداً لمجال الشرط الجزائي وأنه لا يشمل الالتزام الذي محله مبلغ نقدي.

على أن استدراك المشرع اليمني في نص المادة السابقة بإجازة الاتفاق على نسبة من قيمة الدين كعمولة يفتح بلا شك المجال للتلاعب والتحايل على

أحكام هذا القانون ومن ثم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية التي تحرم الفوائد الربوية.

ت- ويشترط لاستحقاق الشرط الجزائي شروط استحقاق التعويض وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر ثم الإعذار. فإذا خلف الخطأ أو الضرر أو انتفت علاقة السببية فلا يستحق الشرط الجزائي. كذلك يشترط الإعذار لاستحقاق الشرط الجزائي ما لم يتعلق الأمر بإحدى الحالات التي لا ضرورة فيها للإعذار عندئذ يستحق الشرط الجزائي دون إعذار.

32- ثانياً: التمييز بين الشرط الجزائي والعريون:

يشتهر الشرط الجزائي بالعريون عندما تكون دلالة العريون هي جواز العدول عن العقد مقابل خسارة مبلغ العريون إذ قد يفهم أن العريون في هذه الحالة هو شرط جزائي اتفق عليه المتعاقدان عند العدول عن العقد. وهذا الفهم غير صحيح إذ الشرط الجزائي تعويض ولا يستحق إلا إذا ترتب على الإخلال بالالتزام ضرر بالدائن بينما العريون يستحق بمجرد عدول المتعاقد عن العقد ولو لم يترتب على العدول ضرر. ولذلك فلا يستطيع القاضي أن يخفض مبلغ العريون بينما يستطيع أن يخفض مبلغ الشرط الجزائي لأن العريون مقابل العدول وقد حقق ولأن الشرط الجزائي تعويض فلا يستحق إلا إذا حدث ضرر بالدائن. ولذلك لا يعد الشرط الجزائي التزاماً تخييرياً أو بدلياً؛ لأن المدين لا يستطيع أن يعدل عن تنفيذ الالتزام الأصلي ويعرض الشرط الجزائي بينما يستطيع أن يترك الالتزام الأصلي حتى لو كان ممكناً ويدفع العريون بدلاً من الالتزام الأصلي لأن العريون وضع مقابل العدول.

33- ثالثاً: أهداف الشرط الجزائي وخصائصه:

يحقق الشرط الجزائي أهدافاً، ويلعب مخصصاً:

- 1- أهداف الشرط الجزائي: يحقق الشرط الجزائي عدة أهداف منها:
 - 1- أنه يقوم بدور المحدد للمسئولية أي المخفف لها، ويقع هذا عندما يكون مقدار التعويض المحدد مقدماً لعدم التنفيذ أقل بكثير عن مقدار الضرر المتوقع حدوثه عن عدم التنفيذ.
 - 2- أنه يقوم بدور التقدير الجزائي للتعويض في الحالة التي يكون فيها مقدار التعويض المتفق عليه قد قيس بقدر الإمكان على قدر الضرر المتوقع حدوثه بالفعل عند عدم التنفيذ أو عند التأخر فيه.
 - 3- أنه يقوم أخيراً بدور التهديد المالي والضغط على المدين لتنفيذ التزامه في الموعد المحدد. ولذلك فالشرط الجزائي في هذا الدور يقوم بالدور الذي يقوم به التهديد القضائي أي الغرامة التهديدية. ويقع ذلك عندما يكون مقدار الشرط الجزائي

مرتفعاً بشكل ملحوظ عن قدر الضرر المتوقع حدوثه نتيجة عدم التنفيذ أو التأخر فيه. ومثاله أن يتفق رب العمل مع مقاول على إلزام المقاول بدفع مبلغ معين من النقود عن كل يوم يتأخر فيه عن إنجاز العمل في موعده المحدد.

ب- خصائص الشرط الجزائي: يلميز الشرط الجزائي بعدة خصائص منها:

1- أن الشرط الجزائي الزام نابع للالزام الأصلي:

الشرط الجزائي ينبع الالتزام الأصلي وجوداً وعدماً. والالتزام الأصلي قد يكون عملاً التزم به المدين أو امتناعاً عن عمل أو نقل حق عيني معين. وهذا يعني أن الشرط الجزائي لا يجوز الاتفاق عليه استقلاً. وإنما هو يقوم دائماً إلى جانب الالتزام الأصلي. ويتربط على هذه الخصيصة أن سقوط الالتزام الأصلي يؤدي إلى سقوط الالتزام بالشرط الجزائي بالتبعية. فقد يسقط الالتزام الأصلي بالبطلان فيبطل بالتبعية الشرط الجزائي. فإذا كان محل الالتزام الأصلي مثلاً غير مشروع كان الالتزام باطلاً وبطل معه الشرط الجزائي. كما إذا تعهد شخص بارتكاب جريمة وإلا التزم بدفع مبلغ من المال. وقد يكون البطلان نسبياً ويتمسك به من له الحق في التمسك بالبطلان فيسقط الالتزام الأصلي ويسقط معه الالتزام بالشرط الجزائي. كما لو أبرم ناقص الأهلية عقداً أو تعيبت إرادة أحد المتعاقدين بعيب من عيوب الإرادة. وقد يسقط الالتزام الأصلي نتيجة استحالة تنفيذه بقوة قاهرة فيسقط معه بالتبعية الشرط الجزائي. وهذا يعني أن الدائن إذا اختار الفسخ لإخلال المدين بالتزامه الأصلي فإنه لا يستطيع المطالبة بقيمة الشرط الجزائي لأنه يسقط معه بالتبعية.

كما يترتب على هذه الخصيصة وهي كون الشرط الجزائي التزاماً تابعاً للالتزام الأصلي أن جميع الأوصاف التي تلحق الالتزام الأصلي من شرطاً أو أجل تلحق بالتبعية الشرط الجزائي ويصير هذا الالتزام موصوفاً بوصف الالتزام الأصلي.

2- أن الشرط الجزائي الزام احتياطي:

فالشرط الجزائي يقوم بدور التعويض. والتعويض وسيلة احتياطية لا يلجأ إليها إلا عند عدم تنفيذ الالتزام الأصلي أو عند التأخر في تنفيذه. ويتربط على ذلك أن الدائن لا يستطيع أن يطالب إلا بالالتزام الأصلي ما دام ممكناً ولا يجوز للمدين أن يعرض على الدائن إلا الالتزام الأصلي ما دام ممكناً أيضاً. فالالتزام بالشرط الجزائي ليس إذاً التزاماً بديلاً ولا التزاماً تخييرياً. فهو ليس التزاماً بديلاً لأن المدين لا يستطيع أن يعدل عن تنفيذ الالتزام الأصلي إذا كان ممكناً إلى تنفيذ

الالتزام بالشرط الجزائي: لأن هذا الالتزام التزام احتياطي. وهو ليس التزاما خيريا أيضا لأن الدائن لا يستطيع أن يختار بين الالتزام الأصلي والشرط الجزائي فيطلب تنفيذ أيهما بل هو لا يستطيع أن يطلب سوى تنفيذ الالتزام الأصلي ما دام ممكنا. ولأن الشرط الجزائي تعويض. فلا يمكن أن يجتمع مع التعويض عن عدم التنفيذ. ما لم يكن الشرط الجزائي قد وضع كتعويض عن التأخر في التنفيذ. فيمكن عندئذ أن يجتمع مع التعويض عن عدم التنفيذ.

3- أن الشرط الجزائي تقدير جزائي للتعويض:

وتعد هذه الخصيصة من أبرز خصائص الشرط الجزائي. فهو ليس سوى اتفاق سابق على تقدير التعويض قبل وقوع الضرر. ويتربط على ذلك أن الشرط الجزائي ليس هو السبب في استحقاق التعويض وإنما السبب يتمثل في عدم التنفيذ العيني للالتزام. أو التأخر فيه. ولذلك يشترط لاستحقاق الشرط الجزائي باعتباره تعويضا كل ما يشترط لاستحقاق التعويض من خطأ وضرر وعلاقة سببية بين الخطأ والضرر. ثم الإغذار حيث يكون واجبا لاستحقاق التعويض.

وإذا كان الشرط الجزائي لا يفيد في استبعاد الضرر كشرط لقيام المسؤولية إلا أن له فائدة من ناحية أخرى. هي إثبات الضرر. فمن المعلوم أن عبء الإثبات يقع على الدائن وفقا للقواعد العامة في الإثبات. وبالتالي فإن الدائن في الشرط الجزائي وفقا لهذه القواعد هو الذي يقوم بإثبات الضرر الذي أصابه من عدم تنفيذ المدين التزامه أو التأخر فيه. إلا أن المشرع المصري في المادة 224 مدني خرج على هذه القاعدة في حالة الاتفاق على شرط جزائي حيث نقل عبء الإثبات إلى المدين مفترضا أن إخلال المدين بالتزامه وهو عدم التنفيذ أو التأخر فيه يتحقق معه وقوع الضرر بالدائن فلا يكلف بالإثبات⁽¹⁾. وهذا الافتراض يقبل إثبات العكس. فللمدين أن يثبت أن الدائن لم يلحقه أي ضرر ليتخلص من قيمة الشرط الجزائي.

أما القانون المدني اليمني وإن لم ينص صراحة على نقل عبء الإثبات إلى المدين إلا أنه مع ذلك يتفق مع القانون المصري في أن المدين ملزم بإثبات أن الدائن لم يصب بأي ضرر

¹ - تنص المادة 224 مدني مصري في فقرتها الأولى على أنه: "يكون التعويض الاتفاقي غير مستحق إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر".

نتيجة عدم تنفيذ الالتزام عينا أو تأخره في التنفيذ يفهم هذا المعنى من نص المادة 354 مدني⁽¹⁾.

34- رابعا: آثار الشرط الجزائي:

الأصل أنه إذا حقق إخلال المدين فلم ينفذ التزامه أو تأخر في تنفيذه تعين على القاضي الحكم به دون زيادة أو نقصان: لأن القاضي ملزم في هذه الحالة باحترام ما اتفقت عليه إرادة المتعاقبين. فاتفاقهم هو قانون القاضي الذي يجب تطبيقه بين المتعاقدين. لكن المشرع أعطى القاضي سلطة تقديرية في تخفيض قيمة الشرط الجزائي أو زيادته. بل وعدم الحكم به إذا لم يصب الدائن أي ضرر إذا أثبت المدين فعلا عدم إصابة الدائن بأي ضرر كما سنعرف لأن الشرط الجزائي تعويض وبالتالي لابد من حدوث ضرر بالدائن حتى يستحقه.

أ. سلطة القاضي في تخفيض قيمة الشرط الجزائي:

أجاز القانون للقاضي تخفيض الشرط الجزائي في حالتين نصت عليهما المادة 354 مدني حيث تنص على أنه: "يجوز للقاضي أن يخفض التعويض المتفق عليه إذا ثبت أن التقدير مبالغ فيه أو أن الحق قد نفذ في جزء منه..."

فالحالة الأولى التي يجوز فيها للقاضي تخفيض قيمة الشرط الجزائي هو إذا ثبت للقاضي أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة. وهو يقدر ما إذا كان التقدير مبالغا فيه أم لا في ضوء الظروف التي أحاطت بإبرام العقد. فقد يتبين للقاضي أن الشرط الجزائي قد وضع بغرض تهديد المدين وحمله على الوفاء بالتزامه. فيأخذ الشرط الجزائي عندئذ حكم الغرامة التهديدية من حيث وجوب إعادة القاضي النظر في قدر ما يحكم به على المدين من تعويض وفقا للقواعد العامة. فإن لم يتبين أن الشرط لم يكن موضوعا بقصد تهديد المدين كان معنى ذلك أن المتعاقدين قد وقعا في غلط في التقدير إذ أنهما قد ران قيمة الشرط على أساس اعتبارات وظروف معينة اتضح بعد ذلك عدم صحتها تماما. فأصبح التقدير مبالغا فيه.

والمدين هو الذي يثبت أن التقدير لقيمة الشرط الجزائي كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة. وقد صرحت بهذا المادة 224 مدني مصري⁽²⁾ في فقرتها الثانية. ويمكن الأخذ

¹ - حيث تنص على أنه: (يجوز للقاضي أن يخفض التعويض المتفق عليه إذا ثبت أن التقدير مبالغ فيه أو أن الحق قد نفذ في جزء منه)

² - تنص هذه المادة في الفقرة الثانية على أنه: "يجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه".

بهذا الحكم في القانون المدني اليمني وفقا للقواعد العامة ومفهوم نص المادة 354

مدني لأن المدين هو صاحب المصلحة في تخفيض قيمة الشرط الجزائي.

أما الحالة الثانية التي يجوز فيها للقاضي تخفيض قيمة الشرط الجزائي فهي إذا

ثبت للقاضي أن الالتزام الأصلي نفذ في جزء منه، فإذا كان الشرط الجزائي قد وضع

لعدم التنفيذ وكان المدين قد نفذ الالتزام تنفيذا جزئيا، فإن القاضي لا يكون قد

خرج على إرادة الطرفين إذا هو خفض الشرط بنسبة ما نفذ المدين من الالتزام.

والمدين في القانونين اليمني والمصري هو الذي يقع عليه عبء إثبات أن الالتزام

الأصلي قد نفذ في جزء منه. أما عدم التنفيذ أو التأخر فيه فيقع عبء إثباته على

الدائن لأنه المدعي بعدم التنفيذ أو التأخر فيه.

وسلطة القاضي في الحالتين السابقتين هي من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على

إلغائها / 354.

ب. سلطة القاضي في زيادة قيمة الشرط الجزائي:

نصت على هذه السلطة المادة 355 مدني بقولها: "إذا جاوز الضرر مقدار التعويض

المتفق عليه، فيجوز لصاحب الحق أن يطالب بزيادة التعويض إذا ظهر غش في العمل

أو خطأ جسيم". فالأصل أن الشرط الجزائي الذي يتضمن تعويضا أقل من قيمة

الضرر الواقع فعلا هو من قبيل الشرط المخفف لمسئولية المدين. والاتفاق على

التخفيف من المسئولية أو الإعفاء منها جائز.

ولكن إذا كان ما نزل بالدائن من ضرر نتيجة غش المدين أو خطئه الجسيم كما لو

تعهد عدم تنفيذ الالتزام، فإن الاتفاق على التخفيف من المسئولية في مثل هذه

الحالة يكون باطلا. ويجب على القاضي عندئذ أن يقدر التعويض وفقا للقواعد

العامة فيحكم بتعويض يتعادل مع الضرر الواقع، حتى لو كان ذلك أكثر من قيمة

الشرط الجزائي.

ويقع على الدائن إثبات أن المدين ارتكب غشا أو خطأ جسيما. أما إذا كان الغش أو

الخطأ الجسيم قد صدر من أشخاص يستخدمهم المدين في تنفيذ التزامه، فإن

القانون أجاز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن هؤلاء الأشخاص.

وبترتب على ذلك أنه في حالة الشرط الجزائي إذا وقع إخلال بالالتزام نتيجة غش أو

خطأ جسيم من أشخاص يستعملهم المدين في تنفيذ التزامه لم يكن من الجائز

زيادة الشرط الجزائي. ذلك أن الشرط الجزائي يعد في هذه الحالة اتفاقا على تخفيف

القسم الثالث

وسائل ضمان تنفيذ الالتزام

35- تهديد ونقسيم:

ينفذ الدائن بحقوقه على أموال المدين. وسواء أكان التنفيذ عينيا أو بطريقة التعويض فأموال المدين هي محل التنفيذ. فهي الضمان العام للدائنين. وهناك وسائل حددها القانون المدني للمحافظة على الضمان العام حتى يتم التنفيذ على هذه الأموال. كما أن هناك وسائل تحفظية يقتصر هدفها إما المحافظة على حقوق الدائن لدى المدين مثل قيام الدائن بقطع مضي المدة حتى يمنع سقوط الدعوى في مواجهته أو قيامه بقيد رهن ضامن لحقه أو طلبه تحقيق إمضاء مدينه على السند. وقد تقتصر هذه الوسائل التحفظية على التحفظ على أموال المدين من ذلك طلب وضع الأختام على أموال مدينه المتوفى أو المفلس وطلب تحرير محضر جرد لهذه الأموال. وتدخل الدائن في دعوى مقامه من المدين أو عليه.

ويلاحظ أن الدائن بالنسبة لهذا النوع الثاني من وسائل التحفظ وهو وسائل التحفظ على أموال المدين. بإبصارها الدائن باسم مدينه لأنه يستعمل حقا خاصا به. ويستطيع مباشرتها أي دائن حتى لو كان حقه مقترنا بأجل أو معلقا على شرط لأنها عبارة عن وسائل تحفظية أو احتياطية.

كما توجد وسائل أخرى أكثر فعالية من الوسائل السابقة نظمها قانون المرافعات وتهدف إلى حصول الدائن على حقه مباشرة من أموال المدين وتسمى بالوسائل التنفيذية وهي الحجز على أموال المدين منقولات كانت أو عقارات. والحجز على ما للمدين لدى الغير. ولا يجوز استعمال هذه الوسائل إلا اقتضاء لدين محقق الوجود ومعين المقدار وحال الأداء وأن يكون بيد الدائن سند تنفيذي كالأحكام القضائية ومحاضرا لصالح التي تصدق عليها المحكمة أو مجالس الصلح. والأوراق الأخرى التي يعطيها القانون هذه الصفة.

فإذا حصل الدائن على سند من هذه السندات عليها الصيغة التنفيذية استطاع عن طريق القضاء مباشرة التنفيذ على أموال المدين بواسطة هذه الوسائل.

ونقتصر على دراسة الوسائل المتوسطة التي تمهد للدائن سبيل التنفيذ وهي الدعوى غير المباشرة ودعوى وقف التصرف في القانون المدني اليمني والتي يقابلها دعوى عدم نفاذ التصرف في القانون المدني المصري أو ما يسمى بالدعوى البولصية. ودعوى الصورية. والحجز على المدين المفلس. والحق في الحبس وذلك في خمسة مباحث. وقد نظم القانون المدني هذه الوسائل في الباب الرابع تحت عنوان وسائل ضمان تنفيذ الحق والذي يندرج ضمن القسم الثاني المعنون بالحق والالتزام به آثاره انتقاله وانقضاؤه حيث تناول الدعوى غير المباشرة أو

المطالبة بحقوق المدين في المادة 366 مدني. وتناول دعوى وقف التصرف في المادتين 367، 368 وتناول دعوى الصورية في المادة 369 والتي أحال فيها إلى المادة 182 وما بعدها والمتعلقة بالتصرفات الصورية أو الهزل كما يسميها القانون المدني اليمني وتناول الحق في الحبس في المواد من 370 - إلى 374 مدني .

أما الحجر على المدين المفلس فقد تناوله في الفصل الثالث من القسم الثاني من الكتاب الأول المتعلق بالأحكام العامة في المعاملات. حيث بين القانون أحكام الحجر على المدين المفلس بإسهاب في المواد 71 - 83 مدني .

وهذه الوسائل التي نظمها القانون المدني اليمني أقوى من الوسائل التحفظية التي تقتصر على مجرد التحفظ على حقوق الدائن أو التحفظ على أموال المدين كما عرفنا. كما أنها أضعف من الوسائل التنفيذية لأنها لا تؤدي مباشرة إلى استيفاء الدائن حقه. بل إلى المحافظة على حق الدائن في الضمان العام حتى يأمن على هذا الضمان دون أن ينتقص منه المدين بغشه أو بتقصيره .

على أنه قبل أن ندرس هذه الوسائل الخمس نهد سريعا بالتعريف بالضمان العام الذي نحافظ عليه هذه الوسائل، وخصائصه، ومخاطره .

36- أولا: التعريف بالضمان العام وخصائصه :

أ- يقصد بالضمان العام أن أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه. فالدائن يستطيع أن ينفذ حقه لدى المدين على أموال هذا المدين سواء كان هذا التنفيذ عينيا أو بطريقة التعويض. ولذا تنص المادة 385 مدني على أنه: " أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان إلا ما استثنى بنص في القانون أو باتفاق دون إضرار بسائر الدائنين طبقا لما ينص عليه هذا القانون".

ويتميز الضمان العام عن الضمان الخاص الذي يتقرر للدائن على مال معين من أموال المدين. ويمنحه سلطة التنفيذ عليه وتتبعه واقتضاء حقه منه مفضلاً على غيره من الدائنين. كما هو الحال وحق الرهن مثلاً.

ويتميز الضمان العام بخصيصتين هما: الأولى أن الضمان العام يقع على مجموع أموال المدين التي تكون في ذمته وقت التنفيذ. ويترتب على هذه الخصيصة نتيجتان: أولاًهما أن الضمان العام لا يقع فقط على أموال المدين التي كانت موجودة في ذمته وقت نشوء الالتزام بل يشمل أيضاً كل ما دخل من أموال في ذمته بعد ذلك. وثانيتهما أن الأموال التي خرج من ذمة المدين بعد نشوء الالتزام خرج عن الضمان العام. بمعنى أن الدائن لا يستطيع أن يتتبع تلك الأموال في يد الغير فحقه مقصور على ما في ذمة المدين من أموال.

والخصيصة الثانية. أن جميع الدائنين العاديين متساوون في الضمان العام. فلا يتقدم دائن على آخر وفقاً لأسبقية نشوء الدين. ولذلك فإنه إذا لم تف أموال المدين بما عليه من ديون لدائنيه الذين نفذوا على أمواله اقتسموا حاصل التنفيذ فيما بينهم قسمة غرماء. أي نال كل منهم نسبة من دينه هي نفسها النسبة التي يقتضيها سائرهم كالنصف أو الربع مثلاً.

37- ثانياً: مخاطر الضمان العام:

يتعرض الدائن العادي لخطرين. خطر تصريف المدين في أمواله. وخطر مزاحمة الدائنين الآخرين له.

لذلك وضع القانون تحت يد الدائن بعضاً من الوسائل من شأنها حماية حقه حتى يتم التنفيذ بالفعل على أموال المدين وهذه الوسائل كما ذكرنا قبل قليل هي الوسائل التنفيذية والوسائل التحفظية. والوسائل المتوسطة. ونقتصر فيما يأتي على دراسة الوسائل المتوسطة كما نظمها القانون المدني اليمني وهي خمس وسائل وذلك في خمسة مباحث إن شاء الله .

المبحث الأول

الدعوى غير المباشرة.

38- تقسيم:

وندرس هذه الدعوى في مطالب أربعة ندرس في المطلب الأول التعريف بهذه الدعوى والهدف منها. وتتناول في المطلب الثاني مجال استعمالها وفي المطلب الثالث نتناول شروط استعمالها وتتناول آثارها في المطلب الرابع. ثم نعقب بمطلب خامس نتناول فيه الدعوى المباشرة.

المطلب الأول

التعريف بالدعوى غير المباشرة وهى:

39- أولاً: تعريف الدعوى غير المباشرة:

الدعوى غير المباشرة هي الدعوى التي يستعملها الدائن باسم مدينه ونيابة عنه للمطالبة بحقوق هذا المدين لدى الغير والتي أهمل في المطالبة بها إذا كان من شأن هذا الإهمال أن يؤدي إلى إفلاس المدين أو زيادة إفلاسه. وقد نظم القانون المدني اليمني هذه

الدعوى في المادة (366) تحت عنوان المطالبة بحقوق المدين. وهذه المادة تقابل المادة (235) مدني مصري .

واصطلاح الدعوى هنا منتقد لأنه غير دقيق - في ظل القانون المدني المصري الذي وسع من مجال استعمال هذه الدعوى - لأن اصطلاح الدعوى يوحي بأن استعمال الدائن لحقوق مدينه لا يكون إلا برفع دعوى أمام القضاء. وهذا غير صحيح. فقد يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه برفع دعوى كأن يرفع دائن البائع دعوى على المشتري يطالبه فيها بدفع الثمن وأن يرفع دائن الوارث دعوى يطلب فيها الحكم بنصيب مدينه في الميراث. وقد يتحقق هذا الاستعمال بإجراء آخر غير الدعوى. كأن يقوم الدائن بقطع تقادم يسري ضد المدين أو يقوم بتسجيل عقد اشترى به المدين عقاراً حتى تنتقل الملكية إليه أو قيد رهن يضمن حقاً في ذمة الغير لصالح المدين .

على أنه لا أثر لهذا الانتقاد في ظل القانون المدني اليمني الذي يخصص حق الدائن في استعمال حقوق مدينه في المطالبة بها عن طريق الدعوى كما يتضح هذا من نص المادة (366) مدني والتي تنص على أنه: "إذا تمرد المدين عن المطالبة بدينونه الحالة لدى الغير كان للقاضي بعد المرافعة أن ينصب من يراه ... للمطالبة بتلك الديون..." .

أما وصف هذه الدعوى بغير المباشرة فوصف صحيح لأن الدائن لا يستعمل حق مدينه باسمه هو شخصياً وإنما باسم مدينه. كما أن الفائدة التي تترتب على هذا الاستعمال لا تعود على الدائن إلا بطريق غير مباشر. إذ تدخل في الضمان العام. وبالتالي يستطيع الدائن أن ينفذ بحقه على الأموال التي دخلت في هذا الضمان. فالدائن الذي سجل عقداً اشترى به المدين عقاراً يؤدي هذا العمل إلى دخول العقار في ملك المدين. يستطيع الدائن بعده التنفيذ على هذا العقار ليقضي حقه⁽¹⁾.

40. ثانياً: هدف الدعوى غير المباشرة :

وتهدف هذه الدعوى إلى المحافظة على الضمان العام من أن ينتقص نتيجة إهمال المدين في استعمال ماله من حقوق لدى الغير أو المطالبة بها. فهي تواجه موقفاً سلبياً يتخذه المدين هو عدم المطالبة بحقوقه لدى الغير مع ما يترتب على هذا الموقف من ضرر بالدائن. فقد يؤدي إهمال المدين في المطالبة بحقوقه إلى حرمان الدائنين من التنفيذ على مال

(1) والملاحظ أن اللجوء إلى هذه الدعوى نادر في العمل لأن من يرفعها لا ينفرد بالتنفيذ على الحق الذي حافظ عليه فضلاً عن أنها ليست طريقاً من طرق التنفيذ وإنما هي مقدمة للحجز إذ هي تهدف إلى إدخال المال في ذمة المدين حتى يستطيع الدائن بعد ذلك التنفيذ. ولذلك فإن الدائن يبلغ من النقود يفضل استعمال وسيلة أخرى أكثر فائدة تمكنه من الحصول على حقه بطريق أسرع هذه الوسيلة هي حجز ما للمدين لدى الغير .

كان يدخل في ضمانهم العام لو أن المدين استعمل ماله من حقوق أو دعاوى ولا يكون في أموال المدين الأخرى ما يكفي لسداد ديونه كاملة. فيصيب الدائن ضرر من جراء هذا الإهمال. وقد وضع نظام هذه الدعوى لدفع هذا الضرر.

المطلب الثاني

مجال استعمال الدعوى غير المباشرة

41. أولاً: تحديد مجال الدعوى غير المباشرة:

يتحدد مجال استعمال هذه الدعوى بالحقوق والدعاوى التي يجوز للدائن استعمالها باسم مدينه. والأصل أن الدائن يستطيع أن يستعمل جميع حقوق ودعاوى مدينه إلا ما استثنى منها هذا على الأقل في ظل القانون المدني المصري كما سنعرف. أما القانون المدني اليمني فقد حصر مجال استعمالها في المطالبة القضائية بطريق الدعوى دون أن يمد هذا المجال ليشمل حقوقاً أخرى غير رفع الدعوى القضائية.

ولذا تنص المادة (235) مدني مصري على أن: "1- لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الأداء أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين..."

وعليه فاستعمال الدائن حقوق مدينه قد يتخذ صورة دعوى يرفعها باسم مدينه. كالدعوى التي يرفعها الدائن باسم مدينه يطالب فيها بتعويض مدينه عن الضرر المادي الذي أصابه من الغير وأهمل المدين في هذه المطالبة. وقد يتخذ استعمال الدائن لحقوق مدينه صورة عمل يقوم به الدائن باسم مدينه. كأن يقوم بتسجيل عقد شراء عقار اشتراه المدين. أو يقوم ببيع رهن يضمن للمدين حقاً على الغير أو يطعن باسم المدين في حكم صادر ضده بأي طريق من طرق الطعن. كالاستئناف والنقض.

على أنه يلاحظ أن استعمال الدائن حق من حقوق مدينه ليس من النظام العام فيصح الاتفاق بين الدائن والمدين على منع الدائن من مباشرة بعض الحقوق التي كان يجوز استعمالها. ومن ناحية أخرى لا يجوز الاتفاق بين المدين والغير على اعتبار حق ما من الحقوق المتصلة بشخصه التي لا يجوز لدائنه استعمالها بالنيابة عنه.

42. ثانياً : الدعاوى والحقوق التي لا يجوز المطالبة بها استثناء:

أخرج القانون طائفة من الحقوق والدعاوى من مجال الدعوى غير المباشرة عبر عنها القانون المدني اليمني في المادتين (359 و 361) بالحقوق غير القابلة للحجز. والحقوق المتصلة

بشخص المدين^(١) وهذه الطائفة المستثناة من مجال هذه الدعوى نصت عليها أيضا المادة (235 مدني مصري) في فقرتها الأولى^(٢). ونبين هذه الاستثناءات فيما يأتي مضيفين إليها استثناء يتفق عليه الفقه هو أنه لا يجوز للدائن استعمال ما للمدين من رخص.

أ- لا يجوز للدائن المطالبة بالحقوق غير القابلة للحجز:

لا يدخل في مجال هذه الدعوى حقوق المدين التي لا يمكن الحجز عليها. وبعبارة أخرى ما يخرج منها عن الضمان العام لدائنيه. وقد عدت المادة (359) مدني هذه الحقوق وهي ما يحتاجه المدين من مسكن وثياب صالحين لمثله. وآلة حرفته إذا كان ذا حرفة. وقوته وقوت من تلزمه نفقته من الدخل إلى الدخل.

ومن الأمثلة على ذلك أيضاً دعاوى الخاصة بالنفقة. فهذه تخرج عن الضمان العام لأن الدائن لا يستطيع التنفيذ على المال الذي يحكم به للمدين كنفقه. لأن الغرض من الدعوى غير المباشرة هو إدخال المال في ذمة المدين بقصد التنفيذ عليه. فإذا امتنع هذا التنفيذ امتنع بالتالي استعمال هذه الدعوى. ولذلك فلا يستطيع الدائن - للسبب ذاته - أن يستعمل حقوق مدينه الخارجة عن الذمة أي الحقوق غير المالية. فليس له مثلاً أن يستعمل حق مدينه في الطلاق أو دعوى النسب بنوة أو أبوة. مهما كانت النتائج المالية التي تترتب على أي منهما.

ب- لا يجوز للدائن استعمال الحقوق والدعاوى المتصلة بشخص المدين:

يعد الحق متصلاً بشخص المدين متى قام على اعتبارات أدبية يستقل بتقديرها الشخص. وتحدد المادة (361) أمثلة لهذه الحقوق منها عدم أخذ المدين أرش جنائية العمد الموجب للقصاص، حق المؤلف في نشر مؤلفه أو إعادة نشره. والمدين المعسر لا يؤجر بالدين. ولا يلزم المرأة المعسر الزوج لقضاء دينها من المهر.

(١) تنص المادة (359) مدني على أن: "الموسر هو من يقي ماله بدينونه أو يزيد عليها والمعسر هو من لا يملك شيئاً غير ما استثنى له مما لا يجوز الحجز عليه أو يبيع ما يحتاجه من سكن وثياب صالحين لمثله وآلة حرفته إذا كان ذا حرفة وكتبه إذا كان ذا علم وقوته ومن تلزمه نفقته من الدخل إلى الدخل والمفلس هو من لا يقي ماله بدينونه".

كما تنص المادة (361) مدني على أنه: "إذا كان المدين معسراً فلا يجبر أن يستأجره الدائن بدينه ولكن عليه أن يسعى بأي طريقة لإبراء ذمته من الدين، ويلزمه قبول الجهة عند تصديق الدائن عليه، ولا يلزمه أخذ أرش جنائية العمد الموجب للقصاص ولا يلزم المرأة الزوج لقضاء دينها من المهر كما لا يلزمها الزوج بمهر مثلها ويجوز لها التزوج بآل منه".

(٢) تنص المادة (235) مدني مصري في فقرتها الأولى على أن: "الكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الأداء أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين إلا ما كان منها متصلاً بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز".

فهذه الحقوق جميعها لا تدخل في مجال هذه الدعوى لأن المدين فقط هو الذي يستقل بتقديرها لتعلقها بحقه الشخصي. وهناك أمثلة أخرى منها حق الواهب في الرجوع عن الهبة، وحق المصاب في التعويض عما أصابه من الضرر الأدبي.

ج- لا يجوز للدائن استعمال ما للمدين من رخص :
الرخصة هي الحق الذي يتوقف نشوؤه على إعلان من جانب الشخص. فلا يجوز للدائن مثلاً أن يقبل الهبة نيابة عن مدينه⁽¹⁾. ولا أن يقبل شراء صفقة معروضة على المدين حتى لو كانت مرحلة وليس له أيضاً أن يطلب الشفعة باسم مدينه ولا أن يستعمل حق المدين بوصفه شريكاً على الشيوع في استرداد الحصة الشائعة التي باعها شريكه إلى أجنبي. ولا يجوز له أن يخل محله في استعمال أمواله واستغلالها بحجة سوء الإدارة أو بحجة أنه لا يحسن زراعة أرضه.

على أنه يجب التمييز بين الرخص والخيارات. فالخيارات مشيئة تستند إلى حقوق سبق اكتسابها ولكن صاحبها مخير بين أن يقبلها فيستقر له الحق نهائياً أو يردّها فيزول الحق عنه. وفي هذا تفرق الخيارات عن الرخص. فالخيار يفترض أن هناك حقاً نشأ وإنما يتعلق الخيار باستعمال الحق لا بإنشائه كما هو الحال في الرخص حيث يتوقف نشوء الحق على إرادة الشخص. والمثال على الخيارات خيار الموصى له في قبول الوصية أو ردّها. فحق الموصى له ينشأ بمجرد موت الموصى مصرّاً على الوصية ولكن القانون يمنحه خيار الرد. ومن ذلك خيار المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير في رد المنفعة التي وجهت إليه بالاشتراط. ولذلك يجوز للدائن في الحالتين القبول عن المدين ما لم يكن الأمر متعلقاً باعتبارات أدبية خاصة يستقل المدين بتقديرها فيكون القبول من الحقوق المتصلة بشخصه.

(1) على أن القانون المدني يمنى أجاز الضغط على المدين من قبل الدائن لقبول الهبة على الرغم من أن قبول الهبة رخصة لا يستعملها إلا من وجهت إليه، وإذا تنص المادة (361) على أنه: "... ويلزمه (المدين) قبول الهبة عند تضيق الدائن عليه..." وهذا موقف غريب من القانون المدني اليمني إذ لا إيجاب في الرخص ويخالف بهذا النص مبدأ حرية التعاقد كما يخالف حق الشخص في رفض التفضل عليه والإحسان من قبل الغير إذ أن قبول مثل هذا الإحسان متروك لتقدير الشخص نفسه دون غيره.

المطلب الثالث

شروط استعمال الدعوى غير المباشرة

43- مهيد ونقسيم:

حددت شروط استعمال الدعوى غير المباشرة المادة 366 مدني يمني. غير أنه قبل بيان هذه الشروط وفقاً لهذه المادة مجدها في القانون المدني المصري الذي بسط موضوع هذه الدعوى بنصوص واضحة لا لبس فيها. ثم نعقب ببيان شروطها في القانون المدني اليمني.

44- أولاً: شروط استعمال الدعوى غير المباشرة في القانون المدني المصري:

حددت هذه الشروط المادة 235 في فقرتها الثانية⁽¹⁾ ويمكن تناول هذه الشروط وفقاً لما ورد في هذه المادة. فهناك شروط ترجع إلى المدين. وشروط ترجع إلى الدائن.

أ- الشروط التي ترجع إلى المدين: يلزم توفر شروط ثلاثة:

الشرط الأول: عدم استعمال الدين لحقه لدى الغير:

ولا بهم سبب عدم استعماله لحقه. فيستوي أن يكون نتيجة إهمال منه أو بسبب سوء نية أي بقصد الإضرار بدائنيه فما على الدائن إلا أن يثبت عدم استعمال المدين لحقه. ولكي يحول المدين بين الدائن واستعمال حقه يجب عليه القيام بالمطالبة به فعلاً. فلا يكفي أن يظهر عزمه واستعداده للمطالبة بهذا الحق. وهذا يعني أن المدين يستطيع إنهاء هذه الدعوى إذا هو حل محل الدائن. وعندئذ على الدائن أن يتوقف عن السير في الإجراءات التي بدأها. وأن يترك إتمامها للمدين.

ويجوز للدائن أن يطلب بقاءه في الدعوى أو إدخاله فيها إذا كان المدين هو الذي رفعها ليراقب بنفسه الإجراءات محافظة على حقوقه وخشية تواطؤ مدينه مع المدعى عليه.

وللمدين أن ينهي هذه الدعوى دون أن يدخل فيها إذا اتفق مع الخصم (مدينه) على إنهاء النزاع صلحاً. وليس للدائن عندئذ سوى الطعن في الصلح إذا قصد به الإضرار بمصالحه بطريق الدعوى البولصية متى توفرت شروطها.

(1) تنص المادة 235 على أنه : (ولا يكون استعمال الدائن لحقوق منينه مقبولاً إلا إذا أثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق، وأن عدم استعمالها من شأنه أن يسبب إفساره أو يزيد في هذا الإفسار، ولا يشترط إعدار المدين لاستعمال حقه ولكن يجب إدخاله خصماً في الدعوى).

الشرط الثاني: أن يؤدي تقصير المدين إلى إعساره أو زيادته:

يجب أن يثبت الدائن أن عدم استعمال المدين حقه من شأنه أن يسبب في إعساره أو يزيد في هذا الإعسار. ويقصد بالإعسار هنا مجرد الإعسار الفعلي وهو أن تكون ديون المدين أكبر من حقوقه. ولا يشترط الإعسار القانوني الذي يستلزم صدور حكم به إذا توفرت شروطه .

ويدخل في الديون عند تقدير وجود الإعسار الديون الحالية والديون المؤجلة. وعليه فإذا كان المدين موسراً فليس للدائن أن يتدخل في شئونه فهو حر في استعماله حقوقه أو عدم استعمالها.

ويكفي لإثبات الإعسار إثبات الدائن مقدار ما في ذمة المدين من ديون وعلى المدين إذا أراد أن يدحض هذه القرينة أن يثبت أن أمواله تكفي للوفاء بتلك الديون. وذلك بالقياس على ما ورد في خصوص الدعوى البولصية.

الشرط الثالث: إدخال المدين في الدعوى:

يجب على الدائن إدخال المدين في الدعوى. ولكن ليس عليه أن يدخل سائر الدائنين فيها. والحكم الصادر فيها سيكون حجة عليهم لأن المدين وهو يمثل كل دائنيه مختصم فيها.

ولا حاجة إلى أن يعذر الدائن المدين قبل استعمال هذه الدعوى. وهو يستعملها دون حاجة إلى أي إجراء سابق للحلول محل المدين في حقوقه ودعاواه. فنيابة الدائن في هذه الدعوى ثابتة بحكم القانون.

ب- الشروط التي ترجع إلى الدائن:

يشترط القانون بالنسبة للدائن أن يكون حقه ثابتاً ومحققاً في ذمة المدين. فإذا نازع المدين أو مدين المدين (المختصم في الدعوى) في وجود هذا الحق وجب الفصل أولاً في هذا النزاع. لأن ثبوت صفة الدائنية شرط لقبول هذه الدعوى. وهذا الشرط كاف لقبولها .

وعليه فلا يشترط أن يكون حق الدائن قابلاً للتنفيذ. لأن هذه الدعوى ليست من إجراءات التنفيذ. بل هي من الإجراءات المتوسطة بين التحفظية والتنفيذية .

كما لا يشترط أن يكون هذا الحق معلوم المقدار⁽¹⁾ ولا مستحق الأداء ولذلك فالدائن تحت شرط واقف والدائن بدين مؤجل يستطيع استعمال هذه الدعوى. ولا يشترط أن يكون حق الدائن سابقاً على حق المدين الذي يطالب به. ذلك لأن الضمان العام يدخل فيه أموال المدين كلها وبصرف النظر عن تواريخ دخولها في ذمة المدين. كما أن الدائنين متساوون فيه بصرف النظر عن تواريخ نشوء حقوقهم. ولا يشترط أخيراً أن يحصل الدائن على إذن من القضاء لاستعمال هذه الدعوى. لأن نيابة الدائن ثابتة بحكم القانون.

45. ثانياً. شروط استعمال الدعوى غير المباشرة في القانون المدني اليمني.

حددت المادة 366 شرطين أساسيين لاستعمال هذه الدعوى. الأول تمرد المدين عن المطالبة بديونه الحالية. والثاني المطالبة أمام القضاء بتعيين منصوب عن المدين للمطالبة بهذه الديون. فهذه المادة تنص على أنه: ((إذا تمرد المدين عن المطالبة بديونه الحالية لدى الغير كان للقاضي بعد المرافعة أن ينصب عنه من يراه ويقدم من له عليه دين وذلك للمطالبة بتلك الديون والمحافظة عليها. وكل ما ينتج يدخل في أموال المدين ويكون ضمناً لجميع الدائنين)). على أنه يوجه إلى هذا النص بعض الملاحظات منها أن القانون المدني اليمني لم يشترط فيه إفلاس المدين الذي يقابل شرط الإعسار في القانون المدني المصري ولم يشترط صراحة إدخال المدين في الدعوى. كما أن النص يشترط في الحقوق التي تمرد المدين عن المطالبة بها أن تكون ديوناً حالة فحسب وهو الأمر الذي لم يشترطه القانون المصري في المادة 235 مدني واكتفى بشرط الإهمال إذا كان سيؤدي إلى إعساره أو الزيادة فيه. كأن يهمل في المطالبة بنصيبه في الميراث حيث يستطيع الدائن في ظل هذا القانون رفع دعوى للمطالبة به. وكأن يهمل في تسجيل عقد شراء عقار في السجل العقاري حتى تنتقل ملكيته إلى هذا المدين فيتقوى بذلك الضمان العام للدائنين. وهذا هو الهدف الأساسي للدعوى غير المباشرة في القانونين اليمني والمصري. وكان الأولى هو التوسع في مجال الحقوق التي يجوز للدائن المطالبة بها في ظل القانون اليمني.

ويشترط نص المادة 366 مدني يمني تعيين منصوب عن المدين للمطالبة بديونه الحالية. وهذا يعني أن حق الدائن في استعمال هذه الدعوى لا يثبت بحكم القانون بل بحكم من القضاء. والأمر في هذه الحالة كما يبدو جوازي للقضاء. فقد يرى القاضي أن المصلحة في

(1) ولذلك فالمضروور نتيجة فعل غير مشروع له حق في ذمة الفاعل بالتعويض. وهذا الحق وإن لم يكن معلوم المقدار لكنه ثابت في ذمة الفاعل ويستطيع المضروور أن يرفع دعوى غير مباشرة باسم مدينه المتسبب في الضرر للمطالبة بحقوق له لدى الغير.

تعيين منصوب وقد يرى العكس من ذلك وأن ما يدعيه الدائن لا يؤدي إلى الإضرار بمصلحته ومصلحة بقية الدائنين كما يزعم الدائن .

وإذا رأى القاضي تعيين منصوب، فإنه حينئذ ملزم بتقديم من له على المدين دين إذا طلب الدائن ذلك .

ويرى البعض وجوب الأخذ بشرط الإفلاس في ظل القانون المدني اليمني حتى يتحقق الهدف من هذه الدعوى وهو ضمان يسار المدين وبمعنى آخر المحافظة على الضمان العام للدائنين من أن ينتقص. والمقصود بالإفلاس في ظل القانون المدني اليمني هو زيادة الديون على الحقوق وهذا المعنى يقابل معنى الإعسار في القانون المدني المصري. أما الإعسار في القانون اليمني فله معنى أضيق من معنى الإفلاس حيث تعرفه 359 مدني بقولها : (...) والمعسر هو من لا يملك شيئاً غير ما استثنى له مما لا يجوز الحجز عليه أو بيعه⁽¹⁾

اطلب الرابعة

آثار الدعوى غير المباشرة

حددت المادة 366 مدني آثار هذه الدعوى في أن كل ما ينتج منها يدخل في أموال المدين ويكون ضماناً لجميع الدائنين. فالدعوى غير المباشرة تقوم على أساس نيابة الدائن عن المدين في استعمال حقوقه بهدف المحافظة على الضمان العام. فهو لا يطالب بحق لنفسه بل يطالب نيابة عن مدينه وباسمه حقا له لدى الغير بهدف المحافظة على الضمان كما ذكرت ومنع ضياع حقوق المدين.

وفي ضوء هذه الفكرة تتحدد آثار هذه الدعوى. وهي آثار تتعلق إما بالمدين وإما بالخصم في الدعوى وهو مدين المدين. وإما آثار تتعلق بالدائن رافع الدعوى وبسائر الدائنين الآخرين.

46- أولاً: آثارها بالنسبة للمدين:

يظل المدين محتفظاً بحقه لدى مدينه (الخصم في الدعوى). وله أن يتصرف فيه بكافة أنواع التصرف بنقله إلى الغير مثلاً أو بالتصالح عليه مع الخصم أو بالتزول عنه. فإذا فعل المدين ذلك انقضت الدعوى غير المباشرة ولم يكن للدائن إلا أن يطعن في تصرف المدين

(¹) عرفت المادة 359 الموسر والمفلس والمعسر بقولها: ((الموسر هو من يفي ماله بديون أو يزيد عليها، والمعسر هو من لا يملك شيئاً غير ما استثنى له مما لا يجوز الحجز عليه أو بيعه وهو ما يحتاجه من مسكن وثياب صالحين لماله وآلة حرفته إذا كان ذا حرفه وكتبه إذا كان ذا علم وقوته ومن تلزمه من الدخل والمفلس هو من لا يفي ماله بديونه)).

بالدعوى البولصية إذا توفرت شروطها. كما أن للمدين أن يقبض الدين من مدينه. فيكون وفاء مدين المدين وفاء صحيحاً مبرئاً ذمته. على الرغم من وقوعه بعد رفع الدعوى غير المباشرة.

47- ثانياً: آثارها بالنسبة للدائن رافع الدعوى وبقيّة الدائنين:

يستطيع الدائن رافع الدعوى- بصفته نائباً عن المدين- أن يطالب الخصم في الدعوى بكل ما كان يستطيع أن يطالب به المدين نفسه حتى لو كان حق الدائن أقل مما للمدين لدى الخصم .

فلو أن حق الدائن رافع الدعوى مثلاً مائة ألف ريال. وكان حق المدين في ذمة الخصم ثلاثمائة ألف ريال. كان للدائن مطالبة الخصم بالمبلغ كله وهو الثلاثمائة ألف ريال. لأن الدائن لا يختص - كما سنرى- بما يطالب به بل يدخل في ذمة مدينه. وفي الضمان العام لكل الدائنين فمن المصلحة للدائن أن يطالب بالحق الذي للمدين لدى الغير كاملاً إذ من الجائز أن يشاركه فيما يقضى به غيره من دائني المدين.

فإذا نجح الدائن في الدعوى. فإنه لا يستأثر وحده بنتيجتها. لأنه مجرد نائب عن المدين. وتهدف الدعوى إلى إدخال المال في ذمة المدين ليتقوى بذلك الضمان العام للدائنين.

ولذلك يستطيع الدائن رافع الدعوى وغيره من الدائنين التنفيذ على هذا المال دون أن يختص به الدائن الذي رفع الدعوى وحده.

وهذه النتيجة من شأنها أن تضعف الدعوى غير المباشرة وجعلها قليلة الاستعمال في العمل. فالدائن بعد أن ينفق المال والجهد في إجراءات رفع الدعوى يجد نفسه وقد زاحمه وشاركه غيره من الدائنين في حصيله هذه الدعوى دون أن يستأثر هو بثمرتها.

48- ثالثاً: آثارها بالنسبة للخصم في الدعوى:

يستطيع أن يتمسك في مواجهة الدائن رافع الدعوى بكل الدفع التي يستطيع التمسك بها ضد المدين نفسه. فله أن يتمسك مثلاً بانقضاء الدين بالتقادم أو بالمقاصة أو بالإبراء وله أن يتمسك بأوجه الطعن التي تشوب السند الذي أنشأ الدين.

وهو يستطيع أن يتمسك بالدفع التي نشأت بفعل المدين حتى وقت رفع الدعوى. كما إذا أبرأه المدين من الدين مثلاً. أو قبضه منه. ذلك أن رفع الدعوى لا يمنع المدين من مكنة التصرف في حقه.

المطلب الخامس

الدعوى المباشرة

إذا كانت الدعوى غير المباشرة لا تخول للدائن رافعها أية ميزة إذ أن حصيلتها - كما عرفنا - لا يستأثر بها الدائن رافع الدعوى، وإنما تدخل في الضمان العام، ويتقاسمها الدائنون فيما بينهم قسمة غرماء عند التنفيذ على هذه الحصيلة.

ولتلافي هذه العيوب وحماية لبعض الدائنين لاعتبارات معينة يمنح القانون الدائن إلى جانب الدعوى غير المباشرة دعوى مباشرة يرفعها باسمه شخصياً على مدين مدينه، ليحصل على حقه مباشرة، مما يجب أن يؤديه مدين المدين لمدينه.

ويترتب على هذه الدعوى نتائج هي على العكس من تلك النتائج التي تترتب على الدعوى غير المباشرة وهي أن الدائن رافع الدعوى المباشرة يستأثر بالحق الذي يطالب به، فلا يشاركه فيه غيره من الدائنين، كما أن المدين فيها لا يستطيع أن يتصرف في هذا الحق ويمتنع على مدين المدين من وقت إنذاره أن يوفي بالمدين لغير الدائن رافع الدعوى وبذلك يصبح حق الدائن كما لو كان حقاً ممتازاً بالنسبة لحقوق غيره من الدائنين.

والدعوى المباشرة لا يستعملها أي دائن كما هو الشأن بالنسبة للدعوى غير المباشرة بل لا بد من نص تشريعي يقررها لاعتبارات معينة تقتضي حماية الدائن.

ومن الحالات التي نص فيها القانون على الدعوى المباشرة ما يأتي:

الأولى- للمؤجر- وفقاً للقانون المصري- أن يرجع مباشرة على المستأجر من الباطن بما له في ذمة المستأجر الأصلي وفي حدود ما لهذا الأخير في ذمة المستأجر من الباطن.

الثانية- للمقاول من الباطن والعمال الذين يستخدمهم المقاول الأصلي أن يرجعوا مباشرة على رب العمل بقدر المبلغ الذي يكون مديناً به للمقاول الأصلي وقت إقامة الدعوى م/662 مدني

الثالثة - للموكل - في ظل القانون المدني المصري- أن يرجع مباشرة على نائب الوكيل، ولنائب الوكيل الرجوع مباشرة على الموكل. أما القانون المدني اليمني فلم يصرح في نص المادة 916⁽¹⁾ بهذا الحكم الوارد في القانون المدني المصري في المادة 708 فقرة ثالثة والتي

(1) تنص المادة 916 مدني على أن: ((ليس للوكيل توكيل غيره فيما وكل به إلا إذا كان مفوضاً أو أذن له الموكل، وإذا تم توكيل الوكيل الثاني صحيحاً صار وكيلاً للموكل، ويجوز للمحامي المفوض توكيل غيره من المحامين)).

تقضي بأنه (....) 3- ويجوز في الحالتين السابقتين للموكل ولنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر). والذي يفيد نص المادة 916 مدني يعني هو أنه إذا وكل الوكيل وكيلاً آخر فإنه تنشأ علاقة مباشرة بين وكيل الوكيل والموكل مما يعني أن للموكل أن يرجع على وكيل الوكيل بدعوى مباشرة، وهذا يقتضي أن يكون لوكيل الوكيل في المقابل دعوى مباشرة في مواجهة الموكل.

الرابعة- للمضطرور في حوادث السيارات أن يرجع مباشرة على شركة التأمين للمطالبة بالتعويض المحكوم به ضد المسئول في التأمين ضد الحوادث بدعوى مباشرة. وهذا المثال تطبيق لما ورد في آثار عقد التأمين حيث تنص المادة 1076 مدني على أنه: (....) وللمضطرور مطالبة المؤمن (الشركة) مباشرة بالتعويض).

المبحث الثاني

دعوى وقف التصرف

49- تمهيد وتقسيم:

ندرس دعوى وقف نفاذ التصرف كما سماها، القانون المدني اليمني المقابلة لدعوى عدم نفاذ التصرف في القانون المدني المصري في مطلبين. نتناول في المطلب الأول التعريف بهذه الدعوى وشروطها، وفي المطلب الثاني نتناول آثارها.

وقد نظم القانون المدني اليمني هذه الدعوى في نصين هما 367 و368 مستمداً أحكامها من الفقه الإسلامي حيث أخذ فيها بنظرية العقد الموقوف فاعتبر التصرف الصادر من المدين إضراراً بدائنيه موقوفاً على إجازة الدائنين في المادة 367 وهذا يعني أن التصرف الصادر من المدين في هذه الحالة لن يرتب أي أثر لا في العلاقة بين المدين المتصرف ومن تصرف إليه ولا في مواجهة الدائن رافع الدعوى ومن توفرت فيهم شروط رفع الدعوى.

أما في القانون المدني المصري فإنه يعتبر العقد الصادر من المدين إضراراً بدائنيه غير نافذ فحسب في مواجهة الدائن الذي صدر التصرف إضراراً به أما التصرف في العلاقة بين المدين ومن تصرف إليه فيعتبر نافذاً وهذا هو محل الخلاف بين القانونيين. وستزيد هذه المسألة إيضاحاً عند شرح آثار دعوى وقف التصرف.

أما ما يتعلق بشروط هذه الدعوى فلا يوجد اختلاف كبير بين القانونيين حولها.

المطلب الأول

التعريف بدعوى وقف نفاذ التصرف وشروطها

50. أولاً: التعريف بالدعوى والهدف منها:

تعرف هذه الدعوى - في ظل القانون المدني اليمني - بأنها الدعوى التي يرفعها الدائن باسمه ضد تصرف صادر من مدينه طالباً فيها وقف نفاذه.⁽¹⁾

وتُعرف - في ظل القانون المدني المصري - بأنها الدعوى التي يرفعها الدائن ضد تصرف قانوني صادر من مدينه طالباً فيها عدم نفاذ التصرف في مواجهته.⁽²⁾

وتسمى هذه الدعوى في الفقه المصري بالدعوى البولصية نسبة إلى اسم بريتور روماني (بولص) الذي يظن الكثير أنه أول من أدخل هذه الدعوى في القانون الروماني. وقد كانت تستعمل في القانون الروماني عند تصفية أموال المدين المفلّس تصفية جماعية، ولذلك كان يستعملها المصفي أو وكيل الدائنين. أما الآن فقد أصبحت دعوى فردية يستطيع أي دائن أن يستعملها متى توافرت شروطها.⁽³⁾

فالمدين قد يعتمد عندما تسوء حالته المالية إلى التصرف في أمواله بالبيع أو بالهبة أو غيرها من التصرفات كأن يوفي أحد دائنيه حقه بالكامل ويخرجه بذلك من قسمة القرماء التي يجب أن يشترك فيها مع بقية الدائنين. ففي مثل هذه الحالات حمى القانون الدائنين من تصرفات مدينهم المنطوية على غش بواسطة دعوى وقف نفاذ التصرف أو دعوى عدم نفاذ التصرف.

وتشترك هذه الدعوى مع الدعوى غير المباشرة في أن كلا منهما تهدف إلى المحافظة على الضمان العام عندما يكون المدين معسراً، ولكنهما يختلفان في أن الدعوى غير المباشرة تعالج موقفاً سلبياً للمدين المعسر هو سكوته عن عمد أو إهمال عن استعمال حقوقه أما دعوى وقف نفاذ التصرف فتعالج موقفاً إيجابياً للمدين عندما يعتمد القيام بتصرف ضار بدائنيه.

أ- ثانياً: شروط استعمال دعوى وقف نفاذ التصرف:

كما ذكرت قبلاً بأن شروط استعمال دعوى وقف نفاذ التصرف تتشابه كثيراً مع شروط استعمال دعوى عدم النفاذ في القانون المدني المصري. وعليه نتناول هذه الشروط في ضوء

(1) تنص المادة 367 على أنه "إذا قصد المدين الإضرار بدائنه بأن يترع بماله أو تصرف فيه متواطئاً مع المتصرف إليه يعرض إلى عقوبة السجن من أجل ذلك إلى إصاؤه فإن تصرفه يعتبر موقفاً على إجازة دائنيه الذين تضرروا منه..."

(2) تنص المادة 237 مدني مصري على أنه: "لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء وصدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه..."

(3) د. الديراوي ف 115 - ص 134.

النصوص الواردة في القانونين. مشيرين عند الحاجة إلى مواطن الاختلاف فقط بينهما فيما يتعلق بهذه الشروط.

والشروط المطلوبة لاستعمال هذه الدعوى هي إما شروط في التصرف المطعون فيه، وإما شروط في الدائن رافع الدعوى. وإما شروط في المدين والمتصرف إليه.

52- أ- الشروط المتعلقة بالتصرف المطعون فيه:

يشترط في تصرف المدين الذي يطعن فيه الدائن بهذه الدعوى:

1- أن يكون تصرفاً قانونياً مفقراً.

2- أن يؤدي التصرف إلى إعسار المدين أو زيادة إعساره.

3- أن يدخل في مجال استعمال هذه الدعوى.

4- أن يكون تالياً في الوجود لحق الدائن.

الشرط الأول: أن يكون تصرفاً قانونياً مفقراً.

أ- التصرف القانوني كما هو معروف هو إرادة إلى إحداث أثر قانوني معين سواء كان صادراً من جانبين وهو العقد أم صادراً من جانب واحد وهو الإرادة المنفردة. والعقد قد يكون عقد معارضة كالبيع والإيجار والصلح وقد يكون عقد تبرع كالهبة والعارية. أما الإرادة المنفردة فكالوعد بجائزة الموجه للجمهور، وكالزول عن حق عيني انتفاع مثلاً أو ارتفاع، أو الزول عن وصية صادرة لصالح المدين أو وقف المدين عيناً له أو إبرائه من دين له لدى الغير.

ويترتب على اشتراط أن يكون التصرف الصادر من المدين قانونياً أن الدائن لا يستطيع أن يطعن في أعمال المدين المادية فهو لا يستطيع الطعن في التزامات المدين غير التعاقدية كتلك الناشئة في ذمته نتيجة الفعل الضار أو الفعل النافع. لأن هذه الالتزامات تنشأ في ذمة المدين بدون إرادته ومن ثم لا يمكن للدائن أن يزعم أنها نشأت بقصد الإضرار به. على أن هناك عملاً غير إرادي يتصور فيه الغش هو العمل القضائي أو الحكم⁽¹⁾. فمن المتصور أن يرتكب المدين غشاً أثناء مباشرة الدعوى للمطالبة بحقوقه غشاً من شأنه الإضرار بدائنيته. ووسيلة الدائن للطعن في هذه الحالة هي اعتراض الخارج عن الخصومة. حيث يجوز لمن يعتبر الحكم الصادر في الدعوى حجة عليه ولم يكن قد أدخل فيها. أن يعترض على هذا الحكم بشرط إثبات غش من كان يمثله أو تواطئه أو إهماله الشديد.

(1) د. البدرابي - ف 121 - ص 139.

ب- ويشترط أيضاً في التصرف أن يكون مفقراً. ويقصد به التصرف الذي يؤدي إلى إنقاص حقوق المدين أو زيادة التزاماته كأن يهب المدين مالا له لآخر أو يبرئ مديناً له من حقوق له في ذمته. أو يرفض وصية أوصي له بها. أو يبيع مالا من أمواله بثمن بخس أو بثمن يبدده أو يخفيه عن الدائنين. وكأن يقترض متى كان القرض يؤدي إلى إعساره أو يزيد في الإعسار. وكانتعهد المدين بتقديم حصة في شركة.

ويعتبر التصرف مفقراً كذلك في ظل القانون المدني المصري إذا امتنع المدين عن التمسك بمضي المدة. أو فضل دائناً على آخر بتقديم رهن لأحدهم دون وجه حق أو وقى أحد الدائنين دينه قبل انقضاء الأجل أو بعد انقضاء الأجل إذا تم الوفاء نتيجة تواطؤ بين المدين والدائن (م/ 242 مدني). وعلى الدائن الطاعن في الحالة الأخيرة أن يثبت هذا التواطؤ. أما القانون المدني اليمني فلم يبين حكم هذه الحالات بل إن النص الوارد في شروط الطعن في التصرف لم يشترط أن يكون التصرف مفقراً وإنما يفهم هذا الشرط من شرط أن يؤدي التصرف الصادر من المدين إلى إعساره.

ولن يؤدي التصرف إلى إعسار المدين إلا إذا خرج من ذمته مال أو زادت التزاماته نتيجة التصرف الصادر منه.

الشرط الثاني: أن يؤدي تصرف المدين إلى إعساره:

يشترط للطعن بدعوى وقف نفاذ التصرف أن يثبت الدائن أن التصرف المطعون فيه قد تسبب في إعسار المدين أو زاد في إعساره. ويشترط أن تظل حالة الإعسار قائمة حتى زمن رفع الدعوى لأنه لا سبيل لتضرر الدائن إذا كان التصرف لا يؤدي إلى إعسار المدين. وبناءً عليه إذا صدر التصرف في وقت كان المدين فيه موسراً ولم يؤد التصرف إلى إعساره فلا يجوز الطعن فيه ولو طرأ على المدين بعد ذلك ما يجعله معسراً. وإذا صدر تصرف من المدين أدى إلى إعساره لكن حالة الإعسار لم تستمر حتى وقت رفع الدعوى لأن المدين أصبح موسراً. كما لو تلقى ميراثاً أو وصية أو عقد صفقة أخرى راجحة لم يكن للدائن حق في الطعن في التصرف. لأنه لم تعد له مصلحة في الطعن. ولا دعوى بلا مصلحة. ويستطيع الدائن عندئذ أن يقتضي حقه من التنفيذ على أي مال آخر من أموال المدين غير المال الذي تصرف فيه.

ويلاحظ أن تصرف المدين قد يتسبب في إعساره أو زيادته على الرغم من كونه معاوضة كالبيع والمقايضة. ففي البيع مثلاً قد يكون الثمن بخساً أو يكون المدين قد قبضه وبدده أو أخفاه عن دائنيه وفي المقايضة قد تكون قيمة الشيء الذي قدمه المدين أكبر من قيمة الشيء الذي اكتسبه.

ويقصد بالإعسار هنا الإعسار الفعلي لا الإعسار القانوني فيكفي لتحقيق إعسار المدين أن تزيد ديونه على حقوقه دون حاجة إلى استصدار حكم بشهر الإعسار. ويكفي الدائن أن يثبت مقدار ما في ذمة المدين من ديون وعلى المدين أن يثبت أن له من الأموال ما يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها.

على أن مما يؤخذ على نص المادة 367 مدني يعني أنه ضيق من نطاق استعمال الدعوى حيث حصره في التصرف الذي يؤدي إلى إعسار المدين.

وقد عرفنا أن للإعسار في القانون المدني اليمني معنى ضيقاً يختلف عن معناه في القانون المصري. فالإعسار في هذا القانون هو زيادة الديون على الحقوق وهذا المعنى يقابل معنى الإفلاس في القانون المدني اليمني وهو بالتأكيد ليس الإفلاس الوارد في القانون التجاري. أما الإعسار في القانون المدني اليمني فوصف للشخص الذي لا يمتلك شيئاً فيما عدا ما استثنى له مما لا يجوز الحجز عليه م/ 359⁽¹⁾

ومن هنا نجد أن القانون المدني اليمني لم يكتف بشرط الإفلاس المدني للطعن بالدعوى البولصية في تصرف المدين. بل لا بد أن يؤدي التصرف الصادر من المدين إلى إعساره أي إلى جعله معديماً لا يمتلك أي شيء وهذا الموقف منه فيه الجواز واضح إلى جانب المدين على حساب الدائنين الذين يريدون المحافظة على ضمانهم العام. وهذا لن يتحقق إلا إذا سمحنا للدائن الطعن في التصرف الذي يؤدي فحسب إلى إفلاس المدين لا إلى إعساره. الشرط الثالث: أن يكون التصرف داخلياً في مجال استعمال الدعوى البولصية: أي أن يكون متعلقاً بمال يدخل في الضمان العام للدائنين ويجوز بالتالي الحجز عليه ولذلك فلا يجوز الطعن في تصرف يتعلق بحق متصل بشخص المدين كأن ينزل عن حقه في رفع دعوى للمطالبة بتعويض عن ضرر أدبي أصابه. أو تصالح عليه. أو ينزل عن حقه في الرجوع في الهبة.

ولا يجوز الطعن في تصرف يتعلق بالحقوق غير المالية أي غير الداخلة في الذمة ولو ترتب على هذا التصرف نتائج مالية فلا يجوز مثلاً الطعن في زواج المدين أو إقراره بالبذوة. وأخيراً لا يجوز الطعن في تصرف يتعلق بحق من الحقوق التي لا يجوز الحجز عليها كالنفقة وأدوات الحرفة. الشرط الرابع: أن يكون تالياً في الوجود لحق الدائن:

لم ينص القانون على هذا الشرط. وإنما يجمع عليه الفقه والقضاء في مصر نظراً لأنه مستفاد من شرط غش المدين. فهذا الشرط يفترض بالضرورة أن يكون حق الدائن الطاعن

(1) تنص هذه المادة على أنه: "الموسر هو من يفي ماله بدينه أو يزيد عليها والمعسر هو من لا يمتلك شيئاً غير ما استثنى له مما لا يجوز الحجز عليه أو يبيعه وهو ما يحتاجه من مسكن وثياب صالحين لمثله وآلة حرفته إذا كان ذا حرفة وكتبه إذا كان ذا علم وقوته ومن تلزمه النفقة من الدخل إلى الدخل. والمفلس هو من لا يفي ماله بدينه".

قد نشأ في ذمة المدين قبل إبرام التصرف الذي يطعن فيه، فإذا تم التصرف قبل أن ينشأ حق الدائن لم يكن من المتصور أن يكون المدين قد قصد الإضرار به، وامتنع عليه بالتالي الطعن فيه .

وإذا فرض وثبت أن المدين قد قصد الإضرار بشخص يوشك أن يكون دائنه كان لهذا الدائن الطعن في التصرف على الرغم من أسبقيته على تاريخ نشوء حقه، لأن الغش قد ارتكب في مواجهته ومثاله بيع المدين بعض أمواله في وقت يسعى إلى إبرام عقد قرض⁽¹⁾ .

ويلاحظ أن العبرة هي بأسبقية نشوء حق الدائن لا بتاريخ استحقاقه، فلو كان حق الدائن موجوداً قبل صدور التصرف ثم أصبح مستحق الأداء وقت صدوره كان للدائن رفع الدعوى، ويقع ذلك عندما يكون حق الدائن قد نشأ قبل وقوع التصرف، ولكن كان مؤجلاً أو معلقاً على شرط، ولم يخل أو يتحقق الشرط إلا وقت صدور التصرف.

ويلاحظ أيضاً أن العبرة هي بتاريخ التصرف المطعون فيه لا بشهره إن كان من التصرفات التي تخضع للشهر، فإذا كان التصرف الصادر من المدين بيعاً عقارياً مثلاً وجب أن يكون صدور البيع لاحقاً لنشوء حق الدائن بصرف النظر عن تاريخ تسجيله.

53- ب- الشروط التي ترجع إلى الدائن:

يجب أن يتوفر في حق الدائن الذي يرفع الدعوى شرطان الأول أن يكون حقه سابقاً في التاريخ على تصرف المدين المطعون فيه. وقد سبق شرحه قبل قليل.

والثاني أن يكون حقه مستحق الأداء. وهذا الشرط يقتضي بالضرورة أن يكون حق الدائن خالياً من النزاع. وهذا الشرط لم يرد في نص المادة 367 مدني بمني المتعلقة بشروط رفع دعوى وقف نفاذ التصرف، ونصت عليه المادة 237 مدني مصري⁽²⁾.

وعليه لا يكون للدائن - في ظل القانون المدني المصري - حق مؤجل أو مقترن بشرط واقف أن يستعمل الدعوى البولصية أما الدائن بحق مقترن بأجل فاسخ أو بشرط فاسخ فيستطيع استعمال هذه الدعوى. لأن هذين الوصفين لا يمنعان أن يكون الحق مستحق الأداء.

على أن إعسار المدين إعسار فعلي لا يؤدي إلى سقوط الأجل، بل لا بد - لكي يسقط - أن يصدر حكم بشهر الإعسار وإذا صدر هذا الحكم فالأمر مع ذلك جوازي للقاضي. فقد يقضي بسقوط الأجل وقد يقضي ببقائه أو مده.

(1) د. البيراي ف 225 ص 146

(2) حيث تنص على أنه: الكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء وصدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في

حقه...

ويترتب على ذلك أنه قد يتوفر شرط الإعسار الفعلي وهو شرط لازم لرفع الدعوى البولصية ولا يسقط على الرغم من ذلك الأجل. بل يظل حق الدائن غير مستحق الأداء فلا يستطيع لذلك الدائن رفع الدعوى البولصية⁽¹⁾.

54- ج- الشروط التي ترجع إلى المدين والمتصرف إليه:

يفهم من نص المادة 367 مدني يمني أنه يشترط في المدين الذي تصرف في أمواله تصرفاً ضاراً بدائنيه قصد الإضرار بالدائنين سواء أكان التصرف تبرعاً أم معاوضة حيث تنص هذه المادة على أنه: "إذا قصد المدين الإضرار بدائنيه بأن تبرع بماله أو تصرف فيه متواطئاً مع المتصرف إليه بعوض يقل عن ثمن المثل وأدى ذلك إلى إعساره فإن تصرفه يعتبر موقوفاً على إجازة دائنيه الذين تضرروا منه..."

واشترط أيضاً إذا كان التصرف معاوضة فضلاً عن شرط قصد الإضرار التواطؤ بين المدين والمتصرف إليه أي شرط الغش. ومعنى آخر فقد اشترط القانون المدني اليمني قصد الإضرار بالدائنين وهذا القصد يتحقق إذا كان التصرف تبرعاً ويتحقق بالتواطؤ بين المدين ومن تصرف له إذا كان معاوضة كأن يتصرف المدين بعوض يقل عن ثمن المثل.

أما القانون المدني المصري فلم يشترط قصد الإضرار في المدين إذا كان التصرف تبرعاً وإنما اشترطه فقط في المعاوضات فالمادة 238 مدني مصري تنص على أنه: "1- إذا كان تصرف المدين بعوض. اشترط لعدم نفاذه في حق الدائن أن يكون منطوياً على غش من المدين. وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش. وكفي لاعتبار التصرف منطوياً على غش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر. كما يعتبر من صدر له التصرف عالمًا بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين معسر 2- أما إذا كان التصرف تبرعاً. فإنه لا ينفذ في حق الدائن ولو كان من صدر له التبرع حسن النية ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً".

على أن إثبات الدائن قصد الإضرار به وبالدائنين أمر عسير إذ القصد أمر نفسي لا يمكن الاطلاع عليه. ولذا اكتفى القانون المدني المصري في الفقرة الثانية من المادة 238 لقيام الغش في جانب المدين أن يثبت الدائن علم المدين بحالة إعساره أو بالزيادة في هذا الإعسار.

وإثبات هذا العلم قرينة قانونية على توفر قصد الإضرار لدى المدين يجوز نقضها بالدليل العكسي. فيجوز للمدين أن يثبت أنه بالرغم من علمه بإعساره إلا أنه لم يقصد الإضرار

(1) يكفي توفر هذين الشرطين في حق الدائن. ولذلك يستطيع أي دائن أن يرفع هذه الدعوى أيًا كان مصدر دينه ومحلّه. ويستطيع استعمالها الدائن العادي والدائن صاحب الضمان الخاص، كما أن الدائن يستطيع أن يرفعها دون اشتراط أن يكون في يده سند تنفيذي، لأن هذه الدعوى ليست من إجراءات التنفيذ وإن كانت مقدمة له. راجع في هذا د. البدراوي - ف 128 - ص 150.

بالدائن بل كان الدافع له أمر آخر كحصوله على ما يسد حاجات معيشته مع اعتقاده أن إعساره مؤقت لا يلبث أن يزول. وكأن يتعاقد المدين تعاقداً يؤدي إلى إعساره مع علمه بذلك ولكن على اعتقاد منه أن هذا التعاقد سيكون سبباً في حسن حاله، إذا أثبت هذا فقد نفى قصد الإضرار عنه. وامتنع عن الدائن الطعن بالدعوى البولصية.

وينطبق الحكم ذاته على المتصرف إليه فإذا كان المتصرف معاوضة في القانون المدني المصري وجب على الدائن إثبات غش المتصرف إليه. بإثبات أن المتصرف إليه على علم بغش المدين. وهو يعد علماً بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين معسر أو بأن المتصرف سيؤدي إلى إعساره.

والحكمة في التفرقة بين التبرعات والمعاوضات في القانون المدني المصري حيث اشترط الغش في المعاوضات في المدين والمتصرف إليه ولم يشترطه فيهما في التبرعات أن الغير الذي تعاقد بعوض إنما يسعى إلى درء مقرم وعلى العكس فإن من كسب المال تبرعاً إنما يسعى إلى جلب مغنم⁽¹⁾.

وتبين المادة 238 مدني مصري حكم تصرف خلف المدين إلى خلف ثان. وهذا الحكم لا يمكن تصوره في ظل نص المادة 367 مدني يمني الذي يجعل تصرف المدين موقوف الأثر بالنسبة لجميع أطراف التصرف. فأى تصرف يصدر من المتصرف إليه أي خلف المدين لا يعتد به حيث ينفذ الدائن - إذا صدر الحكم بوقف التصرف - في مواجهة المدين باعتباره مازال مالكاً للشيء وأنه لم ينتقل إلى المتصرف إليه ومنه إلى خلفه.

أما في ظل القانون المدني المصري فيتصور أن يتصرف خلف المدين إلى خلف ثان لأن التصرف لا يكون نافذاً في مواجهة الدائن فحسب أما في العلاقة بين المدين ومن تصرف له فنافذ ويرتب كافة آثاره فإذا كان التصرف بيعاً مثلاً انتقلت الملكية إلى المشتري. وهنا يمكن أن نتصور فرضاً بنقل فيه المشتري ملكية الشيء منه إلى مشتري ثان. فما الحكم في مثل هذه الحالة؟ يجب التمييز هنا بين فرضين:

الأول: تصرف خلف المدين إلى خلف ثاني تبرعاً فلا يشترط سوء نية الخلف الثاني. فإذا كان الخلف الأول قد تلقى التصرف هو الآخر تبرعاً فلا يشترط سوء نيته ولا غش المدين.

أما إذا كان الخلف الأول قد تلقى التصرف معاوضة فيشترط إثبات غش كل من المدين وهذا الخلف الأول حتى تسمع الدعوى في مواجهة الخلف الثاني.

الثاني: أن الخلف الذي انتقل إليه الشيء من المدين قد تصرف فيه خلف ثان معاوضة. فإذا كان المدين قد تصرف معاوضة أيضاً للخلف الأول. فلا يكفي أن يثبت الدائن غش كل من

(1) د. الجداري - ف135 - ص158.

المدين وخلفه. بل يجب أيضاً أن يثبت غش الخلف الثاني فيثبت أن هذا الخلف علم بغش المدين وعلم الخلف الأول بهذا الغش.

وفي هذا الحكم خرج الدعوى البولصية على القواعد العامة فقد كان مقتضى تطبيق هذه القواعد أنه متى أمكن النجاح في هذه الدعوى بالنسبة للخلف الأول. انتزع الشيء من يد الخلف الثاني دون حاجة إلى إثبات سوء نيته لأنه لم يكن في وسع الخلف الأول أن ينقل إلى الخلف الثاني أكثر مما له ولكن المبررات التي قامت لحماية الخلف الأول وتفضيله على الدائن إذا كان حسن النية تقوم هي ذاتها لحماية الخلف الثاني وتفضيله على الدائن إذا كان هو دون الخلف الأول حسن النية.

أما إذا كان المدين قد تصرف تبرعاً للخلف الأول فلا يكلف الدائن بإثبات سوء نية المدين ولا سوء نية خلفه. ولكن ما دام الخلف الأول قد تصرف معاوضة للخلف الثاني فإنه يجب على الدائن أن يثبت علم هذا الخلف الثاني بإعسار المدين. فإذا كان هذا الخلف الثاني حسن النية فضل على الدائن لأنه دفع مقابلاً فهو يتوخى ضرراً كالدائن.

ويلاحظ أن الدائن في هذا الفرض قد ينجح في الدعوى البولصية في مواجهة الخلف الأول دون الخلف الثاني وعندئذٍ يعتبر تصرف المدين للخلف الأول غير نافذ في مواجهة الدائن أما تصرف الخلف الأول إلى الخلف الثاني فنافذ. ومن ثم يستطيع الدائن التنفيذ بحقه على العوض الذي التزم به الخلف الثاني للخلف الأول ويشاركه في ذلك فضلاً عن دائن المدين دائنوا الخلف الأول مشاركة الغرماء.

55- د- تقادم دعوى وقف نفاذ التصرف:

تسقط الدعوى البولصية في القانون المدني المصري بمضي ثلاث سنين من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف، وتسقط في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي صدر فيه التصرف المطعون فيه. م/243.

أما في القانون المدني اليمني فلا تسمع دعوى وقف نفاذ التصرف بعد مضي سنة من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بحقه في رفع هذه الدعوى م/368 على أن النص لم يحدد الحد الأقصى للمدة التي لا تسمع بعدها هذه الدعوى وبالتالي فإنها خضعت للقواعد العامة التي تنظم عدم سماع الدعوى.

المطلب الثاني

آثار دعوى وقف نفاذ التصرف

56- أولاً: آثارها في القانون المدني اليمني: بينت هذه الآثار المادة 367 مدني. ويظهر منها أن الأثر الجوهرى للدعوى هو اعتبار التصرف موقوفاً على إجازة الدائنين المتضررين من تصرف المدين وهم من توفرت فيهم شروط رفع هذه الدعوى وقت صدور التصرف من المدين.

ومعنى هذا أن التصرف الذي صدر من المدين وصدر الحكم لصالح الدائن بوقفه، لا يرتب أي أثر في العلاقة بين المدين ومن تصرف إليه وحتى لو حدث في الواقع وانتقل الشيء إلى المتصرف إليه وتصرف هو فيه إلى خلف ثان فإن هذا التصرف لا يعتد به والدائن أن يتجاهله وكأنه لم يقع ولم يصدر من المدين. فينفذ بدينه على الشيء موضوع التصرف لا في مواجهة المتصرف إليه على الرغم من أن الشيء بيده وإنما في مواجهة المدين باعتبار أن الحق ما زال بذمته وأنه لم ينتقل إلى المتصرف إليه.

على أن للمتصرف إليه أن يتلافى هذا الأثر الخطير لنجاح دعوى وقف التصرف وكما تنص عليه المادة 367 مدني أي يستطيع على الرغم من صدور الحكم بوقف نفاذ التصرف بتلافي هذه النتيجة إذا هو قام وينظر القاضي مصدر الحكم بإيداع ثمن المثل للشيء المتصرف فيه إلى خزانة المحكمة لحساب الدائنين أو قام بنفسه بوفاء حق الدائن. وفي حالة الإيداع ينتقل حق الدائن إلى الثمن المودع الخزينة.

وللدائن إجازة التصرف فهو صاحب المصلحة في ذلك. وللمدين أيضاً أن يقوم بوفاء حقوق الدائن حتى يصبح التصرف نافذاً في مواجهته.

ولا شك أن وقف التصرف يستفيد منه الدائن رافع الدعوى وكل دائن توافرت فيه شروط رفع الدعوى حيث يستطيع التنفيذ على الشيء محل التصرف بيد المدين لاقتضاء دينه.

57- ثانياً: آثار الدعوى البولصية في القانون المدني المصري:

أ- آثارها بالنسبة للدائنين: وتتركز في ثلاث مسائل هي:

- 1- سقوط الدعوى إذا حصل الدائن على حقه وذلك إذا قام المتصرف إليه بأداء ما هو مستحق للدائن في ذمة المدين أو قام بإيداع ثمن المثل للشيء الذي اكتسبه في خزانة المحكمة لحساب الدائن أو قام المدين نفسه بوفاء الدين.
- 2- عدم نفاذ التصرف في حق الدائن إذا لم يستوف حقه أو لم يعمد المتصرف إليه إلى إيداع ثمن المثل الخزينة.

وعدم نفاذ التصرف في مواجهة الدائن يعني عدم خروج الحق من ضمان الدائن وذلك بالقدر الكافي لوفاء دينه والدائنين الآخرين الذين يستفيدون منه.

ومتى تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد منه جميع الدائنين الذين توفرت فيهم شروط رفع هذه الدعوى والذين صدر التصرف إضراراً بهم وذلك حقيقة لفكرة المساواة بين الدائنين في الانتفاع بالضمان العام والذي تهدف هذه الدعوى إلى المحافظة عليه. وهذا الحكم نصت عليه المادة 240 مدني.

وعليه إذا كان تصرف المدين مثلاً بيعاً فإن عدم نفاذ هذا التصرف يتحقق في قيام الدائنين بالتنفيذ على المبيع ويتزاحمون معاً في التنفيذ عليه دون أن يزاحمهم فيه دائنو المتصرف إليه (المشتري).

وإذا كان تصرف المدين قرضاً جديداً فإن عدم نفاذ التصرف يتحقق بعدم مزاحمة دائن المدين الجديد (المقرض) للدائنين المستفيدين من الحكم في التنفيذ على أموال المدين. وإذا كان المدين قد وفى إلى المقرض بالقرض يتعين عليه رد ما تسلمه.

3- حق الدائن في التعويض:

على أن الدائن - في كثير من الحالات - قد لا يستطيع التوصل إلى استعادة المال الذي خرج من ذمة المدين إلى الغير. كما إذا كان هذا الغير قد اكتسب المال بعوض وجس نية. ولا شك أن الدائن يصيبه في هذه الحالة ضرر من جراء تصرف المدين بسوء نية. الأمر الذي تثار فيه مسؤوليته بالتعويض عن فعله الضار.

ويمكن مساءلة المتصرف إليه. أيضاً إذا كان سبب النية عن الضرر الذي أصاب الدائن من جراء التصرف. وهو عندئذ يكون مسؤولاً بالتعويض على وجه التضامن مع المدين لاشتراكهما في الفعل غير المشروع. وليس هذا سوى تطبيق لقواعد المسؤولية التقصيرية وبالتالي فلا نكون بصدد دعوى بولصية بل أمام دعوى عادية تخضع للقواعد العامة التي تخضع لها دعاوي المسؤولية.

ب- آثار الدعوى البولصية بالنسبة للمدين والمتصرف إليه:

تتمثل هذه الآثار في بقاء التصرف صحيحاً نافذاً في العلاقة بينهما. ذلك لأن الدعوى البولصية لا تؤدي إلى إبطال التصرف وإنما يظل قائماً في العلاقة بين المدين ومن تصرف له مع عدم نفاذه في حق الدائن. ويترتب على هذا النتائج التالية:

1- إذا بقي شيء من ثمن الشيء بعد التنفيذ عليه كان هذا الباقي من حق المتصرف إليه لا من حق المدين. وفي مقابل ذلك يلتزم المتصرف إليه بتنفيذ التزاماته المترتبة من العقد كالتزام المشتري بدفع الثمن.

2- للمتصرف إليه الرجوع على المدين بالدعوى الناشئة من العقد فله أن يطلب الفسخ نظراً لعدم تنفيذ المدين لالتزامه تنفيذاً عينياً.

فلو كان التصرف مثلاً شراء لم يستطع البائع استيفاء الثمن من المدين (المشتري) فله أن يطلب فسخ البيع واسترداد المبيع من المدين.

وللمتصرف إليه أن يطلب التنفيذ بمقابل فلو صدر بيع من المدين كان للمشتري وقد انتزع المبيع من يده على أثر الحكم في الدعوى البولصية أن يرجع على المدين (البائع) بدعوى ضمان الاستحقاق. الناشئة من البيع، فيتم التنفيذ عندئذٍ بمقابل.

3- للمتصرف إليه وقد استوفى الدائن حقه من ماله أن يرجع على المدين المتصرف بدعوى الإثراء بلا سبب.

المبحث الثالث

دعوى الصورية

58- تهديد ونقسيم:

قد يلجأ المدين -إضراراً بدائنيه- إلى تصرف صوري لا وجود له في الحقيقة .

كما لو اتفق مع آخر على أن يبيعه في الظاهر مالا من أمواله ويتفقان فيما بينهما على أنه لا يوجد بيع حقيقي. وبهذا التصرف خرج العين من الضمان العام. وكما إذا اتفق مع آخر على أن يعقد معه قرضاً صورياً ليزيد به من التزاماته في الظاهر فينقص ما يمكن أن يحصل عليه دائنوه عند التنفيذ على أمواله .

على أن الصورية قد يقصد بها أغراض أخرى غير الإضرار بالدائنين كأن يكون القصد منها التهرب من بعض أحكام القانون كما لو قصد شخص إلى الوصية فيلبس التصرف صورة البيع حتى يفلت من النصاب الشرعي (وهو ثلث التركة). وكما لو ألبس المتعاقدان الهبة صورة البيع حتى يتعذر على دائني الواهب الطعن فيها بالدعوى البولصية.

وقد بين القانون المدني اليمني أحكام الصورية في المادتين (182، 183) وندرس هذه الأحكام في مطلبين. نتناول في المطلب الأول حقيقة الصورية وحق الدائن في رفع دعوى الصورية.

المطلب الأول

حقيقة الصورة

59. أولاً: تعريف الصورة، وأنواعها:

أ- الصورة هي أن يلجأ شخص إلى تصرف ظاهر ليستتر به حقيقة معينة. أوهي إيجاد مظهر كاذب عند إجراء تصرف قانوني معين. كأن يتفق المدين مع آخر على أن يبيعه في الظاهر مالا من أمواله ويتفقان فيما بينهما على أنه لا يوجد بيع حقيقي. وكأن يقصد شخص إلى الوصية فيلبس التصرف صورة البيع حتى يفلت من النصاب الشرعي (وهو ثلث التركة). وكأن يلبس المتعاقدان الهبة صورة البيع حتى يتعذر على دائني المدين الطعن فيها بالدعوى البولصية.

ولذا نجد في الصورة مظهرين أو عقدين عقداً ظاهراً يسمى العقد الصوري وعقداً مستتراً يسمى ورقة الضد وهو العقد الحقيقي الذي أجهت إليه إرادة المتعاقدين.

ب- أنواع الصورة :

والصورة بهذا المفهوم نوعان . مطلقة ونسبية.

ويقصد بالصورة المطلقة الصورة التي لا تخفى وراءها تصرفاً مستتراً حقيقياً حيث تلغي ورقة الضد التصرف الظاهر كلية ولا تنص على أي تصرف مستتر.

ومثالها أن يلجأ المدين المهدد بالحجز على أمواله إلى بيعها لأحد أصدقائه ويتفق معه في ورقة الضد على أن البيع صوري محض وأن الأموال ما زالت على ملك المدين.

أما الصورة النسبية فيقصد بها إخفاء حقيقة متعلقة بأشخاص التصرف أو بالتصرف القانوني ذاته أو بشرط من شروطه.

فقد تتعلق الصورة النسبية بأشخاص التصرف ويكون القصد منها عندئذ .

إخفاء شخصية أحد أطراف التصرف. وهذا ما يعرف بالتسخير حيث لا يكون المستفيد من التصرف هو الشخص الظاهر فيه وإنما هو شخص آخر يمتنع عليه قانوناً أن يكون طرفاً فيه .

فمثلاً حرم القانون المدني في المادة 526⁽¹⁾ على العاملين بالقضاء من قضاة وأعضاء نيابة وكتبة شراء الحقوق المتنازع عليها والتي تدخل في اختصاص الجهة القضائية التي يباشرون فيها وظيفتهم. كما حرم في المادة ذاتها شراء الخبير لنفسه المال الذي عهد إليه معاينته أو تقدير ثمنه. كما حرم شراء العاملين بالهيئات الحكومية أو وحدات القطاع العام أو الهيئات التعاونية والاجتماعية الأموال المعروضة للبيع عن طريق الهيئة أو الوحدة الملحقة بها. وقد حرم القانون على هؤلاء جميعا الشراء بأنفسهم أو بواسطة أشخاص مسخرين.

والتسخير بهذا المعنى يعد حالة من حالات النيابة غير العلنية. فالشخص المستعار هو وكيل أو نائب. لكنه لا يفصح عن نيابته للغير الذي يتعاقد معه.

ولذلك فإن آثار التصرف لا تنصرف - نتيجة التسخير - إلى الأصيل مباشرة. بل إلى الشخص المسخر الذي يقوم بعد ذلك بنقل آثار التصرف الذي أبرمه إلى الشخص الذي سخره أي الأصيل.

وهكذا يبدو أن الشخص المسخر يقوم بإبرام ثلاثة عقود كلها حقيقية لا صورية الأول هو عقد الوكالة بينه وبين الأصيل (الموكل) الذي سخره. والثاني هو العقد الذي يبرمه مع الغير الذي لا يعلم بالتسخير. والثالث هو العقد الذي يبرمه مع الأصيل لينقل به آثار التصرف الذي أبرمه لحسابه مع الغير.

وقد تنصل الصورية بالتصرف ذاته أو بشرط فيه. فتكون الصورية متعلقة بالتصرف ذاته عندما تخفي الصورية وراءها تصرفاً مستتراً حقيقياً أرادته المتعاقدان حيث يفترض في هذه الصورية وجود تصرفين أحدهما ظاهر صوري والآخر مستتر حقيقي. ومثالها أن يبرم شخصان عقد بيع ثم يتفقا في ورقة الضد على أن البيع هو في حقيقته هبة وأن المشتري غير ملزم بدفع الثمن.

(1) تنص المادة 526 على أنه: ((يقع باطلاً الشراء في الأحوال الآتية وسواء تم مباشرة أو بواسطة الغير: 1- شراء العاملين بالقضاء من قضاة وأعضاء نيابة... لأنفسهم المال موضوع النزاع إذا كان النضر في اختصاص الجهة القضائية الملحقة بها ويسري ذلك أيضاً على المحامين 2- شراء الخبير لنفسه المال المعهود إليه معاينته أو تقدير ثمنه. 3- شراء العاملين بالهيئات الحكومية أو وحدات القطاع العام... الأموال المعروضة للبيع عن طريق الهيئة أو الوحدة الملحقة بها ما لم يتفق الغريمان على البيع من هؤلاء بدون إكراه ولا ضغط وبالثمن المرضي)).

وقد تكون الصورية متعلقة بشرط من شروط التصرف القانوني. ومثالها عقد البيع الذي يذكر فيه ثمن أقل من الثمن الحقيقي بقصد تخفيض رسوم التسجيل أو يذكر فيه ثمن أعلى من الثمن المتفق عليه لمنع الشفيع من أخذ العقار المباع بالشفعة. وفي هذه الحالة يذكر في ورقة الضد الشرط الحقيقي المتفق عليه كالثمن الحقيقي مثلاً.

60. ثانياً: شروط تحقق الصورية:

يشترط لتحقيق الصورية ثلاثة شروط هي:

الشرط الأول- أن يوجد عقدان ظاهر (صورى) ومستتر (حقيقى) اخذ طرفاهما.

الشرط الثانى- اختلاف العقدين من حيث الطبيعة أو الشروط .

الشرط الثالث- أن يكون العقدان متعاصرين يتم إبرامهما في وقت واحد. أما إذا لم يتحقق التعاصر فإن الاتفاق اللاحق يعد بمثابة تعديل للعقد. كأن يتفق على إيجار بأجرة معينة، ثم يتفق المؤجر مع المستأجر بعد إبرام العقد على تخفيض الأجرة.

61. ثالثاً: حق الدائن في رفع دعوى الصورية:

للدائن أن يطعن في تصرف مدينه الصوري. كأن يطعن في البيع بأنه غير قائم أساساً حتى يستطيع التنفيذ على العين المبيعة صورياً. وكأن يطعن في البيع بأنه في حقيقته هبة أخفيت في صورة بيع. حتى يتوصل إلى الطعن في التصرف بدعوى وقف نفاذ التصرف دون حاجة إلى إثبات الغش. فدور هذه الدعوى هو الكشف فقط عن حقيقة التصرف المستتر.

المطلب الثاني

أحكام الصورية

62 - تقسيم:

ندرس أحكامها سفي العلاقة بين المتعاقدين وخلفهما العام وبالنسبة للغير وذلك في فرعين. وقد نظم القانون المدني أحكام الصورية في المادتين (182، 183).

الفرع الأول

أحكام الصورية بين المتعاقدين وخلفهما العام

63- أولا : نطاق تطبيق أحكام الصورية:

حددت المادة 182 فقرة ج مدني نطاقها في العقود والتصرفات التي تقبل الفسخ وهي سائر العقود والتصرفات المالية. فهذه المادة تنص على أنه: (إذا كان المتعاقدان هازلين في عقد يقبل النقص كان العقد صوريا وإذا تصرف من صار إليه إلى من لا يعلم بالهزل فللمتصرف إليه أن يتمسك بالعقد إلى أن يقوم الدليل على هزليته فيكون له الرجوع على الهازلين بالتعويض لما لحقه من ضرر وغرامة ما لم يثبت أن المتصرف الأول كان حسن النية فيكون الرجوع على المتصرف الثاني" وقد بين القانون المدني المصري أحكام الصورية في المادة 244 وسنعرف بعد قليل أوجه الاختلاف بين القانونين اليمني والمصري فيما يتعلق بأحكام التصرف الصوري سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير.

وعليه يخرج من مجال الصورية أ- التصرفات التي لا تقبل النقص وهي التصرفات التي لا تقبل الهزل لقوله صلى الله عليه وآله وسلم " ثلاثة جدهن جد وهزلهن جد الطلاق، والنكاح، والرجعة" ب- الهزل في الإخبارات عامة يبطلها كالشهادة والإقرار.

64- ثانيا: أحكام الصورية بين المتعاقدين :

تبين المادة 183 مدني أن العبرة فيما بين المتعاقدين والخلف العام هي بالعقد الحقيقي فلا يعتد بالعقد الظاهر.

فإذا ستر المتعاقدان هبة في صورة بيع وجب توفر الشروط الموضوعية لانعقاد الهبة وصحتها.

فيجب أن يكون المتصرف أهلا للتبرع، وكفي أن يكون المتصرف إليه أهلا لمباشرة التصرف النافع نفعاً محضاً ويخضع العقد لجميع أحكام الهبة.

أما بالنسبة للشروط الشكلية فيكون العقد صحيحاً إذا تم في الشكل الذي أخذه العقد الظاهر.

فالهبة المستترة في صورة بيع تصح من الناحية الشكلية متى أخذت شكل البيع. بمعنى أنه لا يشترط لانعقادها أن تتم في الشكل الرسمي الذي يستلزمه القانون لتتمام الهبة. ولا يشترط فيها القبض إذا كان موضوعها منقولاً.

ويحتج بالعقد الحقيقي في علاقة المتعاقدين وخلفهما العام. والخلف العام هو الوارث فلو باع شخص إلى آخر عينا معينة بيعاً صورياً لم يكن للمشتري الصوري حق عليها ولا لورثته كذلك وتبقى العين في ملك البائع الصوري وتنتقل منه إلى ورثته أيضاً.

ويلاحظ أن الصورية في ذاتها ليست سبباً في بطلان التصرف. فالمادة 183 مدني تنص على أنه: "كل عقد قصد به الحيلة لإخفاء عقد حقيقي فالعبرة بالعقد الحقيقي صحة وبطلاناً". فإذا كانت الصورية تستر تصرفاً صحيحاً كانت سائغة وصح التصرف. أما إذا كانت سائرة لتصرف باطل يجرمه القانون فإن الجزء بطلان هذا التصرف لمخالفته للقانون. ويكون ذلك في حالة ما إذا أخفى التصرف الصوري السبب الحقيقي وكان هذا السبب غير مشروع. كأن يخفي المتعاقدان فوائد ربوية محرمة أو قيمة أموال غير متقومة كالخمر بالنسبة للمسلم في صورة هبة. في هذه الحالة يبطل التصرف لا لصوريته ولكن لأن سببه الحقيقي غير مشروع.

65- إثبات الصورية فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للخلف:

إذا ادعى أحد المتعاقدين أو خلفه العام صورية العقد فعليه هو أن يثبت هذا الادعاء فيثبت حقيقة التصرف.

والقاعدة في القانون المصري أنه لا يجوز للمتعاقدين والخلف العام أن يثبتا ما يخالف الثابت بالكتابة إلا بالكتابة ولو لم تزد قيمته على نصاب الشهادة. فالمادة 61 إثبات مصري تنص على أنه: (لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود ولو لم تزد القيمة على مائة جنية أ- فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي...). ولذلك فإنه إذا أبرم شخص تصرفاً صورياً مكتوباً فعليه أن يخطأ ويحصل على وثيقة مكتوبة تسمى ورقة الضد تبين حقيقة التصرف. فإن لم توجد هذه الوثيقة لم يجز إثبات صورية التصرف المكتوب بالشهادة أو القرائن. إذ لا يجوز إثباته عندئذ إلا بإقرار الخصم أو نكوله عن اليمين.

أما في القانون اليمني فلمدعي الصورية سواء كان أحد طرفي العقد أو الغير أن يثبت حقيقة التصرف بأي وسيلة من وسائل الإثبات طبقاً للقواعد العامة في الإثبات وليس ملزماً - كما هو الحال في القانون المصري - الإثبات بالكتابة.

على أنه توجد حالات استثنائية يجيز فيها القانون المدني المصري للمتعاقدین وخلفهما العام الإثبات بالبينة والقرائن فيما يجب إثباته بالكتابة وهي وجود مبدأ ثبوت بالكتابة يدل على الصورية أو وجود مانع مادي أو أدبي حال دون الحصول على ورقة الضد، أو فقد الورقة بعد الحصول عليها لسبب أجنبي، أو كان القصد من الصورية التحايل على القانون أي التهرب من أحكامه الآمرة الخاصة بشروط التصرف الموضوعية اللازمة لصحته أو الخاصة بآثاره. من ذلك مثلاً أن يكون سبب الدين الحقيقي قماراً ويكتب المتعاقدان أن سببه قرض. عندئذ يجوز للمدين أن يثبت ما يخالف الثابت بالكتابة بالبينة والقرائن فيثبت أن السبب الحقيقي للدين هو القمار لا القرض. ومن ذلك أيضاً أن يبيع المورث مالا أو يقر بدين للغير. ويقصد من ذلك الوصية لا البيع ولا الإقرار بالدين فيستطيع الورثة أن يثبتوا حقيقة التصرف بكل طرق الإثبات. فإذا أثبتوا مثلاً أن التصرف هو في حقيقته وصية فإنها تخضع لأحكام الوصية حيث لا يجوز نفاذها إلا في حدود الثلث.

ومن ذلك أن يقدم المتعاقدان تاريخ التصرف لجعله سابقاً على تاريخ مرض الموت ليفوتوا على ورثة المتصرف الطعن فيه لصدوره في مرض الموت عندئذ للوارث أن يثبت التاريخ الحقيقي للتصرف بكل الطرق.

الفرع الثاني

أحكام الصورية بالنسبة للغير

66- أولاً: تحديد الغير في الصورية:

أ- يعتبر غيراً في الصورية الأشخاص التاليون:

الخلف الخاص: وهو من انتقل إليه من أحد طرفي العقد حق خاص على مال معين بالذات كأن يكون قد اكتسب من أحد المتعاقدين ملكية العين موضوع التصرف أو كسب عليها حقاً عينياً آخر كاستفاد أو رهن سواء اكتسب هذا الحق قبل التصرف الصوري أو بعده.

كالمشتري والموهوب له والدائن المرتهن. والحال بالدين. إذ يعد هذا الأخير خلفاً خاصاً للمحيل في الحق الحال به.

فلو تصرف شخص في عقار مرتين بالبيع وكان التصرف الأول صورياً استطاع المشتري الثاني أن يطعن بصورية البيع الأول ولو كان مسجلاً حتى يتمكن من تسجيل عقده. ويجوز للدائن المرتهن أن يطعن بالصورية في البيع الصادر من المدين الراهن حتى لا يضطر إلى اتخاذ إجراءات التنفيذ في مواجهة مشتري العقار المرهون.

ويستطيع مشتري العقار المؤجر أن يطعن بصورية عقد الإيجار حتى لا يكون نافذاً في مواجهته.

ب- الدائن العادي لكل من طرفي العقد:

سواء كان حقه مستحق الأداء أولاً. وسواء أكان حقه سابقاً على التصرف الصوري أم لا حقاً. بشرط أن يكون هذا الحق خالياً من النزاع. فلدائن البائع مثلاً أن يتمسك بصورية البيع حتى يظل المال المبيع بذمة المدين البائع فيظل الضمان العام قوياً.

ج- الأشخاص الذين لهم حقوق تتأثر بالتصرف الصوري:

وهؤلاء الأشخاص ليسوا خلفاء خاصين ولا دائنين عاديين لأحد المتعاقدين. وذلك كالشفيع بالنسبة للعقد الذي يشفع فيه فله أن يثبت بكل الطرق أن الثمن المذكور في العقد هو ثمن صوري مبالغ فيه. أو أن العقد الموصوف بأنه هبة هو في حقيقته بيع وإنما وصف هبة لمنع من أخذ العقار بالشفعة.

67- ثانياً: أحكام الصورية بالنسبة للغير:

تلخص هذه الأحكام فيما يلي:

أ- للغير أن يتمسك بالعقد الحقيقي (المستتر):

يستطيع الغير أن يرفع دعوى كشف الصورية ليبين حقيقة التصرف وله أن يثبت الصورية بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن ذلك لأنه لم يكن طرفاً في العقد.

وعليه يكون لدائني البائع إذا كان البيع صورياً أن يتمسكوا بالعقد المستتر حتى يتمكنوا من التنفيذ على العين البيعة على أساس أنها لم تخرج من ملك المدين البائع.

ولهم أيضاً أن يتمسكوا بأن البيع في حقيقته هبة حتى يسهل عليهم الطعن في الهبة بالدعوى البولصية.

ب- وللغير أن يتمسك بالعقد الظاهر (الصوري):

ولكن بشرط أن يكون الغير حسن النية لا يعلم بالتصرف المستتر. وهذا الحكم يأخذ به القانون المصري. أما القانون اليمني فالعبرة فيه بالعقد الحقيقي. ويستطيع من يتمسك به إثبات صورية العقد حتى لو كان الغير الذي يتمسك بالعقد الظاهر حسن النية وهذا هو الحكم في حالة تعارض مصالح الغير كما سنعرف.

على أنه إذا تم شهر التصرف الحقيقي بالتسجيل مثلاً فإنه يتمتع عندئذ التمسك بالعقد الظاهر.

ومن المتصور أن يكون للغير مصلحة في التمسك بالتصرف الظاهر. فمثلاً من مصلحة دائني المشتري الصوري التمسك بالعقد الظاهر حتى يدخل المبيع في ضمانهم العام. ومن مصلحة المشتري من المشتري الصوري التمسك بعقد سلفه الظاهر حتى تنتقل إليه ملكية المبيع.

ومن مصلحة الشفيع أن يودع خزانة المحكمة الثمن المسمى في العقد الظاهر دون أن يجتج عليه بالثمن الحقيقي. ومن مصلحته أيضاً التمسك بالعقد الظاهر إذا كان بيعاً حتى يستطيع أن يأخذ بالشفعة المبيع.

ج - حكم تعارض مصالح الغير:

قد يحدث أن يقوم نزاع بين الغير لتعارض مصالحهم. فتقضي مصلحة بعضهم التمسك بالعقد الحقيقي. في حين تقضي مصلحة البعض الآخر التمسك بالعقد الظاهر.

ففي البيع الصوري صورية مطلقاً يكوّن من مصلحة دائني البائع التمسك بالعقد المستتر (الحقيقي) حتى يظل المبيع في ملك مدينهم البائع، ويكون من مصلحة دائني المشتري حسني النية التمسك بالعقد الظاهر واعتبار المبيع قد انتقل إلى ملك مدينهم المشتري. في هذه الحالة لا يمكن الأخذ بالعقدين، ولا بد من تغليب أحدهما على الآخر.

من المقرر في هذه الحالة وفقاً للقانون المدني المصري تغليب مصلحة من يتمسك بالعقد الظاهر على مصلحة من يتمسك بالعقد الحقيقي لحماية لاستقرار المعاملات متى كان الغير المتمسك بالعقد الظاهر حسن النية، أما في ظل القانون المدني اليمني فالعبرة دائماً بالعقد الحقيقي حتى لو كان الغير الذي يتمسك بالعقد الظاهر حسن النية. فإذا أثبت من يتمسك بالعقد المستتر الحقيقي هذا العقد المستتر غلبت مصلحته على مصلحة من يتمسك بالعقد الظاهر على الرغم من كونه حسن النية.

المبحث الرابع

الحجر على المدين المفلس

68. أولاً: تعريف الحجر على المدين المفلس وكيف يتقرر:

أ - يعرّف الفقه الإسلامي الحجر بأنه منع المالك من التصرف في أمواله. فيكون معناه في خصوص الحجر على المدين المفلس منع المدين المفلس من التصرف في أمواله حتى يتم تقسيمها بين الدائنين. وقد عرفه القانون المدني في المادة 55 بقوله ((الحجر هو منع الشخص من التصرف في ماله ومنع نفاذ تصرفه فيه...)) وتبين هذه المادة أن الحجر على نوعين: الحجر لمصلحة المحجور عليه الصغير أو المجنون والمعتوه أو السفیه. والحجر لمصلحة الغير على المدين المفلس لمصلحة دائنيه وعلى المورث لمصلحة ورثته ودائنيه حيث لا مبرر لتصرفه. وعلى الراهن لمصلحة المرتهن. والذي يهمنا هنا هو الحجر على المدين لمصلحة دائنيه. إذ أننا ندرس هنا أحكام الوسائل التي تضمن للدائن تنفيذ الدين التزامه لصالح الدائن⁽¹⁾. وقد توسع القانون اليمني في بيان أحكام الحجر على المدين المفلس. فالمادتان (71 و 362) تجيزان للدائن حق طلب الحجر على مدينه إذا كان مفلساً. وتبين المواد من (72 إلى 83) مدني أحكام الحجر على المدين المفلس. مستلهما كل تلك الأحكام من الفقه الإسلامي باعتبار الحجر نظاماً إسلامياً.

ب - ولكي يحجر على المدين المفلس لا بد من صدور حكم قضائي بناء على دعوى إفلاس يرفعها أحد الدائنين يطلب فيها الحكم على المدين المفلس أو بناء على دعوى يرفعها المدين المفلس نفسه. وهذا يعني أن المحكمة لا تقضي بالحجر من نفسها ولا بناء على طلب النيابة العامة وذلك لأن موضوع الدعوى مصلحة خاصة. (م 71/ مدني).

وعلى رافع دعوى الإفلاس أن يثبت تحقق إفلاس المدين. والإفلاس المطلوب إثباته هنا والذي يعد شرطاً للحكم بالحجر هو الإفلاس الذي تكون فيه ديون الشخص الحالة أكبر من حقوقه (م 71/ مدني). وأن يكون دين رافع الدعوى حالاً أيضاً⁽²⁾.

(1) يذهب جمهور الفقه الإسلامي إلى وجوب الحجر على المدين المفلس الذي أحاطت به الديون وللحاكم منعة من التصرف حتى لا يضر بدائنيه، وله أن يبيع أمواله إذا امتنع من بيعها أو تقسيمها بين الغرماء (الدائنين).

أما الإمام أبو حنيفة فيرى عدم جواز الحجر على المدين المفلس احتراماً لأدبيته ولكن يأمره القاضي بسداد ديونه، فإن لم يسددها يحبس حتى يسدد أو يبيع ماله بنفسه يرجع في هذا الموضوع د. محمد بن حسين الشامي - أحكام الإلزام ف/ 118 ص/ 115

(2) وللمحكمة - على الرغم من توفر حالة الإفلاس - أن تمهل المدين إذا وجدت مبرراً لذلك كحسن نيته والظروف المحيطة به والتي أدت إلى الإفلاس.

فإذا صدر الحكم بالحجر وجب شهره أي التأشير به من قبل كاتب المحكمة في السجل الخاص بالمحجور عليهم. ويتم إعلان المدين بإفلاسه وصدور حكم بالحجر عليه عن طريق قلم كتاب المحكمة الابتدائية التابعة لموطن المدين.

69. ثانياً: آثار الحكم بالحجر على المدين المفلس:

أ - آثاره بالنسبة للمدين المفلس:

يترتب على الحكم بالحجر على المدين أن أي تصرف يصدر من المدين ولو كان معاوضة يكون باطلاً. إذا كان هذا التصرف منجزاً⁽¹⁾. وهذا يعني أن المدين يكون ممنوعاً من التصرف في أمواله الموجودة وقت صدور الحكم بالحجر عليه. وما يستجد منها أثناء قيام الحجر. ما دام أن تصرفه سيؤدي إلى إخراج المال المتصرف فيه من ذمته فوراً.

أما تصرفه غير المنجز وكما عبر عنه نص المادة 73 مدني بالتصرف في الذمة كالوصية والتي لا تنفذ إلا بعد موت الموصي مصرراً على وصيته فيكون صحيحاً. ويكون صحيحاً أيضاً التصرف الصادر من المدين والذي لا يتعلق بمال أي ليس من التصرفات المالية كإقرار المدين بالنسب والطلاق. ويكون صحيحاً كذلك التصرف المتعلق بمال لا يجوز الحجر عليه كالمسكن وأثاثه. وآلة الحرفة إن كان المدين ذا حرفة وكتبه إذا كان ذا علم.

ب - آثاره بالنسبة للدائنين:

للدائنين - بعد صدور الحكم بالحجر على المدين - متابعة إجراءات التنفيذ. والمطالبة بما للمدين لدى الغير وإقامة البينة على ذلك.

ويشارك الدائنين في التنفيذ على أموال المدين كل صاحب دين ثبت في ذمة المدين قبل الحكم بالحجر عليه (م/74 مدني)⁽²⁾ حتى لو كان هذا الدين مؤجلاً حيث تحل جميع الديون

(1) تقضي المادة 73 مدني ببطالان أي تصرف منجز يصدر من المدين المفلس بعد الحكم عليه بالحجر. أما قبل صدور هذا الحكم وبعد المرافعة فتكون تصرفاته صحيحة إذا كانت بعوض وموقوفة إذا صدرت بقصد الإضرار بالدائنين وصدرت بدون عوض. لكن يلاحظ عدم الدقة في تعريف الحجر على المدين الذي نصت عليه المادة 55 حيث قصرت الجزاء على عدم نفاذ التصرف الذي يصدر من المدين بعد الحجر عليه مع أن المادة 73 مدني صريحة في اعتبار التصرف باطلاً، ولهذا يؤخذ على التقنين المدني اليمني عدم الدقة في الصياغة في كثير من الأنظمة، فالحكمة الفنية في نصوص هذا التقنين منتقاة.

(2) تنص المادة 74 مدني على أنه: ((يشارك الغرماء في مال المحجور عليه كل صاحب دين لزم المدين قبل الحجر عليه إذا أقام بينة بذلك، وكذا المجني عليه قبل الحجر بما يوجب مالا أو قساصاً عفى عنه إلى المال أو صولح عليه بمال ولا يلزم الغرماء إثبات أن لا غريم سواهم فإذا ظهر رب دين حال رجع على كل غريم بحصته طبقاً لما هو منصوص عليه في المادة (81) من هذا القانون)).

م/77 مدني⁽¹⁾ ويشاركهم أيضاً المجني عليه قبل الحجر فيما تقرر له من المال أو القصاص المعفي عنه إلى المال.

على أن هناك دائنين لا يشاركون في قسمة الغرماء، ويكون لهم استيفاء ديونهم بعد انتهاء الحجر إذا أيسر المدين نصت عليهم المادة 75 مدني، وهؤلاء الدائنون هم من تعلقت ديونهم بذمة المحجور عليه زمن الحجر، ومن أقر لهم بدين لم تقم عليه بينة لأن الإقرار في هذه الحالة مشوب بمظنة التواطؤ، ومن ثبتت ديونهم بسبب نكول المحجور عليه عن اليمين زمن الحجر عليه لوجود شائبة المظنة في هذا النكول.

ج - دور المحكمة في التنفيذ:

1 - تقوم المحكمة التي أصدرت الحكم بالحجر بالإعلان عن موعد بيع أموال المدين المحجور عليه بالمزاد العلني وتقسيمها ناتج البيع بين الدائنين.

وتلزم الدائنين والمدين بتحديد أسعار السلع المطروحة للبيع بالمزاد، فإن لم يتم الاتفاق على تحديد الأسعار قامت بتكليف ثلاثة خبراء لتحديد أسعارها، خبر تعينه المحكمة، وخبر يعينه المدين، وخبر يعينه الدائن.

وفي موعد البيع تفتتح جلسة المزاد ويتم العرض، وإذا لم يصل أكبر عطاء إلى ثمن المثل أجل المزاد إلى اليوم الثاني فإذا لم يصل إلى ثمن المثل أجل إلى اليوم الثالث، فإن لم يصل في هذا اليوم إلى ثمن المثل أرسى المزاد على أكبر عطاء، ولا يسلم المبيع إلا بعد قبض الثمن ويقدم في البيع ما يخشى فسادَه ثم المنقول ثم العقار.

2 - كيف يتم تقسيم ناتج البيع بين الدائنين:

تقوم المحكمة التي تولت بيع أموال المدين بتقسيمها وفق القواعد التالية وذلك بعد خصم المصروفات القضائية وقد نصت على هذه القواعد المادة 78 / خامساً مدني، والمادة 80 مدني⁽²⁾.

(1) تنص المادة 77 مدني على أنه: (ديون المفلّس الموجبة التي استدانها قبل الحجر تحل بالحجر ويشارك صاحبها في قسمة الغرماء).
(2) تنص المادة 78 مدني على الآتي: ((يتولى القاضي بيع أموال المفلّس وقسمة ما يتحصل بين الدائنين أسوة الغرماء ويتبع في ذلك ما يأتي: أولاً: لا يباع من أموال المدين المفلّس ما يحتاجه من سكن بأثاثه إلا إذا وضع تأميناً لدين أو كان الدين ناشئاً لذلك الثمن، و.... ثانياً: يجري البيع بالمزاد العلني ويقدم ما يخشى فسادَه. ثالثاً: يكون المثل حالاً ومن النقد المتعامل به في البلد، ويشترط أن لا يقل عن ثمن المثل الذي يحدده الدائنون بالاتفاق مع المفلّس وعند الاختلاف فيواسطة خبير يتفق عليه أو ثلاثة خبراء يعين المفلّس أحدهم والدائنون الثاني والمحكمة الثالث، وإذا لم يصل أكبر عرض إلى ثمن المثل أبرم البيع على أساس أكبر عرض. رابعاً: لا يسلم المبيع إلا بعد قبض الثمن. خامساً: تخصم المصاريف القضائية ويقسم صافي ما تحصل من نقود على الدائنين مع مراعاة ما نص عليه في الفقرة الأولى. وتنص المادة 80 مدني على الآتي:

أ - تقديم صاحب الدين المضمون برهن فيوفي دينه من ثمن العين التي كانت مرهونة ضماناً للدين. فإذا زاد الثمن عن الدين ردت الزيادة إلى الضمان العام للدائنين العاديين وإن نقص الثمن شارك الدائن المرتهن الدائنين العاديين بما تبقى له من دين في قسمة الغرماء.

ب - من وجد عين ماله ضمن أموال المدين يسلم له أو ثمنه إن كان قد بيع في المزاد بدون علم صاحبه. ومن له منفعة عين فله أن يستوفيه كالمستأجر ما لم يكن عقده باطلاً فيدخل بما قدم من أجرة في قسمة الغرماء.

ج - ما تبقى من الأموال يقسم بين الدائنين العاديين قسمة غرماء كل دائن بنسبة دينه. فلو كان مجموع الديون ستمائة ألف ريال. وكان عدد الدائنين ثلاثة للأول مائتا ألف ريال. والثاني ثلاثمائة ألف ريال والثالث مائة ألف وكان مجموع ما حصل من بيع أموال المدين ثلاثمائة ألف ريال فقط. كان معنى ذلك أن نسبة ما يحصل عليه كل دائن هي النصف حيث يكون نصيب الأول مائة ألف ونصيب الثاني مائة وخمسين ألف ونصيب الثالث خمسين ألف ريال.

70. ثالثاً: ارتفاع الحجر عن المدين وعودته :

يرتفع الحجر عن المدين بعد الانتهاء من القسمة دون حاجة إلى صدور حكم برفعه م/82 مدني⁽¹⁾ ويترتب على ارتفاعه أن يتمكن المدين من طلب المحكمة التأشير برفع الحجر في السجل الخاص بالمحجور عليهم حتى يتمكن من التعامل مع الغير بثقة واطمئنان.

فإذا حصل على مال فللدائنين أن يطلبوا التنفيذ على ما استجد له من مال إن لم يقم بالوفاء بديونه المتبقية اختياراً. ما لم يكن سبب هذا المال ديوناً جديدة لدائنين آخرين فيكون من حق هؤلاء فقط قسمة هذا المال فيما بينهم قسمة غرماء م/83⁽²⁾

((تجري قسمة أموال المطلق على النحو الآتي :

أولاً : يقدم صاحب الدين المضمون برهن فيوفي دينه من ثمن العين المرهونة فإن زاد الثمن ردت الزيادة وإن نقص شارك المرتهن الغرماء بالباقي من دينه.

ثانياً : من له عين ماله تعطى له أو ثمنها إن كانت قد بيعت من قبل المحكمة دون علم صاحبه ومن له منفعة عين يستوفيه ما لم يكن عقده باطلاً فإن كان قد قدم أجرة فيدخل بما قدم في قسمة الغرماء. ثالثاً : يقسم الباقي بين الدائنين قسم الغرماء كل بنسبة ما يخصه من الديون))

(¹) تنص المادة 82 مدني على أنه: ((يرتفع الحجر عن المطلق بمجرد تمام قسمة ماله بين غرمائه من غير توقف على حكم ولا يعاد الحجر عليه إلا إذا تجدد له مال يزيد عما استثنى له فيقسم بين الدائنين بما بقي له)).

(²) تنص المادة 83 مدني على أنه ((إذا تعامل المطلق مع آخرين بعد رفع الحجر عليه، وحجر عليه بسبب ديونهم فلا يدخل الغرماء الأولون بما بقي لهم فيما تجدد له من أموال الدائنين الجدد وإنما يدخلون فيما تجدد له من أموال عن طريق آخر كالأرث والهبية ونحوها)).

على أن البعض يذهب إلى أن الحجر يعود على المدين مرة أخرى إذا حصل على مال دون توقف الحجر على صدور حكم جديد من المحكمة.

لكن الاستفادة من المادة 83 مدني أن الحجر على المدين يرتفع بقوة القانون بعد تمام قسمة أمواله. وهذا يعني أن الحجر ينتهي ولا يعود إلا بصدور حكم به إذا رفض المدين الوفاء بديونه عند تجدد مال له وبشروط الحجر التي ذكرناها سابقاً.

المبحث الخامس

الحق في الحبس

71- تقسيم:

نظم المشرع اليمني الحق في الحبس في المواد من 370-373 مدني

وندرس الحق في الحبس في ثلاثة مطالب. نتناول في المطلب الأول تعريف الحق في الحبس وشروطه. وندرس في المطلب الثاني آثاره وفي المطلب الثالث نتناول أسباب انقضائه.

المطلب الأول

تعريف الحق في الحبس وشروطه

72- أولاً: التعريف بالحق في الحبس:

الحق في الحبس هو امتناع المدين الملزم بأداء شيء عن الوفاء به حتى يعرض الدائن الوفاء بالتزامه المرتبط بالتزام المدين. وقد عرفه القانون المدني اليمني في المادة 370⁽¹⁾.

والتعريف الوارد في هذه المادة للحق في الحبس يشير إلى الحق في الحبس القائم على أساس الدفع بعدم التنفيذ الناشئ عن العقد الملزم للجانبين. كما يشير إلى الحق في الحبس القائم على أساس وجود الشيء بيد حائزه بدون وجود علاقة تعاقدية بين الحائز ومالكه إذا كان الحائز قد أنفق مصروفات ضرورية أو نافعة كأن يكون الحائز قد وجد شيئاً ضائعاً وأنفق عليه أو تلقاه من غير مالك وطالب المالك المشتري بالشيء بناءً على دعوى الاستحقاق.

(1) تنص المادة 370 على أنه: ((إذا كانت حقوق الطرفين متقابلة بحيث يكون التزام أحدهما مترتباً على التزام الآخر ومرتبطة به يكون لكل منهما الحق في أن يمنع عن الوفاء بالتزامه ما دام الآخر لم يعرض الوفاء بما عليه أو لم يقدم تأميناً كافياً للوفاء به كما يكون ذلك بوجه خاص للحائز للشيء أو لمحرزة إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة فإن له أن يمنع عن رده حتى يستوفي ما هو مستحق له إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع)).

فالحق في الحبس يفترض وجود شخصين أحدهما يجوز شيئاً ملزماً بأدائه للآخر وله في الوقت نفسه حق قبله مرتبط بالتزامه هذا. فيكون له أن يحبس الشيء الذي التزم بأدائه إلى أن يوفي له حقه. ومثال ذلك حبس البائع حتى يستوفي الثمن. وحبس المودع لديه الوديعة حتى يتقاضى أجره أو التعويض عما أصابه من ضرر بسببها. وأن يحبس الصانع الشيء حتى يستوفي أجره⁽¹⁾.

73. ثانياً: شروط الحق في الحبس :

يشترط لوجود الحق في الحبس ثلاثة شروط نصت عليها المادة 370 مدني⁽²⁾ وهي وجود التزام على الحابس بأداء شيء. ووجود حق للحابس مستحق الأداء في ذمة صاحب الشيء. ووجود ارتباط بين حق الحابس وبين التزامه بأداء شيء .

الشرط الأول: وجود التزام على الحابس بأداء شيء:

ولا نهم طبيعة هذا الشيء، فقد يكون عقاراً، أو منقولاً، وقد يكون شيئاً مثلياً أو قيمياً. وقد يكون شيئاً مادياً أو معنوياً. وقد يكون شيئاً أو عملاً أو امتناعاً عن عمل. ويكون الحبس في هذه الحالة الأخيرة في صورة عدم تنفيذ العمل أو عدم الامتناع عنه.

على أن القانون لم يجز استثناء حبس بعض الأشياء. من ذلك الأشياء المملوكة ملكية عامة لأن في حبسها تعطيلاً للمنفعة العامة التي خصصت لها هذه الأموال. ومن ذلك أيضاً الأشياء التي لا يجوز حجز عليها لأنه يترتب على حبسها تفويت الغرض الذي قصده المشرع من تقرير عدم جواز الحجز عليها.

ويغلب أن يكون الشيء المحبوس ملوكاً لدائن الحابس. كما لو كان الحابس حائزاً له بنية تملكه كالشئري لشيء معين من غير مالكة وأنفق عليه مصروفات يحق له استردادها. أو كان مجرد حائز عرضي ليست لديه نية التملك كالسأجر والمودع لديه والمستعير الذين أنفقوا مصروفات على الشيء ما يجوز لهم قانوناً استردادها من المالك فلهؤلاء جميعاً أن يحبسوا الشيء الموجود في حيازتهم !

(1) ولا يختلف الفقه الإسلامي في مجموعه عما يقرره فقه القانون في موضوع الحق في الحبس. ويرى البعض (الشافعية) أن البائع يجبر أولاً على تسليم المبيع ثم يجبر المشتري على دفع الثمن لأن حق المشتري متعلق بعين معينة وحق البائع متعلق في الذمة فيقدم ما تعلق بعين على ما تعلق في الذمة، يراجع د. محمد الشامي - ج 1 مرجع سابق ف/25 ص 122

(2) تقابل نص المادة 246 مدني مصري.

على أن الشيء المحبوس قد يكون مملوكاً للحابس نفسه وعليه التزام بأدائه. فللمؤجر مثلاً - وهو مالك للعين المؤجرة - أن يجبرها عن المستأجر حتى يستوفي ما اشترط تعجيله من أجرة .

ويشترط ألا يكون الحابس قد توصل إلى وضع يده على الشيء بطريقة غير مشروعة كالسرقة أو الغصب. فمن يسرق منقولاً أو يفتصب عقاراً ثم يقوم بإنفاق مصروفات ضرورية عليه يكون مديناً برده ودائناً للمالك بما أنفق من مصروفات ولكن لا يكون له الحق في الحبس حتى يستوفي ما أنفق لأنه توصل إلى وضع يده على الشيء بطريقة غير مشروعة.

ويلاحظ هنا أن العبرة هي بأصل وضع اليد لا بنية الحائز الحابس. فقد يكون الحائز سيئ النية ومع ذلك يكون له الحق في الحبس. إذا لم يكن قد توصل إلى حيازة الشيء بطريقة غير مشروعة. فمثلاً قد يكون الشيء تحت يد وكيل أو مستأجر ويظهر عليه بمظهر المالك للشيء. ويقوم بوصفه مالِكاً بإنفاق مصروفات عليه. فالتزام أي منهما بالرد لم ينشأ عن عمل غير مشروع بل من عقدي الوكالة والإيجار. وإن أصبحا سيئي النية عالمين بعدم أحقيتهما في الحيازة القانونية. ولذلك كان لكل منهما أن يجبر ما في يده حتى يستوفي ما هو مستحق له من مصروفات.

الشرط الثاني: وجود حق للحابس مستحق الأداء:

لا بد أن يكون حق الحابس مستحق الأداء. لأن الهدف من الحق في الحبس هو حمل المدين على الوفاء بما التزم به. وهذا يعني أنه لا يجوز الحبس اقتضاء حق مؤجل أو معلق على شرط واقف. على أن الأجل الذي يمنحه القاضي (نظرة الميسرة) لا يحول دون استعمال الدائن الحق في الحبس. وكذلك إذا تبرع الدائن بأجل لم يمنعه هذا من الحق في الحبس ما لم يثبت أن الدائن قد نزل بهذا الأجل الممنوح عن حقه في الحبس. واشتراط أن يكون حق الحابس مستحق الأداء يقتضي بالضرورة أن يكون هذا الحق محقق الوجود. فلا يجوز الحق في الحبس اقتضاء حق متنازع فيه منازعة جدية.

فليس للمودع لديه مثلاً أن يجبر الوديعة حتى يستوفي تعويضاً يدعي أنه يستحقه إذا كانت دعوى التعويض لم يفصل فيها بعد. كما يقتضي أيضاً أن يكون حق الحابس حقاً مدنياً لا مجرد حق طبيعي. فالدين الطبيعي لا جبر على المدين في أدائه.

الشرط الثالث: وجود ارتباط بين حق الحابس وبين التزامه بأداء شيء:

وهذا الارتباط يتخذ إحدى صورتين: ارتباط قانوني أو معنوي. وارتباط موضوعي أو مادي. وقد نصت على نوعي الارتباط المادة 370 مدني.

أ - الارتباط القانوني:

وبعني الارتباط القانوني وجود علاقة قانونية تبادلية بين التزام الحابس وحقه قبل دأئه الذي يطالب بالشئ سواء كان مصدر هذه العلاقة عقداً من العقود أو كان مصدرها إلال عقد بالفسخ أو البطلان أو نشأت بمناسبة عقد ملزم لأنب واحد إذا نشأ للمدين حق بعد إبرام العقد أو كان مصدرها واقعة أخرى غير العقد كالفضالة مثلاً.

فقد توجد العلاقة القانونية التبادلية نتيجة عقد ملزم للأانب وهذه هي أقوى صور الارتباط. لأن كل التزم هو سبب للالتزام المقابل ويتخذ الحبس عندئذ صورة الدفع بعدم التنفيذ. ومثاله حبس المشتري الثمن حتى ينفذ البائع التزاماته وحبس البائع المبيع حتى يستوفي الثمن. وحبس المستأجر العين المؤجرة حتى يستوفي ما أنفقه على العين من تحسينات وحبس المقايض ما قايض عليه. وحبس المقاول العمل. وحبس رب العمل الأجرة.

وقد يكون مصدر هذه العلاقة القانونية إلال عقد بالفسخ أو بالبطلان ذلك أن الفسخ والبطلان يؤديان إلى إلزام كل من طرفي العقد برد ما أخذه فعندئذ يجوز للمتعاقد حبس ما أخذه حتى يرد المتعاقد الآخر ما أخذه.

وقد تنشأ هذه العلاقة بمناسبة عقد ملزم لأنب واحد إذا نشأ للحابس حق بعد إبرام العقد. ومثاله حق المودع لديه في حبس الوديعة حتى يستوفي ما أنفقه من مصروفات في حفظها. فالوديعة عقد ملزم للمودع لديه. والتزام المودع برد المصروفات لم ينشأ من العقد وإنما نشأ من الفعل النافع (الإثراء بلا سبب).

وقد توجد هذه العلاقة دون وجود عقد بين الطرفين. ففي الفضالة يلتزم الفضولي برد ما استولى عليه بسبب الفضالة ويقابل هذا التزم رب العمل بتعويض الفضولي عما أنفقه.

والتزام الفضولي مصدره القانون والتزام رب العمل مصدره الفعل النافع (الإثراء بلا سبب) فهما غير ناشئين عن عقد. ومع ذلك فإن بينهما ارتباطاً قانونياً أي علاقة تبادلية تجيز للفضولي استعمال الحق في الحبس.

ب - الارتباط الموضوعي :

يوجد الارتباط الموضوعي إذا كانت العلاقة بين الحابس للشئ وبين صاحب الشئ قد نتجت عن مجرد حياة الحابس للشئ دون أن توجد أي رابطة قانونية أخرى تربط بينهما. فيحق مثلاً لأناز الشئ أن يسترد من مالكه الذي يسترده ما أنفق عليه من مصروفات

ضرورية أو نافعة. وله أن يجبس الشيء إلى أن يستوفي هذه المصروفات فالعلاقة بين الخائز وبين من له حق استرداده قد نتجت من مجرد الحيازة دون وجود أي رابطة قانونية تربط بينهما.

ويلاحظ أن ثمة حالات يجتمع فيها الارتباط القانوني والمادي معاً وهي تلك الحالات التي توجد فيها رابطة تبادلية بين حق الحابس والتزامه بالرد، وهذا هو الارتباط القانوني. ويكون حق الحابس قد نشأ بسبب حيازته للشيء من مصروفات أنفقها أو ضرر أصابه. فحق المودع لديه مثلاً في الحبس بسبب المصروفات التي أنفقها أو ما أصابه من ضرر بسبب الشيء المودع، إنما يستند إلى الارتباط القانوني لأن هناك علاقة تبادلية بين التزامه بالرد والتزام المودع بالتعويض وهو يستند أيضاً إلى الارتباط المادي فقد نشأ حقه عن الشيء المحبوس ذاته.

وتتضح أهمية التمييز بين نوعي الارتباط من ناحيتين. الأولى أنه في الارتباط المادي في صورة استرداد المصروفات يحتاج بالحق في الحبس على الكافة حتى لو نشأ حق الغير على الشيء المحبوس قبل إنفاق المصروفات، لأن المصروفات قد أفادت الشيء في ذاته. أما في الارتباط المادي في صورة التعويض المستحق عن الضرر الناجم عن الشيء وفي الارتباط القانوني ففي الأمر تفصيل سيأتي بيانه.

والناحية الثانية- من حيث محل الحبس. فحيث يستند الحبس إلى ارتباط مادي فإن الحبس يقتصر على الشيء الذي أنفقت عليه المصروفات أو نشأ عنه الارتباط.

أما في الارتباط القانوني فإن الحق في الحبس يمتد إلى كافة الأشياء التي على المدين الحابس التزام بأدائها. ولو كان حق هذا الحابس قد نشأ بسبب مصروفات أنفقت على بعض هذه الأشياء دون البعض الآخر. فمثلاً في عقد المقاولة يجوز للمقاول أن يجبس الشيء الذي يستحق عنه أجراً وكذلك غيره من الأشياء التي يكون رب العمل قد سلمها إليه لإجراء العمل وذلك حتى يستوفي أجره.

وفي عقد الوديعة إذا كان محلها عدة أشياء وكان المودع لديه قد أنفق على بعض هذه الأشياء استطاع أن يجبس جميع الأشياء المودعة لديه حتى يستوفي ما أنفقه.

المطلب الثاني

آثار الحق في الحبس

تتمثل هذه الآثار في الحقوق والواجبات التي تترتب على الحق في الحبس عند توفر شروطه.

أولاً: حقوق الحبس:

تنحصر حقوقه في الامتناع عن تسليم الشيء المحبوس حتى يستوفي ماله في ذمة صاحب الشيء المحبوس. فالحبس يدفع بالحق في الحبس طلب تسليم الشيء أو يمنع عن تنفيذ الالتزام وليس وسيلة لانقضائه. وهو في هذا يختلف عن المقاصة التي هي طريق من طرق انقضاء الالتزام.

ولا يجبر الحبس على تسليم الشيء في حالة الوفاء الجزئي. بل له أن يحبس الشيء كله حتى يستوفي الحق كاملاً. وهو ما يعبر عنه بأن الحبس غير قابل للتجزئة. على أنه إذا كان ما لم ينفذ يسيراً فلا يجوز للحبس الامتناع عن تسليم الشيء وللقاضي إجباره على التسليم لأن امتناعه في هذه الحالة يعد تعسفاً في استعمال الحق في الحبس.

وقد أجاز القانون المدني للمدين أن يطلب من القضاء إجبار الحبس على تسليم الشيء إذا هو قدم تأميناً كافياً للوفاء بالتزامه كالرهن والكفالة يفهم هذا من نص المادة 370. على أن حق الحبس في الامتناع عن تسليم العين محل الحبس لا يعني أن له الحق في تتبع الشيء. أو الحق في الأولوية على غيره من الدائنين.

فليس للحبس حق التتبع. لأن الحق في الحبس يزول بانتقال الشيء إلى الغير. فإذا تصرف المدين في العين بالبيع مثلاً حال وجودها بيد الحبس لها فليس له حق تتبع العين. وكل ما له هو أن يمنع عن تسليمها إلى المتصرف إليه حتى يستوفي حقه.

وليس له أيضاً حق الأولوية على غيره من دائني المدين. فلا يستطيع أن ينفذ على الشيء المحبوس واستيفاء حقه منه بالأفضلية على سائر دائني المالك وإنما يزاحم غيره من الدائنين ويقاسمونه قسمة غرماء. فإذا نفذ أحد الدائنين الآخرين على العين وهي في يد الحبس كان له أن يمنع عن تسليمها إلى الراسي عليه المزداد حتى يقتضي حقه كاملاً. وبذلك يؤدي الحق في الحبس في هذه الحالة إلى النتيجة الفعلية التي يؤدي إليها حق الامتياز أو الأولوية.

74 - الأشخاص الذين يحتج عليهم بالحق في الحبس:

أ - يحتج الحابس بحقه في الحبس في مواجهة المدين الذي يطالب بتسليم الشيء. وعلى دائنيه العاديين وورثته. ولا يعنى الاحتجاج في مواجهة الدائنين العاديين امتناع هؤلاء عن التنفيذ على العين المحبوسة. فالحق في الحبس لم يخرج العين من ملكية مدينهم ولا عن ضمانهم العام. وإنما يعنى أن الحابس يستطيع الامتناع عن تسليم العين إلى من رسا عليه المزداد بناء على تنفيذ الدائنين حتى يستوفي حقه كاملاً.

والحابس يحتج بحقه في الحبس في مواجهة جميع الدائنين العاديين وبغض النظر عن تواريخ ثبوت ديونهم. أي سواء أكانت متأخرة عن تاريخ ثبوت الحق في الحبس أم متقدمة على هذا التاريخ.

ب - ولكن هل يحتج بالحق في الحبس على الخلف الخاص؟

والخلف الخاص هو من انتقلت إليه ملكية العين المحبوسة أو تلقى عليها حقا عينياً كرهن أو انتفاع.

ولا خلاف في سريان الحق في الحبس في مواجهة الخلف الخاص إذا كان أساس الحق في الحبس هو إنفاق مصروفات على العين سواء كانت العين المحبوسة عقاراً أو منقولاً. لأن إنفاق هذه المصروفات قد أفاد الشيء ذاته.

أما في غير هذه الحالة أي حيث يكون أساس الحبس هو الارتباط المعنوي والارتباط المادي في صورة حق الحابس في التعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب الشيء. ففي ذلك خلاف بين الشراح.

فالبعض يرى أن الحق في الحبس يسري في مواجهة الخلف الخاص سواء كسب حقه بعد ثبوت الحق في الحبس أو قبله. ويرى البعض الآخر قصر حق الاحتجاج بالحق في الحبس على الحالة التي ينشأ فيها حق الخلف الخاص بعد نشوء الحق في الحبس. وحق الخلف الخاص ينشأ بتسجيل التصرف أو قيده في السجل المعد لذلك. فليس للدائن الحابس مثلاً أن يحتج بالحبس على الدائن المرتهن الذي قيد حقه في السجل العقاري قبل ثبوت الحق في الحبس.

على أن الرأي الذي يتفق مع اتجاه القانون المدني اليمني هو ما ذهب إليه الرأي الأول القائل بأن الحق في الحبس يسري في مواجهة الخلف الخاص بصرف النظر عن تاريخ ثبوت حق الخلف الخاص لأن الحق في الحبس لم ينشأ بعقد ولا بإرادة المالك. فهو ليس تأميناً أو ضماناً اتفاقياً وإنما هو ضمان قانوني. فالقانون هو الذي يخول الحابس الحق في الحبس متى توفرت

شروطه. وهو محتج به على الكافة سواء من كان لهم حق على الشيء قبل نشوء الحق في الحبس أو من ثبت لهم هذا الحق بعد ذلك.

75- ثانياً: واجبات الحابس:

بينت هذه الواجبات المادة 371 مني وهي :

أ - المحافظة على العين المحبوسة:

وهو يحافظ على العين المحبوسة كما يحافظ الدائن المرتهن رهن حيازة على العين المرهونة تحت يده. وهذا يعنى أن الحابس يضمن هلاك العين المحبوسة مادام حابساً لها مالم يثبت السبب الأجنبي وهذا الحكم قرره القانون المدني اليمني في التزام المرتهن بحفظ المهرن فلم يقتصر على جعل هذا الالتزام التزاماً ببذل عناية بل جعله التزاماً بتحقيق نتيجة.

ويتفرع على هذا الالتزام واجب استئذان القضاء في بيع الشيء المحبوس إذا كان مما يخشى عليه الهلاك أو التلف وعندئذ ينتقل حق الحبس إلى ثمنه.

ب - تقديم حساب عن غلة الشيء المحبوس:

وإذا كانت العين المحبوسة تنتج ثمرة أو غلة فإن ما تنتجه يكون من حق مالكها لا حابسها. وكل ما للحابس على الثمار والغلة هو أن يحبسها حتى يستوفي حقه. وعليه أن يقدم حساباً عنها إلى المالك عند انقضاء الحق في الحبس فيرد له العين وغلتها.

وإذا كانت الثمار مما يسارع إليه التلف كان للحابس أن يستأذن القضاء في بيعها. ثم هو يحبس ثمنها. وليس له أن يملك الثمار خصماً من دينه قياساً على الدائن المرتهن. إلا إذا حُققَت شروط المقاصة القانونية.

ويكون الحابس مسئولاً عن الشيء مسئولية تقصيرية عما يحدثه من ضرر للغير طبقاً لقواعد المسئولية الناشئة عن الحراسة إذ إن للحابس وحده السيطرة الفعلية على الشيء فهو لذلك حارس للشيء لا مالكة.

ج - رد العين المحبوسة:

فإذا استوفي الحابس حقه التزم برد العين. ذلك لأن الحبس هو امتناع مؤقت عن تنفيذ الالتزام بتسليم العين. فإذا زال سببه عاد الالتزام بالتسليم وفقاً للعلاقة القانونية التي كانت قائمة بين الدائن الحابس والمدين.

فإذا كان الشيء قد هلك في يد الحابس بفعله كان مسئولاً عن الهلاك أما إذا ثبت أن الهلاك بسبب أجنبي فإن العين تهلك على مالكها حتى لو كان الحابس ملزماً بموجب عقد بتسليمها إلى المالك.

المطلب الثالث

انقضاء الحق في الحبس

ينقضي الحق في الحبس بطريقتين بطريق تبعية تبعاً لانقضاء حق الحابس أو بطريق أصلي أي مستقلاً عن هذا الحق.

76- أولاً: انقضاؤه بطريقة تبعية:

ينقضي الحق في الحبس بانقضاء الحق المضمون وتبعاً له، فلو انقضى هذا الحق بالوفاء أو بما يقوم مقام الوفاء كالتجديد والمقاصة وإخاء الذمة انقضى معه الحق في الحبس. وينقضي الحق في الحبس كذلك بانقضاء الحق المضمون بغير وفاء كما لو أبرأ الدائن المدين من الدين أو سقط الدين لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي. ويلاحظ أن بقاء الشيء المحبوس تحت يد الحابس يعتبر إقراراً متجدداً من جانب المدين المالك للعين بأنه مدين للحابس. ولذلك فالحق في الحبس لا يسقط بالتقادم ما دامت العين المحبوسة باقية تحت يد الدائن الحابس.

77- ثانياً: انقضاء الحق في الحبس بطريقة أصلية:

وينقضي هذا الحق استقلالاً في الحالات التالية:

أ. إذا قدم صاحب الشيء المحبوس للحابس تأمناً كافياً شخصياً كان أو عينياً لضمان حقه.

فحسن النية يوجب على الحابس في هذه الحالة عدم جواز التعسف في استعمال الحق ما دام أن المدين قدم ضماناً آخر كافياً /370 مدني.

ب. إذا هلك الشيء المحبوس. غير أنه إذا هلك هذا الشيء فاستحق عنه تعويض أو مبلغ تأمين، فإن هذا التعويض أو مبلغ التأمين يحل محل العين الهالكة فيحبسه الدائن أخذاً بفكرة الحلول العيني.

ج. إذا أخل الحابس بالتزامه بالحفاظ على الشيء المحبوس وذلك تطبيقاً للقواعد العامة.

د. إذا خرج الشيء المجهوس من يد الحابس خروجاً إرادياً باختيار الحابس. كأن يسلم الحابس الشيء إلى صاحبه، أو يقوم بالتنفيذ عليه متخذاً إجراءات البيع الجبري، فيتعين عليه عندئذ تسليمه للراسي عليه المزداد.

أما إذا خرج الشيء من يد الحابس بدون اختياره، خفية أو على الرغم منه فإن الحق في الحبس لا ينقضي ويحق للحابس استرداد الشيء لحبسه. حتى لو حازه حائز آخر حسن النية إذ الأمر ينطوي في الواقع على سرقة أو غصب للضمان.

على أنه يجب وفقاً للمادة 373 مدني أن يسترد الحابس حيازة الشيء في ظرف ثلاثين يوماً من تاريخ علمه بخروج الشيء من يده.

لكن نص هذه المادة لم يضع حداً أقصى يمكن للحابس أن يسترد الشيء إليه خلاله. وفي هذه الحالة تطبق القواعد العامة والتي تقضي بعدم سماع الدعوى بمضي خمس سنين إذا كان محل الحق منقولاً.

وتطبيقاً لهذه القاعدة لا يستطيع الحابس استرداد الشيء إذا كان قد مضى على خروج الشيء من يده خمس سنين فأكثر. أما القانون المدني المصري فقد حدد مدة سنة كحد أقصى تبدأ من تاريخ خروج الشيء من يد الحابس يستطيع خلالها استرداد هذا الشيء.

الباب الثاني:

أوصاف الالتزام⁽¹⁾

78 - تمهيد ونقسيه:

أوصاف الالتزام أمور تضاف إلى الالتزام فتعدل من أثره. وهذه الأوصاف أنواع ثلاثة:

الأول: الأوصاف التي تتصل بوجود الالتزام أو نفاذه. وهي الشرط والأجل.

فقد يعلق وجود الالتزام على شرط. فيصبح الالتزام غير مؤكد الوجود ويسمى هذا

الوصف بالشرط وقد يوجد الالتزام ولكن يتراخى تنفيذه إلى أجل ويسمى الوصف هنا

بالأجل.

والثاني: الأوصاف التي تتصل بمحل الالتزام. فقد يتعدد المحل وهذا التعدد يسبغ على الالتزام

وصف الالتزام التخييري أو الالتزام البدلي.

والثالث: الأوصاف التي تتصل بطرفي الالتزام. فقد يتعدد طرفا الالتزام تعددا بسيطا

فيسمى الالتزام التزاما مشتركا. وقد يتعدد طرف واحد أو الطرفان في الالتزام مع التضامن

فيسمى التزاما تضامنيا. وقد يكون التعدد في الالتزام غير قابل للانقسام.

فإذا لم يتصف الالتزام بأي من هذه الأوصاف كان التزاما منجزا وبسيطا.

ونتناول أوصاف الالتزام في فصول ثلاثة. نتناول في الفصل الأول الشرط والأجل.

وندرس في الفصل الثاني تعدد محل الالتزام. ونبين في الفصل الثالث تعدد طرفي الالتزام.

1 - ذكرت في مقدمة الكتاب أن القانون المدني اليمني لم ينظم أوصاف الالتزام ضمن موضوعات أحكام الالتزام مكانها الطبيعي، وإنما تناولها في القسم الأول من الكتاب الثاني الخاص بمصادر الالتزام وذلك في الفصل السادس من هذا القسم المتعلق بالعقد تحت عنوان الأوصاف المعدلة لأثر العقد حيث تناول في الفرع الأول من هذا الفصل الخيارات وتناول في الفرع الثاني الشرط والأجل، وفي الفرع الثالث تناول تعدد محل العقد، وفي الفرع الرابع تعدد طرفي العقد. ولأن هذه الأوصاف هي من صميم موضوعات أحكام الالتزام وبغض النظر عن مصدره سواء أكان العقد أم الإرادة المنفردة أم مصدراً آخر، فقد أثرنا تناول هذه الموضوعات في مكانها الطبيعي دون كسرها على العقد.

الفصل الأول:

الشرط والأجل

ندرس الشرط والأجل في مبحثين. نتناول في المبحث الأول الشرط ونتناول في المبحث الثاني الأجل. وقد نظم المشرع اليمني الشرط والأجل في المواد من 258 - 269.

المبحث الأول

الشرط

79 - تقسيم:

نظم المشرع اليمني الشرط كوصف للالتزام في المواد 255-265 مدني.

وندرس الشرط في المطالب الثالثة التالية:

المطلب الأول: التعريف بالشرط وأنواعه وخصائصه.

المطلب الثاني: كيف يتحقق الشرط.

المطلب الثالث: آثار الشرط.

المطلب الأول

التعريف بالشرط، وأنواعه، وخصائصه.

80- أولا: التعريف بالشرط وأنواعه وتمييزه عن غيره:

أ- الشرط - كوصف للالتزام - هو أمر مستقبلي غير مؤكد الوقوع يترتب على وقوعه وجود الالتزام أو زواله. وعرفته المادة 259 مدني بقولها: "الشرط في العقد هو ما يتوقف وجود الحكم عليه ويكون الالتزام مستقبلا في أمر غير محقق الوقوع يضاف الحكم إليه عند وجوده".

وبقابلها نص المادة 265 مدني مصري⁽¹⁾ ومثال الشرط أن يقول شخص لآخر بعثك هذا الشيء إذا أنت نجحت في الامتحان. أو يقول أجرتك منزلي هذا على أن يفسخ الإيجار إذا تم نقلي إلى هذه المدينة الموجود بها منزلي.

ب- والشرط على نوعين:-

1- شرط واقف يترتب على وقوعه نشوء الالتزام. ومثاله أن يتعهد الأب لابنه بهبته بعض أمواله إذا نجح في الامتحان أو إذا تزوج. فالنجاح والزواج كلاهما شرطان واقفان يترتب على تحققهما وجود الالتزام وهو أن يدفع الأب ما تعهد به.

2- وشرط فاسخ يترتب على تحققه زوال الالتزام. ومثاله أن يوصي رجل لامرأته بمال معين إذا لم تتزوج بعد وفاته وانقطعت لتربية الأولاد. ومثاله أيضا أن يقول شخص لآخر خذ هذا المال هبة مني على أن تفسخ هذه الهبة ويعود المال إذا رزقت ولدا.

ج- ويختلف الشرط - كوصف للالتزام⁽²⁾ - عن غيره من الشروط. فهو يختلف عن الشرط الذي يتطلبه القانون لترتيب أثر معين. فالرسمية مثلا شرط قانوني لوجود الهبة. لأنها عنصر من عناصر وجودها. فلا يقال إن الهبة تكون معلقة على شرط واقف هو استيفائها للشكل الرسمي لأن الرسمية هنا ركن في العقد. أما الشرط كوصف في الالتزام فأمر عارض مصدره الإرادة وهذا الاختلاف بينهما له أهميته. فتحقق الشرط كوصف للالتزام له أثر رجعي يستند إلى وقت انعقاد العقد فيرتب الالتزام أثره لا من وقت تحقق الشرط بل من وقت نشوء مصدره. أما الشروط القانونية فالأصل أن تحققها لا يكون لها أثر رجعي

1 - تنص هذه المادة على أنه: "يكون الالتزام معلقا على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبلي غير محقق الوقوع."

2 - أشارت إلى نوعي الشرط المادتان 258 و 260 مدني يعني. فالمادة 258 تنص على أنه: "ويكون العقد غير منجز إذا كان بصيغة معلقة بشرط فيتأخر نفوذه إلى ورود الشرط..... وتنص المادة 260 على أنه: "يجوز تعليق زوال العقد على شرط إذا وجد انفسخ العقد وترتب على الفسخ حكمه....."

2- للتمييز بين الشرط كوصف للالتزام وغيره من الشروط يراجع د. البدرابي في 206 ص 230.

فأثارها لا توجد إلا من وقت توفرها. فالقانون يشترط مثلا التسجيل لانتقال الملكية. فالملكية لا تنتقل إلا بتمام التسجيل ومن وقت التسجيل لا من وقت سابق عليه. وفي بيع الأشياء المستقبلية لا تنتقل الملكية إلا من وقت وجود الشيء لا من وقت سابق. لأن الشرط هنا هو أن الملكية لا تنتقل إلا إذا كان الشيء معينا بذاته وموجودا بالفعل وقت التصرف. وهذا ينطبق على المنقول المعين بذاته.

ويختلف الشرط عن الشروط والبنود التي يتفق عليها المتعاقدان في تنظيم علاقاتهما التعاقدية كأن يشترط دفع الثمن في زمن معين أو مكان معين. فهذه الاشتراطات هي بنود في الاتفاق وليست أوصافا للالتزام. وتسمى في الفقه الإسلامي بشروط التقييد تمييزا لها عن شروط التعليق المقابلة للشرط كوصف للالتزام⁽¹⁾.

81. ثانيا: خصائص الشرط:

يتميز الشرط كوصف في الالتزام بأربع خصائص:

الخصيصة الأولى - أن الشرط أمر عارض:

فالإرادة تضيفه إلى الالتزام بعد استكمال عناصره الأساسية.

وقد سبق أن عرفنا الفرق بين شرط التعليق وشرط التقييد الذي يدخل في تكوين الاتفاق. فشرط التعليق يترتب أثره من وقت إبرام العقد أما شرط التقييد فيترتب أثره من وقت وجوده. ومثاله اشتراط البائع على المشتري تسليم الثمن في الزمان والمكان المتفق عليهما. الخصيصة الثانية: الشرط أمر مستقبل:

فهو لا يتحقق إلا في فترة لاحقة لانعقاد العقد. أما إذا كان قد حقق بالفعل عند التعاقد. كان الالتزام منجزا غير مشروط. حتى لو كان المتعاقدان يجهلان تحقق الشرط وقت العقد. فإذا تعهد شخص لآخر بجائزة إذا هو تزوج ثم اتضح أنه متزوج بالفعل كانت الهبة عندئذ منجزة غير معلقة. وإذا تعهد شخص لطبيب بجائزة إن هو ابتكر دواء معينا. فتبين أن الطبيب قد ابتكره اعتبر التعهد منجزا.

1- تكلم الفقه الإسلامي في الشروط بصفة عامة عند الحديث عن حرية التعاقد واشتراط الشروط. أما الشرط كوصف للالتزام فقد تناولوه عند تقسيمهم للعقود تحت ما يسمى بشروط التعليق ويختلف الفقه الإسلامي في مدى حرية الإرادة في اشتراط الشروط ما بين موسع ومضيق. فالبعض يرى أن الأصل في العقود والشروط الإباحة إلا ما ورد دليل من الشرع على النهي. والبعض الآخر يرى أن الأصل في العقود والشروط النهي إلا ما ورد دليل بجوازه. بينما يذهب رأي ثالث إلى أنه لا يصح من الشروط إلا ما ورد به الدليل من الكتاب والسنة. كما أن شروط التطبيق ليست محل اتفاق بينهم. فالبعض يجيز بعض العقود دون البعض الآخر. والبعض ومنهم ابن تيمية يجيزون التعليق مطلقا إلا ما ورد النهي عنه بنص من الشارع. راجع د. محمد بن حسين الشامي - مرجع سابق ج 2 ف 147 ص 137

الخصيصة الثالثة: الشرط أمر غير مؤكد الوقوع:-

فقد يتحقق في المستقبل وقد لا يتحقق. فهو أمر محتمل الوقوع. والشرط بهذا المعنى يتنافى مع الأمور التالية:-

أ- الأمر الحق الوقوع إذ نكون في هذه الحالة بصدد أجل. فالأجل أمر مستقبل مؤكد الوقوع. وهو يكون كذلك حتى لو كان تاريخ وقوعه غير محدد سلفاً كالموت. لكن إذا اقترن الموت بمدة معينة كان شرطاً لا أجلاً. كتعليق التزام على وفاة شخص معين في تاريخ معين: لأن وقوع الموت خلال مدة معينة أو بترتيب معين هو أمر غير مؤكد.

ب- الأمر المستحيل الوقوع. فالاستحالة تنافي مع الاحتمال. والاستحالة المقصودة هنا هي الاستحالة المطلقة التي ترجع إلى طبيعة الأشياء كشرط اكتشاف دواء ينجم الحياة أو ترجع إلى حكم القانون كتعليق التزام ما على الزواج بأحد المحارم. فزواج المحارم مستحيل قانوناً. فإذا علق الالتزام على شرط مستحيل كان الشرط باطلاً وقد يبطل الإتفاق المعلق عليه. أما الاستحالة النسبية والتي تكون بالنسبة لبعض الأشخاص دون البعض الآخر. فلا حول دون صحة العقد والشرط معاً لإمكان قيام البعض بها.

ج- توقف تحقق الشرط على إرادة المدين المحضنة:

يجب ألا يكون تحقق الشرط الواقف متوقفاً على إرادة المدين المحضنة: لأن تحقق الشرط بإرادته ينشأ في مع احتمال تحققه. ومثاله أن يقول المدين لآخر أهيك هذا الشيء إن أردت أنا. لكن يصح الشرط إذا علق على إرادة الدائن المحضنة. غير أن الشرط ينقسم من حيث تعلقه بإرادة أحد الطرفين من عدمه إلى ثلاثة أنواع:

د- الشرط الاحتمالي: وهو الشرط المتروك تحقيقه لحض الصدفة دون أن يتعلق بإرادة أي من طرفي الالتزام. ومثاله التزام شخص بهبة شيء ما لآخر إن ولد له ولد ذكر.

هـ- الشرط المختلط: وهو الشرط الذي يتعلق بإرادة أحد طرفي العقد وبإرادة شخص آخر ثالث. ومثاله أن يهب شخص لآخر شيئاً إذا تزوج فلانه فهذا الشرط يتعلق بإرادة المشتري عليه وبإرادة من اشترط الزواج منها.

و- وكلا الشرطين الاحتمالي والمختلط صحيحان لأنهما في الحالين أمر غير مؤكد الوقوع.

ز- الشرط الإرادي: وهو الشرط الذي يكون تحقيقه مرهوناً بإرادة أحد الطرفين وهو إما يكون شرطاً إرادياً بسيطاً أو شرطاً إرادياً محضاً. والشرط الإرادي البسيط هو ما يتعلق بإرادة أحد الطرفين مقترنة بعمل يتوقف على الظروف والملابسات التي لا يستبد بها هذا الطرف وحده كأن يهبه ما لا إذا تزوج. فالزواج شرط إرادي يتعلق بإرادة المدين أو الدائن. ولكن إرادة المشتري عليه ليست مطلقة إذ الزواج أمر يتوقف - فوق إرادته - على

ملايسات وظروف أخرى. والشرط الإرادي البسيط صحيح سواء تعلق بإرادة الدائن أو بإرادة المدين. وسواء كان الشرط واقفا أو فاسخا .

ح- أما الشرط الإرادي المحض فهو الشرط المتوقف على محض إرادة الشخص وعلى مجرد مشيئته. وقد يتعلق بإرادة الدائن أو بإرادة المدين.

ط- فإذا تعلق بإرادة الدائن كان الشرط صحيحا وكان الالتزام معلقا على إرادته إن شاء تقاضى الدين وإن شاء أحل المدين منه. ومثاله أن يقول شخص لآخر أهبك هذا المال إذا أردت أنت.

ي- أما إذا تعلق بإرادة المدين المحضة وكان الشرط واقفا كان الشرط عندئذ باطلا والالتزام باطلا أيضا. ومثاله أن يقول أهبك هذا المال إذا أردت أنا وقد اعتبرت المادة 262 مدني العقد المعلق على محض إرادة الملتزم لغواً أي باطلاً حيث تنص على أنه: "إذا علق العقد على شرط يتوقف وجوده على محض إرادة الملتزم كان لغواً ولا اعتبار له".

ك- أما إذا كان الشرط فاسخا فيكون الالتزام والشرط صحيحين. ومثاله أن يتفق المؤجر والمستأجر على أن يكون لكل منهما حق فسخ الإيجار في أي وقت يشاء.

ل- الخصيصة الرابعة: الشرط يجب ألا يخالف النظام العام والآداب العامة:-

م- فإذا كان الشرط غير مشروع أي مخالفا للنظام العام والآداب كان باطلا فإذا علق شخص التزامه بدفع مبلغ من النقود على ألا يتزوج الدائن إطلاقا كان الشرط مخالفا للنظام العام إذا لم يكن هناك غرض مشروع يرمي إليه المشتري من وراء هذا الشرط.

ن- فإذا قصد الملتزم مثلا من هذا الشرط إلى منع زوجته من الزواج بعد موته فقط فالشرط باطل لمخالفته للنظام العام. أما إذا كان هدفه هو جعل زوجته تتفرغ من بعده لتربية أولادها منه فلا يشغلها زوج آخر. فالشرط صحيح والالتزام قائم. وإذا التزم شخص نحو آخر بمبلغ من النقود بشرط أن يقوم بارتكاب عمل غير مشروع فإن الشرط يكون مخالفا للآداب ويكون لذلك باطلا . فإذا كان الشرط باطلا، فما مصير الالتزام المعلق عليه. هل يبطل تبعا لبطلان الشرط أم يكون صحيحا؟

س- يميز القانون المصري بين الشرط الواقف والشرط الفاسخ فيبطل الاتفاق والشرط معا إن كان الشرط واقفا، ويبطل الشرط فقط إن كان فاسخا. ما لم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد والشرط معا.

ع- ويبطل القانون المدني اليمني العقد والشرط معا إذا كان غير مشروع أو مستحيلا أو متوقفا على محض إرادة المدين. ويصحح العقد ويبطل الشرط إذا لم يكن من مقتضى العقد ولا مما يؤكد هذا المقتضى ولا جرى به العرف ولا تقع لأحد العاقدين ولا الغير أية

فائدة م/ 164⁽¹⁾. ومثال الشرط الذي يخالف مقتضى العقد ولا يؤكده ولا جرى به العرف

ولا يحق فائدة اشتراط البائع على المشتري عدم استعمال المبيع.

¹ - تنص المادة 264 مدني على أنه: "يبطل الشرط الذي لا يكون من مقتضيات العقد ولوازمه ولا مما يؤكد موجبه ولا جرى به العرف وكذا الشرط الذي لا نفع فيه لأحد العاقلين أو لغيرهما والعقد المقرره به صحيح".

المطلب الثاني

كيف يتحقق الشرط

يجب أن نعرف أن المرجع في تحقق الشرط أو خلفه هو إرادة الطرفين.

وفيما يأتي نبين كيف يتحقق الشرط في مختلف الحالات التي سنتناولها .

82. أولاً: إذا كان الشرط عملاً أو امتناعاً عن عمل :

ففي الالتزام بعمل قد يظهر أن الطرفين قصداً أن يصدر هذا العمل من شخص معين بالذات كما إذا كان عملاً فنياً لشخصية من سيقوم به اعتبار خاص. أو قصداً أن يقوم به أي شخص كما إذا كان عملاً لا اعتبار فيه لشخص من يقوم به.

وقد يكون الشرط تحقيق نتيجة كما إذا اشترط الملتزم على الدائن أن يعقد زواجا فعلى الدائن أن يحقق هذه النتيجة وهو إبرام العقد حتى يتحقق الشرط. ولا يكفي أن يبذل جهده لإبرام هذا العقد ولم يوفق.

وقد يكون الشرط مجرد بذل عناية. فعند ذلك يجب على الدائن أن يبذل العناية المطلوبة منه حتى يتحقق الغرض المقصود ولكن ليس عليه أن يتحقق هذا الغرض.

83. ثانياً: إذا كان الشرط وقوع حادث، معينة أو عدم وقوع حادث، معينة في زمن معين:

قد يعلق الالتزام على شرط وقوع حادث معين في زمن معين. أو على شرط عدم وقوع حادث معين في زمن معين. فيتحقق الشرط إذا وقع الحادث في الحالة الأولى أو إذا لم يقع في الحالة الثانية. فإذا علق المدين التزامه على شرط عودة ابنه الغائب في ميعاد محدد كأن يقول: إذا عاد ابني الغائب خلال ثلاث سنين فلك كذا. يتحقق الشرط إذا عاد الابن خلال الميعاد. وإذا علق التزامه على شرط ألا يولد له ولد خلال سنين فإن الشرط يتحقق إذا لم يتحقق الحادث وهو ارتزاقه بولد خلال المدة التي حددها.

84. ثالثاً: تحقق الشرط حكماً إذا منع المدين تحققه:

إذا عمل المدين على الخيلولة دون تحقق الشرط حتى لا يقوم التزامه وبالتالي لا ينفذه عد الشرط قد حقق حكماً وذلك على أساس أن من يسعى في نقض ما تم على يديه فسيجبه مردود عليه. فمثلاً لو تعهد شخص لآخر بدفع مبلغ معين إذا نقل إلى مدينة معينة ثم يسعى إلى إلغاء هذا النقل أو عدم إتمامه فيعتبر الشرط قد تحقق حكماً وينشأ الالتزام.

85. رابعاً: تخلف الشرط حكماً إذا تحقق بغش من صاحب المصلحة (الدائن):

كذلك إذا حقق الشرط بفعل الشخص الذي كان من مصلحته وقوعه اعتبر الشرط غير متحقق. والشخص الذي له مصلحة في تحقق الشرط هو الدائن في الشرط الواقف والمدين في الشرط الفاسخ. فإذا تعمد المؤمن له حريق العين المؤمن عليها ضد الحريق حتى يحصل

على مبلغ التأمين فإن حقق هذا الشرط الواقف لا عبرة به ولا يستحق المؤمن له مبلغ التأمين لأن الشرط تحقق بفعله.

وإذا قال شخص لآخر أجرتك منزلي الكائن بالحديدة بشرط أن يفسخ العقد إذا لم يتم نقلي إلى مدينة صنعاء ثم يسعى إلى عدم تحقق الشرط الفاسخ وهو النقل وذلك حتى يفسخ الإيجار فإن خلف هذا الشرط لا يعتد به وينعقد الإيجار لتخلف الشرط بفعل المدين.

المطلب الثالث:

آثار الشرط

86. أولاً: أثر الشرط في فترة التعليق: أ- الشرط الواقف: الالتزام المعلق على شرط واقف هو التزام غير كامل الوجود إذ أن وجوده موقوف على تحقق الشرط. ومن ناحية أخرى توجد بين الدائن والمدين رابطة قانونية. فالمدين لا يستطيع أن يرجع عما تعهد به قبل الدائن. فللدائن في هذه الحالة حق وليس مجرد أمل هو حق وإن كان غير مؤكد.

ويتربط على أن للدائن في فترة التعليق حقا النتائج التالية:

الأولى: ينتقل هذا الحق من صاحبه إلى غيره بأسباب انتقال الحق كال ميراث والوصية والحوالة. الثانية: يمنع على المدين القيام بأي عمل من شأنه أن يمنع استعمال الدائن حقه أو يزيده صعوبة في حالة تحقق الشرط.

الثالثة: للدائن - وفقا للقانون المدني المصري - أن يقوم بالأعمال التحفظية اللازمة للمحافظة على حقه وأخصها قيد الرهن المؤمن به دينه عند الاقتضاء. وطلب تحقيق الخط. ووضع الأختام واستعمال الدعويين الصورية وغير المباشرة م/ 268 مدني مصري. أما القانون المدني اليمني فلم يمنح الدائن هذا الحق وصرح في المادة 258 بعدم جواز قيام الدائن بأي إجراء للمحافظة على حقه حيث تنص هذه المادة على أنه: ".... ولا يجوز للدائن بمقتضاه أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقه.....".

ويتربط على كون حق الدائن حقا غير مؤكد النتائج التالية:

الأولى: لا يمكن تنفيذ الالتزام قهرا.

الثانية: لا يسقط هذا الحق بالتقادم لأن مدة التقادم لا تبدأ إلا من وقت تحقق الشرط.

الثالثة: لا يقبل الحق في فترة التعليق التنفيذ الاختياري إذا كان نتيجة جهل المدين قيام الشرط الواقف.

الرابعة: لا تنتقل الملكية إلى الدائن إلا معلقة على شرط واقف. ويقال في هذه الحالة إن المدين يكون في أثناء فترة التعليق مالكا تحت شرط فاسخ.

الشرط الفاسخ:

الالتزام المعلق على شرط فاسخ هو التزام موجود ونافذ. لكنه مهدد بخاطر الزوال. ومثاله أن يقول شخص لآخر أجرتك منزلي بشرط عدم نقلي إلى المدينة الموجودة بها المنزل.

ويمكن إجمال أثر الشرط الفاسخ في قاعدتين:

الأولى: الالتزام المعلق على شرط فاسخ التزام موجود ونافذ.

الثانية: الالتزام المعلق على شرط فاسخ مهدد بخطر الزوال.
ويترتب على القاعدة الأولى أن الالتزام المعلق على شرط فاسخ يأخذ حكم الالتزام المنجز.
ويترتب عليه النتائج التالية:

الأولى: للدائن مطالبة المدين بتنفيذ التزامه جبراً.
الثانية: للدائن أن يتمسك بالمقاصة بين حقه وما قد ينشأ في ذمته من التزام لصالح مدينه.

الثالثة: للدائن أن يستعمل الدعاوي الثلاث وهي دعوى عدم نفاذ التصرف والدعوى غير المباشرة ودعوى الصورية والتي تهدف جميعها إلى حماية الضمان العام.
الرابعة: تنتقل الملكية إلى الدائن تحت شرط فاسخ متى كان المنقول شيئاً معيناً بالذات أو متى أفرز إذا كان معيناً بنوعه وبالتسجيل إذا كان عقاراً.

الخامسة: يسرى التقادم المسقط ضد الالتزام من وقت وجوده.
ويترتب على القاعدة الثانية سقوط الالتزام إذا تحقق الشرط.
فإذا كان الدائن تحت شرط فاسخ قد استوفى الدين من مدينه ثم تحقق الشرط كان للمدين أن يسترد ما وفي.

87- ثانياً: أثر الشرط بعد انتهاء فترة التعليق:
تنتهي فترة التعليق إما بتحقيق الشرط وإما بتخلفه. ونبين أثر الشرط في هاتين الحالتين:

أ- حالة تحقق الشرط:
إذا تحقق الشرط الواقف يصبح الالتزام نافذاً ويترتب عليه كل آثار الحق النافذ المستحق الأداء فيصبح واجب التنفيذ جبراً. ويجوز به المقاصة ويسرى عليه التقادم منذ تحقق الشرط ويجوز للدائن استعمال الدعاوي الثلاث.
ومن ناحية أخرى يعد الالتزام موجوداً ليس فقط منذ تحقق الشرط الواقف بل من يوم نشوئه.

وإذا تحقق الشرط الفاسخ زال حق الدائن وكأنه لم يوجد أصلاً. فإذا كان المدين قد وفى بالدين كان له استرداده. وإذا كان الالتزام نقل ملكية شيء وانتقلت الملكية في فترة التعليق زالت الملكية عن الدائن بأثر رجعي وكأن العين لم تدخل في ملكه وعادت إلى المدين وكأنها لم تخرج من ملكه.

ب- حالة تخلف الشرط:
إذا تخلف الشرط الواقف يصبح حق الدائن عدماً وكأنه لم ينشأ. وبذلك يزول كل أثر لما يكون الدائن قد اتخذ من إجراءات حفظية. وإذا كان الدائن قد تصرف في حقه

المعلق على شرط فإن زوال حق الدائن يستتبع بالتالي زوال أثر هذا التصرف.
أما إذا كان الشرط فاسخا وخلف فإن الالتزام الذي كان مهددا بخطر الزوال يتأيد نهائيا ويذول عنه الخطر. وتأييد بالتالي جميع التصرفات التي يكون الدائن قد أجراها في فترة التعليق.

88. الأثر الرجعي للشرط والنتائج المترتبة عليه:

أولا: معنى الأثر الرجعي للشرط، وما يترتب عليه من نتائج:

يقصد بالأثر الرجعي للشرط أنه إذا حقق الشرط الواقف فإن الالتزام المعلق عليه يعد موجودا منذ وقت الاتفاق. وإذا حقق الشرط الفاسخ فإن الالتزام المعلق عليه يزول وبأثر رجعي إلى يوم الاتفاق أيضا.

ويترتب على الأثر الرجعي للشرط النتائج التالية:

الأولى: أنه إذا صدر قانون جديد بين تاريخ انعقاد العقد وتاريخ تحقق الشرط الواقف. وهذا القانون يعدل من آثار العقد. فإن العقد يظل خاضعا لأحكام القانون القديم.

الثانية: أنه إذا قام المدين تحت شرط واقف بوفاء الدين عن غلط قبل تحقق الشرط ولم يقم باسترداد ما وفي به لم يكن له. متى حقق الشرط. حق في هذا الاسترداد.

أما إذا كان الشرط فاسخا فإن الموفي يكون مؤديا حقا في ذمته ولا يستطيع استرداده ما دام الوفاء كان في فترة التعليق. فإذا حقق الشرط الفاسخ زال الالتزام بأثر رجعي وكان للمدين عندئذ أن يسترد ما وفاه. إذ أن الدين قد زال بأثر رجعي.

الثالثة: في العقد الناقل للملكية يعد المكتسب مالكا للشيء من تاريخ العقد لا من تاريخ تحقق الشرط الواقف. وفي الشرط الفاسخ يعتبر أن المكتسب لم يكن مالكا للشيء منذ البداية إذا حقق الشرط. فلو أن مشتري العقار تحت شرط واقف قام برهنه أو تصرف فيه بالبيع في فترة التعليق ثم حقق الشرط. فإنه يعد مالكا وقت صدور الرهن أو وقت صدور البيع منه. ومن ثم ينشأ الرهن وتنتقل الملكية إلى المشتري لا من وقت تحقق الشرط الواقف بل من وقت التعاقد مع المالك.

وفي الشرط الفاسخ يعد البيع أو الرهن الذي عقده صادرا من غير مالك إذا حقق الشرط. فيعتبر وكأن الملكية لم تنتقل إلى المشتري من وقت البيع ويعتبر وكأن حق الرهن لم ينشأ من وقت إبرام عقد الرهن.

ثانيا: الاستثناءات الواردة على الأثر الرجعي للشرط:

أ- الاتفاق بين الطرفين على استبعاد الأثر الرجعي للشرط أو إذا اقتضت طبيعة العقد ذلك. كما في العقد الزمني. فالأثر الرجعي لتحقيق الشرط الفاسخ غير ممكن. ففي عقدي الإيجار والتوريد مثلا إذا علق العقد على شرط فاسخ ونفذ مدة معينة

ثم حقق الشرط الفاسخ لم يكن من الممكن إعطاء هذا الفسخ أثرا رجعيا لأن ما تم تنفيذه لا يمكن الرجوع فيه.

ب- إذا قام الدائن في الالتزام المعلق على شرط فاسخ - أثناء فترة التعليق - بوصفه مالكا بعمل من أعمال الإدارة كالإيجار ثم حقق الشرط الفاسخ فأصبح غير مالك، لا يجوز أن يفسخ الإيجار لأن أعمال الإدارة هي أعمال ضرورية يجب القيام بها في الوقت المناسب. وحتى لا يتعطل استغلال الأموال.

على أنه يشترط لبقاء أعمال الإدارة حسن نية من صدرت منه هذه الأعمال بمعنى ألا يكون قد أجراها بقصد تعطيل حق الطرف الآخر إذا حقق الشرط الفاسخ وألا تتجاوز أعمال الإدارة الحد المألوف فلا تعقد الإجارة لمدة تزيد على ثلاث سنين. ولا يبيع من المحصول إلا الموجود منه دون المحصول المستقبل.

ج- إذا كنا بصدد منقول انتقل إلى مالك تحت شرط فاسخ تصرف فيه إلى متصرف إليه ثان حسن النية بالبيع أو بالرهن الحيازي ثم حقق الشرط وزالت بالتالي ملكية المتصرف، فإن حق المتصرف إليه المشتري والمرتهن لا يسقط ما دام حسن النية يجهلان وجود الشرط الفاسخ. وذلك استنادا إلى قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز في القانون المدني المصري والتي لا نظير لها في القانون المدني اليمني وإن كان لها تطبيق في القانون التجاري اليمني م/74.

د- لا تحسب مدة التعليق في الشرط الواقف ضمن مدة التقادم لأنها لا تسري إلا من وقت حقيقه.

هـ- إذا تعيب الشيء أو هلك في فترة التعليق أي قبل حقق الشرط وكان التعيب أو الهلاك راجعا لسبب أجنبي ثم حقق الشرط فلا يكون لتحقيقه أثر رجعي. فإذا كان الشرط واقفا وهلك الشيء محل الالتزام فإن مقتضى الأثر الرجعي لتحقيق الشرط اعتبار العين أنها كانت في ملك الدائن من وقت العقد فتهلك عليه قبل التسليم في القانون الفرنسي أو بعده في القانونيين اليمني والمصري. لكن القانون استبعد الأثر الرجعي لتحقيق الشرط الواقف فهلاك العين في فترة التعليق يمنع نشوء الالتزام لانعدام الحل ولا يكون للعقد أثر لو حقق الشرط بعد ذلك.

وإذا كان الشرط فاسخا وجب استبعاد الأثر الرجعي عند الهلاك أيضا.

المبحث الثاني

الأجل

89- تقسيم:

نظم المشرع اليمني الأجل في المواد من 266-269 مدني

وندرس الأجل في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: وتناول فيه التعريف بالأجل وأنواعه.

المطلب الثاني: وندرس فيه آثاره.

والمطلب الثالث: نتناول فيه انقضاءه.

المطلب الأول

تعريف الأجل وأنواعه

90- أولاً: تعريف الأجل:

الأجل هو الأمر المستقبلي المحقق الوقوع الذي يترتب على وقوعه نفاذ الالتزام أو انقضاؤه م / 266 مدني حيث عرفته بقولها: "الأجل هو أن يكون العقد مضافاً إلى زمن مستقبل محقق الوقوع".

فالأجل أمر مستقبلي وهو عادة يكون تاريخاً معيناً يحدد لنفاذ الالتزام أو لانقضائه كالالتزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة اعتباراً من أول الشهر أو التزام المقرض ببرد مبلغ القرض في تاريخ معين وكالإيجار المعقود لمدة سنة.

وهو أمر محقق الوقوع وهذا هو الفرق الجوهرى بين الشرط والأجل. ولذلك كان الحق المؤجل حقاً موجوداً وكاملاً وإن كان مؤجلاً النفاذ في حين أن الحق المعلق على شرط هو حق ناقص غير مؤكد الوجود.

على أن ميعاد حلول الأجل قد يكون معلوماً كأول الشهر أو أول السنة وقد يكون غير معين كأجل الوفاة. كأن يلتزم شخص بدفع مبلغ معين في يوم وفاة آخر.

91- ثانياً: أنواع الأجل:

للأجل أنواع ينقسم إليها وفقاً للاعتبارات التالية:

أ- فمن حيث وقت حلوله ينقسم إلى أجل معين وأجل غير معين.

ب- ومن حيث أثره ينقسم إلى أجل واقف وأجل فاسخ.

والأجل الواقف هو الأجل الذي يؤخر نفاذ الالتزام. وبمعنى آخر هو الأجل الذي يترتب على حلوله أن يصبح الالتزام واجب التنفيذ مستحق الأداء. كالتزام المقرض ببرد قيمة القرض في تاريخ معين. أما الأجل الفاسخ أو المنهي فهو الأجل الذي يؤدي إلى وضع حد لتنفيذ الالتزام بحيث يترتب على حلوله انقضاء الالتزام وانتهاء تنفيذه. ومثاله الإيجار المعقود لمدة سنة يترتب على مرور السنة كاملة انتهاء حقوق والتزامات كل من المؤجر والمستأجر.

ومن حيث مصدره ينقسم الأجل إلى أجل اتفاقي. وأجل قانوني وأجل قضائي.

والأجل الاتفاقي مصدره إرادة الطرفين. وهو قد يكون صريحاً وقد يكون ضمناً يستفاد من بنود التعاقد أو من ظروفه أو من العادات الاتفاقية.

ومثاله التزام شخص بالقيام بعمل لا يمكن القيام به إلا في فصل الصيف.

وكذلك الالتزام بتوريد أغذية لمدرسة يعد مضافاً إلى أجل واقف هو بدء الدراسة وإلى أجل

فاسخ هو انتهاؤها. وكالتزام المقاول القيام بعمل يعد مضافاً إلى أجل واقف هو المدة اللازمة عادة لإتمام هذا العمل.

أما الأجل القانوني، فهو الأجل الذي يكون القانون مصدره. فمثلاً يقرر القانون أجلاً لحق الانتفاع هو وفاة المنتفع. ومن ذلك أيضاً ما يقرره القانون في أوقات الأزمات الاقتصادية من تأجيل الديون ويسمى هذا بالتأجيل.

أما الأجل القضائي فهو الأجل الذي يكون مصدره القضاء.

ويسمى أيضاً نظرة الميسرة. وهو أمر جوازي للقاضي أن يمنحه المدين أولاً¹.

وعلى القاضي أن يراعي توفر شروط معينة عند منح هذا الأجل أهمها:

الشرط الأول: أن تستدعي حالة المدين منحه هذا الأجل أي أن يكون حسن النية في تأخره عن الوفاء.

الشرط الثاني: ألا يصيب الدائن من التأجيل ضرر جسيم كما إذا كان الدائن يعول على ما يستوفيه لأداء دين عليه لا يستطيع التأخر في الوفاء به أو لإبرام صفقة يترتب على فواتها ضرر جسيم عليه.

الشرط الثالث: ألا يوجد نص قانوني يحول دون منح الأجل. من ذلك مثلاً أن القانون التجاري يمنع القاضي منح مهلة لدفع قيمة الأوراق التجارية والقاضي يمنح نظرة الميسرة لأجل معقول يقدر بقدر الضرورة.

ولا يمنح القاضي نظرة الميسرة إلا إذا طلبها المدين عندما يرفع الدائن الدعوى عليه يطالبه فيها بالحق أو أثناء مباشرة الدائن إجراءات التنفيذ بموجب سند رسمي. أما إذا كان يباشر التنفيذ بمقتضى حكم نهائي لم يكن من الجائز طلب الأجل عن طريق الاستشكال في التنفيذ إذ الحكم هنا نهائي وواجب التنفيذ.

ويترتب على الأجل القضائي آثار هي جميع الآثار التي تترتب على الأجل الاتفاقي أو القانوني والتي سيأتي بيانها بعد قليل فهو يوقف التنفيذ حتى ينقضي الأجل. فإذا انقضى دون وفاء تابع الدائن إجراءات التنفيذ من حيث وقفت ولا يحتاج إلى إعادة هذه الإجراءات من جديد.

هذا فضلاً عن أنه إذا حل قسط ولم يقم المدين بوفائه حلت سائر الأقساط جميعاً واستطاع الدائن أن ينفذ بها.

ولا يحول الأجل القضائي دون اتخاذ الإجراءات التحفظية.

ويقتصر أثره على من تقرر لصالحه ومن منح في مواجهته. ولذا فلا يفيد منه غير المدين من

¹ - د. البدرابي ف 202 - 205 ص 226.

سائر المدينين المتضامنين معه. ولا يحتاج به إلا على الدائن الذي حكم بالأجل في مواجهته.

على أن هناك اختلافاً بين الأجلين القضائي والاتفاقي أو القانوني يتلخص في أن الأجل

القضائي لا يحول دون وقوع المقاصة إذا توفرت شروطها بين الدائن الذي منحت في مواجهته

نظرة الميسرة وبين دين في ذمة الدائن للمدين يخل بعد منحها. وهذا الحكم مفهوم إذ أن

نظرة الميسرة لم تمنح إلا لأن المدين لا يستطيع الوفاء في الحال. فإذا حل دين له بعد ذلك في

ذمة الدائن سواء نشأ من قبل أو بعد منح نظرة الميسرة كان في استطاعة الدائن أن يوفي

بالدين عن طريق المقاصة. ^١

والحال أن الدائن لم يوف بالدين إلا بعد أن يوفى الدائن الذي منحت في مواجهته

نظرة الميسرة. ^٢

وبناء على ذلك لا يمكن أن يقال إن المقاصة لا تكون إلا بين الدينين

الذين يندرجان تحت نفس الالتزام. ^٣

وبناء على ذلك لا يمكن أن يقال إن المقاصة لا تكون إلا بين الدينين

الذين يندرجان تحت نفس الالتزام. ^٤

وبناء على ذلك لا يمكن أن يقال إن المقاصة لا تكون إلا بين الدينين

الذين يندرجان تحت نفس الالتزام. ^٥

وبناء على ذلك لا يمكن أن يقال إن المقاصة لا تكون إلا بين الدينين

الذين يندرجان تحت نفس الالتزام. ^٦

وبناء على ذلك لا يمكن أن يقال إن المقاصة لا تكون إلا بين الدينين

الذين يندرجان تحت نفس الالتزام. ^٧

وبناء على ذلك لا يمكن أن يقال إن المقاصة لا تكون إلا بين الدينين

الذين يندرجان تحت نفس الالتزام. ^٨

وبناء على ذلك لا يمكن أن يقال إن المقاصة لا تكون إلا بين الدينين

الذين يندرجان تحت نفس الالتزام. ^٩

وبناء على ذلك لا يمكن أن يقال إن المقاصة لا تكون إلا بين الدينين

الذين يندرجان تحت نفس الالتزام. ^{١٠}

وبناء على ذلك لا يمكن أن يقال إن المقاصة لا تكون إلا بين الدينين

الذين يندرجان تحت نفس الالتزام. ^{١١}

وبناء على ذلك لا يمكن أن يقال إن المقاصة لا تكون إلا بين الدينين

الذين يندرجان تحت نفس الالتزام. ^{١٢}

المطلب الثاني

آثار الأجل

92. أولاً: أثر الأجل الفاسخ (١٥)
- يقتصر أثر الأجل الفاسخ على مجرد وضع حد زمني ينتهي به الالتزام. فالالتزام قبل انتهاء الأجل الفاسخ هو التزام موجود. وحق الدائن لذلك يكون مستحق الأداء فإذا انتهى الأجل انقضى الالتزام بالنسبة للمستقبل دون أن يتأثر التنفيذ الذي تم في الماضي. فحلول أجل انتهاء الإيجار مثلاً يؤدي إلى انقضاء حقوق والتزامات كل من طرفيه. ووفاء الشخص المقرر له الإيراد مدى الحياة يترتب عليه انقضاء التزام المدين بالإيراد.
93. ثانياً: أثر الأجل الواقف:

نتلخص هذه الآثار في أمرين. الأول أن الأجل يؤخر تنفيذ الالتزام. والثاني أن الالتزام المؤجل موجود قبل حلول الأجل.

أ- الأجل الواقف يؤخر تنفيذ الالتزام:

فالالتزام فيه غير مستحق الأداء. ويترتب على ذلك النتائج التالية:

- 1- لا يجوز للدائن أن يجبر المدين على وفاء الالتزام المؤجل قبل حلول الأجل. ذلك أن الالتزام المؤجل لا يقبل التنفيذ الجبري. فإذا رفع الدائن دعوى ضد المدين يطالبه بالوفاء تعين عدم قبول الدعوى. ولو تعهد الدائن بأنه لن يقوم بتنفيذ الحكم إلا بعد حلول الأجل.
- 2- إذا وفي المدين قبل حلول الأجل جاهلاً أنه يتمتع بالأجل أو معتقداً أن الأجل قد حل. يستطيع المدين استرداد ما وفي به على أساس دعوى رد غير المستحق. وفي هذه الحالة للدائن أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل في حدود ما لحق المدين من ضرر.

ب- الالتزام المؤجل موجود حتى قبل تحقق الأجل:

فالأجل يؤخر نفاذ الالتزام. وقبل حلول الأجل يوجد الالتزام كاملاً. وهو في هذا يخالف الالتزام المعلق على شرط واقف.

ويترتب على وجود الحق المؤجل وجوداً كاملاً النتائج التالية:

- 1- للدائن أن يتخذ من الإجراءات ما يكفل له المحافظة على حقه كقيد الرهن المقرر لضمان حقه. وتجديد هذا القيد. وطلب وضع الأختام. ورفع الدعويين الصورية

١- يلاحظ أن الأجل الفاسخ لا يدخل في العقود التي يكون مقتضاها التملك في الحال كالبيع والقسمة والصلح وكذا العقود التي لا تنفصل حقوقها عن أحكامها كالزواج والخلع والعتق والطلاق.

وغير المباشرة وغيرهما.

2- للدائن قبل حلول الأجل أن يطالب المدين بتأمين شخصي أو عيني إذا خشي

إفلاس المدين أو إعساره واستند في ذلك إلى سبب معقول.

3- يمكن أن ينتقل الحق المؤجل إيجاباً وسلباً أي من ناحية الدائن أو من ناحية المدين

بطريقة الإرث والحوالة.

4- إذا قام المدين بالوفاء مع علمه بالأجل فإنه يوفي ديناً موجوداً في ذمته ولا يجوز له

استرداد الوفاء. إذ يعد ذلك نزولاً عن الأجل. وقد أشارت إلى تلك النتائج المادة 269

مدني التي تنص على أن حق المدين بالتأمين (أو...) ولكن يجوز لصاحب الحق أن يتخذ ما يراه من

الإجراءات للمحافظة على حقه وله إذا خشي إفلاس المدين أو إعساره أن يطالب

بضمان خاص...)).

تجدر الإشارة إلى أن المادة 269 مدني تنص على أن حق المدين بالتأمين (أو...) ولكن يجوز لصاحب الحق أن يتخذ ما يراه من

الإجراءات للمحافظة على حقه وله إذا خشي إفلاس المدين أو إعساره أن يطالب

بضمان خاص...)).

تجدر الإشارة إلى أن المادة 269 مدني تنص على أن حق المدين بالتأمين (أو...) ولكن يجوز لصاحب الحق أن يتخذ ما يراه من

الإجراءات للمحافظة على حقه وله إذا خشي إفلاس المدين أو إعساره أن يطالب

بضمان خاص...)).

تجدر الإشارة إلى أن المادة 269 مدني تنص على أن حق المدين بالتأمين (أو...) ولكن يجوز لصاحب الحق أن يتخذ ما يراه من

الإجراءات للمحافظة على حقه وله إذا خشي إفلاس المدين أو إعساره أن يطالب

بضمان خاص...)).

تجدر الإشارة إلى أن المادة 269 مدني تنص على أن حق المدين بالتأمين (أو...) ولكن يجوز لصاحب الحق أن يتخذ ما يراه من

الإجراءات للمحافظة على حقه وله إذا خشي إفلاس المدين أو إعساره أن يطالب

بضمان خاص...)).

تجدر الإشارة إلى أن المادة 269 مدني تنص على أن حق المدين بالتأمين (أو...) ولكن يجوز لصاحب الحق أن يتخذ ما يراه من

الإجراءات للمحافظة على حقه وله إذا خشي إفلاس المدين أو إعساره أن يطالب

بضمان خاص...)).

تجدر الإشارة إلى أن المادة 269 مدني تنص على أن حق المدين بالتأمين (أو...) ولكن يجوز لصاحب الحق أن يتخذ ما يراه من

الإجراءات للمحافظة على حقه وله إذا خشي إفلاس المدين أو إعساره أن يطالب

بضمان خاص...)).

تجدر الإشارة إلى أن المادة 269 مدني تنص على أن حق المدين بالتأمين (أو...) ولكن يجوز لصاحب الحق أن يتخذ ما يراه من

المطلب الثالث

انقضاء الأجل

ينقضي الاجل بأسباب ثلاثة خلولة أو يزول من تقرر لمصلحته الأجل، أو بسبب من أسباب السقوط. 94. أولاً: انقضاء الأجل بحلوله:

ينقضي الأجل عادة بحلوله، فيصبح الالتزام عندئذ مستحق الأداء أو منتهياً. على أن الشخص قد يلتزم بأداء الدين عند الميسرة أو عند القدرة، ومثل هذا الالتزام يثير صعوبة حول تكييفه من ناحية. وحول تحديد اليوم الذي يصبح فيه هذا الالتزام مستحق الأداء من ناحية أخرى. إذاً يولد إشكالاً يمس الأجل عند انقضاءه. يلاحظ أولاً أنه قد يتبين من الظروف أن المدين قد قصد إلى تعليق هذا الالتزام على شرط الميسرة أو القدرة، وعندئذ يكون الالتزام معلقاً على شرط واقف هو اليسار. فإذا تحقق الشرط وهو اليسار وجب الوفاء بالالتزام وإلا فإن الدين يسقط لتخلف الشرط. ومثاله أن يبرئ الدائن المدين فيتعهد المدين على أثر هذا الإبراء بالدين لدائنه إذا تمكن من ذلك مستقبلاً.

وقد يتضح من الظروف أن المدين إنما قصد أن يجد أجلاً للوفاء هو الميسرة أو القدرة. كما إذا اقترض شخص مبلغاً نقدياً وتعهد برده عند القدرة. فيكون الدين عندئذ واجب الأداء عندما تتيسر أحوال المدين وعندما يتوفى على أي حال.

وإذا قام شك حول معرفة ما إذا كان المدين قد قصد تعليق التزامه بالوفاء عند القدرة على شرط أو على أجل، فيفترض مبدئياً أنه قصد إضافته إلى أجل وعلى المدين إثبات عكس ذلك بالدليل على أنه قصد الشرط.

فإذا كان الالتزام بالوفاء عند القدرة التزاماً مضافاً إلى أجل فإنه تثار صعوبة بشأن تحديد وقت حلول هذا الأجل.

واجهت هذه الصعوبة المادة 267 مدني بملي. فأعطت للدائن في هذا الالتزام الحق في أن يلجأ إلى القاضي لتحديد أجل يصبح الالتزام واجب الأداء بحلوله. وهو يراعي في هذا موارد المدين الحالية والمستقبلية وواجب الحرص على الوفاء بالالتزام. فإذا لم يعين ميعاد لحلول الأجل بواسطة القاضي حل الدين حتماً بوفاء المدين. فهذه المادة تنص على أنه "إذا كان الطرفان قد اتفقا على الوفاء بالالتزام عند القدرة أو الميسرة أو تبين ذلك من ظروف الحال أو العرف ثم اختلفا عين القاضي ميعاداً مناسباً لحلول الأجل مراعيًا في ذلك موارد الملتزم الحالية

والمستقبله ومقتضيات عناية الرجل المريض على الوفاء بالتزاماته⁽¹⁾.

95. ثانيا: انقضاء الأجل بالنزول عنه ممن له مصلحة فيه:

أ- قد يكون الأجل موضوعا لصالح الدين وحده كما هو الشأن في غايته الاستعمال وغايته الاستهلاك بدون فائدة (القرض الحسن).

ب- وقد يكون موضوعا لصالح الدائن وحده كما هو الحال في الوديعة.

ج- وقد يكون موضوعا لصالح الطرفين معا. كما هو الحال في السندات التي تصدرها الشركات بفائدة. فالأجل فيها موضوع لصالح المدين ولصالح الدائن إذ أنه يوظف مبلغ القرض لمدة معينة بفائدة.

وإذا وجد شك حول معرفة أي من الطرفين وضع الأجل لصالحه. افترض أن الأجل لصالح المدين. وهذا تطبيق للقاعدة العامة التي تقضي بأن الشك يفسر لمصلحة المدين. ويجوز للدائن أن ينقض هذا الافتراض بإثبات أن الأجل وضع لصالحه أو لصالح الطرفین معا.

96. ثالثا: انقضاء الأجل الواقف بسقوطه:

ينقضي الأجل الواقف بسقوطه أي جرمان المدين منه، وعلى الرغم منه. وتورد فيما يأتي أسباب سقوط هذا الأجل:

السبب الأول: سقوط الأجل بسبب إشهار إفلاس المدين. والعلّة في سقوط الأجل في هذه الحالة هي تحقيق المساواة الفعلية بين الدائنين إذ بذلك يستطيع الدائنون المؤجلة ديونهم أن يشاركوا الدائنين الحالة ديونهم في التنفيذ فورا على أموال المدين المعسر أو المفلس بدلا من الانتظار لحين حلول آجال ديونهم فيتقدم عليهم أصحاب الديون الحالة، وقد لا يبقى من أموال المدين شيء بعد ذلك.

السبب الثاني: إضعاف المدين للتأمينات التي قدمها :

وهذا الحكم ينصرف إلى الضمان الخاص لا إلى الضمان العام. فإضعاف المدين الضمان العام لدائنيه ليس من شأنه أن يسقط الأجل ما لم يشهر إفلاس المدين.

والتأمين الخاص هو الواقع على عين معينة بالذات كرهن سيارة معينة بذاتها يملكها المدين. وإضعاف التأمينات قد يرجع إلى فعل المدين أو إلى سبب أجنبي لا دخل لإرادة المدين فيه. فإذا كان سبب إضعاف التأمينات هو فعل المدين عمداً كان هذا الفعل أو إهمالا كان للدائن أن يطلب إسقاط الأجل على الرغم من المدين. أما إذا كان السبب أجنبيا كأن يتهدم العقار

¹ - يقابلها نص المادة 272 مدني مصري وموافقة لها في الحكم حيث تنص على أنه: "إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند القدرة أو الميسرة، عين القاضي ميعادا مناسباً لحلول الأجل مراعى في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبله ومقتضىاً منه عناية الرجل المريض على الوفاء بالتزامه".

بقوة قاهرة فإن الأجل يسقط أيضا. ولكن يكون للمدين أن يمنع هذا السقوط إذا هو قدم ضمانا كافيا.

السبب الثالث: سقوط الأجل بسبب خلف المدين عن تقديم ما وعد به من تأمينات للدائن مثل رهن أو كفالة. ثم لم يقم بتنفيذ وعده كان هذا سبباً في حرمانه من الأجل. وقد نصت على هذه الأسباب الثلاثة المادة 268 مدني في فقراتها الثلاث.

السبب الرابع: سقوط الأجل لموت المدين:

تقضي بعض القوانين بسقوط الأجل إذا مات المدين ما عدا الديون المضمونة بتأمينات عينية. أما القانونيين اليمني والمصري فلا يؤدي موت المدين فيهما إلى سقوط الأجل بل يظل الدين مؤجلاً في التركة.

وينتقد البعض مسلك القانون المدني اليمني لأن التركة لا توزع إلا بعد قضاء الديون فلزم حلول أجل الديون المؤجلة حتى يتم سدادها من تركة المتوفى ثم يوزع الباقي على الورثة طبقاً لقاعدة لا تركة إلا بعد سداد الديون.

على أن الرأي القائل ببقاء الأجل دون سقوطه لموت المدين هو الرأي السليم لأن الأجل حق من حقوق المورث فينتقل إلى الورثة. ومن حق الورثة أن يتنازلوا عن هذا الحق إذا أرادوا تقسيم التركة فيقومون بسداد الديون قبل قسمة التركة.

الفصل الثاني

تعدد محل الالتزام

97 - تمهيد ونقسيم:

قد يكون محل الالتزام واحداً وقد يتعدد هذا المحل. وهنا يجب التمييز بين ثلاثة أنواع لهذا التعدد حتى يجدد المحل الموصوف.

النوع الأول: الالتزام متعدد المحل الذي يكون موضوعه جملة أشياء يجب معا بحيث لا تبرأ ذمة المدين إلا بأدائها كلها. وحكم هذا الالتزام حكم الالتزام البسيط ذي المحل الواحد فلا تبرأ ذمة المدين إلا بأداء جميع الأشياء محل الالتزام. ومثاله أن يلتزم أحد المتقاضين في عقد المقايضة بتقديم دار ومبلغ من النقود.

النوع الثاني: الالتزام التخييري. وهو الالتزام متعدد المحل يشتمل على أشياء متعددة ولكن تبرأ ذمة المدين منه إذا قام بأداء واحد من هذه الأشياء فقط كالالتزام بتقديم مبلغ مليون ريال أو سيارة معينة يملكها الملتزم، فيسمى الالتزام عندئذ التزاما موصوفا.

النوع الثالث: الالتزام البدلي وهو أن يلتزم المدين بتقديم محل واحد. مع تحويلة الحق في إبراء ذمته بأداء شيء آخر بدلا منه. كأن يكون الشخص مدينا بمبلغ نقدي فيتفق مع الدائن على أنه عند حلول الأجل للمدين أن يقدم بدلا من الدين سيارة هي البديل. وهذا الالتزام هو التزام موصوف أيضا.

وقد نظم القانون المدني اليمني الالتزام التخييري في المواد 270 إلى 274 مدني مسابرا في ذلك التنظيم القانون المدني المصري كما سنعرف.

أما الالتزام البدلي فلم ينظمه. ولذا سنعتمد في بيان أحكامه ما ورد من تنظيم قانوني له في القانون المدني المصري.

وعليه نتناول موضوع الفصل في مبحثين نتناول في المبحث الأول الالتزام التخييري. وفي المبحث الثاني نتناول الالتزام البدلي.

المبحث الأول

الالتزام التخييري

98. أولاً: التعريف به، ولن يكون، وكيف يتم⁽¹⁾:

أ- الالتزام التخييري هو الالتزام الذي يكون محله متعدد. ومع ذلك لا يطلب من المدين

أن يفي بكل الأشياء المتعددة في مجموعها. بل تبرأ ذمته بالوفاء بواحد منها. ومثاله

أن يلتزم البائع بتسليم الدار أو السيارة. والالتزام الشريك إما بتقديم قطعة أرض

للشركة أو مبلغ من النقود.

ب- ولذا يشترط في محل الالتزام التخييري أن تكون المحال المتعددة التي يشتمل عليها

مستوفية بشروطها القانونية. فإذا التزم المدين بأحد أمرين وكان أحدهما غير ممكن

أو غير مشروع لم تكن أمام التزام تخييري بل أمام التزام بسيط.

ج- والأصل وفقاً لنص المادة 271 مدني - أن يكون الخيار للمدين دون الدائن إلا إذا نص

القانون على ذلك أو اتفق المتعاقدان على أن يكون الخيار للدائن. ولا يمنع أن يتفق

المتعاقدان أن يكون الخيار لأجنبي. وفي هذا تنص المادة 271 مدني على أنه: "يكون

العقد تخييرياً إذا أضيف محله إلى أشياء متعددة على جهة التخيير فتبرأ ذمة الملتزم

إذا اختير واحد منها. ويكون الخيار للملتزم بالشيء محل التخيير ما لم يتفق

المتعاقدان على غير ذلك"⁽²⁾.

د- وينتقل الخيار إلى الورثة إذا توفي من له الخيار قبل أن يختار. وفي حالة شهور إفلاس من

له الخيار ينتقل حق الاختيار إلى الدائنين يستعملونه بواسطة من يمثلهم.

هـ- ويتم الاختيار بمجرد قيام من له الخيار بإخبار الطرف الآخر وفي هذه الحالة يصبح

الشيء الذي وقع عليه الاختيار كأنه موضوع الالتزام منذ نشوء مصدره وبأثر

رجعي. وهذا يعني أنه لا يمكن الرجوع في الاختيار ولا في الالتزام بمجرد إعلانه.

¹ - د. سمير تTAGO ص 295 د. البدراني ف 237 ص 258.

² - والملاحظ أن النص يصف العقد ولا يصف محله. والحقيقة أن الموصوف ليس العقد وإنما ما ينشأ عنه من التزام أي محله، وكان يمكن صياغة النص صياغة أكثر دقة مثل "يكون محل العقد تخييرياً... إلخ".

99. ثانياً: حكم الامتناع عن استعمال الخيار؛

نظمت حكم الامتناع عن استعمال الخيار المادتين 272، 273⁽¹⁾ وذلك على النحو التالي:

أ- إذا كان الخيار للمدين وامتنع عن استعماله أو إذا تعدد المدينون ولم يتفقوا فيما بينهم جاز للدائن عندئذ أن يطلب من القاضي تعيين أجل يختار فيه المدين أو يتفق فيه المدينون. فإذا لم يتم ذلك تولى القضاء تعيين محل الالتزام.

ب- وإذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار أو تعدد الدائنون ولم يتفقوا فيما بينهم عين القاضي أجلاً بناءً على طلب المدين. فإذا انقضى الأجل دون أن يستعمل الدائن أو الدائنون حقهم انتقل الخيار إلى المدين على خلاف الحالة السابقة لأن إرجاع الخيار هنا إلى المدين هو رجوع إلى الأصل.

ج- وإذا كان الخيار لأجنبي ولم يتم به تولى القاضي الاختيار.

100. ثالثاً: أثر الهلاك أو استحالة التنفيذ قبل استعمال الخيار:

بينت المادة 274 مدني أثر الهلاك أو استحالة التنفيذ قبل استعمال الخيار وذلك على النحو التالي⁽²⁾:

أ- إذا كان الهلاك أو الاستحالة ترجع إلى سبب لا دخل للدائن أو المدين فيه وكان الهلاك قد أصاب أحد محلي الالتزام قبل استعمال الخيار فإن الالتزام لا ينقضي بل يتحدد محله في الشيء الآخر. أما إذا هلك المحل المتعدد جميعه بدون خطأ من المدين وقبل أعذاره فإن الالتزام ينقضي وفقاً للقواعد العامة.

ب- أما هلاك المحال جميعها بخطاء المدين ولو فيما يتعلق بواحد من هذه الأشياء فإنه يكون ملزماً بدفع قيمة آخر شيء استحال تنفيذه إذا كان الخيار مشروطاً له. أما إذا كان الخيار مشروطاً للدائن كان له أن يختار قيمة أي الأشياء التي هلك.

1- تنص المادة 272 على أنه: "إذا كان الخيار للمتبرع وامتنع عن الاختيار أو تعدد المتبرعون ولم يتفقوا فيما بينهم فإنه يكون لصاحب الحق أن يطلب من القاضي تعيين أجل يختار فيه المتبرع أو يتفق فيه المتبرعون وإلا عين القاضي بنفسه محل الالتزام".

وتنص المادة 273 على أنه: "إذا كان الخيار لصاحب الحق وامتنع أو تعدد أصحاب الحق ولم يتفقوا كان للمتبرع أن يطلب من القاضي تحديد أجل للاختيار فإذا انقضى الأجل دون اختيار أو اتفاق انتقل الخيار إلى المدين".

2- تنص المادة 274 مدني على أنه: "إذا كان الخيار للمتبرع واستحال تنفيذ كل من الأشياء المتعددة فإذا كانت استحالة تنفيذ أحدها راجعة إلى فعله التزم بدفع قيمة آخر شيء استحال تنفيذه".

المبحث الثاني

الالتزام البدلي

(بـ)

101- أولا تعريف الالتزام البدلي عرفته المادة 278 مدني مصري بقولها: "يكون الالتزام بدليا إذا لم يشمل محله إلا شيئا واحدا، ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلا منه شيئا آخر...". ومثاله أن يلتزم المقرض برد مبلغ القرض في أجل معين أو ينقل ملكية أرض معينة أو منزل معين بدلا من مبلغ النقود. فتكون النقود هي المحل الأصلي. والأرض أو المنزل هو المحل البدلي.

102- ثانيا: التمييز بين الالتزام البدلي والالتزام والتخييري.

أ- محل الالتزام البدلي واحد يسمى المحل الأصلي. ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلا منه شيئا آخر عند استحقاق الوفاء.

أما الالتزام التخييري فلا يوجد فيه محل أصلي وآخر بدلي بل تتساوى كل الأشياء المتعددة في القيمة إلى أن يتحدد محل الالتزام بواحد منها باختيار صاحب الحق في الخيار أو بهلاك الأشياء الأخرى.

ب- صاحب الحق في اختيار الوفاء بالمحل الأصلي أو المحل البدلي هو المدين دائما. وفي الالتزام التخييري يجوز أن يكون الخيار للدائن وإن كان هو بحسب الأصل للمدين.

ج- يحدد طبيعة المحل وقيمه في الالتزام البدلي المحل الأصلي وتكون طبيعة المحل وقيمه في الالتزام التخييري غير محددة. إلى أن ينحصر المحل في أحد الأشياء المتعددة.

¹ - د. البزاري ف 242 ص 267، د. سمير تافو ص 297.

الفصل الثالث

تعدد طرفي الالتزام

103 - مهيد ونقسيم:

الأصل في الالتزامات أن تكون بسيطة. فالأصل أن يكون الالتزام علاقة قانونية بين دائن واحد ومدين واحد. فإذا تعدد الدائنون أو تعدد المدينون، فالقاعدة أن ينقسم الالتزام بينهم. أي أن تتعدد الالتزامات بقدر عددهم. ولو كانت هذه الالتزامات جميعها قد نسلت من مصدر واحد ويسمى الالتزام في هذه الحالة بالالتزام المشترك⁽¹⁾.

على أنه قد يتعدد الدائنون أو المدينون في الالتزام الواحد بسبب وصف يلحق بهذا الالتزام. ويتحقق ذلك في صورتين: التضامن، وعدم القابلية للانقسام.

وقد نظم هاتين الصورتين القانون المدني اليمني في المواد من 275 إلى 300 متأثراً في ذلك بالقانون المدني المصري كما سنعرف.

وندرس فيما يأتي هاتين الصورتين في مبحثين نتناول في المبحث الأول التضامن ونتناول في المبحث الثاني عدم القابلية للانقسام.

1- وتعدد الأطراف في الالتزام المشترك إما أن يوجد ابتداء، وإما أن يطرأ فيما بعد، ومثال الحالة الأولى أن يبيع ملاك على الشيوع العين الشائعة فيصيرون دائنين بالثمن للمشتري وينقسم الحق بينهم كل بقدر حصته في العين المباعة فلا يجوز لأي منهم أن يطالب المشتري إلا بقدر نصيبه. وقد يكون التعدد طارئاً بعد أن نشأ الالتزام موحداً في أول الأمر. ومثاله أن يتوفى الدائن عن ورثة فينقسم الحق بينهم إلى عدة حقوق، فلا يجوز لأي منهم أن يطالب المدين بما يزيد عن حصته إلا بوصفه نائباً عن الباقيين، فقد تعددت التزامات المدين بتعدد دائنيه. د. إسماعيل غانم ف 156 من 210.

104 - تمهيد وتقسيم:

التضامن إما أن يكون تضامنا إيجابيا أي تضامنا بين دائنين متعددين وإما أن يكون تضامنا سلبيا أي تضامنا بين مدينين متعددين. وفي الحالتين يوجد التزام واحد تعدد أحد أطرافه. فالالتزام في الحالتين لا ينقسم بل هو التزام واحد موصوف بالتضامن بين الدائنين به أو بين المدينين فيه.

والأصل أن التضامن في المسائل المدنية لا يفترض. ولا يكون إلا بنص قانوني أو اتفاق وهذا ما تؤكدته المادة 276 مدني بقولها: "التضامن والتكافل بين أصحاب الحق أو بين الملتزمين به يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون".

وندرس فيما يأتي نوعي التضامن في مطلبين. نتناول في المطلب الأول التضامن السلبى، ونتناول في المطلب الثانى التضامن الإيجابى.

المطلب الأول

التضامن السلبي

105- أولاً: التعريف به ومصدره:

- أ- التضامن السلبي معناه أن يوجد عدة مدنيين ملزمين بدين واحد وكل منهم يجب اعتباره في علاقته بالدائن كمدني مجموع هذا الدين.
- ب- ومصدر التضامن بين المدنيين إما الاتفاق وهذا هو الأصل إذ التضامن - كما ذكرت - لا يفترض. وإما نص القانون في بعض الحالات على سبيل الاستثناء. من هذه الحالات مثلاً ما تقضي به المادة 310 مدني من أنه إذا تعدد المسؤولون عن العمل الضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر. وما تقضي به المادة 325 من أنه إذا تعدد الفضوليون في القيام بعمل واحد كانوا متضامنين في المسؤولية قبل رب العمل. وما تقضي به المادة 881 مدني من تضامن المهندس المعماري والمقاول ما يحدث خلال عشر سنين من تهدم كلي أو جزئي فيما يشيدون من مبان... وما تنص عليه المادة 928 مدني من تضامن الموكلين المتعديين قبل الوكيل في تنفيذ الوكالة.
- ت- والتضامن السلبي كثير الوقوع في الحياة العملية. ذلك لأنه يتمحض لمصلحة الدائن. فبدلاً من أن يقتصر ماله من ضمان عام على أموال مدني واحد يترتب على اشتراط التضامن أن يشمل ذلك الضمان أموال مدنيين متعددين فيكون له أن يطالب أياً منهم بأداء الدين كاملاً اختياراً أو قضاءً فيضمن بذلك استيفاء دينه كاملاً ولو كان أحد المدنيين أو بعضهم معسراً⁽¹⁾.

106- ثانياً: آثار التضامن السلبي:

للتضامن السلبي آثار في العلاقة بين الدائن والمدنيين المتضامنين. وفي علاقة المدنيين المتضامنين فيما بينهم.

آثاره في العلاقة بين الدائن والمدنيين المتضامنين:

تتركز هذه الآثار في ثلاثة هي وحدة الدين. وتعدد الروابط. والنيابة بين المدنيين المتضامنين فيما ينفذ لا فيما يضر.

الأثر الأول: وحدة الدين:

ويقصد به أنه يوجد موضوع واحد لالتزام المدنيين المتضامنين جميعاً. وأن كلا منهم ملزم

أ- والتضامن السلبي والكفالة وإن كانا يشتركان في كونهما تأميناً شخصياً قوامه تعدد أشخاص المسؤولين عن تنفيذ الالتزام. غير أن بينهما فرقاً جوهرياً. فالالتزام المتضامنين التزام أصلي في حين أن التزام الكفيل التزام تبعية احتياطي لا لتزام المدين الأصلي، ويترتب على هذا الفرق الجوهري عدة نتائج - يراجع د. إسماعيل غانم ف 157 ص 313 وهامش.

بكل الدين في مواجهة الدائن. ويترتب على هذا الأثر النتائج التالية:-
الأولى: للدائن أن يطالب أي مدين بكل الدين منفردا، كما أن له أن يطالب جميع المدينين المتضامنين مجتمعين م/ 283⁽¹⁾. فإذا تم الوفاء من أحد المدينين المتضامنين بالدين بُرئت ذمة الباقيين. وفي حالة مطالبة الدائن المدينين مجتمعين وصدر حكم على جميع المدينين استطاع الدائن أن ينفذ على أي مدين بكل الدين ويرجع هذا على شركائه الآخرين.
الثانية: يحق لكل من المدينين المتضامنين أن يتمسك بأسباب الانقضاء التي أدت إلى سقوط الدين جميعه.

أ- ويصدق هذا على الوفاء⁽²⁾. فإذا وفى أحد المدينين بالدين كله انقضى الدين بالنسبة لباقي المدينين. وبالتالي فلا يستطيع الدائن أن يعود إلى مطالبتهم. ومثل الوفاء في ذلك الوفاء بمقابل.

ب- وقد ينقضي الالتزام بما يعادل الوفاء، كالمقاصة والتجديد. فإذا تمسك أحد المدينين بالمقاصة عند رجوع الدائن عليه انقضى الدين في علاقة الدائن بهذا المدين وباقي المدينين المتضامنين. فإذا لم يتمسك بها كان لمدين آخر أن يتمسك بها إذا رجع عليه الدائن ولكن بقدر حصة ذلك المدين الذي توفرت فيه شروط المقاصة 285 مدني⁽³⁾.

وفي التجديد إذا اتفق الدائن مع أحد مدينيه على تجديد الدين⁽⁴⁾. برئت ذمة المدينين المتضامنين من دينهم ولا ينتقل التضامن إلى الدين الجديد.
ولكن للدائن أن يشترط بقاء الدين القديم بالنسبة لباقي المدينين عند إجراء التجديد. فلا يمتد أثر التجديد عندئذ إلا إلى المدين الذي اتفق معه على التجديد فينقضي الدين بالنسبة له، ويبقى بالنسبة للآخرين بعد استئصال حصة ذلك المدين الذي جدد مع الدائن.

الثالثة: لجميع المدينين المتضامنين الاحتجاج بأسباب البطلان المشتركة بينهم

1- تنص المادة 283 على أنه: "لصاحب الحق مطالبة من عليهم الحق المتضامنين به مجتمعين أو منفردين..." ويقابلها المادة 285 مدني مصري الفقرة الأولى منها، وتوافقها في الحكم.

2- تنص المادة 282 مدني على أنه: "إذا كان التضامن بين من عليهم الحق فإن وفاء أحدهم بالحق مبرئ ذمة الباقيين" ويقابلها المادة 284 مدني مصري.

3- تنص المادة 285 مدني على أنه: "إذا حصلت مساواة بين صاحب الحق وبين أحد المدينين المتضامنين فلا يكون ذلك إلا بقدر حصة هذا المدين".

4- التجديد هو استبدال دين بدين يختلف عنه في محله أو في مصيره أو في أحد طرفيه ويؤدي التجديد إلى انقضاء الدين القديم ونشوء التزام جديد يحل محله.

ولم يشر القانون المدني هذا إلى التجديد من أحد المدينين المتضامنين كما فعل نظيره المصري في المادة 286 مدني.

ويستوي في هذا البطلان المطلق والبطلان النسبي.
الرابعة: يستفيد جميع المدينين من الأوصاف التي تلحق تعهداتهم. فإذا اتصف
التزامهم بأجل أو شرط. وطالب الدائن أياً منهم قبل حلول الأجل أو قبل تحقق
الشرط كان له أن يدفع المطالبة بعدم حلول الأجل أو عدم تحقق الشرط.
الأثر الثاني: تعدد الروابط⁽¹⁾:

وإذا كان محل الالتزام واحداً في التضامن السليبي - كما رأينا - إلا أن الروابط التي
تربط الدائن بكل المدينين المتضامنين هي روابط متعددة ومتميزة ومستقلة إحداها
عن الأخرى. ويظهر هذا في الأحوال التي يختلف فيها مركز أحد المدينين الآخرين
لأسيما فيما يتعلق بالعيوب والأوصاف الخاصة. والأسباب الخاصة للانقضاء.

أ- فقد تكون رابطة أحد المدينين بالدائن موصوفة بوصف يعدل من أثر الالتزام
بالنسبة إليه كأجل أو شرط. فلا يجوز للدائن مطالبة من كان التزامه مؤجلاً أو
مشروطاً إلا بعد حلول الأجل أو تحقق الشرط.

وقد تكون رابطة أحد المدينين معيبة بعيب خاص به كأن يكون ناقص الأهلية أو
يكون رضاه معيباً بغلط أو تدليس فيكون لهذا المدين وحده التمسك بنقص
أهليته أو بالعيب الذي شاب رضاه فيطلب الإبطال.

ب- وقد تنقضي رابطة أحد المدينين المتضامنين بسبب لا يقوم إلا بالنسبة إليه فتظل
رابطة غيره من المدينين قائمة ولا يجوز لهم أن يتمسكوا بسبب الانقضاء إلا بقدر
حصة زميلهم.

1. فالمقاصة يقتصر أثرها على المدين الذي وقعت لصالحه في علاقته بالدائن.
والفرض هنا أن المدين لم يتمسك بالمقاصة لعدم رجوع الدائن عليه. أما إذا رجع
عليه الدائن وتمسك المدين بها فإن الدين ينقضي بالنسبة له ولسائر شركائه.
وشأن المقاصة عندئذ شأن الوفاء الذي يقوم به أحد المدينين المتضامنين حيث
ينقضي الدين بالنسبة لسائر المدينين.

2. وفي اتحاد الذمة. كما لو توفي الدائن فورثه أحد المدينين أو توفي أحد المدينين فورثه
الدائن. فلا ينقضي الدين إلا بقدر حصة هذا المدين فيه.

فيكون للمدين في الحالة الأولى وللدائن في الحالة الثانية أن يرجع على أي من المدينين
الآخرين بكل ما يتبقى من الدين بعد استئصال تلك الحصة منه.

¹ - د. إسماعيل غانم ف 164 - 170 من 321 - 329.

د. البدرابي ف 260 من 275.

3. وإذا صدر إبراء من الدائن فتجب التفرقة بين أمرين. الأول وفيه قد يبرئ الدائن المدين المتضامن من الدين. والثاني وفيه يبرئ الدائن أحد المدينين من التضامن. فإذا أبرأه من الدين انقضى الالتزام بالنسبة لهذا المدين وبالتالي لا يجوز للدائن أن يطالبه به. وللمدينين الآخرين التمسك بهذا الإبراء بقدر حصة هذا المدين م/ 287 مدني.

وللدائن أن يحتفظ لنفسه بالحق في الرجوع على باقي المدينين بكل الدين. فلا يجوز لهم في هذه الحالة التمسك بالإبراء ولو بقدر حصة المدين المبرأ بل عليهم الوفاء بالدين كاملاً ولن وفي الرجوع على المدين المبرأ بحصته في الدين. وبالتالي فإن الفائدة التي تعود على المدين المبرأ هي امتناع مطالبة الدائن له فلا يعفى من دفع حصته. وقد يقتصر الإبراء على التضامن فقط م/ 288 مدني فلا يجوز للدائن أن يطالب المدين المبرأ من التضامن إلا بقدر حصته فقط أما بالنسبة لباقي المدينين فللدائن الرجوع على أي منهم بكل الدين.

4. وإذا مضت المدة المانعة من سماع الدعوى بالنسبة لأحد المدينين دون سائرهم كما لو كان التزام أحدهم منجزاً والتزام الآخر مؤجلاً. فلا تسري المدة بالنسبة للالتزام المؤجل إلا من وقت انتهاء الأجل. فللمدين الذي اكتسبت له مدة عدم سماع الدعوى أن يتمسك بها فينقضي الدين بالنسبة إليه. أما المدينون الآخرون فلا يستفيدون من مضي المدة إلا بقدر حصة هذا المدين.

على أن المدين الذي مضت المدة بالنسبة له يظل مسئولاً عن حمله نصيبه في حصة المعسر منهم م/ 290 مدني.

الأثر الثالث: النيابة فيما ينفع لا فيما يضر:

ينوب المدينون المتضامنون بعضهم عن بعض في علاقاتهم مع الدائن. وهذه النيابة مقصورة على ما ينفع لا فيما يضر. ولهذا رأينا أن أي مدين متضامن له أن يبرئ ذمة المدينين الآخرين إذا قام بإيفاء الدين كله أو بإجراء المقاصة على دين له في ذمة الدائن مقابل مجموع الدين أو بأن يتحمل وحده الالتزام بالتجديد بدلاً من سائر المدينين أو بأن يخلف اليمين عند الاقتضاء على عدم وجود دين ما.

على أن النيابة فيما يضر لا تكون نافذة وهذا مفهوم أيضاً من النصوص المنظمة للتضامن السلبي في موضوعات قطع المدة ووقفها. وفي المسئولية عن الخطأ وفي الأعذار والمطالبة القضائية وفي الصلح وفي الإقرار واليمين وفي الأحكام التي تصدر في مواجهة أحد المدينين. فهذه النصوص جميعها تقوم على أساس النيابة فيما ينفع لا فيما يضر المواد

291 - 297 مدني

ب- آثار التضامن في علاقة المدينين المتضامنين فيما بينهم.

وتتمثل هذه الآثار في أمرين الأول انقسام الدين فيما بين المدينين. والثاني حق الموفي في رجوعه

على سائر المدينين المتضامنين.

الأثر الأول: انقسام الدين بين المدينين المتضامنين:

فالمدينون فيما بينهم لا يلزم كل واحد منهم إلا حصته من الدين. فإذا وفي أحدهم بالدين

كله كان له أن يطالب المدينين الآخرين كلا حصته م / 295 مدني.

ويستثنى من ذلك حالة الإفلاس. فإذا أفلس أحد المدينين. فإن الآخرين يتحملون عنه كل

منهم بنسبة ما يجب أن يتحملة من الدين م / 295 مدني.

الأثر الثاني: رجوع المدين الموفي على المدينين الآخرين:

للمدين الذي وفي بالدين كله أن يرجع على المدينين الآخرين بما تجاوز حصته فيطالب كل

واحد منهم بحصته في الدين. وإذا كان أحدهم مفلسا لم يتحمل وحده نتيجة إفلاسه بل

يشاركه فيها المدينون الآخرون الموسرون كل واحد منهم بحسب حصته في الدين⁽¹⁾.

المطلب الثاني

التضامن الإيجابي

107-أولاً: التعريف بالتضامن الإيجابي ومصدره:

عرفت المادة 275 مدني التضامن سواء أكان تضامناً إيجابياً أو تضامناً سلبياً بقولها: "التضامن والتكافل هما ضم ذمة إلى ذمة في استيفاء الحق أو الوفاء به".
فالتضامن الإيجابي وفقاً للنص السابق يتحقق حيث يكون شخصان أو أكثر دائنين بدين واحد بحيث يحق لكل منهم أن يطلب وفاء الدين بجمليته، كما يحق من جهة أخرى للمدين أن يوفي الدين إلى أي منهم⁽¹⁾.
كبيع صادر عن عدة بائعين متضامنين فإذا لم يقم المشتري بدفع الثمن لهم كان لهم متضامنين المطالبة بالفسخ.
ومصدر التضامن الإيجابي في الغالب هو الإرادة سواء كان العقد أو الإرادة المنفردة كالوصية. وذلك كما لو أوصى شخص لعدة أشخاص بمال في تركة ونص في الوصية على أن يكون هؤلاء الأشخاص متضامنين في المطالبة بحقوقهم في التركة.
على أن التضامن الإيجابي نادر الوقوع في العمل، إذ فائدته الحقيقية إنما تعود على المدين وحده. إذ هو يسهل عليه إبراء ذمته بوفاء الدين كله لأي دائن. أما بالنسبة للدائنين فهذا التضامن قد يعرضهم للخطر إذا ما استوفى أحدهم الدين ثم أعسر قبل أن يوفي لشركائه حصصهم. ولذا يفضل الدائنون اتباع طريق الوكالة حيث يمكن لهم أن يوكلوا أحدهم في قبض الدين.

108-ثانياً: آثار التضامن الإيجابي:

تترتب على التضامن الإيجابي آثار في العلاقة بين الدائنين بالمدين وفي علاقة الدائنين المتضامنين بعضهم البعض.

أ- آثار التضامن الإيجابي في العلاقة بين الدائنين بالمدين:

يترتب على التضامن بين الدائنين في علاقتهم بالمدين ثلاثة آثار هي وحدة محل الدين وتعدد الروابط. والنيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر. وهذه الآثار هي ذاتها الآثار التي تترتب في حالة التضامن السلبى منظوراً إليها من زاوية مقابلة حيث التضامن هنا بين الدائنين لا بين المدينين.

الآثار الأول: وحدة محل الدين:

ويقصد به أنه يوجد موضوع واحد هو محل حق الدائنين المتضامنين جميعاً. ويترتب على هذا الأثر أنه يجوز لأي دائن متضامن مطالبة المدين بكل الدين م/ 278

1- د. إسماعيل غانم ف 158 ص 315 د. البدراني ف 248 ص 266.

مدني. كما يجوز للمدين أن يوفي بالدين كله لأي واحد من الدائنين المتضامنين. ووفاءه

هذا يبرئ ذمته في مواجهة لسائر الدائنين م/ 277 مدني.

وتجيز المادة 280 مدني مصري للدائنين أن يعترضوا على أن يقع الوفاء لأحدهم

وحيث يجب على المدين أن يؤدي الحق للدائنين مجتمعين أو يودع الشيء لحسابهم.

ولا نظير لهذا الحكم في القانون المدني اليمني.

وإذا كان من شأن التضامن عدم انقسام الدين بين الدائنين إلا أنه لا يمنع انقسام

الدين بين ورثة واحد منهم. فإذا توفي أحد الدائنين عن ثلاثة ورثة ذوي أنصبة

متساوية فإن الالتزام ينقسم بين هؤلاء الورثة ولا يجوز الوفاء لأي منهم إلا بثالث

الدين. مع بقاء الدين واحدا بالنسبة للدائنين الباقين على قيد الحياة.

الأثر الثاني: تعدد الروابط:

تتعدد الروابط بين المدين والدائنين المتضامنين بقدر عددهم. ويترتب على هذا الأثر

أنه قد يلحق رابطة أحد الدائنين بالمدين وصف يميزها عن رابطة غيره كأن يكون دين

المدين في مواجهة هذا الدائن مؤجلاً أو معلقاً على شرط فله عندئذ أن يحتج بهذا

الوصف في مواجهة هذا الدائن. وقد تكون رابطة أحد الدائنين بالمدين مشوبة بعيب

كتدليس مثلاً. فليس للمدين التمسك بهذا العيب إلا في مواجهة هذا الدائن م/

278 مدني .

كما أن براءة ذمة المدين قبل أحد الدائنين لسبب غير الوفاء ليس من شأنه أن يبرئ

ذمته قبل الدائنين الآخرين إلا بقدر حصة الدائن الذي برئت ذمة المدين قبله م/ 279.

وينطبق هذا على التجديد والمقاصة واتحاد الذمة والإبراء ومضي المدة⁽¹⁾ فليس

للمدين - إذا توفر سبب من هذه الأسباب في مواجهة أحد الدائنين - أن يتمسك به

في مواجهة الدائنين إلا بقدر حصة ذلك الدائن .

الأثر الثالث: النيابة فيما ينفع لا فيما يضر: م/ 280 مدني.

ويترتب على هذا الأثر أن إبراء أحد الدائنين المتضامنين للمدين لا يسري في مواجهة

الآخرين ولا يبرئ ذمة المدين إلا من حصة ذلك الدائن. وأن اجتماع صفة الدائن

والمدين في شخص أحد الدائنين المتضامنين وفي شخص المدين لا يسقط الدين إلا

بالنظر إلى هذا الدائن وبقدر حصته. وكل هذا لأن النيابة يجب أن تكون فيما ينفع لا

فيما يضر.

على أنه إذا أعذر أحد الدائنين المدين استفاد من هذا الإجراء بقية الدائنين لأنه

1- د. إسماعيل غانم ف 182 ص 343 د. البزراوي ف/ 253 ص 269.

مفيد، وأنه إذا قام أحد الدائنين بقطع مضي المدة استفاد منه والدائنون الآخرون.

ب- أثار التضامن في العلاقة بين الدائنين المتضامنين فيما بينهم:

أما في العلاقة بين الدائنين فينقسم الدين بينهم، ويترتب على ذلك أن ما يستوفيه أحدهم من المدين يصير من حق الدائنين جميعا ويتحاصون فيه، وذلك أيا كان القدر الذي استوفاه.

ويقسم الدين بين الدائنين حصصا متساوية ما لم يشترط خلاف ذلك م/ 281 مدني.

المبحث الثالث

عدم قابلية الالتزام للانقسام

109- أولا: التعريف به وأسباب عدم القابلية للانقسام⁽¹⁾ :

يكون الالتزام غير قابل للانقسام إذا كان محله لا يقبل جزئة الوفاء به لطبيعته أو لوجود الاتفاق.

وقد بينت أسباب عدم قابلية الالتزام للانقسام المادة 298م مدني بقولها:

"يكون الحق غير قابل للانقسام في الحالتين الآتيتين:

- 1- إذا ورد على محل لا يقبل بطبيعته الانقسام.
 - 2- إذا تبين من الغرض الذي يرمي إليه المتعاقد أن المعقود عليه لا يجوز تنفيذه منقسما أو إذا اتفق المتعاقدان على ذلك".
- فأسباب عدم قابلية الالتزام للانقسام في ضوء نص هذه المادة إما أن ترجع إلى طبيعة المحل وإما إلى الاتفاق وقد أغفل النص نص القانون كسبب من أسباب عدم قابلية الالتزام للانقسام.

أ- عدم قابلية المحل للانقسام بسبب طبيعة الالتزام:

فحق الارتفاق، والالتزام بتسليم حيوان حي، والالتزام بالامتناع عن المنافسة كل هذه التزامات لا يقبل محلها الانقسام بطبيعته إذ لا يتصور تقرير حق الارتفاق على حصة شائعة من العقار المرتفق به، ولا يمكن جزئة تسليم حيوان حي، كما لا يمكن جزئة التزام عدة بائعين لمحل جاري بعدم منافسة المشتري فيجب على كل بائع الامتناع عن المنافسة.

ب- عدم القابلية للانقسام الراجع إلى الاتفاق:

وهذا الاتفاق قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا، كما لو اشترى شخص أرضا من عدة ملاك لإقامة بناء لغاية معينة معروفة من الطرفين. عندئذ لا يصح التنفيذ الجزئي لأنه لا يفي بالغرض الذي قصده المتعاقدان فلا يصح الوفاء من كل مالك بقدر حصته الشائعة بل يجب الوفاء بالكل.

ت- عدم القابلية للانقسام الراجع إلى نص القانون:

وهذا السبب - كما أشرت قبلًا - أغفله نص المادة 397 مدني مع وجود حالات ينص

1- د. إسماعيل غانم ق 185 - 187 ص 346 - 354 د. الميزاوي ف 267 - 275 ص 285 - 288 د. رمضان أبو السعود ص

358 - 370.

د. سمير تافو ف 177 - 179 ص 325 - 330 .

فيها القانون على عدم جزئة الالتزام فيها. على سبيل المثال الحق في الشفعة إذ لا يجوز استعماله أو إسقاطه إلا في كل الشيء المشفوع فيه .

110 - ثانيا: آثار عدم قابلية الالتزام للانقسام:

أ- الأثر الجوهري لعدم قابلية الالتزام للانقسام ينحصر في وجوب الوفاء بمحل الالتزام جملة واحدة. وتظهر أهمية ذلك في حالة تعدد المدينين أو تعدد الدائنين.

في حالة تعدد المدينين وكان الالتزام غير قابل للانقسام يلتزم كل مدين بإيفاء الدين كله على أن يكون له الرجوع على المدينين الآخرين م / 299⁽¹⁾.

وتسري قاعدة عدم انقسام الدين - وعلى خلاف التضامن - بين ورثة المدين. فيطالب الدائن أيا من ورثة المدين المتوفى بكل الدين⁽²⁾.

وفي حالة تعدد الدائنين لكل دائن المطالبة بأداء الدين كله أيضا فإذا اعترض أحد الدائنين كان المدين ملزما بأداء الدين للدائنين مجتمعين أو إيداع الشيء محل الالتزام م / 300 مدني.

ب- وعلى خلاف التضامن. ففي الالتزام الذي لا يقبل الانقسام والذي يجب الوفاء به جملة واحدة لا تقوم فيه بين الدائنين المتعددين ولا بين المدينين المتعددين نيابة تبادلية. فلا يربط بين هؤلاء جميعا سوى وضع مادي هو كون الدين غير قابل للانقسام.

ولذلك فإن قطع التقادم من جانب أحد الدائنين يستفيد منه الباقيون كما أن قطعه على مدين واحد يمتنع به على بقية المدينين. وكذلك فإن أسباب الوقف يسري حكمها على الجميع إذ لا يتصور في هذا النوع من الالتزام أن ينقطع التقادم أو يقف بالنسبة لدائن دون آخر لأن الالتزام في هذه الحالة التزام غير قابل للانقسام⁽³⁾.

1- تنص المادة 299 مدني على أنه: 'إذا تعدد الملزمون بحق غير قابل للانقسام كان كل منهم ملزما بوفاء الحق كاملا وللملتزم الذي وفي بالحق الرجوع على الباقيين كل بقدر حصته'.

2- ولهذا تنص المادة 300 على أنه: 'إذا تعدد أصحاب الحق الذي لا يقبل الانقسام أو تعدد ورثة صاحب هذا الحق جاز لكل دائن أو وارث أن يطالب بالحق كاملا إلا إذا اعترض على ذلك أحدهم فيكون على الملزم الوفاء لهم مجتمعين أو إيداع الشيء محل الالتزام حتى يتفقوا أو يصدر حكم من القضاء بما يبتغى ويكون لباقي أصحاب الحق الرجوع على من استوفاه كل بقدر حصته'.

3- د. البدراري ف 275 ص 288.

الباب الثالث

انتقال الالتزام

111 - تمهيد وتقسيم

يراد بانتقال الالتزام حوله من دائن إلى دائن آخر باعتباره حقاً شخصياً ، أو من مدين إلى مدين آخر باعتباره التزاماً⁽¹⁾ .

ويسمى انتقال الالتزام من دائن إلى دائن آخر حوالة الحق ، ويسمى انتقاله من مدين إلى مدين آخر حوالة الدين .

- وسواء انتقل الالتزام عن طريق حوالة الحق أو عن طريق حوالة⁽²⁾ الدين فإن الذي ينتقل بالحوالة هو الالتزام ذاته بجميع صفاته و ضماناته ودفوعه .

وندرس تباعاً حوالاتي الحق والدين في فصلين ندرس في الفصل الأول حوالة الحق وندرس

في الفصل الثاني حوالة الدين .

الفصل الأول

حوالة الحق

112 - تقسيم

وندرس حوالة الحق في مبحثين . نتناول في المبحث الأول التعريف بحوالة الحق وشروطها ونتناول في المبحث الثاني آثارها .

المبحث الأول

التعريف بحوالة الحق وشروطها⁽¹⁾

113 - تمهيد وتقسيم :

نظم القانون المدني اليمني حوالة الحق في المواد 383 - 394 متبعاً لمسلك نظيره القانون المدني المصري الذي نظم أحكام هذه الحوالة في المواد 303 إلى 314 ولا يوجد اختلاف بين القانونين إلا في بعض المسائل التفصيلية والتي سنذكرها في مكانها إن شاء الله . وقد تجنب القانون المدني اليمني الخلاف الحاصل في الفقه الإسلامي عن طبيعة الحوالة بنوعيتها (حوالة الحق وحوالة الدين) فيما إذا كانت تعتبر حوالة بالمعنى الفني لها في القانون المدني الوضعي أم لا تعتبر كذلك⁽²⁾ .

وعليه ندرس موضوع المبحث في نقطتين الأولى في التعريف بحوالة الحق والأغراض التي تحققها والثانية في شروطها .

114 - أولاً - التعريف بحوالة الحق والأغراض التي تحققها

حوالة الحق عقد ينقل بمقتضاه الدائن حقه الشخصي إلى آخر محل محله في اقتضاء الحق من المدين . ويسمى الدائن محيلاً ، والدائن الجديد المتنازل له محالاً له . ويسمى المدين محالاً عليه . وقد عرف القانون المدني اليمني حوالة الحق في المادة 383 بقوله : " حوالة الحق

(1) في هذا الموضوع يراجع د. المنهوري ف 236 ص 469 ، وف 280 - 283 ص 296 . 298 ، د. إسماعيل غانم ف 189 ، 191

ص 56 . 361 ، د. عبدالمنعم البدرابي أحكام الالتزام ف 277 - 280 ص 293 - 295 ، د. سعد محمد سعد أحكام الالتزام ص 183

187 .

(2) حول هذا الموضوع راجع د. المنهوري ف 240 ص 491 مرجع سابق ، د ناصر النشوي . بيع الدين في فقه الشريعة الإسلامية دار

الفكر الجامعي . الاسكندرية ط 2007 ص 212 وهو يشير إلى اختلاف الفقهاء حول طبيعة حوالة الدين في الشريعة هل تعد بيعاً لدين

بدين أم لا .

هي أن يحيل الدائن (المحيل) شخصاً آخر (المحال) بحقه على مدينه (المحال عليه) لاستيفائه منه ... " .

وحالة الحق متنوعة الأغراض . فقد يقصد المحيل بيع حقه من المحال له . وفائدة ذلك هي أن يكون الدائن المحيل في حاجة عاجلة إلى المال . فيحصل عليه من المحال له ثمناً لحقه الذي لم يحل أجله . وقد يكون الحق قد حل أجله ولكن قامت صعوبات عملية أمام المحيل للحصول على حقه من مدينه . فيحول هذا الحق للمحال له يكون هو عادة قادراً على تقاضي الحق من المدين . فيجني المحال له بذلك كسباً نتيجة هذه المضاربة . وقد يقصد المحيل هبة الحق للمحال له بنية التبرع له بالحق . وقد يقصد رهن الحق عند المحال له ضماناً لقرض يأخذه من المحال له عاجلاً لأن حق الدائن المحيل في ذمة مدينه لم يحل أجله ولا يريد بيعه .

وقد يكون المحيل مديناً للمحال له فيوفي دينه بطريق الحوالة . فإذا كان أ دائناً لـ ب وكان أ مديناً لـ ج . فيتفق أ مع ج أن يكون الوفاء بدينه عن طريق حوالة حقه قبل ب . فتكون الحوالة في هذه الحالة سبباً لانقضاء دين المحيل قبل المحال له . وهذه صورة من صور الوفاء بمقابل .

115-ثانياً- شروط حوالة الحق

حوالة الحق عقد يتم بين الدائن (المحيل) والدائن الجديد (المحال له) أما المدين المحال عليه الحق فليس طرفاً فيها كما يقضي بذلك نص المادة 383 مدي⁽¹⁾ . وعليه فإنه يجب أن نفرق بين شروط انعقاد الحوالة وشروط نفاذها.

أ - شروط انعقاد الحوالة⁽²⁾ :

تطبق على حوالة الحق القواعد العامة في شروط انعقادها لأنها عقد . فيشترط فيها وجود عاقلين وهما هنا الدائن المحيل والدائن المحال له الحق وتوفر الأهلية فيهما وتراض وسلامته من العيوب ومحل تتوفر فيه الشروط الواجب توافرها وفقاً للقواعد العامة وأن يكون الباعث على الحوالة مشروعاً .

والرضا كشرط لانعقاد الحوالة يشترط في المتعاقدين وهما الدائن المحيل والدائن المحال . ولا يشترط رضا المدين لأنه ليس طرفاً في عقد الحوالة .

(1) تنص المادة 383 مدني يعني في شطرها الأخير على أنه : " ... وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضا المدين " ويقابل نص هذه المادة

ويطابقه نص المادة 303 مدني مصري .

(2) د. اليدراري . مرجع سابق ف 287 ص 294 ، د.إسماعيل غانم ف190 ص 357 ، 358 .

- ومحل حوالة الحق هو الحق الحال . و القاعدة أن جميع الحقوق الشخصية تجوز حوالتها أيا كان محلها وسواء أكان هذا المحل حقاً احتمالياً أو مستقبلاً وحتى لو كان متنازعا فيه .

على أن هناك استثناءات لا تجوز فيها حوالة الحق وتتعلق بالحقوق التي ينص القانون على عدم جواز حوالتها كما هو الحال بالنسبة للحقوق التي لا يجوز الحجز عليها . أو يتفق المتعاقدان على عدم حوالة بعض الحقوق كأن يشترط المؤجر على المستأجر عدم النزول عن الإيجار لغيره . وقد تمتنع الحوالة بسبب طبيعة الحق . وذلك في الحالات التي يكون فيها الحق متصلاً بشخص الدائن أو روعيته فيه شخصيته كالزراعة . وحق الشريك في شركات الأشخاص . وحق الدائن في النفقة . والحق في التعويض عن الضرر الأدبي مالم يتحدد هذا التعويض باتفاق أو كان الدائن قد طالب به .

ب- شروط نفاذ الحوالة في حق المدين والغير⁽¹⁾ :

أولاً- شروط نفاذها في حق المدين :

- نفاذ الحوالة قبل المدين يعني إلزامه بوفاء الحق الحال به إلى الحال له دون التحيل . بحيث إذا وفي للمحيل لم يكن هذا وفاءً مبرئاً لزمته وجاز للمحال له أن يطالبه بالوفاء مرة ثانية . لذلك لا تكون الحوالة نافذة في مواجهة المدين بهذا المعنى إلا بأحد إجراءين إما إعلانه بالحوالة بحيث يعلم بحصول الحوالة علماً يقينياً أو قبوله بها .

وقد نص القانون المدني اليمني على هذين الإجراءين لنفاذ الحوالة في مواجهة المدين في المادة 384 بقوله : " لا تكون حوالة الحق نافذة قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها ... "

والغالب أن يلجأ المحال له إلى إعلان المدين بالحوالة : لأنه أيسر والإعلان وفقاً لما ينص عليه قانون المرافعات في المادة 42 بواسطة المحضر⁽²⁾ وتراعي فيه الإجراءات الخاصة بأوراق المحضرين كما تقضي بذلك المادة 44 مرافعات .

وقبول المدين الحوالة لا يجعله طرفاً فيها . ولا يتضمن هذا القبول معني الإقرار بالتزامه في مواجهة المحيل بغير قيد أو شرط . بل يدل فقط على مجرد علم المدين بحصول

(1) د. البدرابي - المرجع السابق ف 28 - 283 ص 296 - 298 ، د. إسماعيل غانم . المرجع السابق ف 91 ص 358 161 .

(2) تنص المادة 42 على أن : " يعرض المحضر أو صاحب الشأن أوراق الإعلان على الخصم أينما وجد ، فإن تعذر فتعرض على من ينوب عنه أو في موطنه ، وفي حالة الامتناع يعرض الأوراق بواسطة عاقل الحارة أو يؤخذ إيضاح العاقل أو الأئمه علية "

الحوالة . وأن عليه بناء على ذلك أن يؤدي الحق للمحال له : لذلك كان للمدين - على الرغم من قبوله للحوالة - أن يتمسك في مواجهته المحال له بكافة الدفوع التي كان يستطيع أن يتمسك بها قبل التحيل . وذلك فيما عدا الدفع بالمقاصة فإن قبوله للحوالة يمنعه من التمسك بالمقاصة إذا كان قد قبل الحوالة دون حفظ (م / 435 مدني).

ويعتد بقبول المدين لتنفيذ الحوالة في مواجهته حتي ولو لم يكن ثابت التاريخ لكن بشرط أن يكو قبوله لا حقا لانعقاد الحوالة . إنما يكفي في هذا القبول أن يكون قبولاً ضمناً⁽¹⁾ .

ثانياً - شروط نفاذها في حق الغير :⁽²⁾ .

وتنفذ الحوالة بالنسبة للغير أيضاً بإعلان المدين بها أو بقبوله لها قبولاً ثابت التاريخ . ولهذا فقد جاء في الشطر الأخير من المادة 384 ما يصرح بهذا الشرط وهو القبول الثابت التاريخ حيث تقضي بالاتي : "... على أن نفاذها قبل الغير بقبول المدين يستلزم أن يكون هذا القبول متقدماً ثابت التاريخ قبل نشوء حق الغير"

ويقصد بالغير هنا كل من يضرار بالحوالة نظراً لأنه قد تعلق له حق خاص بالحق المحال به بوصفه لا زال في ذمة التحيل لم ينتقل منه إلي المحال له . وينطبق هذا على المحال له الحق مرة ثانية . والدائن المرتهن للحق ودائن التحيل الذي يحجز على الحق المحال به تحت يد المحال فكل من هؤلاء يعتبر غيراً.

القاعدة إذن أن الحوالة لا تنفذ في مواجهة الغير الا بقبول المحال عليه (المدين) أو إعلانه. والإعلان يتم بورقه رسمية على يد محضر أو صاحب الشأن . أما قبول المدين فيتم بورقه عرفية ثابتة التاريخ . والغرض من ذلك هو منع تواطؤ التحيل والمحال عليه على تقديم تاريخ الحوالة إضراراً بالغير

ثالثاً - إجراءات خاصة بحوالة بعض الحقوق :

وضع القانون إجراءات خاصة لجعل حوالة بعض الحقوق نافذة في حق الغير . فالأوراق التجارية كالكمبياله والسند الإذني والشيك الإذني تنفذ حوالتها في حق الغير بالتظهير بأن يضع صاحب السند توقيعه على ظهره . والسند لحامله تنفذ حوالاته في مواجهة الغير بالتسليم المادي له . و الأوراق المالية الإسمية كالسهم الإسمي . أي المقيد باسم شخص معين لا تنفذ حوالتها في حق الغير إلا إذا قيدت الحوالة في سجل خاص يحتفظ به المدين .

(1) د. إسماعيل غانم ف 192 ص 358 .

(2) د. إسماعيل غانم ف 193 ص 360 ، د. عبد المنعم البدراني ف 283 ص 297 .

وحوالة أجرة العقارات غير المستحقة لا تنفذ في حق الغير إذا زادت على أجرة ثلاث سنين إلا إذا سجلت الحوالة م/ 3 شهر عقاري فلا يكفي في مثل هذه الحالة قبول المدين أوإعلانه لنفاذها في مواجهة الغير .

المادة 103 - إذا كان المدين قد سلف في حوالة أجرة العقارات غير المستحقة لا تنفذ في حق الغير إذا زادت على أجرة ثلاث سنين إلا إذا سجلت الحوالة م/ 3 شهر عقاري فلا يكفي في مثل هذه الحالة قبول المدين أوإعلانه لنفاذها في مواجهة الغير .

المادة 104 - إذا كان المدين قد سلف في حوالة أجرة العقارات غير المستحقة لا تنفذ في حق الغير إذا زادت على أجرة ثلاث سنين إلا إذا سجلت الحوالة م/ 3 شهر عقاري فلا يكفي في مثل هذه الحالة قبول المدين أوإعلانه لنفاذها في مواجهة الغير .

المادة 105 - إذا كان المدين قد سلف في حوالة أجرة العقارات غير المستحقة لا تنفذ في حق الغير إذا زادت على أجرة ثلاث سنين إلا إذا سجلت الحوالة م/ 3 شهر عقاري فلا يكفي في مثل هذه الحالة قبول المدين أوإعلانه لنفاذها في مواجهة الغير .

المادة 106 - إذا كان المدين قد سلف في حوالة أجرة العقارات غير المستحقة لا تنفذ في حق الغير إذا زادت على أجرة ثلاث سنين إلا إذا سجلت الحوالة م/ 3 شهر عقاري فلا يكفي في مثل هذه الحالة قبول المدين أوإعلانه لنفاذها في مواجهة الغير .

المادة 107 -

المادة 108 -

المبحث الثاني

آثار حوالة الحق⁽¹⁾

- إن أهم ما يترتب على حوالة الحق هو انتقال الحق المحال به من المحيل إلى المحال له وضمن المحيل للحق المحال به . ونبين هذين الأثرين :

116- أولاً- انتقال الحق المحال به إلى المحال له :

تنص المادة 386 مدني على أنه : " تشمل حوالة الحق ضماناته كالكفالة والأولوية والرهن وتشمل ماحل من أقساط " ⁽²⁾ وتنص المادة 392 مدني على أنه ((للمدين أن يتمسك قبل المحال له بكل دفع له قبل المحيل وقت نفاذ الحوالة في حقه كما يكون له التمسك بكل دفع ينشأ من عقد الحوالة)) ⁽³⁾.

1- وتبين المادتان مدي الحق الذي ينتقل إلي المحال له .

وعلى ذلك فإن الحق ذاته ينتقل من المحيل إلى المحال له بمقداره وصفاته وضمناته وتوابعه وما تعلق به من دفع .

فينتقل الحق بمقداره المحدد في السند المنشئ ولو كان المقابل الذي أداه المحال له يقل عن قيمة هذا المقدار .

وينتقل هذا الحق بصفاته . فإذا كان هذا الحق جارياً أو ثابتاً في سند تنفيذي انتقل إلي المحال له بهذه الصفة . وإذا كان لهذا الحق ضمانات شخصية كانت تلك الضمانات أو عينية انتقلت مع الحق إلى المحال له .

وينتقل الحق كذلك بتوابعه وقد ذكر النص اليمني من هذه التوابع الأقساط المستحقة التي لم يكن الدائن المحيل قد قبضها وقت الحوالة . وهذه الإشارة وردت في النص على سبيل المثال فيضاف إليها كل ما يعتبر من توابع للحق . ومثاله تسلم السند المثبت للحق وكافة ما يلزم لإثبات الحق والمطالبة به . وحقه في الدعاوي التي تخمي الحق المحال به كالحق في المطالبة بفسخ العقد .

وأخيراً فإن الحق ينتقل بما تعلق به من دفع لصالح المحال عليه الحق . فالحوالة لا تؤثر في الدفع المتعلقة بهذا الحق ويحتفظ المدين المحال عليه بالدفع المقررة له قبل المحيل بشأن

(1)يراجع في آثار حوالة الحق د. المنهوري مرجع سابق ف 270 وما بعدها ص 556- 625 د. البدرابي - مرجع سابق ف 284- 289

ص 399- 304 ، د إسماعيل غانم مرجع سابق ف 195 - 201 ص 361- 368 ، د. أحمد شوقي عبدالرحمن ص 226- 231 .

(2)نقلاً من المادة 307مدني مصري والفارق بينهما أن المادة المصرية تجيز الفوائد عن الحق المحال له ولا تجيز المادة اليمنية .

(3)ويقابلها نص المادة 312 مدني مصري وتطابقها لفظاً ومعنى

الحق المحال به ويجوز له أن يتمسك بهذا قبل المحال له كبطلان العقد الذي نشأ عنه الحق المحال به أو فسخه أو انقضاء الدين . ولا يستثنى من ذلك سوى الدفع بالمقاصة إذا كان المدين قد قبل الحوالة دون حفظ . م/ 435 مدني (1).

وللمحال له بمقتضى نص المادة 385 مدني أن يتخذ الإجراءات التحفظية حتى قبل نفاذ الحوالة في مواجهته المدين والغير كقيد الرهن الضامن لحقه أو قيامه بقطع المدة التي كانت قد بدأت قبل الحوالة بهدف قطعها .

2- وينتقل الحق المحال به فيما بين المتعاقدين من وقت إبرام الحوالة ويمتنع بالتالي على المحيل أن يقوم بأي فعل من شأنه الإضرار بحقوق المحال له .

وعليه لا يجوز للمحيل بعد الحوالة أن يحول الحق مرة ثانية أو رهنه أو يستوفيه من المدين . ويكون المحيل مسئولاً عن أفعاله الشخصية حتى لو كانت الحوالة بغير عوض أولواشترط عدم الضمان م / 391 مدني (2).

3- وينتقل الحق بالنسبة للمدين من وقت نفاذ الحوالة في مواجهته بقبوله لها أو بإعلانه بها . وقبل نفاذها في مواجهته يكون الدائن بالنسبة للمدين هو المحيل وليس المحال له فإذا وفى إليه الدين برئت ذمته . وذلك ما لم يكن عالماً بالحوالة قبل نفاذها قبله و أوفى الدين المحيل متواطئاً معه فإن هذا الوفاء لا يبرئ ذمته لأنه تم عن غش منه والغش يفسد كل ما يقوم عليه .

أما بعد نفاذ الحوالة فيتعين عليه أن يوفى للمحال له . ويكون الوفاء بالتالي للمحيل غير مبرئ لزمته ويلزم بالوفاء مرة أخرى للمحال له .

4- وأخيراً فإن الحق المحال به ينتقل بالنسبة للغير من وقت نفاذ الحوالة بإعلان المدين بالحوالة أو بقبوله لها قبولاً ثابت التاريخ :

وعليه فحيث يقوم المحيل برهن حقه أو حجز دائن للمحيل تحت يد المدين فإنه يشترط لكي يفضل حق المحال له أن يكون حقه نافذاً في مواجهة المحال له الثاني أو الرهن أوالحجز.

(1) تنص هذه المادة الواردة في أحكام المساقطة (المقاصة) على أنه : " إذا حول الدائن حقه للغير وقبل المدين الحوالة دون تحفظ فلا يجوز له أن يتمسك قبل المحال بمقاصة كان الحفان صالحين لها قبل قبول الحوالة . بل يكون له الرجوع بحقه على المحيل ، ولكن لا يحول إعلان المدين للحوالة دون تمسكه بالمقاصة إذا لم يكن قد قبل الحوالة " .

(2) تنص هذه المادة على أنه " يكون المحيل بحق مسئولاً عن أفعاله الشخصية التي يكون من شأنها أن تؤدي إلى عدم دفع الحوالة ولو كانت الحوالة بشروط عدم الضمان فإن كانت الحوالة بغير عوض فيكون المحيل مسئولاً عما لحق المحال من أضرار " .

وإذا تم الحجز تحت يد المدين المحال عليه في وقت سابق على نفاذ الحوالة فإن القانون يعتبر الحوالة في هذه الحالة بمثابة حجز ثانٍ ويقسم عليهما بالتالي هذا الحق قسمة غرماء. م / 394 مدني.

وإذا كانت الحوالة نافذة بين حجزين أحدهما سابق على النفاذ والآخر لا حق له فإن الحق المحال به يقسم بين الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر قسمة غرماء. ثم يؤخذ من نصيب الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له قيمة الحوالة. وهذا الحل أخذ به القانون المدني المصري في المادة 314 ويستهدف المشرع المصري من هذه الأحكام تحقيق المساواة بين الدائنين إلى الحاجزين من ناحية ومن ناحية أخرى عدم الإضرار بالمحال له بالحجز المتأخر لأن الحوالة المتقدمة تحبه.

أما المشرع اليمني فلم يأخذ بهذا الحل صراحة وإنما عالج هذه المسألة في المادة 394⁽¹⁾ في شطرها الأخير معالجة أخرى حيث تقضي في شطرها الأخير على أن: "إذا وقع حجز ثانٍ بعد أن أصبحت الحوالة نافذة في حق الغير يقسم الدين على الحاجز المتقدم والمحال بالحق والحاجز المتأخر قسمة غرماء..."

فقد سوى المشرع اليمني بين الثلاثة الأطراف دون نظر إلى مركز المحال له الذي أصبحت الحوالة نافذة في حق الحاجز المتأخر.

117- ثانياً - ضمان المحيل للحق المحال به :-

تنص المادة 386⁽²⁾ مدني على أنه : "إذا كانت حوالة الحق بعوض فلا يضمن المحيل إلا وجود الحق المحال به وقت الحوالة مالم يوجد اتفاق بغير ذلك أما إذا كانت بغير عوض فلا يضمن المحيل حتي وجود الحق"

وتنص المادة 388 مدني على أنه "لا يضمن المحيل بحق يسار المدين إلا إذا وجد اتفاق يقضي بذلك وإذا ضمن المحيل بحق يسار المدين ينصرف الضمان إلى وقت الحوالة مالم يتفق على غير ذلك"⁽¹⁾

(1) تنص هذه المادة على أنه "إذا وقع حجز على الحق لدى المدين المحال عليه قبل أن تصبح الحوالة نافذة في حق الغير كانت الحوالة بالنسبة للحاجز بمثابة حجز آخر وفي هذه الحالة إذا وقع حجز ثانٍ بعد أن أصبحت الحوالة نافذة في حق الغير يقسم الدين على الحاجز المتقدم والمحال بالحق والحاجز المتأخر قسمة غرماء. إن لم يكن للمحيل مال غير مالم يالمال عليه لا يعتبره كالمفلس وإن كان له غير ذلك فيستوفي المحال بقدر مالم يالمال المدين فإن لم يف يُرجع بما بقي له مع الحاجزين على مال المحيل".

(2) وتقابلها المادة 308 مدني مصري وتطابقها.

1- فالقاعده أن الحيل لا يضمن إلا إذا كانت الحواله يعوض أما إذا كانت بغير عوض فلا ضمان على الحيل . إذ هو متبرع والمتبرع لا يضمن . فليس للمحال له أن يرجع على الحيل بالضمن سواء تعذر عليه استيفاء الحق بسبب إعسار المحال عليه أو كان الحق ذاته غير موجود م/ 386 مدني . على أن الحيل ولو كان متبرعا يكون مسئولا عن أفعاله الشخصية.

2- والضمنان في الحواله يعوض إما أن يكون ضممانا قانونياً يلتزم به الحيل بغير حاجة إلى إتفاق خاص وإما أن يكون ضممانا اتفاقياً فالمرشع أجاز الاتفاق على تعديل أحكام الضمان القانوني .

أ- ويقتصر الضمان القانوني على ضمان الحيل وجود الحق المحال به وقت الحواله . فهو يضمن أن الحق قد نشأ صحيحاً وأنه لم ينقض بسبب من أسباب الانقضاء قبل انعقاد الحواله . ويشمل الضمان أيضاً ما يتبع الحق من تامينات عينية وشخصية . فإن كان الحق موجوداً وقت الحواله فلا يضمن الحيل ولو حدث بعد ذلك ما ترتب عليه انقضاء الحق بغير فعل الحيل كما لو استكملت مدة مضي المدة المانعه من سماع الدعوي .

3- ولأن أحكام الضمان القانوني ليست من النظام العام فيجوز الاتفاق على تعديلها . ويغلب ألا يكتفي المحال له بضمن وجود الحق المحال به فيشترط أيضاً يسار المحال عليه . وفي هذه الحاله يضمن الحيل يسار المحال عليه وقت الحواله ولا يمتد إلى وقت الوفاء بالحق م/ 386.

4- وقد يكون الاتفاق على تخفيف الضمان القانوني كأن يتفق على أن الحيل لا يضمن خلو الحق من العيوب . أو أنه لا يضمن توابع الحق . بل يجوز الاتفاق على عدم الضمان أصلاً . لكن هذا الاتفاق لا يعفي الحيل من المسئولية عن أفعاله الشخصية .

5- وإذا رجع المحال له على الحيل بالضمن سواء بناء على أحكام الضمان القانوني أو بناء على الاتفاق المعدل لهذه الأحكام بالتشديد أو التخفيف فإن أقصى ما يلزم به الحيل طبقاً لما تقرره 189 مدني هو رد ما استولى عليه مع المصروفات فلا يلزم بدفع قيمة الحق المحال به إن كانت أكثر من ذلك . وهذه القاعده من النظام العام ولذلك نص المشرع على عدم جواز الاتفاق على ما يخالفها منعا للربا .

(1) وبقابلها المادة 309 مدني مصري والمكونه من فقرتين وهي مطابقه للماده 388 في فقرتها الاولى أما الفقرة الثانية فتختلف عما تقرره المادة 309 في شرطها الاخير حيث تنص هذه الفقرة على أنه : " وإذا ضمن المحيل يسار المدين ، فلا ينصرف هذا للمادتين السابقتين فلا يلزم المحيل إلا برد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات ولو وجد اتفاق يقضي بغير ذلك " وهذه الفقرة يقابلها نص المادة 389 مدني يعني وتوافقها في الحكم .

الفصل الثاني

حوالة الدين (الحوالة بالمال)

118 - تمهيد

نظم القانون المدني حوالة الدين في نص واحد هو المادة 395 وسماها الحوالة بالمال . وقد استقى معظم أحكامها من الفقه الإسلامي الذي يعترف بفكرة حوالة الدين على العكس من موقفه عن حوالة الحق التي يختلف الباحثون في الفقه الإسلامي في تحديد هذا الموقف .

ويرى الباحثون في الفقه الإسلامي أن الفقه الإسلامي يعترف بحوالة الدين ومن وقت مبكر سبق به موقف الفقه الغربي والتشريعات الحديثة . معتمداً على حديث النبي صلى الله عليه وسلم القائل : " مطل الغني ظلم وإذا أحيى أحدكم على مليئ فليحتل ... " (1) . على أن الفقه الإسلامي في مذاهبه المختلفة - وعلى الرغم من اعترافه بحوالة الدين - لم يتفق حول طبيعة حوالة الدين ومدى الآثار التي تربها . وقد انعكس هذا الخلاف على نص المادة 395 مدني يمني والتي يشوبها القصور في بيان أحكام حوالة الدين حيث اقتصر على التعريف والشروط الخاصة بهذه الحوالة دون بيان واضح وشامل لآثار هذه الحوالة . وكان يحسن بالمشرع اليمني أن يعالج هذا القصور حتي ولو باستلهاهم آثار حوالة الدين كما وردت في نصوص القانون المدني المصري كما فعل بالنسبة لحوالة الحق . وعليه ندرس حوالة الدين من حيث التعريف بها وانعقادها وشروطها ومن حيث آثارها وفقاً لما جاءت به المادة 395 مدني يمني من أحكام ووفقاً لنصوص القانون المدني المصري فيما لم تعالجه هذه المادة .

(1) في موضوع حوالة الدين في الفقه الإسلامي يراجع بتوسع د. عبد الودود يحي في مؤلفه القيم حوالة الدين والذي كان موضوعاً لرسالة

دكتوراه في الحقوق عام 1957م من جامعه القاهرة كلية الحقوق ونشر كتاب في 1960م نشر من قبل مكتبة القاهرة الحديثة - بالقاهرة .

وايضاً د. المنهري - مرجع سابق ف 240 وما بعدها ، ص 476 وما بعدها وايضاً د. محمد حسين الشامي - مرجع سابق ف 188 - ص

119- أولاً- التعريف بحالة الدين وانعقادها :-

أ- تعريفها :-

حالة الدين هي انتقال دين المدين إلى غيره يسمى الحال عليه محل المدين (المحيل) (في الدين نفسه بجميع مقوماته ⁽¹⁾ . حيث نجد في حالة الدين ثلاثة أشخاص هم الدائن والمدين الأصلي والمدين الجديد الذي يتحمل بالدين .

وقد عرف القانون المدني اليمني حالة الدين في المادة 395 وسماها الحالة بالمال بأنها نقل مال من ذمة إلى ذمة مع براءة الذمة الأولى .

ب- انعقاد حالة الدين :-

حالة الدين عقد . فيشترط لانعقادها توافر أركان العقد وشروطه . فلا بد من وجود تراضٍ صادر من ذي أهلية خال من العيوب . ويلزم أيضاً محل مستوف للشروط وفقاً لشروط المحل في النظرية العامة للعقد والشروط التي تستلزمها المادة 395 الواردة في حالة الدين والمحل في حالة الدين هو الدين الحال به .

- وتنعقد حالة الدين وفقاً لما تنص عليه المادة 395 مدني يمني بأحد طريقتين الأولى الاتفاق بين الدائن الحال له والمدين الأصلي (المحيل) ويفهم هذا مما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة 395 والتي تقضي بأنه : "... ويشترط لصحتها أمور... رضا الحال بالحالة لا الحال عليه فلا يعتبر رضاه . " وهذا يعني أن الحالة تتم بين المدين الأصلي (المحيل) والدائن دون حاجة إلى رضا المدين الجديد وهو الحال عليه .

والطريق الثاني لانعقاد حالة الدين هو بالاتفاق بين الأطراف الثلاثة وهم الدائن والمدين الأصلي . والمدين الجديد . ويفهم هذا من نص الفقرة الثالثة من المادة 395 والتي تميز بين فرضين . الأول - إذا كان الحال عليه مديناً للمحيل فإن الحالة تتم وفقاً للطريق الأول أي باتفاق بين الدائن والمدين الأصلي ودون حاجة إلى رضا المدين الجديد . والفرض الثاني - إذا كان المدين الجديد (الحال عليه) غير مدين للمحيل . فإن القانون المدني اشترط رضاه بالحالة . وهذا يعني أنه لا بد لكي تنعقد الحالة من اتفاق الدائن الحال له والمدين الأصلي والمدين الجديد الحال عليه .

هذا هو الذي يمكن فهمه في ظل الغموض الذي يشوب نص المادة 395 لأنها لم تصرح بكيفية انعقاد الحالة ولا بالآثار التي تترتب على انعقادها .

(1) د. البدرابي - مرجع سابق ف 920 ص 305 .

أما في ظل القانون المدني المصري فتتم الحوالة وفقاً لنص المادة 315 باتفاق بين المدين الأصلي والمدين الجديد (الحال عليه) ، ويجوز أن تتم باتفاق بين الدائن والمدين الجديد وهذا ما تقضي به المادة 321/1 مدني مصري .

على أن الذي يحدث غالباً هو أن تتم الحوالة بالاتفاق بين المدين الأصلي والمدين الجديد والذي يسمى بالحال عليه ⁽¹⁾ . فإذا تمت بهذه الطريقة فليزم لنفاذها إقرار الدائن لها وهذا ما تقرره المادة 316 مدني مصري .

ج - الشروط الخاصة التي نصت عليها المادة 395 مدني يمني -

اشترط القانون المدني اليمني لصحة حوالة الدين شروطاً خاصة ، الهدف منها منع شبهة الربا والجهالة ، وهذه الشروط مأخوذة عن الفقه الإسلامي ⁽²⁾ . فتقضي الفقرات الثالثة والرابعة والخامسة والسادسة من المادة 395 مدني يمني ، بالآتي :

"... 3- استقرار الدين على الحال عليه أو رضاه بالحوالة . 4- أن يكون الدين الحال به معلوماً لهما وللمحيل . ويثبت للمحال الخيار إذا لم يوجد دين في ذمة الحال عليه . 5- أن يكون الدين الحال به مساوياً للدين الحال جنساً ونوعاً وقدرًا وصفة . 6- أن يكون مما يصح التصرف فيه قبل قبضه..." .

وتقضي الفقرة السابعة من المادة 395 مدني بأن الحوالة تصبح نافذة ولازمة ولا خيار للمحيل مطلقاً ولا للمحال له إلا لإعسار الحال عليه أو تأجيل المحيل الدين أو خلف الحال عليه عن الوفاء ولو أمكن إجباره إذا كان الحال له حسن النية يجهل وقت الحوالة الأمور السابقة وهي الإعسار والتأجيل وامتناع الحال عليه عن الوفاء .

120 - ثانياً - آثار حوالة الدين :-

نظراً للقصور الذي يشوب نص المادة 395 مدني يمني فيمكن الاعتماد في بيان آثار حوالة الدين - على نصوص القانون المدني المصري الواردة في بيان آثار هذه الحوالة ⁽³⁾ .

أ - آثارها في العلاقة بين الدائن والحال عليه :-

متى أقر الدائن للحوالة انتقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة الحال عليه . وحل هذا محل المحيل في نفس الدين بضماناته ودفعه .

(1) د. إسماعيل غانم - مرجع سابق ف 202 ص 369 .

(2) د. عبدالودود يحيى - مرجع سابق ص 129 .

(3) يراجع في آثارها د. إسماعيل غانم ف 205 - 210 ص 373 - 379 .

د. عبدالمنعم البدرابي ف 296 - 299 ص 310 - 313 .

وقد نصت على هذا الأثر المادة 395 مدني يمني عند تعريفها حوالة الدين حيث تقضي بأن: "الحوالة بالمال حقيقتها نقل مال من ذمة إلى ذمة مع براءة الذمة الأولى ...".

فحوالة الدين تؤدي إلى استخلاف المحال عليه للمحيل يتم من وقت انعقاد الحوالة وبموجب هذا الاستخلاف يخلف المحال عليه المحيل في الدين نفسه وصفاته . فإذا كان الدين معلقاً على شرط أو مؤجلاً أو تجارياً أو كان بسند تنفيذي انتقل إلى المحال عليه بهذه الصفات

كما ينتقل الدين إلى المحال عليه بضماناته م/ 318 مدني مصري إذا كانت تلك الضمانات مقدمة من المحيل . أما الضمانات المقدمة من الغير سواء كانت تأمينا شخصياً أم تأمينا عينياً فإنها تسقط مالم يوافق عليها من قدمها .

ويستطيع المحال عليه التمسك بالدفع التي كان يستطيع التمسك بها المحيل إذا كانت هذه الدفع متعلقة بالدين المحال به . كالدفع بالبطلان لعدم مشروعية المحل مثلاً أو الدفع بقضاء الدين بالوفاء أو بالإبراء . وإذا كان العقد الذي أنشأ الدين قابلاً للإبطال فيمكن للمحال عليه أن يتمسك به مالم يكن المحيل قد عقد الحوالة بعد بلوغه سن الرشد أو كشف العيب فيعد عندئذ مجيزاً للعقد ومتنازلاً عن طلب الإبطال .

وللمحال عليه فضلاً عن ذلك أن يتمسك بالدفع المستمدة من عقد الحوالة كالدفع بالبطلان والدفع بعدم وفاء المدين الأصلي بما التزم به المحال عليه في عقد الحوالة.

ب - آثار حوالة الدين في العلاقة بين المدين الأصلي بالدائن -

وتتمثل هذه الآثار في أن ذمة المدين تبرأ قبل الدائن م/ 395 مدني يمني وينص القانون المدني المصري على ضمان يسار المحال عليه وقت إقرار الدائن للحوالة إذا تمت الحوالة باتفاق المدين والمحال عليه .

وتنص المادة 395 على أن للمحال الخيار إذا كان المحال عليه معسراً وقت إبرام الحوالة وكان المحال يجهل ذلك الإعسار .

ج - آثار حوالة الدين في علاقة المدين الأصلي بالمحال عليه:

ويحدد آثار الحوالة في هذه الحالة ما بينهما من علاقة سابقة على الحوالة . فقد يقصد المحال عليه من التحمل بالدين إلى إقراض المدين قيمة الدين . أو إلى التبرع أو وفاء دين سابق عليه . وعلى كل حال يعتبر المحال عليه أنه أدى إلى المدين الأصلي التزاماً بقدر الحوالة.

الباب الرابع

انقضاء الالتزام

121 - تمهيد وتقسيم :

نظم المشرع اليمني أسباب انقضاء الالتزام في المواد 396- 450 مدني وقد تناول هذه الأسباب في ثلاثة أبواب . الأول - في الوفاء . والثاني - في انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء . والثالث - في انقضاء الالتزام دون وفاء .

ولذلك ندرس أسباب انقضاء الالتزام وفقا للترتيب الذي وضعه المصنف اليمني في ثلاثة فصول . نتناول في الفصل الأول الوفاء وهو الطريق الطبيعي لانقضاء الالتزام . ونتناول في الفصل الثاني انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء وفي الفصل الثالث نتناول انقضاء الالتزام بدون وفاء .

الفصل الأول

انقضاء الالتزام بالوفاء⁽¹⁾

122 - تمهيد وتقسيم :

الوفاء هو تنفيذ عين ما التزم به المدين أيا كان محله . ويقصد بالتنفيذ هنا التنفيذ الاختياري أما دراسة التنفيذ العيني الجبري للالتزام فمتصل بدراسة آثار الالتزام . وندرس الوفاء في ثلاثة مباحث نتناول في المبحث الأول طرفي الوفاء . ونتناول في المبحث الثاني محل الوفاء وظروفه وفي المبحث الثالث نتناول الوفاء مع الحلول .

المبحث الأول

طرفا الوفاء [الموفي والموفي له]

123-أولا-الموفي :

- 1- حددت الموفي المادة 397 مدني . ويتضح منها أن الوفاء قد يصدر من المدين أو من الغير .
- والأصل أن يقوم المدين بالوفاء لأنه هو الملتزم . وقد ينوب عنه نائبه الاتفاقي كالوكيل أو القانوني كالولي والوصي والقيم⁽¹⁾ .

(1) يراجع في هذا الموضوع د. إسماعيل غانم - مرجع سابق ف 212 وما بعدها ص 381 وما بعدها ، د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن

- مرجع سابق ص 244 وما بعدها

د. محمد حسين الشامي - مرجع سابق ف 192 وما بعدها ص 203 وما بعدها .

د. سعد محمد سعد - مرجع سابق ص 202 وما بعدها .

ويصح الوفاء من الغير . وقد يكون لهذا الغير مصلحة في الوفاء كالمدين المتضامن أو الكفيل باعتباره ملزماً مع المدين أو عن المدين أو حائز العقار المرهون المشتري له فيوفي الدين حتى يظهر عقاره من الرهن . وقد لا يكون للغير الموفي مصلحة في الوفاء فيصح وفاؤه .
2- والقاعدة أن الدائن ملزم بقبول الوفاء من الغير إلا في حالتين نصت عليهما المادة 397 وهما :-

الحالة الأولى : إذا كان قد روعي في الالتزام شخص المدين . فللدائن عندئذ أن يرفض الوفاء من الغير . بل يرفض أن يقوم بالوفاء وكيل عن المدين .
الحالة الثانية : إذا تقدم بدين المدين الغير الذي لا مصلحة له في الوفاء فاعترض المدين على ذلك وأبلغ الدائن هذا الاعتراض عندئذ يكون للدائن الخيار بين قبول الوفاء من الغير أو رفضه .

3- وللغير إذا لم يكن متبرعاً بالوفاء أن يرجع على المدين لاسترداد ما وفى به بناء على دعوى الفضالة إذا كان المدين غير عالم بالوفاء . أو دعوى الوكالة إذا أقر المدين الوفاء . أو دعوى الإثراء بلا سبب . إذا تم الوفاء رغم معارضته وللمدين أن يمنع رجوع الموفي بما وفاه عنه كلاً أو بعضاً إذا أثبت أن له أية مصلحة في الاعتراض على الوفاء م / 398 مدني 2 .

4- وتحدد المادة 399 مدني 3 ما يشترط في الموفي لصحة الوفاء . فيشترط أولاً ملكية الموفي للشئ الذي يوفي به . فإذا لم يكن مالكا لما يوفي به فلا ينفذ الوفاء في مواجهة المالك الحقيقي . ولهذا الأخير استرداد الشئ وبالتالي لا تبرأ ذمة المدين . ما لم يقر المالك هذا الوفاء فيكون صحيحاً وناظراً في مواجهته . ويشترط ثانياً أن يكون الموفي ذا أهلية فأن كان ناقص الأهلية كأن الوفاء موقوفاً . ويشترط ثالثاً خلو إرادة الموفي من عيوب الإرادة . كأن يقع في غلط جوهرى ناشئ عن اعتقاده بأن الدين الذي وفاه حال حكم قضائي حيث يتبين عدم حَقْق هذه الصفة مما يستوجب رد الموفي له ما قبضه الى الموفي .

وهذان الشرطان اللذان نصت عليهما المادة 399 مدني يتطلبان عندما يكون محل التزام الموفي التزاماً بإعطاء أي التزاماً بنقل حق عيني أو إنشائه على شئ كالتزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري ⁽¹⁾ .

124-ثانياً-الموفى له :-

يتبين من نص المادتين 403 و 404 أن الوفاء يجب أن يكون للدائن أو لمن له صفة في إستثناء الدين أما الوفاء للغير فلا يترتب عليه انقضاء الالتزام إلا في حالات استثنائية ⁽¹⁾ .

(1) د. إسماعيل غانم - مرجع سابق ف 214 ص 383 .

فالأصل أن يكون الوفاء للدائن ، وله أن ينيب عنه وكيلًا في ذلك . وقد جعل نص المادة

403 من التقدم بمخالصة صادرة من الدائن هريفة على قيام توكيل لحامل المخالصة في الاستيفاء ومثاله وفاء المستأجر بالأجرة إلى بواب المنزل الذي يعهد إليه المالك بالمخالصة .

2- ويشترط لصحة الوفاء أن يكون الدائن أهلاً لاستيفاء الدين ، لأن الوفاء يترتب

عليه انقضاء الدين ، وبالتالي يعتبر من أعمال التصرف ، فإذا لم تتوفر هذه الأهلية وجب

الوفاء لمن ينوب عنه نيابة قانونية . وإذا حصل أن وفي المدين إلى الدائن ناقص الأهلية فإن

الوفاء لا يكون صحيحاً إلا إذا أجازته بعد استكمال أهليته . على أنه إذا كان قد أصاب

الدائن منفعة من الوفاء كان الوفاء إليه رغم نقص أهليته صحيحاً بقدر هذه المنفعة .

وإذا تم الوفاء للغير ، فالقاعدة ألا تبرأ ذمة المدين ، ويستثنى من هذه القاعدة حالات

نصت عليها المادة 404 مدني : إقرار المدين بدينه ، الحالة الثانية إذا عادت على الدائن منفعة من هذا

الوفاء فتبرأ ذمة المدين بقدر هذه المنفعة . من ذلك أن يقدم الموفي له إلى الدائن ما تسلمه

من المدين أو يكون المدين قد أوفى لدائن الدائن فتبرأ ذمة المدين بقدر ما يرث ذمة الدائن قبل

دائن الدائن نتيجة لهذا الوفاء . الحالة الثالثة - الوفاء بحسن نية لشخص كأن الدين في

حيازته ، والمقصود به الدائن الظاهر ، ومثال أن يتوفي الدائن ، ويبدو للكافة أن ميراثه قد

انحصر في شخص معين فيقوم المدين بالوفاء إليه .

وواضح أن غرض المقتن من هذا النص هو حماية المدين حسن النية إذ أن جهل المدين

في هذه الحالات بشخص الدائن الحقيقي لم يكن مبنياً على إهمال منه بل الظاهر مؤيد له .

وتنص المادة 403 مدني على أنه : " يكون الوفاء للدائن أو لذائبه وكل من تقدم للمدين بسند وفاء صادر من الدائن تكون له صفة في

الوفاء إلا إذا كان متفقاً على أن الوفاء يكون للدائن شخصياً " .

وتنص المادة 404 مدني على أنه : " إذا تم الوفاء لغير الدائن أو لذائبه فلا تبرأ ذمة المدين إلا إذا أقر الدائن بالوفاء أو عادت عليه

منفعة منه ويقدر هذه المنفعة أو كان الوفاء بدون توافل لحائز سند الحق " .

(1) تنص المادة 403 مدني على أنه : " يكون الوفاء للدائن أو لذائبه وكل من تقدم للمدين بسند وفاء صادر من الدائن تكون له صفة في

الوفاء إلا إذا كان متفقاً على أن الوفاء يكون للدائن شخصياً " .

وتنص المادة 404 مدني على أنه : " إذا تم الوفاء لغير الدائن أو لذائبه فلا تبرأ ذمة المدين إلا إذا أقر الدائن بالوفاء أو عادت عليه

منفعة منه ويقدر هذه المنفعة أو كان الوفاء بدون توافل لحائز سند الحق " .

المبحث الثاني

محل الوفاء وظروفه

125- أولا - محل الوفاء :

1- القاعدة أن محل الوفاء هو عين ما التزم به المدين . سواء أكان الالتزام بإعطاء . أو كان التزاما بعمل أو امتناعا عن عمل .

وقد نصت المادة 411 مدني على هذا التحديد ⁽¹⁾ .

2- ويلتزم الوفاء بكل ما التزم به . فالقاعدة انه لا يجوز للمدين أن يجبر الدائن على أن يقبل

وفاء جزئيا لحقه م/ 412 مدني ⁽²⁾ . لكن يجوز الاتفاق على تحويل المدين الحق في جزئة الوفاء

وقد ينص القانون استثناء على إباحة جزئة الوفاء م/ 415 مدني .

وللمدين أن يرفض الوفاء الجزئي إذا طلب ذلك الدائن . وله أن يصصر على أداء الدين كاملا حتى تبرأ ذمته .

غير أن المادة 412 مدني أو زدت استثناء من هذه القاعدة حيث تقضي بأنه : "...إذا كان الدين

متنازعا في جزء منه وطلب الدائن صاحب الحق الجزء المتعرف به فليس للمدين أن يرفض

ذلك" .

126- تعيين جهة الدفع عند تعدد الديون : ⁽³⁾ .

قد تعدد الديون في ذمة المدين لدائن واحد . وتكون جميعا من جنس واحد كنفود مثلا .

فيؤدي المدين مبلغا لا يكفي للوفاء بها كلها . في هذه الحالة يجب تحديد الديون التي

يحتسب منها خصم ما دفع . كما تثار المسألة في حالة ما إذا كان المدين ملزما بدين واحد

تتبعه مصاريف وفوائد . وكأن ما أداه لا يكفي للوفاء بالدين والمصاريف جميعا . وقبل

الدائن هذا الوفاء الجزئي .

(1) تنص هذه المادة على انه : " يكون الوفاء بالشيء أصلا ولا يجبر الدائن صاحب الحق على قبول غيره ولو كان مساويا في القيمة أو كان أعلى قيمة " .

(2) حيث تنص على أنه : " لا يجبر الدائن على وفاء جزئي لحقه ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك " . وإذا كان الدين متنازعا في جزء منه وطلب الدائن صاحب الحق الجزء المتعرف به منه فليس للمدين أن يرفض ذلك .

(3) د. إسماعيل غانم ف 220 ص 388 .

وضع المقتن اليمنى في المادتين 413 و 414 مدني⁽¹⁾ القواعد التي تتبع في احتساب الخصم في الحالتين . وهي قواعد مكتملة لإرادة المتعاقدين فيجوز الاتفاق على مخالفتها. ففي حالة الدين الواحد يخصم ما أدى من حساب المصروفات ثم من أصل الدين م/413 مدني . وفي حالة تعدد الديون يعين المدين الدين الذي يريد الوفاء به مالم يوجد اتفاق يمنع من ذلك أو نص في القانون .

فقد يتفق على أن يتم الوفاء أولاً بدين معين وقد يحول دون ذلك مانع قانوني كما لو اختار المدين الوفاء بدين مؤجل لمصلحة الدائن أو اختار ديناً يزيد مقداره عن المبلغ الذي دفعه للدائن إذ أن هذا يكون وفاء جزئياً لا يجبر الدائن على قبوله .

فإذا لم يتم المدين بالتعيين أو كأن تعيينه باطلاً فبمقتضى نص المادة 414 يكون الخصم أولاً من حساب الدين المستحق الأداء فإن تعددت الديون الحالة فمن حساب أشدها كلفة على المدين . فمثلاً الدين الذي قد يجبر المدين على أدائه بالحبس كنفقه الزوجية هو أشد الديون كلفة . والدين المضمون برهن أشد من الدين غير المضمون برهن . فإذا تساوت الديون في الكلفة فيكون الخيار للدائن في تحديد جهة الدفع .

127- ثانياً ظروف الوفاء

أ - زمان الوفاء ومكانه :-

يجب الوفاء بالالتزام فوراً وهذا ما تقضي به المادة 415 مدني⁽²⁾ ما لم يكن الالتزام مضافاً إلى أجل أو معلقاً على شرط باتفاق بين المتعاقدين أو نص القانون .

(1) تنص المادة 413 مدني على أنه : " إذا كان المدين ملزماً بأن يوفي مع الحق ما يكون للدائن من مصاريف وأجرة غير ربويه وحكم بها وكان ما أداه المدين لا يفي بالدين مع هذه الملحقات خصم ما أداه من المصاريف ثم من الأجرة ثم من أصل الدين ما لم يتفق على غير ذلك ولا تبرا ذمته إلا بأداء ما بقي " وتنص المادة 414 مدني على أنه : " فإذا تعددت الديون في ذمة المدين وكانت لدائن واحد ومن جنس واحد وكان ما أداه المدين لا يفي بها جميعها يؤخذ بتعيين المدين ما لم يوجد مانع من القانون أو اتفاق يحول دون ذلك وإذا لم يعين المدين كان الوفاء من الدين الحال ، فإذا تعددت الديون الحالة كان الوفاء من أشدها كلفه على المدين فإذا تساوت فمن حساب الحق الذي يعينه الدائن " .

(2) تنص المادة 415 مدني على : " الوفاء بالحق واجب فوراً ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك ، ويجوز للقاضي إذا لم يمنعه نص أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه " .

وللقاضي في حالات استثنائية أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه وهذه هي نظرة الميسرة م/ 415 مدني وذلك إذا كانت حالة المدين تستدعي ذلك بأن كان في عسرة مؤقتة ينتظر زوالها و ألا يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم .
أما مكان الوفاء بالالتزام فيحدده الاتفاق . فإذا لم يوجد اتفاق فأن المادة 416 قد تكفلت بتعيينه حيث ميزت بين نوعين من الالتزامات . فإذا كان محل الالتزام معيناً بالذات وجب تسليمه في المكان الذي كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام وفي الالتزامات الأخرى يكون الوفاء بها في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء أو المكان الذي يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال .

ب- نفقات الوفاء حددت المادة 417 مدني من يتحمل نفقات الوفاء في حالة عدم وجود اتفاق بين المتعاقدين . بقولها: " تكون نفقات الوفاء على المدين إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك " .

فالمدين إذا هو الذي يتحمل نفقات الوفاء بالالتزام . على أن الدائن يتحمل نفقات الوفاء بالتزام المدين إذا وجد اتفاق أو نص يقضي بذلك . ومن قبيل ذلك نص المادة 462 مدني مصري الذي يلزم المشتري بنفقات تسجيل عقد البيع رغم أن هذه النفقات لازمة لوفاء البائع بالتزامه بنقل ملكية العقار المبيع إلى المشتري . وفي القانون اليمني يقضي في المواد 556- 559 بتحمل المشتري مصاريف العقد والتسليم⁽¹⁾ .

ج - إثبات الوفاء

يقع عبء إثبات الوفاء بالالتزام على المدين . فالمادة الثانية إثبات يمني تنص على أن :
" على الدائن إثبات الحق وعلى المدين إثبات التخلص منه ... " وقد هيأ المشرع اليمني للموفاي السبيل إلى الحصول على الدليل المثبت للوفاء فوفقاً لنص المادة 418 مدني⁽²⁾ فللموفاي إذا كُنْ قد وفي بجزء من الدين أن يطلب مخالصة بما وفاه مع التأشير على سند الدين بحصول هذا الوفاء . فإذا وفي الدين كله كان له أن يطلب رد سند الدين أو إلغائه فإن كان السند قد

(1) تنص المادة 556 على أنه : " أجرة كتابة السندات والحجج تلزم المشتري "

(2) تنص هذه المادة على أنه : " لمن قام بوفاء جزء من الدين أن يطلب مستند مخالصة بما وفاه مع التأشير على سند الدين بحصول هذا

الوفاء فإذا أوفي الدين كله كان له أن يطلب رد سند الدين أو إلغائه فإن كان السند قد ضاع كان له أن يطلب من الدائن أن يقر كتابة

بضياع السند وإذا رفض الدائن ذلك كان للمدين أن يودع الشيء المستحق إيداعاً قضائياً "

ضاع كان له أن يطلب من الدائن أن يقر كتابة بضياع السند. فإذا أبي عليه الدائن ذلك .
جاز للمدين أن يودع الشيء المستحق إيداعاً قضائياً فيحصل بذلك على الدليل المطلوب .
د- حكم امتناع الدائن قبول الوفاء :

قد يمنع الدائن عن قبول الوفاء . فقد يرى أنه يستحق أكثر مما يعرضه المدين عليه أو
أنه يستحق شيئاً آخر غير ما يقدمه المدين .

وللتغلب على امتناع الدائن نظم المشرع إجراءات تؤدي إلى الوفاء على الرغم من تعنت
الدائن تسمى إجراءات العرض الحقيقي والإيداع.

وقد نصت على هذه الإجراءات المواد 405-410 مدني
وهذه الإجراءات هي الإعذار . العرض الحقيقي والإيداع . وقبول الدائن العرض أو صدور
حكم بصحته .

أولاً- الإعذار :-
تنص المادة 405 مدني على أنه : " إذا رفض الدائن قبض المعروض عليه عرضاً صحيحاً
أو رفض القيام بالأعمال التي لا يتم الوفاء بدونها أو أعلن أنه لن يقبل الوفاء وكان ذلك بغير
مبرر ضمن تلف الشيء المؤدى وأصبح للمدين الحق في إيداعه على ذمته ومطالبته بغرامة
ما أنفقته في سبيل ذلك " .

فللمادة جيز للمدين في حالة رفض الدائن قبول الوفاء أن يعذر الدائن بأن يسجل رفض
الدائن في إعلان رسمي . وتبين كذلك الصور المختلفة لتعنت الدائن التي يجيز للمدين
القيام بإعذار الدائن . فقد يرفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء المعروض عليه . وقد يعلن أنه
لن يقبل الوفاء . وقد يكون وفاء المدين بالتزامه متوقفاً على قيام الدائن بأعمال لا يتم
الوفاء بدونها ورفض الدائن القيام بهذه الأعمال .
فإذا تم الإعذار ترتبت عليه آثار وأهمها أن للمدين حق مطالبة الدائن بالتعويض عما
أصابه من ضرر بسبب رفض الدائن قبول الوفاء .

وانتقال تبعة الهلاك من المدين إلى الدائن . والحق في طلب الفسخ إذا كان موضوع
الالتزام عملاً لا تسليم شيء . وللمدين بعد الإعذار مباشرة إجراءات العرض الحقيقي وإيداع
الشيء على نفقه الدائن .

ثانياً :- العرض الحقيقي والإيداع :
على المدين لكي تبرأ ذمته من الالتزام أن يباشر إجراءات العرض ثم الإيداع . ووفقاً لنص
المادة 406 مدني يكون العرض بأن يسلم المدين للمحضر الشيء محل الالتزام إذا كان نقوداً
أو شيئاً آخر ما يمكن تسليمه للدائن في موطنه أما ما لا يمكن تسليمه للدائن كالعقارات

والمنقولات التي لا يتيسر نقلها إلا بمشقة ومؤونة فيحصل عرضها عرضاً حقيقياً على الدائن بمجرد تكليفه بتسليمها على يد محضر .

فإذا لم يقبل الدائن العرض سجل ذلك في المحضر وانتقل بعد ذلك إلى الإيداع . ويكون الإيداع بالنسبة للمنقولات والحراسة بالنسبة للعقارات .

فإذا كان المعرض نقوداً قام المحضر بإيداع النقود خزانة المحكمة وإذا كان المعرض شيئاً غير النقود جاز للمدين أن يطلب من قاضي الأمور المستعجلة الترخيص في إيداعه في المكان الذي يعينه القاضي إذا كان الشيء مما يمكن نقله . أما إذا كان شيئاً معداً للبقاء حيث وجد جاز للمدين أن يطلب تعيين حارس لحفظه في المكان الذي يعينه . وقد نصت على هذه الإجراءات المادة 406 مدني .

أما إذا كان المعرض مما يسرع إليه التلف أو يكون مما يكلف إيداعه أو حراسته مبالغ باهضة جاز للمدين استئذان القضاء في بيعه بالمزاد العلني وإيداع الثمن . وإذا كان للشيء سعر معروف في السوق أو كان التعامل فيه متداولاً في البورصات فإن ذلك يغني عن البيع بالمزاد .

وقد نصت على هذه الأحكام المادة 407 مدني⁽¹⁾ .

ثالثاً :- قبول الدائن العرض أو صدور حكم بصحته :

قد يقبل الدائن العرض بعد أن كان قد سبق ورفضه وتم الإيداع بناء على هذا الرفض . ويعتبر قبول العرض عندئذ مبرراً ذمة المدين . وقد يصبر على الرفض وعندئذ يجب على المدين أن يستصدر حكماً بصحة العرض والإيداع حتى تبرأ ذمته من الالتزام وهذا ما تقضي به المادة 409 مدني⁽²⁾ .

أما قبل قبول العرض من الدائن وقبل صدور حكم بصحة العرض والإيداع فإنه يجوز للمدين أن يرجع في الإيداع وعندئذ يعود الدين بجميع ملحقاته وهذا ما تقضي به المادة 410 مدني⁽³⁾ .

(1) تنص هذه المادة على أنه : " إذا كان الإيداع أو الحراسة طبقاً لما ينص عليه في المادتين السابقتين يكلف نفقات باهضة أو كان الشيء

المودع مما يسرع إليه التلف جاز للمدين أن يستأذن في بيعه بالمزاد العلني وإيداع ثمنه خزانه المحكمة أو أحد البنوك ، وإذا كان الشيء

المودع له سعر معروف في السوق فيجوز بيعه بالممارسة بسعره ولا يلجأ للمزاد إلا إذا تعذر ذلك .

(2) تنص هذه المادة على أنه : " يقوم العرض الحقيقي على الدائن مقام الوفاء إذا قبله الدائن أو حكم بصحته .

(3) تنص هذه المادة على أن : " يجوز للمدين أن يرجع في العرض والإيداع إذا لم يقبله الدائن ولم يصدر بحكمه حكم نهائي " .

أما إذا قبل الدائن العرض والإيداع أو صدر حكم نهائي فللمدين أن يرجع عن العرض والإيداع إذا قبله الدائن. وهذا ما تقضي به المادة 470 مدني في شطرها الأخير وفي هذه الحالة ليس للدائن أن يتمسك بما يكفل حقه من تأمينات ولا الرجوع على المدينين المتضامنين أو الكفلاً.

وتضيف المادة 408⁽¹⁾ حالة يجوز للمدين فيها الوفاء بطريقة العرض والإيداع أو الحراسة إذا كان مجهول شخصية الدائن أو موطنه أو كان الدائن عديم الأهلية أو ناقصها ولم يكن له ولي أو وصي يقبل الوفاء عنه أو كان الدين متنازعا فيه بين عدة أشخاص.

(1) تنص هذه المادة على أنه: 'يجوز للمدين أيضا الوفاء بطريق الإيداع أو الحراسة أو ما يقوم مقامهما طبقا لما تقدم ذكره إذا كان مجهول

شخصية الدائن أو موطنه أو كان الدائن عديم الأهلية أو ناقصها ولم يكن له ولي أو وصي يقبل الوفاء عنه أو كان الدين متنازعا عنه

بين عدة أشخاص ...'

المبحث الثالث

الوفاء مع الحلول

128- أولاً- المقصود بالوفاء مع الحلول :

الوفاء مع الحلول هو نوع من الوفاء يؤدي إلى استيفاء الدائن حقه ولكن مع حلول الموفي محله في رجوعه على المدين .

ويفيد هذا النوع من الوفاء الموفي والمدين نفسه فهو يمكن للمدين الذي يعجز عن الوفاء من أن يوفي عنه شخص آخر ويحل محله الدائن فيما له من رهن مثلاً فيتقدم هذا الأجنبي على الوفاء دون أن يخشى مزاحمة سائر الدائنين له التي قد تتحقق لو طبقت في حق الموفي القواعد العامة .

فالقواعد العامة تقضي بأن الغير إذا وفى دين غيره فانه يترتب على ذلك انقضاء دين المدين . ونشاء للموفي دين جديد في مواجهه المدين أساسه إما الوكالة أو الفضالة أو الإثراء على حساب الغير بلا سبب ولكن إذا كان على المدين الذي وفى عنه الغير ديون أخرى وليس لديه مايكفي لوفائها ، فلا يكون أما مه الا أن يشترك معهم في اقتسام ناتج التنفيذ على أموال المدين قسمة غرمًا .

لذلك أجاز القانون في حالات معينة للغير الذي وفى بدين غيره أن يحل محله في الرجوع على المدين .

129- ثانياً - حالات الوفاء مع الحلول

أ- الحلول الاتفاقي - ويتحقق أما باتفاق الموفي مع الدائن وأما باتفاقه مع المدين . فيستطيع الدائن أن يقبل الوفاء من غير المدين ويتفق مع الموفي على أن يحل محله في حقوقه ودون حاجة الى الحصول على رضا المدين وبدون تدخله .

وتقضي المادة 327 مدني مصري ولا نظير لها في القانون المدني اليمني على أنه ينبغي لتمام الحلول في هذه الحالة أن يتم الاتفاق على الحلول وقت الوفاء والغالب أن يصرح بالحلول في مخالصة الدين ويلزم حتى يكون الوفاء مع الحلول نافذا في مواجهه الغير أن تكون المخالصة ثابتة التاريخ تبوتا رسميا وذلك لتفادي ما قد يحدث من تواطؤ بين الموفي والدائن الموفي له من تقديم تاريخها بقصد اكتساب أسبقية على دائنين آخرين .

وقد يتحقق الوفاء مع الحلول الاتفاقي بالاتفاق بين المدين والغير على أن يقرضه مبلغا من المال ليوفي به دين الدائن ويحل هذا محله في حقوقه وقد نص على هذه الحالة المادة 328

مدني مصري ولا نظير لها في القانون المدني اليمني . وقد اشترط القانون المدني المصري لحالة الحلول هذه شروطاً الهدف منها منع التواطؤ والغش للإضرار بسائر الدائنين ⁽¹⁾ .

ب - الحلول القانوني :

نص القانون المدني على حالات معينة يكون فيها لمن أو في دين الغير حق الحلول وقد وردت معظم هذه الحالات في المادة 400 مدني وهذه الحالات هي :-

- الأولي : إذا كان الموفي ملزماً مع المدين أو عنه .

ويكون الموفي ملزماً بالوفاء مع المدين إذا كان متضامناً معه في الدين أو كان شريكاً معه في دين غير قابل للانقسام . فإذا قام بالوفاء استطاع أن يرجع على شركائه في الدين بما وفي بعد خصم نصيبه في الدين .

ويكون الموفي ملزماً عن المدين إذا كان كفيلاً له سواء أكان كفيلاً شخصياً أم كفيلاً عينياً .

الثانيه : وفاء الدائن المتأخر لدائن متقدم :-

إذا أوفي دائن متأخر لدائن متقدم دينه حل الموفي محل الموفي له في حقوقه . فقد يكون هناك دائنون مرتهنون لعقار ويشترع الدائن الأول في المرتبة في التنفيذ على العقار ويرى أحد الدائنين المتأخرين في المرتبة أنه من الأفضل تأخير التنفيذ حتي ترفع الأسعار . فيتقدم إلى الدائن الذي شرع في التنفيذ ويوفي له بدينه ويحل بهذا الوفاء محله في حقه المضمون بالرهن ذي المرتبة الأولى .

الثالثه : وفاء الحائز للعقار بالدين المضمون :

حائز العقار هو من انتقلت إليه ملكية عقار مرهون أو حق عيني عليه دون أن يكون مسئولاً عن الدين المضمون بالرهن . وذلك كالمشتري للعقار حيث يكون له أن يقوم بالوفاء بالدين المضمون بالرهن على العقار ويحل محل الدائن في حقوقه . ويكون له بالتالي الحلول في رهن قررره المدين على العقار الذي اشتراه أو على عقار آخر . وهذا الحلول تبدو أهميته حيث يكون على العقار رهن ثان تال في المرتبة . فإذا باشر صاحب الرهن الثاني التنفيذ على العقار كان للحائز وهو المشتري هنا أن يتقدم عليه في استيفاء ما اداه من ثمن العقار وقد يكون هذا الذي حل فيه المشتري محل الدائن الموفي له مانعاً للمرتهن الثاني من التنفيذ حيث لا تكفي قيمة العقار إلا لسداد قيمة الدين الأول .

وفضلاً عن هذه الحالات الثلاث التي نصت عليها المادة 400 مدني فإن هذه المادة في فقرتها الرابعة أشارت إلى أن الحلول قد يتقرر بنص قانوني آخر غير مانص عليه في هذه

(1) د. البدرابي - مرجع سابق ف 328 ص 348

الحالات. ومن هذه الحالات التي نص عليها القانون ما تقضي به المادة 771 مدني مصري من أن للمؤمن أن يخل محل الموفي له بما دفعه من تعويض بسبب الحريق في الدعاوي التي تكون للمؤمن له قبل المسئول عن الحريق .

130- ثالثاً آثار الوفاء مع الحلول :

1- القاعدة وفقاً لنص المادة 401 مدني أن الموفي يخل محل الدائن بمقدار ما أداه له في نفس حقه بما له من خصائص، فإذا كان جاريًا أو ثابتاً في سند تنفيذي . حل الموفي في الحق بماله من هذه الصفات .

ويحل الموفي كذلك محل الموفي له فيما له من تأمينات سواء أكانت تأمينات شخصية أم عينية . كما يخل الموفي في الحق بما يرد عليه من دفع . وفي هذا يختلف رجوع الموفي بدعواه الشخصية (الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب) عن رجوعه بالحلول محل الدائن . فرجوع الموفي بدعواه الشخصية لا يحول له الافادة من التأمينات التي كانت تضمن دين الدائن.

وبلاحظ أن الرهن العقاري لا ينتقل إلى الموفي الذي حل محل الدائن إلا إذا أنشئ بهذا الحلول محل الدائن في هامش قيد الرهن وفقاً لقواعد الشهر العقاري .

2- على أنه يرد على قاعدة حلول الموفي محل الدائن القيود التالية :-

أ- في حالة الوفاء الجزئي برضا الموفي له لا يرجع الموفي على المدين إلا بمقدار ما دفع للدائن لا بمقدار الدين الأصلي . ذلك لأن الموفي بعيد عن المضاربة .

ب - إذا كان الموفي ملتزماً مع غيره فلا يكون له رجوع على الملتزمين معه إلا بعد خصم نصيبه في الدين . وهو لا يرجع على كل واحد منهم إلا بقدر حصته في الدين .

ج - إذا كانت هناك عدة عقارات مرهونة لضمان دين واحد ثم انتقلت ملكية هذه العقارات إلى أشخاص متعددين فيكون كل من هؤلاء ملزماً بوفاء الدين عن المدين نتيجة للرهن الذي يثقل عقاره . فإذا أوفى أحدهم بالدين كله حل محل الدائن في الرجوع على سائر الحائزين الذين انتقلت إليهم ملكية العقارات الأخرى . وهو لا يرجع على كل منهم إلا بقدر نصيبه في الدين بحسب قيمه ما حازه من عقار .

د- وإذا أوفى الموفي بجزء من الدين وبقي للدائن جزء من دينه فوفقاً للمادة 402 مدني (1) يكون الدائن الموفي له مقدماً على الموفي في استيفاء الباقي من الدين . وهذا القيد يمكن

(1) تنص المادة 402 : " إذا وفي الغير الدائن جزءاً من حقه وحل محله فيه فلا يضار الدائن بل يكون مقدماً على من وفاه مالم يقضى اتفاق

بغير ذلك ...

استبعاده بالاتفاق المخالف . فيتفق الموفي مع الدائن على أن يتقدم عليه . ومع ذلك فإن القاعدة بتقدم الموفي له تكون مطبقة في جميع حالات الحلول القانوني حيث لا يتصور الاتفاق المخالف لها .

على أن ميزة التقديم هذه لا تنتقل من الدائن إلى الموفي بما بقي من دينه إذ عندئذ يشترك الموفي الأول والموفي الثاني معا في الحلول محل الدائن ويقتسمان مال المدين قسمة غرماء وهذا ما تقضى به المادة 402 في شطرها الأخير حيث تنص على انه " ... إذا تزامن إنشأ في الوفاء حل كل منهما محل الدائن في جزء من حقه وتقاسما مقاسمة الغرماء سواء منهما المتقدم أو المتأخر " .

Handwritten note:

Handwritten note:

Handwritten note:

Handwritten note:

Handwritten note:

Handwritten note:

Handwritten note:

Handwritten note:

Handwritten note:

Handwritten note:

Handwritten note:

Handwritten note:

Handwritten note:

Handwritten note:

Handwritten note:

Handwritten note:

Handwritten note:

Handwritten note:

Handwritten note:

الفصل الثاني

انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

131 - تمهيد وتقسيم

قد ينقضي الالتزام بما يعادل الوفاء . والطرق التي تعادل الوفاء هي الوفاء بمقابل حيث يستوفي الدائن الدين بشئ آخر بدلا من الحل الأصلي . والتجديد حيث يستوفي الدائن الدين الأصلي بدين جديد محل محله . والمقاصة حيث يستوفي الدائن حقه بدين مقابل في ذمته للمدين . وإخاد الذمة حيث يستوفي الدائن الدين بنفس هذا الدين الذي أصبح مدينا به . وندرس هذه الطرق الأربع في مباحث أربعة.

المبحث الأول

الوفاء بمقابل (1)

132 - أولا- التعريف بالوفاء بمقابل وشروطه :

الوفاء بمقابل هو وفاء يتم بقبول الدائن في استيفاء حقه مقابلاً يتمثل في شئ آخر يؤديه له المدين عوضا عن الشئ المستحق في الأصل م / 350 مدني . ويغلب في الوفاء بمقابل أن يكون التزام المدين نقدياً فيؤدي عوضا عنه شيئا آخر للدائن . وقد يكون التزام المدين في الأصل هو نقل ملكية شئ ويستعاض عن ذلك بأداء نقدي أو نقل ملكية شئ آخر .

2- ويشترط في الوفاء بمقابل شرطان . الأول - أن يتفق الدائن والمدين على التزام المدين بنقل ملكية شئ أو إنشاء حق عيني عليه عوضا عن تنفيذ الالتزام الأصلي . ويتميز الوفاء بمقابل بأن الالتزام الذي يرتضيه الدائن عوضا عن الالتزام الأصلي هو التزام بإعطاء أي بإنشاء أو نقل حق عيني على شئ كحق الملكية . وعليه إذا كان العوض عن الالتزام الأصلي هو التزاما بعمل فإن ذلك يعتبر جديداً للالتزام بتغيير محله فينقضي الالتزام الأصلي وينشأ التزام جديد بدلا منه . أما إذا كان العوض عبارة عن دين للمدين في ذمة الغير فإن الاتفاق بشأنه يكون بمثابة حوالة حق ويخرج بالتالي عن مجال الوفاء بمقابل . ويتميز أيضا أن محله يجب أن يكون شيئا جديدا أي لم يدخل منذ البداية ضمن الالتزام

(1) د. البزوي - مرجع سابق ف 341 وما بعدها ص 362 وما بعدها

د. إسماعيل غانم - مرجع ف 250 وما بعدها ص 413 وما بعدها . د. أحمد شوقي عبدالرحمن ص 279 وما بعدها .

الأصلي ولذا فهو يفترق عن الالتزامين البدلي و التخييري . فتقديم أحد الشئيين في الالتزام البدلي أو التخييري لا يعد وفاء بمقابل لأن الشئ داخل أصلا في نطاق الالتزام الأصلي .

والشرط الثاني للوفاء بمقابل هو وجوب تنفيذ الاتفاق بنقل الملكية فورا من المدين إلى الدائن . فإذا تم الاتفاق ولكن اتفق على تأجيل تنفيذه لم تكن بصدد وفاء بمقابل . وإنما ما اتفق يستبدل به الدائن والمدين التزاما جديداً بالالتزام الأصلي وهذا هو التجديد .

33- ثانياً : طبيعة الوفاء بمقابل وما (ب) يترتب عليها من آثار :
يذهب الرأي السائد إلى أن الوفاء بمقابل نظام قانوني مركب . فله نظاما ذاتيا ونظاما

فهو يتضمن جديداً للالتزام بتغيير محله لكن يختلف عن التجديد العادي في أن الوفاء بالالتزام الجديد يتم على الفور . وتظهر أهمية هذا التحليل في حالة ما إذا تبين أن المدين لم يكن مالكا للشئ الذي قدمه عوضا عن مبلغ النقود أو العين الأخرى التي كان ملتزما بها في الأصل . فلو كان الوفاء بمقابل صورة من صور الوفاء لكان للدائن في هذه الحالة أن يعود إلى المطالبة بما التزم به المدين في الأصل فالتزام المدين لازال قائما لم ينقض . لأنه يشترط لصحة الوفاء ملكية الموفي للشئ الذي يوفي به . ومقتضى ذلك أن للدائن أن يستند في مطالبته إلى التأمينات الضامنة لحقه . أما تحليل الوفاء بمقابل بأنه تجديد فيعني ذلك أن الالتزام القديم ينقضي وتنقضي معه تأميناته ويحل محله التزام جديد . واستحقاق الشئ يعني أن المدين لم يف بالتزامه الجديد وهذا لا يؤثر على الالتزام القديم الذي انقضى بمجرد الاتفاق على الوفاء بمقابل ولذلك فليس للدائن أن يرجع على المدين بالدين القديم وليس له أن يستند إلى تأميناته التي كانت تضمن الوفاء به إذ هي قد انقضت بانقضائه .

- وهو من ناحية أخرى تسري على الوفاء بمقابل أحكام عقد البيع فيما يرتبه من نقل ملكية شئ عوضا عن الدين م/ 419 مدني . وخصوصا فيما يتعلق بضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية .

- ولأنه يترتب على الوفاء بمقابل انقضاء الدين فهو لذلك يقوم مقام الوفاء . فإذا كانت هناك ديون متعددة بين الدائن والمدين وجب اتباع قواعد احتساب الخصم التي نص عليها المشرع في الفصل الخاص بالوفاء .

(1) د. إسماعيل غانم ف 251 ص 413

المبحث الثاني

التجديد والإنابة⁽¹⁾

134-أولا- التعريف بالتجديد والإنابة في الوفاء :-

التجديد هو اتفاق على استبدال التزام جديد بالتزام قديم يترتب عليه انقضاء الالتزام الأصلي ونشوء التزام جديد بدلا عنه .

أما الإنابة في الوفاء فعمل قانوني بمقتضاه يحصل المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين . فهي تقتضى وجود ثلاثة أشخاص المنيب وهو المدين الذي ينيب الأجنبي ليفي بالدين إلي الدائن والمناب وهو الشخص الأجنبي الذي ينيبه المدين في وفاء الدين والمناب لديه وهو الدائن الذي ينيب المدين الشخص الأجنبي لديه ليوفي له بالدين .

وقد عالج المشرع موضوع التجديد والإنابة في المواد 420- 428 وقد جمع بين التجديد والإنابة على اعتبار أن الإنابة تنطوي على تجديد للالتزام فهي لذلك صورة من التجديد.

135-ثانيا- شروط التجديد :

يشترط لقيام التجديد ثلاثة شروط . الأول وجود التزام قديم والثاني نشوء التزام جديد والثالث أن يتفق على إحلال هذا الالتزام الجديد مقام الالتزام الأول .

الشرط الأول - وجود التزام قديم قائم : لايد من وجود التزام قديم حتي يقوم التجديد . لأن الغرض من التجديد هو قضاء التزام قديم بإنشاء التزام جديد . فإذا لم يوجد التزام سابق فلن ينشأ الالتزام الجديد إذ يكون الاتفاق على إنشائه باطلا لتخلف سببه . وعلى ذلك فإذا كان الالتزام القديم قد انقضي قبل التجديد لأي سبب من اسباب الانقضاء كان الاتفاق على تجديده باطلا . وكذلك الحال إذا كان مصدر الالتزام عقدا باطلا بطلانا مطلقا فإن الالتزام يكون معدوما في نظر القانون.

أما إذا كان مصدر الالتزام عقدا قابلا للإبطال فالعقد صحيح منتج لآثاره الى أن يقضي بإبطاله . فيكون مصير التجديد مرتبطا بمصير ذلك الالتزام إن بقاء أو زوالا . فإذا قضى بالإبطال بطل التجديد تبعا لذلك . ولكن العقد القابل للإبطال تلحقه الإجازة . والإجازة قد تكون صريحة وقد تكون ضمنية ولذلك فقد تستفاد من الاتفاق على التجديد : ذلك أنه إذا كان من له الحق في إبطال العقد قد ارتضى رغم علمه بالعيب الذي لحق العقد

(1) د. البدرابي - مرجع سابق ص 272 وما بعدها .

د إسماعيل غانم ص 237 وما بعدها ص 403 وما بعدها .

جديد الالتزام الناشئ عنه فإن رضائه هذا يتضمن قصد التنازل عن حقه في طلب إبطال العقد أي قصد إجازته . ولذلك تنص المادة 421 مدني على أنه لا يتم التجديد إلا إذا كان الالتزام القديم والجديد قد خلا كل منهما من أسباب البطلان وإذا كان الالتزام القديم غيرنا فذو قابلا للإبطال فلا يكون التجديد صحيحا إلا إذا قصد بالالتزام الجديد إجازة العقد وتصحيحه.

الشرط الثاني : أن ينشأ التزام جديد :

لابد في التجديد أن ينشأ التزام جديد حتي ينقضي الالتزام القديم . فإذا كان الاتفاق على إنشاء الالتزام الجديد باطلا بطلانا مطلقا فلا تجديد ويظل المدين ملتزما بالالتزام القديم م / 412 مدني .

وكذلك الحال إذا علق وجود الالتزام الجديد على شرط واقف وخلف الشرط أو علق زواله على شرط فاسخ وتحقق الشرط وإذا كان الاتفاق على إنشاء لالتزام الجديد قابلا للإبطال كان التجديد صحيحا الي أن يقضي بالإبطال فإذا قضى بالإبطال اعتبر الالتزام القديم باقيا لم ينقض بالتجديد .

ويتحقق التجديد بإنشاء التزام جديد إما بالتغيير في أحد طرفي الالتزام وإما بالتغيير في الدين بذاته . ويتحقق التجديد بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين وأجنبي على أن يكون هذا الأجنبي هو الدائن الجديد م / 425 ثالثا ويتحقق التجديد بتغيير المدين ويتم ذلك وفقا للمادة 425 بطريقتين :

الأولي : أن يتفق الدائن مع أجنبي على أن يكون هذا الأجنبي مدينا مكان المدين الأصلي وعلى أن تبرا ذمة المدين الأصلي . والثاني أن يحصل المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي على أن يكون هو المدين الجديد. وتلك هي الإنابة الكاملة لأنه يترتب على التجديد في هذه الحالة براءة ذمة المدين الأصلي . وتتم الإنابة الكاملة باتفاق المدين القديم والدائن والمدين الجديد .

وقد يتجدد الالتزام بتغيير الدين ويتم - وفقا للمادة 425 - باتفاق بين الدائن والمدين . وهو قد يكون بتغيير محل الالتزام كما لو اتفقا على أن يلتزم المدين بالقيام بعمل معين أو بنقل ملكية عين معينة بدلا من التزامه بدفع مبلغ من النقود وقد يكون التجديد بتغيير مصدر الالتزام ومثاله أن يستبقي المستأجر أو المشتري الاجرة أو الثمن على سبيل القرض .

الشرط الثالث - نية التجديد أو الاتفاق على التجديد:

التجديد اتفاق بين جميع اطرافه ولذلك يجب أن يتوفر فيه كل مايتوفر في الاتفاق من شروط من سلامة الرضا والأهلية ونية التجديد . وأن تثبت هذه النية بشكل واضح م / 354 مدني .

فهذه المادة تقضي بأن التجديد لا يفترض ولكن يجب أن يتفق عليه صراحة أو يستخلص بوضوح من الظروف . ومقتضي ذلك أنه عند الشك فيما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين يفسر الاتفاق في ضوء بقاء الالتزام القديم رغم ما اتفق عليه من تعديل . ويفهم هذا من نص المادة 354 في شطرها الأخير حين تنص على أنه : " ولا يستفاد التجديد من كتابة سند بدين موجود من قبل ولا بما حدث من تغيير لا يتناول إلا زمان الوفاء . أو الكفالة أو التأمينات المقررة له ... "

فالتعديل في الالتزام الذي لا يتناول تغييراً في محله أو مصدره لا يعد تعديلاً جوهرياً ولا يستدل منه على التجديد إلا إذا وجد اتفاق صريح بذلك .
136. ثالثاً - آثار التجديد :

يترتب على التجديد انقضاء الالتزام القديم بتأميناته ونشوء التزام جديد مجرداً من تلك التأمينات مالم يوجد اتفاق على انتقالها أو نص قانوني يقرر ذلك .
فقد نص المشرع استثناءً على انتقال التأمينات الى الالتزام الجديد في المادة 423 حيث تنص على أنه : " لا يعتبر جديداً مجرد تقييد الحق في حساب جار وانما يكون التجديد إذا قطع رصيد الحساب وتم إقراره . ومع ذلك فإن تامين الحق يبقى مالم يتفق على غير ذلك " كما اجاز الاتفاق على نقل تلك التأمينات إذا كانت مقدمه من المدين وهذا ما تقضي به المادة 425 مدني واشترطت هذه المادة الا يلحق الاتفاق بنقل التأمينات ضرراً بالغير . ولذلك اشترطت هذه المادة أن يتم التجديد والاتفاق على نقل التأمينات في وقت واحد حتي يكون هذا الاتفاق نافذاً في مواجهة الغير . ولا بد أن يكون الاتفاق على نقل التأمينات ثابتاً في محرر عرقي ثابت التاريخ . وهذا ما تقضي به القواعد العامة .

أما التأمينات المقدمة من الغير فلا تنتقل إلا برضى من قدم هذه التأمينات ورضى الدائن بذلك فضلاً عن أن يتم هذا الاتفاق مع التجديد في وقت واحد كما قضت بذلك المادة 425 مدني .

137. رابعاً - أنواع الإنابة في الوفاء:

- عرفنا أن الإنابة تتم باتفاق أشخاص ثلاثة دائن ومدين وشخص ثالث. فإذا اتفق هؤلاء على براءة ذمه المدين كانت الإنابة صورة من صور التجديد بتغيير المدين . وتسمى الإنابة عندئذ إنابة كاملة . وهذا ما تقضي به المادة 360 / 1 مدني مصري ولا نظير لها في القانون اليمني . وهذا النوع من الإنابة يجب أن يكون الاتفاق عليها صريحاً وإلا كانت إنابة ناقصة

يبقى فيها المدين الأصلي ملزما إلى جانب المدين الجديد . والإنابة الناقصة هي الغالبة وفيها يظل المدين الأصلي مدينا إلى جانب المدين الجديد وتؤدي فقط وظيفة التأمين الشخصي فيصبح للدائن مدينان بنفس الدين .

وما تتميز به الإنابة في الوفاء أنها تتضمن التزاماً مجرداً عن سببه سواء كانت إنابة

ناقصة أو كاملة. فالعزام المدين الجديد بالدين للدائن يكون مجردا عن سببه أي عن العلاقة

التي تربط المدين الأصلي بالمدين الجديد . فإذا كان الدين الذي في ذمة المدين الجديد للمدين

الأول باطلاً أو كان قد انقضى فليس لأي شيء من ذلك أثر في التزام المدين الجديد تجاه الدائن

فيجب على المدين الجديد الوفاء بالدين إلى الدائن ثم إذا ثبت أن دينه تجاه المدين الأصلي لم

يكن موجودا أو كان باطلا أو كان قد انقضي رجع عليه بما أوفي عنه ما على أساس التوابع

أو الفضالة أو الإبراء بلا سبب على حسب الأحوال فإنه في هذا مكان من يوتي فيس الكبر

وهدا ما تنص عليه المادة 428 مدني

فهم ليس بصباً أمداً .

المبحث الثالث

المقاصة (1)

138- أولا- التعريف بالمقاصة وشروطها :

أ- التعريف بالمقاصة :- المقاصة انقضاء دينين متقابلين بين شخصين بقدر الأقل

منهما. وقد عرّف القانون المدني اليمني المقاصة وسماها المساقطة في المادة 429 (2)

فهي تفترض وجود شخصين كل منهما دائن ومدين للآخر في الوقت ذاته بمبلغ من النقود أو بكمية من المثليات فيجوز لكل منهما أن يقاض الآخر بماله قبله على قدر الأقل من الدينين بحيث لا يبقى في ذمة أحدهما إلا ما زاد على هذا القدر.

ب- ويشترط في المقاصة الشروط التالية :

1- أن يوجد دينان متقابلان ومتماثلان.

2- أن يكون كل من الدينين خاليا من النزاع ومستحق الأداء.

3- أن يكون الدينان قابلين للحجز.

4- ألا يترتب على التمسك بالمقاصة الإضرار بحق الغير.

5- أن يتمسك بالمقاصة من له مصلحة.

- الشرط الأول - أن يوجد دينان متقابلان ومتماثلان.

1- فالمقاصة تفترض وجود دينين متقابلين أي يكون كل من طرفيها دائنا ومدينا للطرف الآخر في الوقت نفسه.

ويستوي أن يكون الدينان ناشئين من مصدر واحد أو من مصدرين مختلفين.

ويجب أن يكون الدينان بين نفس الشخصين بذواتهم ونفس الصفة فلا يجوز مثلا أن

يتقاض دين الوصي على الغير مع دين للغير على القاصر.

وتقع المقاصة ولو لم يكن الدين أهلا للوفاء أو الدائن أهلا للاستيفاء لأن المقاصة وفاء

جبري فهي لذلك واقعة مادية.

(1) د. البدرابي ف 373 ومابعدا ص 391 ومابعدا د. أحمد شوقي عبد الرحمن ص 285 وما بعدها، د. إسماعيل غانم ف 252

ومابعدا ص 415 ومابعدا، د. محمد بن حسين الشامي ف 211 ومابعدا ص 232 ومابعدا.

(2) تنص هذه المادة على أنه: "المقاصة هي إسقاط الدين حقا له في مقابل دين عليه عند مطالبته بالدين..." وقد نظم القانون المدني

اليمني المساقطة أو المقاصة في المواد 429-434 وهي تتوافق في الأحكام مع نصوص المقاصة الواردة في القانون المدني المصري

في المواد 362-368.

2- ويجب أن يكون الدينان متماثلين من النقود أو من المثليات المتحدة في النوع والجودة . ولذا نصت المادة 431 مدني على أن : "...ولا تقع التساقطة إذا كان الحقان مختلفين في الجنس أو متفاوتين في الوصف أو مؤجلين كليهما أو كأن أحدهما قويا والآخر ضعيفا إلا برضا الطرفين".

وعليه فلا مقاصة بين التزام بعمل والتزام بعمل وأن تماثلا ولا بين التزام بامتناع وآخر. الشرط الثاني - أن يكون كل من الدينين خاليا من النزاع ومستحقا الأداء وصالحا للمطالبة قضاء .

1- فلا بد أن يكون كل من الدينين خاليا من النزاع بأن يكون كل منهما محقق الوجود لا شك في ثبوته ومحددا في مقداره .

فلا مقاصة في دين مشكوك في وجوده . كالدين الناشئ من الفعل الضار يتوقف على ثبوت مسئولية الفاعل .

ولامقاصة في دين غير معين المقدار كما لو كان تقديره يتوقف على حكم قضائي كالدين الناشئ من الفعل الضار حتي لو ثبتت مسئولية الفاعل .

2- ولا بد أن يكون كل من الدينين مستحق الأداء . فالمقاصة وفاء جبري ولا يجوز الجبر على الوفاء الا عند حلول الأجل على انه إذا كان الأجل قضائيا " نظرة المسيرة " جازت المقاصة رغم عدم انتهاء الأجل . لأن القاضي إنما منح المدين هذا الأجل لكونه غير قادر على الوفاء . فإذا تبين أنه قادر عن طريق المقاصة وقعت قبل انقضاء الأجل .

3- ولا بد أن يكون كل من الدينين صالحا للمطالبة قضاء ولذلك لا مقاصة إذا كان أحد الدينين التزاما طبيعيا .

- الشرط الثالث : أن يكون كل من الدينين قابلا للحجز :

ولذا فلا تقع المقاصة إذا كان أحد الدينين لا يجوز الحجز عليه م/430/3 مدني : ذلك أن الحق غير القابل للحجز إنما قصد القانون أن يكون خالصا لصاحبه وفي اجازة المقاصة حرمان لصاحبه منه .

- الشرط الرابع : ألا يترتب على التمسك بالمقاصة إضرار بحق الغير :-

بمعني ألا يتعلق بأحد الدينين حق للغير يمنع من الوفاء به فإذا فرضنا أن أ مدين لـ ب بمبلغ مائة الف ريال ثم وقع جـ وهو دائن لـ ب حجزا على حق مدينه تحت يد أ . ترتب على هذا الحجز أن يمنع المحجوز لديه أ من الوفاء لدائنه ب . فإذا أصبح أ بعد ذلك دائنا لـ ب فلا يجوز له أن يتمسك بالمقاصة إضرارا بالحاجز . وهذا ما تنص عليه المادة 367 مدني حيث تقضي بأنه : " لا يجوز أن توقع المقاصة إضرارا بحقوق كسبها الغير.."

- الشرط الخامس - أن يتمسك بالمقاصة من له مصلحة في ذلك :

يلزم حتى ترتب المقاصة أثرها التمسك بها من له مصلحة فيها . فمجرد توفر الشروط الأخرى للمقاصة لا تقع المقاصة .

فإن لم يحصل هذا التمسك بقي الدينان المتقابلان من دون انقضاء . ولذلك لا يجوز هذا للقاضي أن يحكم بوقوع المقاصة من تلقاء نفسه حتى لو علم بتوفر الشروط الأخرى . لأن المقاصة مقررة لصالح ذوي الشأن .

وقد نص على هذا الشرط المادة 431 مدني بقولها : " لا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها .. "

وحصل التمسك بالمقاصة في صورة دفع بأن يطالب الدائن مدينه بالوفاء بحق عليه . فيدفع هذا دعواه بالمقاصة بحقه الذي له في مواجهته . ويجوز أن يكون التمسك بالمقاصة عن طريق دعوي يرفعها من يريد التمسك بها يطلب فيها تقرير المقاصة بين دينه والحق الذي له .

وعلى القاضي أن يحكم بالمقاصة عند التمسك بها وتوفر شروطها الأخرى فدوره يقتصر في الكشف عن المقاصة . ولهذا سميت بالمقاصة القانونية تمييزا لها عن المقاصة القضائية التي ينشئها القاضي . أو المقاصة الاتفاقية التي تقع بالاتفاق وذلك في الحالات التي يتخلف فيها شرط من شروط المقاصة القانونية .

139- ديون لايجوز المقاصة فيها :-

نص القانون على ديون لا يجوز المقاصة فيها استثناء من جواز المقاصة على الرغم من توفر الشروط السابقة . هذه الديون المستثناة نص عليها في المادة 430 في فقراتها الثلاث وهي :

1- إذا كان أحد الدينين شيئا نزع من يد مالكه بدون حق . فمن نزع هذا الشيء من تحت يد صاحبه بدون حق لا يستطيع أن يمتنع عن رده بدعوي أن التزامه برده قد انقضى بتقاصه مع دين مماثل له في ذمة المالك .

2- إذا كان أحد الشيئين مودعا أو معارا عارية استعمال . فالشيء المعار أو المودع أمانة في يد المستعير أو المودع لديه وليس لأي منهما أن يحون الأمانة ثم يتمسك بعد ذلك بالمقاصة بين التزامه بالرد أو بدفع التعويض عنه وبين الحق الذي له في مواجهة المعير أو المودع .

140- ثانيا - آثار المقاصة القانونية :

- نصت على آثار المقاصة المادتان 432 و 433 مدني و تبين من هاتين المادتين أن الأثر الذي يترتب على التمسك بالمقاصة المتوفرة شروطها انقضاء الدينين المتقابلين بقدر الأقل منهما . وهذا الأثر يقع من الوقت الذي أصبح فيه الدينان صالحين للمقاصة . ولذلك إذا كان أحد الدينين قد مضت عليه مدة التقادم وقت التمسك بالمقاصة فلا يحول ذلك دون

وقوع المقاصة بعد التمسك بها مادام أن التقادم لم تكن مدته قد تمت في الوقت الذي أصبح فيه شروط المقاصة قد توفرت ، وهذا ما تقتضي به المادة 433 مدني .

- وينتضي الدينان بقدر الأقل منهما ، ولذلك فإن المقاصة تؤدي في كثير من الحالات إلى قبول الدائن وفاء جزئيا لحقه .

ويترتب على سقوط الدين كأثر للتمسك بالمقاصة سقوط التأمينات التي كانت ضامنة له كالكفالة والرهن .

141- ثالثا - المقاصة الاتفاقية (الاختيارية) والمقاصة القضائية (1) .

أ- المقصود بالمقاصة الاتفاقية المقاصة التي تقع بإرادة ذوي الشأن لا بحكم القانون فاللدائن والمدين أن يتفقا على وقوع المقاصة رغم عدم تكامل شروط وقوعها قانوناً فيجوز

مثلا الاتفاق على أن تتم المقاصة بين دين خال ودين مؤجل أو بين دين محله مبلغ من النقود في آخر محله شيء معين .

وتتميز المقاصة الاتفاقية عن المقاصة القانونية في أن المقاصة الاتفاقية تقع بدون أثر رجعي . فهي لا تستند إلى تاريخ تقابل الدينين وإنما على تاريخ الاتفاق عليها .

ب- المقاصة القضائية :

والمقاصة القضائية هي نوع من المقاصة يجريه القضاء ، وذلك في حالة تمتنع فيها المقاصة القانونية لكون أحد الدينين غير خال من النزاع .

فالمقاصة القضائية تقع عندما يكون المدين مطالبا قضاء بوفاء الدين فيتمسك بحق له ضد الدائن رافع الدعوى ولكن هذا الحق لا يتوفر له بشرط الخلو من النزاع ، فإذا ظهر

للمحكمة أن طلب المدعي عليه ظاهر الجدية استطاعت أن توقف الفصل في الموضوع إلى حين البت في طلب المدعي عليه حتى تستطيع أن تحكم بالمقاصة بحكم واحد .

ولا تقع المقاصة القضائية إلا من تاريخ الحكم لا من تاريخ طلب المدعي عليه ويترتب عليها ما يترتب على المقاصة القانونية من آثار .

(1) د. البرزوي ف 389 وما بعدها ص 408 وما بعدها .

المبحث الرابع

اتحاد الذمة

- 142- أولا - التعريف باتحاد الذمة وحالاتها (1).
- اتحاد الذمة هو اجتماع صفتي الدائن والمدين في شخص واحد بالنسبة لدين واحد . وقد ورد في اتحاد الذمة نص واحد هو المادة 437 حيث تنص على أنه : " إذا أصبح الشخص دائنا ومدينا بنفس الحق أو بجزء منه انقضى الحقان بالقدر الذي احدث فيه الذمة . وإذا زال سبب اتحاد الذمة وكان لزواله أثر رجعي عاد الحق وملحقاته للوجود بالنسبة لذوي الشأن جميعا ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن " .
- وقد يقع اتحاد الذمة بسبب الميراث والوصية . فإذا توفي الدائن فورثه المدين أصبحت تركته دائنة للمدين بمبلغ معين . فإذا كان هو الوارث الوحيد فإنه يرث كل الدين . فإذا ورث نصف الدين مثلا لوجود وارث تقاسم معه التركة . انقضى نصف الدين باحتراف الذمة . وبقي ملتزما بالنصف الآخر نحو الوارث الآخر .
- أما إذا توفي المدين وورثه الدائن . كانت التركة مدينة للوارث واستطاع أن يستوفي دينه منها .
- وقد يقع اتحاد الذمة حال الحياة ومثاله أن تشتري إحدى الشركات السندات التي أصدرتها.
- 143- ثانيا أثرا لاتحاد الذمة :
- يترتب على اتحاد الذمة انقضاء الدين بالقدر الذي احدث فيه الذمة . والعلة في انقضاء الدين باحتراف الذمة هي استحالة أن يطالب الإنسان نفسه . فاحتراف الذمة مانع طبيعي من انقضاء الدين .
- فإذا زال السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة عاد الدين إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة إلى ذوي الشأن جميعا .
- ومثال ذلك أن يوصي الدائن للمدين بالدين ثم يتبين بطلان الوصية فيعود الدين إلى الوجود بجميع توابعه وبأثر رجعي وكأن اتحاد الذمة لم يحدث .

(1) د. البزراوي ف 391 وما بعدها ص 410 وما بعدها .

الفصل الثالث

انقضاء الالتزام دون وفاء

144 - تقسيم

ينقضي الالتزام بدون وفاء بأسباب ثلاثة . الإبراء . واستحالة التنفيذ ومضي المدة المانعة من سماع الدعوى . وقد تناول المشرع اليمني أحكام هذه الأسباب في المواد 438 -

450 مدني

وندرس هذه الأسباب في مبحثين نتناول في الأول الإبراء واستحالة التنفيذ. وفي الثاني نتناول مضي المدة المانعة من سماع الدعوى.

المبحث الأول

الإبراء واستحالة التنفيذ

تناول المقتن اليمني الإبراء في ثلاث مواد هي 438- 440 وخصص لاستحالة التنفيذ نصاً

واحداً هو المادة 441 مدني

145- أولاً - الإبراء:

1- الإبراء تصرف قانوني من جانب واحد هو الدائن يرمي إلى إحداث أثر قانوني معين هو انقضاء الالتزام.

2- ويتميز هذا التصرف بخصيصتين الأولى - أنه يتم بإرادة الدائن المنفردة . فلا يشترط حصول الإبراء توافق الإدارتين عليه . وإنما يجب أن يتصل بعلم المدين حتي ينقضي الالتزام وهذا ما تنص عليه المادة 438 مدني . ذلك أن المدين قد يرفض التفضل عليه من الدائن لذلك نصت هذه المادة أن الإبراء يعتبر تأماً متي وصل الى علم المدين ويرتد برده⁽¹⁾ .

والخصيصة الثانية التي يتميز بها الإبراء إنه من أعمال التبرع فتسري عليه الأحكام التي تسري على كل تبرع من حيث الأهلية المطلوبة في المتبرع وهو الدائن . وإذا صدر الإبراء عند مرض الموت اعتبر وصية حكمه حكم سائر التبرعات .

على أنه لا يشترط في الإبراء شكل خاص ولو وقع على التزام يشترط لقيامه شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان ومثاله أن يبرئ الموهوب له وهو دائن بمقتضى الهبة الواهب وهو المدين من التزامه الناشئ عن عقد الهبة فعلى الرغم أن الرسمية ركن في الهبة لا يشترط خاصة في الإبراء الصادر من الموهوب له .

(1) د. إسماعيل غانم - مرجع سابق ف 271 ص 429

3- ويترتب على الإبراء انقضاء التزام المدين وتنعضي تبعا لذلك تأميناته سواء كانت شخصية كالكفالة أو عينية كالرهن .

146- ثانيا - استحالة التنفيذ :

1- إذا أثبت المدين أن الوفاء بالتزامه أصبح مستحيلاً عليه بسبب اجنبي لا يد له فيه ينقضي الالتزام .

2- ويشترط لانقضاء الالتزام لا استحالة تنفيذه ما يأتي :

الشرط الاول - أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة تامة أما مجرد الإرهاق فليس سببا لانقضاء الالتزام . وإن جاز أن يكون سببا في رده الى الحد المعقول طبقاً لنظرية الظروف الطارئة .

الشرط الثاني :- أن تكون الاستحالة راجعة الى سبب اجنبي لا يد للمدين فيه . كخطا الغير أو خطأ الدائن أو القوة القاهرة فإذا لم يثبت السبب الأجنبي فإن الالتزام لا ينقضي بل يتم تنفيذه بالتعويض عنه لأنه أصبح تنفيذه عينا مستحيلاً . وقد يظل المدين مسؤولاً عن تنفيذ التزامه بطريق التعويض ولو استحال التنفيذ العيني بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه . وذلك في حالة ما إذا اتفق على التشديد من أحكام المسؤولية التعاقدية بتحميل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة .

ونشير في الأخير الى أن انقضاء الالتزام باستحالة تنفيذه يترتب عليه في العقود الملزمة للجانبين انقضاء الالتزام المقابل . وينفسخ العقد من تلقاء نفسه وهذا يعني أن المدين في الالتزام الذي استحال تنفيذه هو الذي يتحمل تبعة الهلاك .

المبحث الثاني

انقضاء الالتزام بمضي المدة المانعة

من سماع الدعوي (1) 147- تقسيم - وندرس هذا الموضوع في مطالب أربعة نتناول في

المطلب الأول المقصود بعدم سماع الدعوي وشروطه وأساسه . و نتناول في المطلب الثاني

كيفية حساب مدة عدم سماع الدعوي وتحديد وقت بدئها وفي المطلب الثالث نتناول وقف

المدة وانقطاعها .

ونتناول في المطلب الرابع كيفية إعمال عدم سماع الدعوي وأثره .

المطلب الأول

المقصود بعدم سماع الدعوى لمرور الزمن وشروطه وأساسه

148-أولاً. المقصود بعدم سماع الدعوى:

عدم سماع الدعوى لمرور الزمان نظام مأخوذ عن الفقه الإسلامي يقابل نظام التقادم بنوعيه التقادم المسقط والتقادم المكسب المعروف في الفقه القانوني . غير أن الفارق الجوهرى بين النظامين يتمثل في أن التقادم سبب من أسباب كسب الحق أو انقضائه وأما عدم سماع الدعوى فلا يؤدي إلى كسب الحق أو انقضائه وإنما الذي ينقضي هو وسيلة حمايته وهو الدعوى لعل بذكرها الفقه الإسلامي وتتعلق بصعوبة إثبات وجود الحق أو الوفاء به وتتعلق كذلك بمظنة التزوير في الوثائق المؤيدة للحق وحسماً لذلك لا تسمع الدعوى بعد مضي مدة يحددها ولي الأمر حتى تستقر الأوضاع وانشغال القضاء بقضايا جديدة بدلاً عن قضايا قديمة أدلتها مشكوك فيها .

والمقصود بعدم سماع الدعوى هنا عدم سماع الدعوى بالحق الشخصي (الالتزام) الذي يدعيه الدائن في ذمة المدين وهذا هو محل دراستنا ولذلك نستبعد من هذه الدراسة مضي المدة المكسبة للحق والتي لا يسمع بعدها دعوى هذا الحق كالحق الملكية مثلاً وهذا الموضوع خصص له المقنن اليمني باباً مستقلاً عنوانه بالثبوت (الحيازة) حيث نظم أحكامها في المواد 1102-1118 مدني .

149- شروط عدم سماع الدعوى:

ويشترط لعدم سماع دعوى الحق الشخصي (الالتزام) شرطان الأول عدم وجود عذر يمنع الدائن من المطالبة بحقه الشخصي والثاني - مضي المدة القانونية المانعة من سماع الدعوى .

الشرط الأول - عدم وجود عذر يمنع من المطالبة -

يفهم هذا الشرط من نص المادة 443 التي تعرف العذر الذي تسمع بوجوده دعوى الدائن مهما مضى من الزمان فهذه المادة تنص على أنه : " العذر هو غياب صاحب الحق ومريضه المانع أو كونه عديم الأهلية أو ناقصها إذا لم يكن له ولي أو وصي أو كونه الخصم الذي عليه الحق من المتغلبة أو قيام ظروف تسود فيها الفوضى ويتعذر معها الوصول إلى الحق "

الشرط الثاني - مرور المدة المانعة من سماع الدعوى:

وقد نص القانون على مبدأ عدم سماع الدعوى بالحق الشخصي وحدد الأصل في المدة التي لا تسمع بعدها الدعوى بخمس سنين ثم أورد استثناءات من هذا التحديد تختلف المدة فيها بحسب موضوع الحق وطبيعته . فالمادة 23 إثبات تنص على أنه : " لا تسمع الدعوى من

حاضر بسائر الحقوق التي لا تتعلق بعقار ولم يرد ذكرها في المواد الأربع السابقة بعد مضي

خمس سنين من تاريخ الاستحقاق مع عدم المطالبة ...

أما القانون المدني المصري فقد وضع القاعدة العامة في مدة التقادم المسقط في المادة

374 حين نص على أنه: " يتفادم الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة فيما عدا الحالات التي

ورد عنها نص خاص في القانون وفيما عدا الاستثناءات التالية .

- فالقاعدة العامة هي أن الدعوى لا تسمع بعد مضي خمس سنين في القانون

اليمني وفي القانون المصري يسقط الالتزام بمضي خمس عشرة سنة .

ويرد على هذه القاعدة استثناءات ورد بعضها في نصوص متفرقة . والبعض الآخر في

النصوص الخاصة بعدم سماع الدعوى في قانون الإثبات اليمني والقانون المدني . فمن

الحالات التي ورد فيها نص في القانون المدني بعدم سماع الدعوى طلب إبطال العقد حيث لا

تسمع الدعوى بعد مضي ثلاث سنين م / 200 مدني . وسقوط دعوى التعويض عن الإثراء بلا

سبب ودعوى رد ما دفع بغير حق والدعوى الناشئة عن الفضالة . ودعوى التعويض عن

العمل غير المشروع .

- وندرس فيما يلي الحالات التي وردت في باب عدم سماع الدعوى في قانون الإثبات في

المواد 20-21-22 .

أ- التقادم الثلاثي للدعوى - عدم سماع الدعوى في الحقوق الدورية المتجددة

تنص المادة 20 إثبات على أنه : " لا تسمع الدعوى من حاضر بحق متجدد كأجرة المباني

والأراضي بعد مضي ثلاث سنين من تاريخ الاستحقاق كما لا تسمع دعوى القاصر فيما

باعته أمه أو من له ولاية عليه للضرورة أو الإنفاق إذا كان بثمن الزمان والمكان "

فالحقوق المنصوص عليها في هذه المادة هي حقوق دورية متجددة. فهي دورية لأنها

تستحق في مواعيد دورية كل سنة مثلاً أو كل شهر .

وهي متجددة لأنها بطبيعتها مستمرة لا تنقطع مادامت العلاقة القانونية المنشئة

لها قائمة. فأجرة المباني دورية ومتجددة والنص يذكر أجرة المباني والأراضي على سبيل المثال

لا الحصر . والنص المصري وهو المادة 375 يذكر أمثلة كثيرة فإلى جانب أجرة المباني والأراضي

يذكر كذلك مقابل الحكر والفوائد وأقساط الإيرادات المرتبة والمهاياة والأجور والمعاشات .

علي أن النص اليمني لم يقتصر على الحقوق الدورية المتجددة بل اضاف حالة أخرى لا

يتوفر فيها صفة الدورية ولا التجديد ومع ذلك لا تسمع الدعوى بعد مضي ثلاث سنين

وهي دعوى القاصر فيما باعته أمه أو من له ولاية عليه للضرورة أو الإنفاق عليه.

ب - التقادم الحولي للدعوى :-

وثمة طائفة ثانية من الحقوق لا تسمع بها الدعوى بعد مضي سنة وهي حقوق بعض أصحاب المهن الحرة ، وحقوق التجار والصناع وأصحاب الفنادق والمطاعم وحقوق الخدم والعمال والأجراء . فالمادة 21 إثبات تنص على أنه " لا تسمع الدعوى من ذي مهنة حاضر كالطبيب وغيره بحق من حقوق مهنته أو مصروفات تكبدها في أدائه بعد مضي سنة من وقت أداء العمل " .

كما تنص المادة 22 على أنه : " لا تسمع الدعوى من حاضر بعد مضي سنة من تاريخ الاستحقاق في الأحوال الآتية :-

- 1- حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها لأشخاص لا يتجرون فيها مع عدم المطالبة .
 - 2- حقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة وثمان الطعام وكل ما يصرفوه لحساب عملائهم .
 - 3- حقوق العمال والخدم والأجراء من أجور يومية أو ثمن ما قاموا به من توريدات لخدمتهم " .
- والملاحظ أن المادة 21 الخاصة بحقوق أصحاب المهن قد ذكرت الطبيب على سبيل المثال لا الحصر وهذا على العكس من نص المادة 376 مدني التي حصرت أصحاب المهن التي تتفاد بمضي خمس سنين ⁽¹⁾ .

ويخضع لهذا التقادم الجولي ما يستحقه أصحاب المهن الحرة المذكورون في النص من أجر عن عملهم وكذلك عما تكبده من مصروفات ، كمصروفات إقامة المريض ومصروفات التحليلات وكأثمان الأدوية . وما يستحقه المحامي من رسوم قضائية قام بدفعها عن الموكل . ويبدأ سريان المدة المانعة من سماع الدعوى من وقت أداء العمل كما تنص بذلك المادة 21 إثبات .

وأما الحقوق التي لا تسمع بها الدعوى بمضي سنة في المادة 22 إثبات فهي على نوعين :
الأول : حق التجار والصناع عما يوردونه لعملائهم من أشياء للاستهلاك أو الاستعمال الشخصي لا للتجار . وبالتالي لا يخضع لهذا التقادم ما يستحقه هؤلاء عما يوردوه لتجار آخرين بقصد الاتجار . ومثاله ما يورده مصنع لتاجر مثلاً فيخضع للتقادم العادي .

(1) د. البعراي - ف 407 ص 431

الثاني : حقوق العمال والخدم والأجراء عما يستحقونه من أجور عند أرباب العمل وعما

قاموا به من توريدات لخدمهم . ويدخل في الإجراء ضغار الصناعات مثل السباكين
والنجارين والميكانيكيين ومن إليهم .

150. ثالثاً الأساس الذي يقوم عليه التقادم المسقط (عدم سماع الدعوى):

- اختلف الفقه القانوني في تحديد أساس التقادم المسقط فقيل بقرينة الوفاء

فمضي المدة دون مطالبة من الدائن قرينة على استيفائه حقه على أن هذا الرأي لا يتفق

مع الواقع في كثير من الأحوال فقد يتمسك المدين بالتقادم على الرغم من إقراره بأنه لم

يوف بالدين - وهذا الأساس - وأن لم يكن صالحاً للتقادم المسقط في الكثير من الحالات فإنه

يمكن أن يكون مبرراً لعدم سماع دعوى الدائن في الفقه الإسلامي ذلك أن من شروط عدم

سماع الدعوى بالحق الشخصي هو إنكار المدعي عليه لدعوى الدائن .

على أن الرأي السائد في الفقه القانوني يقيم أساس التقادم المسقط على اعتبارات

الصالح العام والتي تستلزم احترام الأوضاع المستقرة وعدم قلقها واهتزازها .

ولا شك أن حماية الوضع المستقر من شأنها عدم تمكين الدائن من مطالبة مدينه

بدين مضي على استحقاقه مدة طويلة من الزمان .

فيجب إذن قفل باب القضاء أما م الدائن الذي يقعد عن استعمال حقه مدة طويلة

ويجب من ناحية أخرى حماية المدين وخلفائه من المطالبة بديون مضي عليها عشرات

السنين . وقد يكون المدين وفاها دون أن يحتفظ بسند المخالصة .

ويمكن أن يكون هذا الأساس مبرراً أيضاً لعدم سماع الدعوى في الفقه الإسلامي

ولذلك فقد أجاز هذا الفقه لولي الأمر تقييد القضاء زماناً ومكاناً إذا رأي ذلك يحقق

الصالح العام باستقرار الأوضاع القديمة محافظه على النظام العام .

علي أن الفقه الإسلامي لم يتفق على تحديد المدة التي لا تسمع بعدها الدعوى سواء

كأن موضوعها حقوقاً عينية أو حقوقاً شخصية ⁽¹⁾ .

151. رابعاً التقادم المسقط ومواعيد السقوط ⁽²⁾:

توجد نصوص كثيرة ختم القيام بعمل معين أو رفع دعوى معينة في مدة محدودة

وإلا سقط الحق في القيام بهذا العمل أو رفع تلك الدعوى. هذه المواعيد تسمى مواعيد

سقوط وليسست تقادماً وضعها المشرع لا لحماية الأوضاع المستقرة كما في التقادم بل

(1) يراجع في هذا الموضوع د. محمد الشامي ص

(2) د. البدرابي - ف 403 ص 427

لتعيين الميعاد الذي يجب فيه استعمال رخصة قررها القانون في مواعيد حتمية لا بد أن يتم العمل خلالها وإلا كان باطلا معدوم الأثر . ويغلب أن تكون هذه المواعيد قصيرة .

ومن أمثلة المدة التي يحددها القانون المدني وقانون الإثبات للأخذ بالشفعة ، ومن ذلك أيضا إذا كان العقد قابلا للإبطال لغلط أو تدليس سقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنين من يوم انكشاف الغلط أو التدليس وفي كل حال لا يجوز التمسك بالحق بالإبطال إذا انقضت خمس وعشرون سنة من وقت تمام العقد م / 200 مدني .

على أن التفرقة بين التقادم المسقط ومواعيد السقوط وكما يرى البعض محل للنقد (1) فميعاد السقوط ليس في حقيقته إلا تقادماً يخضع لأحكام خاصة . ولا يوجد نظام موحد لمواعيد السقوط . كلما في الأمر أنه في بعض صور التقادم قد توجد اعتبارات خاصة تقتضي أن تصفى المراكز المعلقة في وقت محدود فلا تخضع مدة التقادم فيها لأسباب الوقف أو الانقطاع بل يكون انقضاء هذه المدة في ذاته كافياً لاستكمال التقادم . فميعاد السقوط ليس سوى لفظ يراد به التعبير عن مدة تقادم تختص بأحكام خاصة وليس هناك فرق في الطبيعة بينه وبين صور التقادم الأخرى .

(1) د. إسماعيل غانم ف 292 ص 455

المطلب الثاني

كيفية حساب مدة عدم سماع الدعوى وتحديد وقت بدئها

تنص المادة 450 مدني على أنه : " تحسب المدة التي لا تسمع بانقضائها الدعوى بالتقويم الهجري وما يقابله من التقويم الميلادي ويكون حسابها بالأيام لا بالساعات وتحسب اليوم الذي حل فيه أجل الوفاء بالحق أو حقق فيه شرط وتتم المدة بانقضاء آخر يوم منها كاملاً " .

وتنص المادة 444 مدني على أنه : " تبدأ المدة من تاريخ حلول الدين أو من تاريخ تحقق الشرط الواقف لا من وقت نشوء الدين . وإذا كان استيفاء الدين معلقاً على رغبة الدائن سرت المدة من الوقت الذي يتمكن فيه الدائن من إعلان رغبته " .

وتضيف المادة 442 أنه : " في الأحوال التي ينص فيها القانون على عدم سماع الدعوى بمضي الزمن يرجع في تحديد المدة والشروط والقرائن والملابسات إلى النص الخاص بها " . ويتبين من خلال النصوص السابقة الآتي :

152- أولاً- كيفية حساب المدة :

1- أن مدة عدم سماع الدعوى تحسب بالأيام لا بالساعات . وهذا يعني أنه لا يحسب اليوم الأول الذي بدأ التقادم فيه بالسريان وتام التقادم بتحقيق بانقضاء اليوم الأخير .

153- ثانياً- تحديد وقت بدئها :

الأصل أن تبدأ المدة من تاريخ استحقاق الدين وعليه فإذا كان الدين مؤجلاً فلا تبدأ المدة إلا من يوم حلول الأجل أو بسقوطه أو بالزول عنه . وإذا كان الحق مقسماً سرت المدة بالنسبة لكل قسط من عند حلول أجله . وإذا كان من الديون الدورية كالأجرة سرت المدة من تاريخ استحقاق كل دين منها بذاته .

وإذا كان الدين معلقاً على شرط واقف فلا تسرى المدة إلا من يوم تحقق الشرط .

على أنه توجد استثناءات لا يبدأ فيها سريان المدة من تاريخ استحقاق الدين وإنما من تاريخ آخر . فدعاوى الإبطال بسبب نقص الأهلية أو عيب في الرضى لا يبدأ تقادم الدعوى فيها إلا من اليوم الذي ينكشف فيه الغلط أو التدليس .

المطلب الثالث

وقف المدة وانقطاعها (1)

تنص المادة 445 مدني على أنه : " توقف المدة ولا تسري كل ما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه سواء كان المانع مادياً أم أدبياً ، كما توقف بين الأصيل ونائبه حتى تنتهي النيابة فتسري من وقت انتهائها " .

وتنص المادة 446 على أنه : " ينقطع سريان المدة التي يترتب عليها عدم سماع الدعوى في الأحوال الآتية : 1- المطالبة القضائية ولو رفعت إلى محكمة غير مختصة 2- تكليف المدين بالوفاء تكليفاً رسمياً 3- تقدم الدائن بطلب بقبول حقه في تفليس أو توزيع 5- إشعار من الدائن لمدينه أثناء نظر إحدى الدعاوي بينهما للتمسك بحقه " 6- إقرار المدين بحق الدائن إقراراً صريحاً أو ضمناً ومن ذلك بقاء المال المرهون تأمينا لوفاء الدين تحت يد الدائن)) .

وتنص المادة 447 على أنه : " يترتب على انقطاع المدة سقوط المدة السابقة ولزوم مدة جديدة ماثلة للمدة الأولى تبدأ من وقت زوال الأثر المترتب على سبب الانقطاع . فإذا انقضت المدة الجديدة كاملة لا تسمع الدعوى " .

والنصوص السابقة تبين أسباب وقف المدة وانقطاعها .

154-أولاً - أسباب وقف المدة والأثر المترتب على الوقف :

تضمنت المادة 445 أسباباً مختلفة لوقف المدة وترجع إلى وجود مانع يحول بين الدائن وبين المطالبة بحقه أو يجعل هذه المطالبة أمراً عسيراً عليه . وهذه الأسباب هي :

أ- أسباب ترجع إلى وجود علاقة معينة بين الدائن والمدين تجعل المطالبة بالحقوق مستحيلة أو متعذرة . وقد نص القانون على مبدأ يقضي بأن المانع الأدبي يوقف المدة . وتقدير ما إذا كان هناك مانع أدبي متروك للقاضي . ولذلك يمكن للقاضي أن يعتبر علاقة الزوجية وعلاقة البنوة وعلاقة الأخوة مانعاً أدبياً .

وقد تكون العلاقة المانعة هي علاقة أصيل ونائب . ولذلك فلا تسري المدة بين ناقص الأهلية ومن ينوب عنه قانوناً ولا بين الشخص المعنوي ومديره . ولا بين الموكل والوكيل ما دامت العلاقة بينهما قائمة .

(1) د. البدرابي ف 415 وما بعدها ص 440 وما بعدها .

ب- أسباب ترجع إلى حالة شخصية لدى الدائن يمنعه من المطالبة فنقص الأهلية أو الغياب أو الحكم بعقوبة جناية كل هذه أسباب لدى الدائن لوقف المدة السارية ضده إذا لم يكن له نائب يمثلّه .

ج- أسباب ترجع إلى وجود ظروف مادية تجعل المطالبة مستحيلة ومن ذلك قيام حرب مفاجئة أو نشوب ثورة أو إعلان الأحكام العرفية . إذا كان شيء من ذلك قد منع الأحكام من القيام بأعمالها . ومن ذلك انقطاع المواصلات أو قيصان منع الدائن من اتخاذ الإجراءات للمطالبة بحقه .

2- أثر وقف المدة :

يترتب على وقف المدة تسبب من الأسباب التي ذكرناها سابقاً أن المدة السابقة على الوقف والمدة اللاحقة عليه تحسب وأن المدة التي وقف سريانها أثناء وجود سبب الوقف لا تحسب .

155. ثانياً : انقطاع المدة وأثره :

أ- أسباب انقطاع المدة :

- هناك أسباب تصدر من الدائن فتؤدي إلى انقطاع المدة وقد يكون سبب الانقطاع هو إقرار المدين .

1- والأسباب الصادرة من الدائن أربعة والتي نصت عليها المادة 446 مدني وهي :

أ- المطالبة القضائية أي بإقامة الدعوى بالحق أما م القضاء والمطالبة القضائية تقطع المدة حتى لو رفعت أما م محكمة غير مختصة .

ب- التنبيه . وهو الإجراء الذي يسبق التنفيذ متى كان في يد الدائن سند قابل للتنفيذ .

ج- الحجز سواء أكان حجزاً تنفيذياً على العقار أو على المنقول أم حجزاً تحفظياً كالحجز تحت يد المدين .

د- الطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه في تفضيل المدين أو في توزيع وأي عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوي .

2- وتنقطع المدة بإقرار المدين بالحق إقراراً صريحاً أو ضمناً م/446 مدني .

ب- أثر انقطاع المدة .

يترتب على الانقطاع أن المدة السابقة على سبب الانقطاع تسقط وأن مدة جديدة تبدأ في السريان بعد توقف السبب الذي قطع المدة . ويختلف الوقت الذي تبدأ فيه المدة باختلاف سبب الانقطاع .

فإذا كان هذا السبب هو المطالبة القضائية تبدأ المدة الجديدة منذ صدور الحكم بحق الدائن أما الحكم برفض دعوى الدائن وبسقوط الدعوى أو بالتزول عنها فإن أثر الدعوى يزول ويعتبر الانقطاع كأن لم يكن ولا تنقطع المدة السابقة كما تدخل مدة نظر الدعوى في حساب المدة المانعة من سماع الدعوى الذي كان قد بدأ في السريان قبلها . وإذا كان سبب الانقطاع هو إقرار المدين تبدأ المدة في السريان من اليوم التالي للإقرار وإذا كان السبب هو الحجز أو التقديم في التفليسة أو في توزيع فبدأ المدة بانتهاء إجراءات الحجز أو بقبول التفليسة أو صدور قائمة التوزيع .

- والأصل أن المدة الجديدة تكون ماثلة للمدة الأصلية المانعة من سماع الدعوى إلا في حالة ما إذا صدر حكم نهائي . فإن المدة الجديدة للحق الثابت بالحكم هي دائماً مدة التقادم العادي أي خمس سنين ولو كانت المدة الأصلية أقصر كثلث سنين أو سنة ذلك أن الحكم يقضي الحق ويبعث فيه حياة جديدة .

المطلب الرابع

كيفية إعمال عدم سماع الدعوى ⁽¹⁾ وأثره

156- أولاً : كيفية إعمال التقادم :

تنص المادة 448 على أنه : " لا تمتنع المحكمة عن سماع الدعوى من تلقاء نفسها إلا إذا تمسك المدين بذلك . ويجوز له التمسك في أية حالة تكون عليها الدعوى " .
ويتبين من نص المادة ما يأتي :

1- أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بعدم سماع الدعوى من تلقاء نفسه لعدم تعلقه بالنظام العام . بل لا بد أن يتمسك به المدين وبعبارة واضحة لا لبس فيها فلا يجدي المدين مثلاً أن يطلب رفض الدعوى لمخالفتها للقانون .

فالتمسك بعدم سماع الدعوى يتم عن طريق الدفع .

وإذا كان النص اليمني يحصر حق التمسك بعدم سماع الدعوى على المدين وحده فإن نص المادة 387 مدني مصري يجيز لكل من له مصلحة أن يتمسك بالتقادم . فللخلف العام . وللكفيل وللمدين المتضامن ولحائز العقار المرهون بل وللدائنين أن يتمسكوا نيابة عن المدين كل هؤلاء لهم أن يتمسكوا بالتقادم إذا لم يتمسك به المدين " بل أن القانون المدني المصري يجيز للدائن أن يطعن في تنازل المدين عن التمسك بالتقادم بالدعوى البولصية .

157- ثانياً - النزول عن التمسك بعدم سماع الدعوى :

ويستفاد من نص المادة 449 مدني أنه لا يجوز النزول عن التمسك بعدم سماع الدعوى مقدماً . كما لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي حددها القانون لأن الموضوع يتعلق بالنظام العام .

لكن يجوز النزول عن عدم سماع الدعوى بعد تمام المدة المانعة من سماعها . وقد عرفنا أن للدائن في القانون المدني المصري الطعن في تنازل المدين عن التمسك بالتقادم المسقط باعتبار التنازل تصرفاً قانونياً يؤدي إلى إفقار المدين فإذا ترتب عليه إعسار المدين ترتب عليه إضرار بالضمان العام فيستطيع الدائن الطعن بهذه الدعوى إذا توفرت شروطها الأخرى .

ونزول المدين عن التمسك بالمدة المانعة من سماع الدعوى قد يكون صريحاً وقد يكون ضمناً يستفاد من الظروف المحيطة .

فإذا تم النزول عن التمسك بعدم سماع الدعوى اعتبر ذلك - وكما تنص المادة 449 مدني - بمثابة إقرار من المدين بالحق وظل الحق قائماً في ذمة المدين وبدأت مدة جديدة . وهذه

(1) د. البرازي ف 428 وما بعدها ص 450 وما بعدها .

المدة قد تكون أطول من المدة الأصلية فالنزول من حيث الأثر يشبه الأثر الحاصل من الانقطاع .

158- ثالثاً - أثر عدم سماع الدعوى:

يترتب على الحكم بعدم سماع الدعوى وعلى التقادم في ظل القانون المدني المصري وفقاً لنص المادة 386 ولا نظير لها في القانون المدني اليمني أن التقادم يسقط دعوى الدائن فيبقى حقه بعد التمسك بالتقادم مجرداً عن الحماية القانونية المتمثلة في الدعوى القضائية . وهذا التفسير لأثر التقادم يتفق مع فكرة عدم سماع الدعوى في الفقه الإسلامي فمضى المدة لا يسقط الحق وإنما يسقط الحماية القانونية للحق والمتمثلة في الدعوى التي تحمي الحق . أي أن الالتزام يتحول من التزام مدني إلى التزام طبيعي ينقصه عنصر الحماية ⁽¹⁾ .

وقد عبر القانونان المدنيان المصري واليمني عن ذلك بأن التقادم يخلف التزاماً طبيعياً . فالمادة 334 تنص على أنه : " إذا انقضت المدة التي يترتب عليها منع سماع الدعوى بالحق ولم يتمسك من عليه الحق بذلك بل أدى ما عليه اختياراً ... فاصداً الوفاء بالحق فليس له أن يسترد ما أداه " ويفهم من هذا النص أن المعنى المخالف له هو أنه لا يجبر المدين على الوفاء إذا مضت المدة المانعة من سماع الدعوى بل الخيار للمدين في الوفاء بالحق من عدمه وهذا هو الالتزام الطبيعي الذي ينقصه عنصر المسؤولية .

وقد صرح القانون المدني المصري في المادة 1/386 بأنه يتخلف عن التقادم التزام طبيعي في ذمة المدين . ويضيف أنه يترتب على سقوط الحق بالتقادم سقوط الفوائد وغيرها من الملحقات ولو لم تكتمل المدة الخاصة بهذه الملحقات . ولا نظير لهذا الحكم في القانون المدني اليمني . ولكن لا يمنع من الأخذ به لأن هذا ينطبق مع منطق عدم سماع الدعوى لمضي المدة .

أنتهى بحمد الله أحكام الالتزام .

(1) في تفسير أثر التقادم في ظل القانون المدني المصري يراجع البرادي ف 346 من 457 .

قائمة محتويات كتاب أحكام الالتزام؛ محمد يحيى المطري، مطهر محمد علامة؛

الموضوعات	ص
الباب الأول: آثار الالتزام	٣
الآثار العادي للالتزام	٣
التنفيذ الجبري للالتزام	٣
الالتزام المدني والالتزام الطبيعي	٦
آثار الالتزام الطبيعي	٨
الفصل الأول: التنفيذ العيني للالتزام	٩
المبحث الأول: شرط الحكم بالتنفيذ العيني الجبري	٩
التنفيذ العيني الاختياري والتنفيذ العيني الجبري	٩
المبحث الثاني: التنفيذ العيني وطريقة تنفيذه	١٣
المبحث الثالث: وسائل حمل المدين على التنفيذ العيني	١٨
العرامة التهديدية	١٨
الإكراه البدني	٢٣
الفصل الثاني: التنفيذ بمقابل (التعويض)	٢٤
المبحث الأول: حالات التنفيذ بمقابل وأنواعه وشروطه	٢٤
المبحث الثاني: طرق تقدير التعويض	٢٩
الفصل الثالث: وسائل ضمان تنفيذ الالتزام	٤٣
المبحث الأول: الدعوى غير المباشرة	٤٥
المبحث الثاني: الدعوى المباشرة	٥٥
المبحث الثالث: دعوى وقف التصرف	٥٦
المبحث الرابع: دعوى الصورية	٦٧
المبحث الخامس: الحجر على المدين المفلس	٧٧
المبحث السادس: الحق في الحبس	٨١
الباب الثاني: أوصاف الالتزام	٩١
الفصل الأول الشرط والأجل	٩٢
المبحث الأول: الشرط	٩٢
المبحث الثاني: الأجل	١٠٤
الفصل الثاني: تعدد محل الالتزام	١١٣
المبحث الأول الالتزام التخييري	١١٤
المبحث الثاني: الالتزام البدلي	١١٦
الفصل الثالث: تعدد طرفي الالتزام	١١٧
المبحث الأول التضامن	١١٨
المبحث الثاني: عدم قابلية الالتزام للانقسام	١٢٧
الباب الثالث: انتقال الالتزام	١٢٩
الفصل الأول: حوالة الحق	١٣٠

١٣٠	المبحث الأول: التعريف بحوالة الحق وشروطها
١٣٥	المبحث الثاني: آثار حوالة الحق
١٣٩	الفصل الثاني: حوالة الدين
١٤٣	الباب الرابع: انقضاء الالتزام
١٤٣	الفصل الأول: انقضاء الالتزام بالوفاء
١٤٣	المبحث الأول: طرفا الوفاء
١٤٦	المبحث الثاني: محل الوفاء وظروفه
١٥٢	المبحث الثالث: الوفاء مع الحلول
١٥٦	الفصل الثاني: انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء
١٥٦	المبحث الأول: الوفاء بمقابل
١٥٨	المبحث الثاني: التجديد والإنابة
١٦٢	المبحث الثالث: المقاصة
١٦٦	المبحث الرابع: اتحاد الذمة
١٦٧	الفصل الثالث: انقضاء الالتزام دون وفاء
١٦٧	المبحث الأول: الإبراء واستحالة التنفيذ
١٦٩	المبحث الثاني: انقضاء الالتزام بمضي المدة المانعة من سماع الدعوى